CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

VOLUME I

Anno 2020

La giurisprudenza delle Sezioni Civili

Anno 2020

DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Acierno*

COORDINATORE: *Paola D'Ovidio*

hanno collaborato alla redazione

Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Maria Armone, Stefania Billi, Dario Cavallari, Aldo Ceniccola, Gian Andrea Chiesi, Marina Cirese, Vittorio Corasaniti, Francesco Cortesi, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Milena D'Oriano, Paola D'Ovidio, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Gianluca Grasso, Luigi La Battaglia, Salvatore Leuzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Maria Elena Mele, Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Giuseppe Nicastro, Andrea Penta, Stefano Pepe, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Paolo Spaziani.

INDICE GENERALE

VOLUME PRIMO
PRINCIPÎ DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PRESENTAZIONE XXXIII

PARTE INTRODUTTIVA

I) LA NOMOFILACHIA ED IL DIRITTO EUROPEO: LA CORTE DI CASSAZIONE PROTAGONISTA DEL DIALOGO SOVRANAZIONALE.
(DI DARIO CAVALLARI, ANGELO NAPOLITANO, ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

1. Il dialogo fra corti: i limiti del controllo della S.C. sulle decisioni dei giudici amministrativi e contabili. 2
2. Il dialogo fra corti: l'adeguamento della giurisprudenza nazionale a quella eurounitaria in seguito ad ordinanze di rimessione alla CGUE. 11
3. Il dialogo fra corti: l'incidenza della giurisprudenza UE sulla giurisdizione e sulla competenza. 13
4. Il diritto tributario. 15
5. Le libertà civili e i diritti fondamentali. 23
6. Libertà economiche e diritti del consumatore. 36
7. I medici specializzandi: premessa. 40
8. Il diritto al risarcimento del danno dei medici specializzandi iscritti anteriormente al 1982: la nuova rimessione alle Sezioni Unite ed il secondo coinvolgimento della CGUE. 45

II) L'APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CASSAZIONE CIVILE
(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa. 47
2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU. 47
   2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione. 47
   2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune. 49
      2.2.1. Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": i vincoli derivanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo. 51
      2.2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost. 53
3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU. 54
   3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale. 55
   3.2. Il diritto di famiglia. 57
   3.3. Il cittadino straniero. 58
   3.4. Il divieto di trattamenti inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati. 62
   3.5. Il danno non patrimoniale. 62

3.6. Le sanzioni amministrative. 63
3.7. Il diritto tributario. 64
3.8. Procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati. 66
3.9. L'espropriazione per pubblica utilità. 66

PARTE PRIMA

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

(coordinata da Giovanni Maria Armone e Marina Cirese)

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA: DIRITTI DELLA PERSONALITA' E DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE

(DI GIOVANNI MARIA ARMONE E MARINA CIRESE)

1. Il diritto alla protezione dei dati personali. 67
2. Il diritto alla riservatezza ed il diritto di cronaca. 71
3. Il diritto all'oblio. 72
4. L'identità nelle sue diverse declinazioni. 73
5. Il diritto all'immagine. 76
6. I diritti dei disabili. 76
7. La libertà di coscienza. 77
8. Profili processuali. 78

CAPITOLO II

LA FAMIGLIA, I MINORI E LA PROTEZIONE DELLE PERSONE NON AUTONOME

(DI PAOLO DI MARZIO E CHIARA GIAMMARCO)

1. La nullità del matrimonio e le sue conseguenze. 79
2. La separazione personale dei coniugi. 80
2.1. La separazione personale dei coniugi e le modifiche alle statuizioni consequenziali, *profili processuali.* 81
3. L'addebito della separazione ed il risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali. 82
3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, *profili processuali.* 83
4. Separazione dei coniugi e divorzio, litispendenza internazionale, *profili processuali.* 83
5. Il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza straniera di divorzio. 83
6. L'assegno divorzile. 84
6.1. Il giudizio di divorzio, l'assegno divorzile e la sua revisione, *profili processuali.* 85
7. La pensione di reversibilità, e la sua ripartizione. 86
7.1. La ripartizione della pensione di reversibilità, *profili processuali.* 87
8. Il regime patrimoniale della famiglia: pubblicità delle convenzioni matrimoniali, comunione legale dei beni, fondo patrimoniale e impresa familiare. 87
8.1. Il regime patrimoniale della famiglia, *profili processuali.* 89
9. Unioni coniugali, famiglia di fatto, convivenza *more uxorio.* 90
10. Il riconoscimento dello *status* di figlio. 90
10.1. Il riconoscimento dello *status* di figlio, *profili processuali.* 91
10.2. Il diritto al riconoscimento dello *status* del figlio nato da parto anonimo. 93
11. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi. 93
12. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente. 93
12.1. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente, profili processuali. 94
13. Il mantenimento dei figli. 96

13.1. Il mantenimento dei figli, *profili processuali*. 97
14. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia. 99
14.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, *profili processuali*. 100
15. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale: aspetti processuali. 100
16. La sottrazione internazionale di minori. 101
17. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi. 101
17.1. Lo stato di abbandono. 101
17.2. Adozione in casi particolari: profili processuali. 102
17.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione. 103
18. Le persone prive in tutto o in parte di autonomia: misure di protezione e altre questioni. 103
18.1. La protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, *profili processuali*. 105
19. Questioni in materia di matrimonio concordatario, *profili processuali*. 107
20. Questioni in materia di matrimonio celebrato innanzi al ministro di un culto ammesso nello Stato. 108
21. Famiglia e tributi. 109

CAPITOLO III

I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(di Marina Cirese, Chiara Giammarco, Aldo Natalini, Donatella Salari)

1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale. . 113
1.1. La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018. 114
1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011. 116
1.3. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017. 117
1.4. I ricorsi avverso i decreti dell'Unità Dublino. 118
1.5. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale). 120
1.6. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo. 121
1.7. La fase introduttiva del giudizio davanti al tribunale e la motivazione del decreto. 122
1.8. I termini di impugnazione nelle procedure accelerate. 123
1.9. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente. 123
1.10. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente in generale. I contrasti sul tema delll'onere di allegazione nel caso di contemporanea richiesta di riconoscimento di tutte e tre le forme di protezione. 127
1.11. Il dovere di cooperazione istruttoria del giudice e le fonti informative. 131
1.12. La valutazione di credibilità. 136
1.13. I rapporti tra la valutazione di credibilità ed il dovere del giudice di cooperazione istruttoria. 140
1.14. La correlazione tra il giudizio di credibilità effettuato in relazione alle situazioni dedotte a sostegno del riconoscimento delle protezioni maggiori ed il riconoscimento dei presupposti per la protezione umanitaria. 141
1.15. Gli oneri di allegazione del richiedente, il rapporto tra valutazione di credibilità e dovere officioso di cooperazione istruttoria nell'ipotesi di protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007. 142
1.16. La procura alle liti per il ricorso per cassazione. 145
1.17. Casi di improcedibilità del ricorso per cassazione. 146
1.18. Ricorso straordinario per cassazione: la pronuncia di rigetto dell'istanza di sospensiva dell'esecutività del decreto del tribunale. 146
1.19. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato. 147
2. I presupposti del riconoscimento dello status di rifugiato. 148
3. I presupposti del riconoscimento della protezione sussidiaria. 151
4. La protezione umanitaria ed i suoi rapporti con le altre forme di protezione. 155
4.1 La condizione di vulnerabilità. 159
4.2. Protezione umanitaria e regime probatorio. 160
4.3. Protezione umanitaria, qualche accenno sul rito applicabile. 160

4.4. Il Regolamento Dublino III. 161
5. L'espulsione amministrativa. 163
5.1. I casi d'inespellibilità. 167
5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative. 171
6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa. 173
6.1. Il ricongiungimento familiare. 173
6.2. I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana. 174
6.3 L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore. 175
7. Apolidia e cittadinanza. 179

PARTE SECONDA

I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

(coordinata da Stefania Billi e Gian Andrea Chiesi)

CAPITOLO IV

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO
(di Gian Andrea Chiesi)

1. Proprietà pubblica. 183
1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. 185
2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico) e gli usi civici. 186
2.1. (Segue) La liquidazione degli usi civici. 189
3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. 191
3.1. (Segue) Le distanze legali. 192
4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione. 195
4.1. (Segue) b) la "*negatoria servitutis*". 196
4.1.1. (Segue) Le immissioni. 197
4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini. 199
5. Comunione di diritti reali. 200
5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria. 201
6. Usufrutto, uso e abitazione. 202
7. Servitù prediali. 204
7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. 207
8. Tutela ed effetti del possesso. 208
8.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie. 209

CAPITOLO V

COMUNIONE E CONDOMINIO
(di Vittorio Corasaniti - Valeria Pirari)

1. Premessa. 213
2. Le parti comuni nel condominio di edifici. 213
3. Il godimento della cosa comune. 218
4. Le innovazioni. 220
5. La responsabilità del condominio. 222
6. Il regolamento di condominio. 223
7. La ripartizione delle spese condominiali. 224
8. L'amministratore. Premessa. 226
8.1 La nomina e la revoca dell'amministratore. 227
8.2 La legittimazione processuale dell'amministratore di condominio e l'onere della prova. 228

9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari. 231
9.1 Il funzionamento. 231
9.2 Le determinazioni dell'assemblea. 233
9.3 L'impugnazione. 236

CAPITOLO VI

SUCCESSIONI E DONAZIONI
(di Dario Cavallari)

1. Apertura della successione, delazione ereditaria, indegnità a succedere e rappresentazione. 239
2. L'accettazione di eredità e la sua rinuncia. 240
3. Il beneficio d'inventario. 242
4. La petizione di eredità e la successione legittima. 243
5. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. 243
6. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite. 247
7. Il testamento. 247
8. La divisione ereditaria. 251
9. La collazione. 255
10. Le donazioni. 257

PARTE TERZA

OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E RESPONSABILITA'

(coordinata da Dario Cavallari e Giovanni Fanticini)

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE
(di Fabio Antezza)

1. Premessa. 259
2. Buona fede e correttezza nel "contatto sociale qualificato". 260
3. "Contatto sociale", responsabilità professionale e danni cagionati al terzo. 263
4. Il "contatto sociale" della CONSAP ed in tema di amministrazione straordinaria. 264
5. Omessa o tardiva trasposizione di direttive europee, obbligazione *ex lege*, criterio liquidatorio, *compensatio lucri cum damno* e deducibilità del *factum superveniens in sede di legittimità*. 265
6. Riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile *ex lege*. 268
7. Adempimento secondo diligenza, rapporti con correttezza e buona fede (anche con "funzione integrativa") e causa concreta. 269
8. La buona fede nella fase attuativa del rapporto: conformazione della riduzione equitativa della penale e rapporti con l'abuso del diritto (anche ai fini del recesso). 270
9. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale. 272
10. La remissione. 273
11. Compensazione giudiziale e ragione creditoria prescritta. 274
12. Compensazione c.d. atecnica o impropria. 275
13. La compensazione fallimentare. 276
14. Compensazione ed esecuzione forzata. 277
15. Novazione e rapporti con il passivo fallimentare e la notifica della cartella di pagamento. 278
16. Locazione e novazione. 278
17. Novazione e contratto d'agenzia. 278
18. Transazione novativa. 279

CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO IN GENERALE

(di Francesco Cortesi)

1. I requisiti del contratto: la causa. Contratti atipici e meritevolezza dell'interesse. 281
1.1. L'oggetto e la sua determinazione. 282
1.2. Forma ad substantiam e forma ad probationem. 283
2. I contratti per adesione. 285
3. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: l'applicazione delle regole ermeneutiche. 285
3.1. Minuta e puntuazione. 287
3.2. Contenuto del contratto ed individuazione degli obblighi delle parti. 288
3.3. Contenuto del contratto ed effetti nei confronti dei terzi. 289
4. La buona fede nell'esecuzione del contratto. 290
5. Clausola penale e caparra. 292
6. Il contratto concluso dal rappresentante. 293
7. La nullità e la simulazione: la nullità per contrarietà a norme imperative. 293
7.1. Nullità e simulazione: aspetti processuali. 294
8. L'inadempimento e i rimedi caducatori: gravità dell'inadempimento e fattispecie di risoluzione stragiudiziale. 296
8.1. Il diritto di recesso. 297
8.2. Rimedi caducatori ed eccezione di inadempimento: profili processuali. 298

CAPITOLO IX

I SINGOLI CONTRATTI

(di Stefania Billi e Stefano Pepe)

1. Il contratto di appalto privato. 301
1.1. Rapporti tra le ipotesi di responsabilità contrattuale e extracontrattuale. 303
1.2. La responsabilità verso terzi. 306
2. Profili del contratto di assicurazione e questioni interpretative. 306
2.1. Vizi del sinallagma e aspetti processuali. 309
2.2. Disciplina della prescrizione. 311
2.3. L'assicurazione obbligatoria r.c.a. 312
3. Il comodato. 315
3.1. Il comodato, aspetti processuali. 317
4. I contratti agrari. 318
5. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie. 320
6. La locazione: differenza tra affitto e locazione, aspetti sostanziali e processuali. 323
6.1. Locazione e la novazione del rapporto, presupposti. 325
6.2. Il sinallagma contrattuale. 326
6.3. Indennità di avviamento. 327
6.4. Le obbligazioni del locatore. 328
6.5. Le obbligazioni del conduttore, restituzione della cosa locata. 328
6.6. Locazione non abitativa: la *denuntiatio*, presupposti. 328
6.7. La risoluzione per inadempimento del conduttore, risarcimento danno per il locatore, quantificazione. 329
6.8. Locazione di immobile ad uso non abitativo, affitto di azienda: differenze. 331
7. Il mandato. 332
8. La mediazione. 332
9. La transazione. 335
10. Il trasporto. 338
11. La vendita: premessa. 341
11.1. I diversi tipi. 341
11.2. I vizi e le difformità. 343
11.3. Il concorso dei danni e altri profili processuali. 345
11.4. Il contratto preliminare. 346

12. Il giuoco e la scommessa. 348

CAPITOLO X

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE
(di Fabio Antezza)

1. Premessa. 351
2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio in generale. 351
3. La ripetizione di indebito e l'errore del *solvens*. 354
4. Ripetizione d'indebito, prescrizione ed onere probatorio. 355
5. La ripetizione dell'indebito e l'esecuzione forzata. 359
6. L'indebito assistenziale e quello contributivo. 360
7. Aiuti di Stato e ripetizione di indebito. 362
8. Prestazione contraria al buon costume e *soluti retentio*. 363
9. Azione di arricchimento senza causa: presupposti e distinzione dalla domanda di ripetizione d'indebito. 364
10. Arricchimento senza causa, P.A. e tardiva attuazione di direttive comunitarie. 366
11. L'ingiustificato arricchimento nei rapporti familiari e prescrizione. 370
12. La gestione di affari altrui: le Sezioni Unite sulla giurisdizione. 371

CAPITOLO XI

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE
(di Luigi La Battaglia e Laura Mancini)

1. L'ingiustizia del danno. 373
2. La colpa. 376
3. Le esimenti della responsabilità. 376
4. Il nesso di causalità. 378
5. Il concorso di colpa del danneggiato. 378
6. La responsabilità solidale. 379
7. Il danno patrimoniale. 381
7.1. La determinazione del danno risarcibile. 382
7.2. Il danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria. 384
7.3. Allegazione e prova del danno patrimoniale. 386
7.4. Il danno patrimoniale futuro. 389
7.5. Il risarcimento in forma specifica. 391
8. Il danno non patrimoniale: nozione e caratteri. 392
8.1. La prova del danno non patrimoniale. 393
8.1.1. Il danno da perdita di *chance* a carattere non patrimoniale. 394
8.2. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione. 395
8.3. Il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale. 396
9. La liquidazione del danno non patrimoniale. 398
9.1. La liquidazione in via equitativa: casistica. 399
9.2. La liquidazione del danno biologico. 400
9.3. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano. 401
10. Le responsabilità speciali. Danni cagionati da incapace (art. 2047 c.c.) 402
10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.). 403
10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.). 403
10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.). 404
10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.). 404
10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.). 406
10.6. Rovina di edificio (art. 2053 c.c.). 408
10.7. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.). 409

CAPITOLO XII

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI
(di Irene Ambrosi)

1. Premessa. 413
2. La responsabilità del medico. 414
3. La responsabilità dell'avvocato. 418
4. La responsabilità del notaio. 419
5. La responsabilità del commercialista. 421
6. Le responsabilità del direttore dei lavori e del costruttore nell'appalto. 422
7. La responsabilità del geometra. 422
8. La responsabilità degli ausiliari del giudice. 423
9. La responsabilità dell'intermediario finanziario. 424

VOLUME SECONDO

PARTE QUARTA

(coordinata da Giuseppe Fichera e Salvatore Leuzzi)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA
(di Vincenzo Galati)

1. La confondibilità e la contraffazione di marchi e brevetti. 425
2. Il preuso del marchio. 432
3. La decadenza dal brevetto. 433
4. Il diritto d'autore. 434
5. Le condotte anticoncorrenziali *ex lege* 10 ottobre 1990, n. 287. 436
6. Il divieto di concorrenza e la concorrenza sleale. 438
7. Le clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista. 442

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ
(di Eleonora Reggiani)

1. Le società in generale. 445
   1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria. 445
   1.2. Società di fatto. 446
   1.3. Intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie. 447
   1.4. La clausola compromissoria e le controversie compromettibili. 447
   1.5. Le vicende modificative ed estintive delle società. 448
2. Le società di persone. 451
   2.1. La responsabilità solidale dei soci e il *beneficium excussionis*. 451
   2.2. Scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio e scioglimento della società. 453
3. Le società di capitali. 454
   3.1. Diritti e doveri del socio. 455
   3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo. 456
   3.3. Le deliberazioni dell'assemblea. 458
   3.4. Gli amministratori. 459
   3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci. 461

3.6. La responsabilità del liquidatore. 464
4. Particolari società di capitali. 465
4.1. Le società cooperative. 466
4.2. Le società consortili. 467
5. L'associazione in partecipazione. 468

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA
(DI ELEONORA REGGIANI)

1. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari. 471
2. La cessione di rapporti giuridici in blocco. 472
3. I servizi di pagamento effettuati a mezzo di strumenti elettronici. 473
4. Interessi moratori e disciplina antiusura nei rapporti bancari. 474
5. Contratti di conto corrente e contratti regolati in conto corrente. 477
5.1. La nullità delle clausole relative agli interessi. 479
5.2. La rideterminazione del saldo e le restituzioni. 483
6. Il mutuo fondiario. 484
7. Gli assegni, le cambiali e i buoni postali. 485
8. I fondi comuni d'investimento. 488
9. L'intermediazione finanziaria. 488
9.1. Nullità contrattuali e statuizioni conseguenti. 489
9.2. Gli obblighi informativi: contenuto, violazione e rimedi. 490
9.3. L'operato dei promotori. 492
10. I singoli contratti d'investimento. 493
10.1. L'offerta fuori sede. 493
10.2. La gestione di portafogli. 494
10.3. Il contratto di *swap*. 495
10.4. Il contratto "4You". 497

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI
(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO)

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. 499
1.2. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. 500
1.2. Il procedimento prefallimentare. 503
1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. 505
2. Gli organi delle procedure concorsuali. 507
2.1. I reclami endofallimentari. 508
3. Le azioni di inefficacia in generale. 509
3.1. Le azioni *ex* art. 66 l. fall.. 510
4. Le revocatorie fallimentari. 510
4. I rapporti pendenti. 511
5. La formazione dello stato passivo. 513
5.1. Le prove documentali. 516
5.2. Le prelazioni e le prededuzioni. 517
6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo e le revocazioni. 517
7. La liquidazione dell'attivo. 519
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. 520
9. Il concordato fallimentare. 520
10. Il concordato preventivo in generale. 521
10.1.L'ammissione alla procedura e la sua revoca. 525
10.2. L'omologa, le impugnazioni e l'esecuzione. 527
12. La liquidazione coatta amministrativa. 528

13. Il sovraindebitamento. 529

PARTE QUINTA
IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(coordinata da Milena d'Oriano e Luigi Di Paola)

SEZIONE PRIMA
IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO

CAPITOLO XVII

COORDINATE ERMENEUTICHE DI LEGITTIMITA' IN MATERIA DI LAVORO PRIVATO
(di Antonella Filomena Sarracino)

1. Questioni in materia di subordinazione. I rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. 531
1.1. Subordinazione e associazione in partecipazione. 533
1.2. Il contratto di apprendistato, il lavoro a progetto e la trasformazione in lavoro subordinato. 534
1.3. La subordinazione cd. attenuata del lavoro dirigenziale. 536
1.4. Subordinazione ed impresa familiare. 536
1.5. Contratto di appalto con impresa artigiana e parasubordinazione. 537
1.6. Rapporto di lavoro giornalistico e collaboratore fisso. 537
2. Lavoro autonomo e prestazioni di opera intellettuale: i professori d'orchestra. 538
2.1. Il contratto di agenzia. 538
3. L'individuazione del datore di lavoro. 539
3.1. La verifica della sussistenza di obblighi di inquadramento datoriali in caso di appalto di pubblico servizio. 541
3.2. Accordo sindacale, obbligo di assunzione, contenuto minimo ed esecuzione in forma specifica. 541
4. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro: il limite del rischio elettivo e del concorso colposo del dipendente, il riparto degli oneri della prova e le peculiarità del giudizio per danni *iure proprio* da perdita del rapporto parentale conseguente ad inadempimento datoriale. 542
4.1. La responsabilità del committente e del sub-committente. 544
5. Il mobbing. 545
6. Demansionamento e *ius variandi*. 545
7. Discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro, comportamenti antisindacali e prerogative sindacali. 546
8. I poteri di controllo datoriali. 548
9. Questioni retributive. 549
9.1. Interessi e rivalutazione nel rapporto di lavoro privato e gli interessi compensativi nei debiti di valore. 551
10. La stipula di patti a corredo del rapporto di lavoro, rinunzie abdicative, progetto individuale di inserimento e consenso del lavoratore. 552
11. I congedi parentali e le previsioni della l. n. 104 del 5 febbraio del 1992 in tema di permessi, computabilità ai fini della tredicesima ed esonero dall'obbligo dal lavoro notturno. 554
12. Rapporti di lavoro e procedure concorsuali. 555
13. Il distacco del lavoratore ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003. 556
14. La cessione del trattamento di fine rapporto ed il limite del quinto, transazione e regole di ermeneutica della contrattazione collettiva e degli atti di quietanza. 557
15. Dimissioni. 558

16. L'esame di questioni specifiche derivanti dalla contrattazione collettiva. 558
17. I danni risarcibili in caso di violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione. 560

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE
(di Ileana Fedele)

1. Le deroghe introdotte dalla legislazione emergenziale sanitaria. 561
2. Lavoro flessibile. 563
3. Il contratto di lavoro a tempo determinato. 564
3.1. La forma della proroga. 564
3.2. La decadenza dall'impugnazione del termine. 564
3.3. Ambito di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 in ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato. 565
3.4. Le dimissioni del lavoratore nella serie dei contratti a termine. 566
3.5. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato. 566
4. La somministrazione di lavoro. 572
5. L'indennità ex art. 32 della l. n. 183 del 2010. 572
6. Cessione di azienda. 573

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO
(di Luigi Di Paola)

1. Potere disciplinare. 575
2. Licenziamento individuale. 577
2.1. La motivazione del licenziamento. 579
2.2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. 579
2.3. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. 583
2.4. Il licenziamento nullo per frode alla legge. 585
2.5. Il licenziamento del dirigente. 586
2.6. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. 586
2.7. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze. 586
2.8. Applicazioni della legge "Fornero". 587
2.9. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. 589
2.10. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. 589
3. Licenziamenti collettivi. 590

SEZIONE SECONDA
IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO
(di Giovanni Maria Armone e Luigi Di Paola)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio. 593
2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni. 593
3. Retribuzione e altri trattamenti economici. 598
4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni. 604
5. Vicende del rapporto. 606
6. Mobilità. 607
7. Illeciti disciplinari: questioni procedimentali e sostanziali. 609
8. La cessazione del rapporto di lavoro. 611

9. La dirigenza. 611

SEZIONE TERZA
Il diritto della previdenza sociale

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE
(DI ANNACHIARA MASSAFRA)

1. Premessa. 619
2. L'obbligazione contributiva ed i soggetti obbligati. 619
3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo. 622
4. La restituzione dei contributi. 623
6. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione. 625
7. Accertamento e riscossione. 626
8. Le sanzioni civili. 626
9. La prescrizione dei crediti contributivi. 627

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI
(DI VINCENZO GALATI)

1. La presentazione della domanda amministrativa. 629
2. La decadenza dall'azione giudiziaria. 631
   2.1. L'improcedibilità dell'azione giudiziaria. 634
3. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa. 634
4. Le prestazioni pensionistiche. 638
5. C.I.G. e indennità di mobilità. 640
6. L'indennità di disoccupazione. 642
7. L'indennità di malattia. 644
8. L'indennità di maternità. 645
9. Le prestazioni assistenziali. 646
   9.1. La decadenza di cui all'art. 42 d.l. n. 269 del 2003 646
   9.2. L'assegno sociale. 647
   9.3. Altre questioni in materia di prestazioni assistenziali. 648
10. Le prestazioni ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie. 649
11. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere. 650
12. Il diritto alla costituzione della posizione assicurativa. 652
13. Il trattamento di reversibilità ex art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898. 655
14. I benefici per i lavoratori esposti all'amianto 657

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL
(DI VINCENZO GALATI)

1. Le malattie professionali. 661
2. Gli infortuni sul lavoro. 663
3. Il danno differenziale. 666
4. I contributi assicurativi INAIL 668
5. L'azione di regresso 669

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA
(DI VINCENZO GALATI)

1. Cassa Nazionale Forense 671
2. Fondo Volo. 673
3. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti. 674
4. Fondo elettrici e Fondo telefonici. 675
5. INPDAI 676
6. ENASARCO 677
7. Previdenza integrativa. 678

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Dario Cavallari e Stefano Pepe)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA'
(DI ALDO CENICCOLA)

1. Premessa. 681
2. La giurisdizione. 681
3. La determinazione dell'indennità di espropriazione. 682
4. Qualificazione delle aree e natura dei vincoli. 685
5. L'occupazione. 687
6. L'asservimento. 687
7. L'opposizione alla stima. 688
8. L'espropriazione parziale. 690
9. La determinazione consensuale dell'indennità. 691
10. L'espropriazione illegittima. 691
11. La retrocessione. 693

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI
(DI STEFANO PEPE)

1. Premessa, il quadro normativo. 695
2. La giurisdizione: cenni. 696
3. L'esecuzione del contratto: le riserve, il ritardo nella consegna delle opere, il controllo del progetto. 699
4. Le formalità nella ripartizione dei lavori nel caso di riunione di imprese orizzontale. 702
5. Differenze tra opere extracontrattuali e varianti. Rilevanza ai fini della posizione dell'appaltatore. . 703
6. Appalto e sub-appalto. Rapporti e interferenze. 704
7. L'arbitrato negli appalti pubblici. 705

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING
(DI ELEONORA REGGIANI)

1. Le società *in house providing* e la giurisprudenza di legittimità. 711

2. Gli oneri economici dei permessi spettanti ai dipendenti con incarichi elettivi presso l'ente pubblico partecipante. 712

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE
(di DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali. 713
2. Modalità di notifica. 716
3. Giurisdizione e principio di specialità. 718
4. Competenza ed incompetenza. 720
5. Altri vizi procedurali. 721
6. Elemento psicologico e cause di giustificazione. 722
7. Cumulo materiale e concorso di persone. 725
8. Intrasmissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale. 726
9. Prescrizione. 727
10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedimentali. 729
11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta. 731
12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione. 732
13. Abuso di informazioni privilegiate. 732
14. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate. 733
15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. 735
16. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada. Profili processuali: l'opposizione, la competenza, il rito. 736
17. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura e requisiti. 738
18. Le violazioni sanzionate dal codice della strada. 739
19. Le sanzioni in materia di inquinamento idrico: titolarità della potestà sanzionatoria. 740
19.1 Le singole infrazioni in materia di inquinamento idrico. 741
20. Le sanzioni amministrative in materia di rifiuti. 742
21. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti. 744
22. Le sanzioni per le violazioni al cd. Codice della privacy. 745
23. Le altre sanzioni. 746

CAPITOLO XXIX

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI
(DI ALDO CENICCOLA)

1. Premessa. 751
2. Elettorato passivo. 751
3. Contenzioso elettorale. 752

CAPITOLO XXX

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI
(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa. 755
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. 755
2.1. Gli illeciti disciplinari 755
2.1.1. I comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. 756
2.1.2. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. 757
2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. 758

2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. ... 759
2.1.5. La divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui. ... 761
2.1.6. Il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati. ... 762
2.1.7. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sè o per altri. ... 762
2.1.8. L'ottenimento di prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere coinvolti in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello, ovvero dai difensori di costoro. ... 763
2.1.9. Il divieto di iscrizione ai partiti politici. ... 763
2.1.10. Gli illeciti disciplinari conseguenti al reato. ... 764
2.1.11. Sanzioni disciplinari e rimozione del magistrato. ... 765
2.2. La condotta disciplinare irrilevante. ... 765
2.2. Il procedimento disciplinare. Diverse pronunce delle Sezioni Unite si sono concentrate sui profili procedurali. ... 766
2.2.1. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. ... 768
2.2.2. Intercettazioni disposte in un processo penale. ... 769
2.2.3. Incompatibilità, astensione e ricusazione nel procedimento disciplinare. elettorale. ... 770
2.2.4. Il giudizio di impugnazione e sindacato di legittimità. ... 772
2.2.5. La Revocazione. ... 773
2.2.6. La revisione. ... 774
2.3. Le misure cautelari. ... 775
2.3.1. Il trasferimento d'ufficio. ... 776
2.3.2. La misura cautelare della sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio. ... 777
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati. ... 778
3.1. Gli illeciti disciplinari. ... 778
3.2. Il regime giuridico della prescrizione. ... 779
3.3. Il procedimento disciplinare. ... 780
3.3.1. Il giudizio disciplinare dinanzi al Consiglio Nazionale Forense. ... 781
3.3.2. Il giudizio di impugnazione. ... 781
4. La responsabilità disciplinare dei notai. ... 782
4.1. Gli illeciti disciplinari. ... 783
4.2. Il procedimento disciplinare. ... 783
4.3. La determinazione della sanzione. ... 784

VOLUME TERZO

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE
(DI GIOVANNI MARIA ARMONE)

1. Il principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. ... 799
1.1. La tutela del consumatore. ... 799
1.2. I migranti. ... 802
1.3. Il diritto tributario dell'Unione europea. ... 804
1.4. Altre ipotesi. ... 806
2. L'effettività nella giurisprudenza di legittimità. ... 807

2.1. Le garanzie processuali. 807
2.2. Effettività e immigrazione 809
2.3. Tributi armonizzati e non 809
2.4. Effettività e diritto delle impugnazioni 810
2.5. Effettività ed entità della riparazione pecuniaria. 811

II) GIUSTO PROCESSO, ADEGUATEZZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE AD AGIRE
(DI LAURA MANCINI)

1. La teoria dell'azione nella genesi del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale. 813
2. Il diritto di azione nella Costituzione. 816
3. Il diritto alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo. 818
3.1. L'effettività come limite al principio di autonomia procedurale. 820
4. Giusto processo, potere giurisdizionale e riserva di legge processuale. La teoria dell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale. 822
5. L'adeguatezza dei rimedi nella giurisprudenza di legittimità. La tutela risarcitoria. 825
5.1. Il controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale. 829
6. Il limite della meritevolezza dell'interesse ad agire. 834

III) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.
(DI MARIA ELENA MELE)

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. 839
2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. 841
3. L'effetto espansivo interno del giudicato. 843
4. Impugnazioni e preclusioni. 844

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE
(DI ANGELO NAPOLITANO)

1. Premessa: la questione di giurisdizione 847
2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008 855
3. Il regolamento preventivo di giurisdizione: il procedimento 858
4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii* 864

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO
(DI DARIO CAVALLARI)

1. Brevi premesse. 869
2. Profili processuali: il giudicato. 869
3. Profili processuali: i motivi inerenti alla giurisdizione. 870
4. Profili processuali: ulteriori questioni. 875
5. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni. 876
6. Le sanzioni amministrative. 877
7. Gli appalti. 878
8. Le vicende legate al patrimonio immobiliare. 879
9. Le procedure ad evidenza pubblica, i servizi in regime di concessione e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. 882
10. L'attività sanitaria. 885

11. Gli enti. 886
12. Le domande di accertamento dei diritti, di pagamento di somme di denaro e di risarcimento del danno. 886

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE
(di Stefania Billi)

1. La giurisdizione delle acque pubbliche. 901

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI
(di Dario Cavallari)

1. Premessa. 905
2. L'azione di responsabilità. 905
3. Il giudizio di conto. 910
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico. 910
5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione. 911
6. Ulteriori profili processuali. 914

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO
(di Gian Andrea Chiesi e Stefania Billi)

1. Premesse generali. 917
1.1. (Segue) Le clausole di deroga e di proroga della giurisdizione. 920
2. Azioni contrattuali e contratti. Per quanto concerne le azioni contrattuali, ... 923
3. Cause successorie. 926
4. Delibazione di sentenze e lodi arbitrali stranieri. 927
5. Illeciti civili. 929

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA
(di Maria Elena Mele)

1. La competenza per materia. 931
1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. - 931
1.2 Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa. 932
1.3 Le controversie di competenza della Corte d'appello. 934
2. La competenza per valore. 934
3. La competenza per territorio. 936
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione. 937
3.2. Il foro per le cause relative a diritti reali e in materia di locazione. 938
3.3 Il foro della Pubblica amministrazione. 939
3.4 Il foro delle controversie in materia di proprietà industriale. 940
3.5 Il foro delle controversie in materia di protezione dei dati personali. 941
3.6 Procedimenti di competenza della sezione disciplinare del CSM. 941
3.7 Il foro per la nomina dell'amministratore di sostegno. 941
3.8 Competenza per territorio riguardo al trasporto aereo internazionale. 943
3.9. Convenzioni di deroga alla competenza per territorio. 944
4. La competenza funzionale. 946
5. Profili processuali. L'eccezione di incompetenza. 947
6. Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza. 950

7. Il regolamento di competenza....950
7.1 Il procedimento....955

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI
(DI LAURA MANCINI)

1. Il giudice. Astensione e ricusazione....957
2. Ausiliari. 958
2.1. Il diritto al compenso. 958
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari....960
3. Litispendenza e continenza. 961
4. Le parti e i difensori. 964
5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso. 971
6. L'interesse ad agire. 975
7. La legittimazione ad agire....977
8. I termini. 979
9. Comunicazioni e notificazioni....980
9.1. Nullità della notificazione....987

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA
(DI DONATELLA SALARI)

1. La condanna alle spese. 989
1.1. Il principio di soccombenza e la liquidazione delle spese. 993
1.3. La responsabilità aggravata. 997
1.4. La lite temeraria. 998

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE
(DI GIUSEPPE NICASTRO)

1. Premessa. 1001
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: generalità e casistica. 1002
2.1. Generalità....1002
2.2. Comunione legale tra coniugi. 1002
2.3. Diritti reali....1003
2.4. Previdenza. 1004
2.5. Successioni....1006
2.6. Contratti. 1007
2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni. 1008
2.8. Azione revocatoria. 1009
2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione. 1009
2.10. Contenzioso elettorale. 1010
2.11. Espropriazione per pubblico interesse....1010
2.12. Successione nel processo....1011
3. Difetto del contraddittorio: rilevabilità e sanzione, integrazione....1011
4. Svolgimento del processo litisconsortile. 1012
5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame. 1013
5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione. 1015
6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame. 1016
7. Litisconsorzio necessario (processuale) nel giudizio di rinvio....1017
8. Litisconsorzio facoltativo. 1017

CAPITOLO X

LE PROVE

(di Andrea Penta)

1. La consulenza tecnica d'ufficio. 1020
1.1. Il mancato esame delle risultanze della c.t.u. 1021
1.2. Le operazioni peritali e i poteri del c.t.u. 1021
2. L'ordine di esibizione. 1024
3. Il disconoscimento di scritture private. 1025
3.1. Il disconoscimento delle copie fotostatiche o fotografiche. 1028
3.2. Il procedimento di verificazione. 1028
4. La querela di falso. 1029
4.1. Gli aspetti processuali. 1029
4.2. I mezzi di prova utilizzabili. 1030
5. Il giuramento. 1031
6. La prova testimoniale. 1031
6.1. L'incapacità a testimoniare. 1032
6.2. L'assunzione della prova testimoniale. 1033
6.3. La testimonianza *de relato* 1033
6.4. Le presunzioni. 1034

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

(di Paola D'Ovidio)

1. L'interpretazione della domanda. 1035
2. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria. 1036
2.1. La mancanza della sottoscrizione del difensore nella copia notificata dell'atto di citazione. 1038
2.2. La domanda e l'eccezione riconvenzionale. 1038
3. Il mandato alle liti. 1040
4. Difetto di autorizzazioni. 1043
5. Notificazioni e comunicazioni. 1044
6. Mediazione obbligatoria 1049
7. Nullità degli atti e della sentenza. 1051
7.1 Duplice iscrizione della causa a ruolo. 1053
8. La *mutatio* e la *emendatio libelli*. Preclusioni processuali 1053
8.1. Il differimento della prima udienza. 1056
9. La rimessione in termini. 1056
10. Il litisconsorzio, l'intervento e la chiamata in causa. 1058
11. La sospensione del processo. 1060
12. L'interruzione del processo. 1062
13. La riassunzione del processo interrotto. 1063
13.1 Eccezione di estinzione per tardiva riassunzione. 1065
14. La fase decisoria. 1066
14.1 Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. 1069
14.2. Le sentenze non definitive. 1071
15. La correzione dei provvedimenti giudiziali. 1072

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(di Giovanni Fanticini)

1. Profili generali. 1075
2. L'interesse all'impugnazione. 1075
3. La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato. 1079

4. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve. 1081
4.1. (Segue) b) il termine cd. lungo. 1085
4.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione. 1089
4. Le impugnazioni incidentali 1093
6. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. 1097
7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione. 1100

CAPITOLO XIII

L'APPELLO
(di Giovanni Fanticini)

1. Caratteri generali del processo d'appello. 1103
2. I provvedimenti appellabili. 1104
3. Forme e termini dell'impugnazione. 1107
4. L'oggetto dell'impugnazione. 1114
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex* art. 346 c.p.c. 1115
6. Le parti e il contraddittorio. 1116
7. I *nova* in appello. 1118
7.1. (Segue) Nuovi mezzi di prova in appello. 1121
8. La decisione e trattazione dell'appello. 1123

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE
(di Salvatore Saija)

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa. 1125
2. Il procedimento. 1131
3. Il giudizio di rinvio. 1164

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE
(di Eleonora Reggiani e Raffaele Rossi)

1. Premessa. 1169
2. La presentazione del ricorso straordinario per cassazione. 1170
3. Gli atti impugnabili. 1172
4. Alcuni provvedimenti adottati nel corso del processo. 1173
5. La pronuncia di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348 *ter* c.p.c. 1174
6. I provvedimenti in materia di famiglia e minori. 1175
7. La statuizione sulla sospensiva in materia di protezione internazionale. 1176
8. I provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. 1177
9. La revoca dell'amministratore di condominio. 1178
10. Le sentenze secondo equità del giudice di pace. 1180
11. La decisione sull'opposizione alla liquidazione dei compensi *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002 1181
12. La revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. 1182
13. I provvedimenti relativi all'esecuzione forzata. 1183
14. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere. 1184
15. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. 1186
16. La richiesta del Procuratore Generale. 1187
17. Il potere officioso della Corte. 1188

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE
(di Valeria Pirari).

1. Premessa. 1191
2. Revocazione. 1191
2.1. Falsità delle prove. 1192
2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. 1193
2.3. Contrasto tra sentenze. 1193
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione. 1194
4. Questioni procedimentali. 1195
5. L'opposizione di terzo. 1197

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE
(di Giovanni Maria Armone)

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali. 1201
1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico. 1201
1.2. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile. 1204
2. La competenza. 1205
3. Il giudizio di primo grado. La fase introduttiva. 1207
3.1. I poteri officiosi istruttori del giudice. 1208
3.2. La sentenza di primo grado. 1209
4. Le impugnazioni. 1210
5. Il procedimento *ex* art. 28 st.lav. 1212
6. Il cd. rito Fornero. 1213
7. Il procedimento di accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi. 1215
8. Il processo previdenziale e assistenziale. 1216
9. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex* art. 445-*bis* c.p.c. 1219

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE
(di Raffaele Rossi)

1. Condizioni dell'azione esecutiva. 1221
2. Titolo esecutivo. 1222
3. Precetto. 1224
4. Intervento dei creditori. 1224
5. Espropriazione mobiliare ed espropriazione presso terzi: ambiti applicativi. 1225
6. Espropriazione di crediti presso terzi: oggetto, soggetti, effetti. 1227
6.1. (*segue*) Ordinanza di assegnazione. 1230
7. Espropriazione immobiliare. 1231
7.1. (*segue*) Gli esiti della fase liquidativa. 1233
8. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione. 1235
9. Espropriazione contro il terzo proprietario. 1235
10. Opposizioni esecutive: profili comuni. 1236
11. Opposizione all'esecuzione. 1238
12. Opposizione agli atti esecutivi. 1240
13. Opposizione di terzo all'esecuzione. 1241
14. Controversie in sede di distribuzione del ricavato. 1241
15. Stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata. 1242
16. Estinzione dell'esecuzione. 1243

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(DI ANDREA PENTA)

1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza. 1244
2. Notificazione ed inefficacia del d.i. 1245
3. La mediazione obbligatoria ed il tentativo di conciliazione. 1245
4. Il giudizio di opposizione a d.i. 1246
5. I poteri processuali dell'opponente. 1247
6. Il giudizio di opposizione in ambito condominiale. 1247
7. I rapporti con il fallimento. 1248
8. L'opposizione tardiva a d.i. 1249
9. L'esecutorietà del d.i. 1249
10. La tutela cautelare. 1250
11. Il sequestro giudiziario. 1252
12. I procedimenti di istruzione preventiva. 1252
13. Il procedimento sommario di cognizione: le preclusioni. 1253
13.1. L'impugnazione dell'ordinanza conclusiva. 1254
13.2. Alcuni procedimenti speciali. 1255
14. I procedimenti in materia di famiglia. 1256
14.1. I provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni. 1256
14.2. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi. 1256
15. I provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e di amministrazione di sostegno. 1257
16. I procedimenti in camera di consiglio: il regime impugnatorio. 1259
16.1. L'istruttoria e le spese. 1260
16.2. La revocabilità dei provvedimenti. 1260

CAPITOLO XX

L'ARBITRATO

(DI FABIO ANTEZZA)

1. Premessa. 1263
2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione, *potestas iudicandi* e suoi limiti, vessatorietà e collegamento negoziale. 1263
3. (segue) Contratto ad effetti processuali: autonomia e contratto preliminare. 1266
4. Rapporti con statuto di società di persone, *potestas iudicandi* e limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità. 1267
5. La clausola compromissoria tra indisponibilità del diritto controverso e inderogabilità delle norme. 1267
6. Arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale e assicurazione contro i danni. 1268
7. Pubblica Amministrazione e arbitrato (irrituale e rituale) nella materia dell'appalto di opere pubbliche. 1270
8. Anticipazione delle spese ed arbitrato amministrato *ex* art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006. 1272
9. Arbitrato irrituale in materia di lavoro privato. 1274
10. Rapporti tra *potestas iudicandi*, verifica del Giudice dell'impugnazione e sindacato di legittimità. 1274
11. L'impugnazione delle deliberazioni di aumento del capitale sociale. 1275
12. Ordine pubblico e regole di diritto sostanziale e processuale nella decisione degli arbitri. 1276
13. Impugnazione per nullità. 1277
14. (segue) Natura e conseguenze. 1278
15. L'interesse ad impugnare nella violazione del contraddittorio e la fase rescissoria nel difetto *della potestas iudicandi*. 1279
16. Il termine per impugnare. 1281
17. L'impugnazione immediata del lodo parziale. 1281
18. Questioni di giurisdizione e di merito, rapporti con il G.A., regolamento di competenza e poteri della S.C. 1282
19. Il riconoscimento del lodo arbitrale estero. 1285

VOLUME IV

APPROFONDIMENTI TEMATICI

(coordinato da Paola D'Ovidio)

SEZIONE I
QUESTIONI PROCESSUALI

I) IL PROCESSO CIVILE ITALIANO DI FRONTE ALLA PANDEMIA DEL 2020
(DI GIUSEPPE FICHERA)

1. Introduzione. 1287
2. La cd. "prima fase". 1289
  2.1. (Segue). Il rinvio delle udienze. 1290
  2.2. (Segue). Le udienze sottratte al rinvio. 1291
  2.3. (Segue). La sospensione dei termini processuali. 1298
  2.4. (Segue). Le altre misure processuali. 1300
  2.5. (Segue). La sospensione dei termini sostanziali. 1302
3. La cd. "seconda fase". Le misure previste. 1307
4. La cd. "terza fase". L'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020. 1310
5. La cd. "quarta fase". L'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020. 1312
6. L'udienza a porte chiuse. 1315
7. L'udienza telematica. 1316
8. L'udienza cartolare. 1319
9. La camera di consiglio da remoto. 1323
10. I depositi telematici degli atti processuali. 1326
11. La mediazione a distanza. 1329
12. La nuova procura speciale. 1330

Sezione II
DIRITTI DELLA PERSONA

II) IL PRINCIPO DI LAICITÀ DELLO STATO E LA LIBERTÀ DI RELIGIONE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, EUROPEA E DI LEGITTIMITÀ: IL DIRITTO VIVENTE AL PASSO DEI TEMPI.
(DI MILENA D'ORIANO)

1. Premessa. 1333
2. Il principio di laicità dello Stato e la libertà di religione. 1334
  2.1 L'evoluzione storica: dalle origini all'avvento della Costituzione. 1335
3. Genesi ed evoluzione del principio nella giurisprudenza costituzionale. 1337
4. Laicità e libertà di religione in Europa. 1344
  4.1. La giurisprudenza delle Corti europee. 1344
    4.1.1 La giurisprudenza della Corte EDU. 1345
    4.1.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. 1351
5. Il principio di laicità nella giurisprudenza di legittimità. 1354
6. Conclusioni. 1366

III) TRATTAMENTO SANITARIO TRA DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE, LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL CREDO RELIGIOSO ED OBBLIGHI PROFESSIONALI DEL MEDICO: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALLA SUPREMA CORTE
(di Fabio Antezza)

1. Le ragioni dell'intervento nomofilattico: fattispecie, questione e principio di diritto. 1369
2. Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte. 1369
3. Spunti di riflessione: il difficile dialogo tra autodeterminazione sanitaria, libertà del credo religioso ed obblighi professionali del medico. 1373

IV) IDENTITÀ DI GENERE, TRANSESSUALISMO E DIRITTO AL NOME.
(di Marina Cirese)

1. Premessa. 1379
2. L'identità di genere. 1379
3. Il transessualismo. 1381
4. L'identità di genere nel diritto internazionale. 1382
5. La disciplina nazionale del mutamento di sesso. 1384
6. L'evoluzione della giurisprudenza. 1386
7. Il diritto al nome. 1389
8. Problemi aperti. 1390

V) SULLA NATURA E SULLA CAPACITÀ ESPANSIVA DELLA TUTELA DELL'IMMAGINE DELLA PERSONA NEL DIRITTO VIVENTE
(di Paolo Spaziani)

1. La sentenza del 13 maggio 2020, n. 8880 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione. 1393
2. Il diritto all'immagine e la sua disciplina positiva. 1394
3. Contenuto e natura del diritto. 1395
4. L'estensione del diritto all'immagine: a) le limitazioni derivanti dall'autonomia privata. Il consenso dell'avente diritto. 1396
5. *(Segue)*: b) le limitazioni derivanti dalla legge. 1399
6. La capacità espansiva del diritto all'immagine nell'ordinamento "vivente". La rilevanza di Cass. civ., Sez. 3, n. 8880 del 2020. 1401
7. Riflessi sulla tutela giudiziaria del diritto. 1404
8. Postilla. 1408

SEZIONE III
DIRITTI REALI E CONDOMINIO

VI) I RAPPORTI TRA I DIRITTI REALI ED IL CONDOMINIO
(di Andrea Penta)

1. Premessa. 1411
2. La deroga alla presunzione di condominialità di cui all'art. 1117 c.c. 1412
   2.1. La trasformazione di un'area cortilizia in autorimesse. 1413
3. I sistemi centralizzati per l'accesso ai flussi informativi. 1414
4. Le deroghe al principio di accessione. 1416
   4.1. La costruzione realizzata da uno dei comunisti sull'area comune: i due orientamenti. 1417
   4.2. Le critiche mosse all'orientamento prevalente. 1419
   4.3. Il titolo di proprietà. 1421
   4.4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 3873 del 2018. 1422
   4.5. L'elemento comune alle ipotesi di accessione regolate dal codice civile. 1423
   4.6. Il regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri. 1424
   4.7. I residui profili problematici. 1425
5. Le deroghe all'accessione. 1425
   5.1. La decisione n. 8434/2020 delle Sezioni Unite. 1426
   5.2. I "titoli" in deroga al principio di accessione. 1428
   5.3. Il possibile tenore di una clausola in deroga. 1428

5.4. Una concessione con effetti meramente obbligatori o necessariamente reali? I riflessi sul regime giuridico applicabile. 1429
5.5. L'inquadramento giuridico della fattispecie. 1430
5.6. Il contratto ad effetti obbligatori: la disciplina applicabile. 1431
5.7. I poteri del singolo condomino. 1434
6. I rapporti tra l'uso della cosa comune ed il diritto di servitù. 1434
7. Conclusioni. Il principio *superficie solo cedit*. 1435
7.1. L'opera realizzata da un terzo. 1436
7.2. I parametri per l'inquadramento giuridico della fattispecie. 1437
7.3. La titolarità dell'opera. 1437

VII) ANCHE IL CONDOMINIO HA IL SUO "DECALOGO"
(di Gian Andrea Chiesi)

1. Premessa. 1439
2. La legittimazione passiva nel giudizio concernente la delibera di approvazione (e revisione) delle tabelle millesimali. 1439
3. Il regime proprietario della parte dell'impianto di riscaldamento ricompresa nell'unità immobiliare in proprietà esclusiva. 1441
4. Oneri condominiali e sinallagmaticità rispetto al funzionamento dei servizi comuni. 1444
5. La legittimazione ad impugnare l'assemblea per omessa convocazione di taluno degli aventi diritto. 1446
6. Le maggioranze necessarie all'approvazione (ed alla revisione) delle tabelle millesimali. 1448
7. Il criterio di calcolo delle spese di riscaldamento: la superficie radiante. 1450
8. L'efficacia non retroattiva delle tabelle di formazione giudiziale. 1453
9. Una postilla sul risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della (com)proprietà. 1454

SEZIONE IV
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

VIII) GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE
(di Luigi La Battaglia)

1. Gli obblighi di protezione: inquadramento della fattispecie. 1457
2. Gli obblighi di protezione accessori alla prestazione contrattuale. 1460
2.1. Obblighi preordinati alla protezione di interessi non patrimoniali. 1460
2.2. Obblighi preordinati alla protezione di interessi patrimoniali. 1461
3. Gli obblighi di protezione senza prestazione. 1463
4. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi. 1467
5. La "dimensione protettiva" della prestazione sanitaria. 1468
5.1. Gli obblighi di protezione nei confronti dei pazienti "deboli". 1471
5.2. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi in ambito sanitario. 1474
5.3. I limiti della fattispecie: la sentenza n. 14258/2020. 1475
6. Gli obblighi di protezione di interessi patrimoniali dei terzi. 1478

IX) DANNO CONTRATTUALE E DANNI CONSEQUENZIALI
(di Laura Mancini)

1. I modelli teorici del danno giuridicamente rilevante. 1481
2. Il danno come categoria unitaria. 1484
3. Il risarcimento nella teoria dell'obbligazione. 1487
4. La tesi dell'autonomia del danno contrattuale. 1491
5. La semplificazione probatoria nel risarcimento del danno contrattuale. 1494
6. I c.d. danni consequenziali. 1496
7. Il lucro cessante tra danno meramente patrimoniale e danno consequenziale. 1497
8. Prevedibilità del danno risarcibile e causa concreta del contratto. 1499
9. Il danno contrattuale nella giurisprudenza di legittimità. 1500

X) GLI INTEREST RATE SWAP E LE SEZIONI UNITE N. 8770/2020 PRIME RIFLESSIONI.
(di Dario Cavallari)

1. Premessa. 1505
2. Le caratteristiche di base dell'IRS. 1505
3. L'IRS in una prospettiva storica. 1507
4. La causa dell'IRS. 1510
5. Gli IRS dei privati e quelli dei Comuni: una prima comparazione. 1512
6. L'*upfront* e gli IRS conclusi dai Comuni 1513

SEZIONE V
DIRITTO DEL LAVORO

XI) I PRINCIPALI INTERVENTI IN MATERIA DI RAPPORTO DI LAVORO NELLA NORMATIVA EMERGENZIALE IN TEMPO DI PANDEMIA
(di Vincenzo Galati)

1. Le linee di intervento del legislatore dell'emergenza 1523
2. Le fonti normative 1525
3. Il lavoro agile 1526
4. La proroga dei contratti a termine 1533
5. Il divieto di licenziamento 1534

XII) LA TUTELA DEL DANNO ALLA SALUTE DEL LAVORATORE TRA INDENNIZZO INAIL E RISARCIMENTO DEL DANNO; DUE RIMEDI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DA COVID-19.
(di Milena d'Oriano)

1. Premessa. 1543
2. Indennizzo e risarcimento: una difficile coesistenza 1544
3. Esonero, danno differenziale, regresso: le disarmonie ormai composte 1547
   3.1. La natura non integralmente satisfattiva dell'indennizzo sociale. 1547
   3.2. Gli oneri di allegazione nell'azione per il danno differenziale. 1548
4. L'esonero: ambito applicativo, superamento e conseguenze. 1549
   4.1. I criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato. 1551
5. I criteri di calcolo del danno differenziale e del regresso. 1556
   5.1 La legge 30 dicembre 2018 n. 145: una novella di breve durata. 1558
6. I danni complementari. 1560
7. Il presupposto del risarcimento: la responsabilità ex art. 2087 c.c. 1564
8. La tutela della salute del lavoratore ai tempi del COVID 19 1569

XIII) TRASFERIMENTO D'AZIENDA E TUTELA DEI LAVORATORI
(di Giovanni Maria Armone)

1. La vicenda Alitalia-*Etihad Airways* 1575
2. Licenziamenti collettivi, accordi sindacali e trasferimento d'azienda: gli interventi della Suprema Corte. 1578
3. Le questioni ancora aperte. 1581
4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema dei diritti dei lavoratori in caso di cessione d'azienda. 1584
5. Le nuove regole del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. 1587

PRESENTAZIONE

La nostra Rassegna annuale ha rinnovato il suo impianto strutturale - pur senza perdere la storica funzione di rappresentare puntualmente il laboratorio nomofilattico della Corte nell'anno trascorso – in ragione della esigenza, collegata al costante aumento del numero di pronunce emesse dalla Corte di Cassazione, di disegnare un filo conduttore degli orientamenti in ciascun settore e di indicare, con costruttiva trasparenza, dove questo filo presenta qualche torsione o si spezza.

Duplicità di obiettivi, dunque, per la Rassegna. All'informazione periodica sulla produzione giurisprudenziale si accompagna la riflessione critica sulla capacità effettiva della Corte di assolvere alla funzione nomofilattica, di natura al contempo ordinamentale e costituzionale, all'interno di un sistema di fonti estremamente complesso e con un carico di ricorsi, avvertito come incompatibile con il raggiungimento del risultato dell'uniformità dei principi.

L'attività giurisdizionale della Corte nell'anno 2020 è stata attraversata anche dalla variante COVID che ha determinato nella prima fase della pandemia una battuta d'arresto ed un successivo adeguamento al mutamento radicale dei ritmi di vita e delle modalità di lavoro di tutti gli operatori della Corte. La rassegna dà conto, negli approfondimenti tematici anche dello sforzo di fornire uno strumento interpretativo utile in relazione alle norme processuali e sostanziali di nuova introduzione, non sempre di agevole inserimento nel contesto ordinamentale preesistente.

Prosegue anche quest'anno, nonostante la discontinuità determinata dalla pandemia, l'impegno rivolto ad una lettura sistematica delle norme e all'illustrazione dell'incisività degli interventi della Corte sull'elaborazione dei principi riguardanti i diritti fondamentali.

Per comprendere il respiro dell'intervento nomofilattico della Corte, non riconducibile soltanto al diritto positivo interno, la rassegna si apre proprio con la rappresentazione del rapporto dialettico che la giurisprudenza di legittimità ha con le Corti europee al fine di rilevarne il grado d'interazione e di autonomia, con i recenti significativi interventi della Corte Costituzionale al riguardo.

Segue l'esposizione, con riferimento alla parte relativa alla giurisprudenza civile, degli orientamenti suddivisi per tipologie di diritti (diritti fondamentali della persona, diritti a contenuto economico, diritto del lavoro e della previdenza, il rapporto con i pubblici poteri) e per ambiti d'intervento (impresa e mercato, obbligazioni e contratti). All'area processuale è dedicato un intero volume

destinato a porre in luce la funzione e l'effettività delle garanzie processuali, in relazione ai principi costituzionali e convenzionali riguardanti il giusto processo.

Permane l'impegno diretto agli "approfondimenti tematici" che riguardano i temi che hanno maggiormente impegnato le diverse sezioni civili. Il principio della laicità dello Stato in relazione all'esposizione dei simboli religiosi; il trattamento sanitario in costante tensione dialettica con il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, il transessualismo e l'identità di genere, l'immagine nell'universo globalizzato sono solo alcuni dei temi trattati. Accanto ad essi, nella rassegna sono rappresentate le linee evolutive del diritto proprietario e del couso di beni comuni, la conformazione dell'autonomia privata ai cd. obblighi di protezione, le conseguenze dell'utilizzo massivo di strumenti finanziari derivati anche da enti pubblici, la consueta riflessione sulle frontiere sempre dinamiche del danno contrattuale ed extracontrattuale ed infine, come già accennato, l'incisività della legislazione introdotta per fronteggiare gli effetti negativi del lockdown sull'esercizio della giurisdizione e la tutela dei dritti, in ambito processuale, contrattuale, lavoristico, previdenziale.

Va, infine, segnalato che, accanto a questa Rassegna annuale, in cui si rinviene un quadro generale della giurisprudenza di legittimità e delle sue prospettive prossime, vengono predisposte rassegne periodiche in materia tributaria, in tema di processo telematico e di protezione internazionale, settori nei quali l'esigenza di progressivo affinamento e specializzazione si presenta davvero come una sfida. L'approfondimento scientifico costante e crescente, di cui la rassegna annuale costituisce strumento ineliminabile, rende l'Ufficio del Massimario, anche per il progressivo ampliamento, anche quantitativo, dell'attività giurisdizionale della Corte, il laboratorio dell'elaborazione della nomofilachia,

Un lavoro reso possibile solo grazie al sacrificio di colleghi preparati ed appassionati, che hanno partecipato con entusiasmo alla ideazione e realizzazione della rassegna, in stretto collegamento con tutti gli altri progetti illustrati.

I volumi della rassegna in presentazione saranno pubblicati, per conto della Corte, dall'Istituto Poligrafico dello Stato.

Questa breve presentazione si conclude con un sentito e non rituale ringraziamento alla collega Paola D'Ovidio, che ha curato il coordinamento generale della Rassegna, nonché ai colleghi che vi hanno profuso il loro impegno con competenza ed entusiasmo: Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Maria Armone, Stefania Billi, Dario Cavallari, Gian Andrea Chiesi, Marina Cirese, Vittorio Corasaniti, Francesco Cortesi, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Milena D'Oriano, Paola D'Ovidio, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Gianluca Grasso, Luigi La Battaglia, Salvatore Leuzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Maria Elena Mele,

Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Giuseppe Nicastro, Andrea Penta, Stefano Pepe, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Paolo Spaziani.

Non può mancare un sincero grazie al signor Marco Marchetti, che ha curato gli aspetti tecnici dell'editing e a tutto il personale addetto alla Segreteria dell'Ufficio del Massimario e del CED, per il paziente lavoro di rifinitura.

Per finire, un forte ringraziamento ed un saluto affettuoso a Maria Rosaria San Giorgio, ora giudice costituzionale, che ha diretto questo Ufficio fino a poco tempo fa promuovendo e sostenendo tutti gli sforzi di miglioramento e d'innovazione realizzati ed in itinere.

Il Direttore aggiunto
Maria Acierno

VOLUME PRIMO
PRINCIPÎ DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PRINCIPÎ DI DIRITTO SOSTANZIALE

PARTE INTRODUTTIVA

I) LA NOMOFILACHIA ED IL DIRITTO EUROPEO: LA CORTE DI CASSAZIONE PROTAGONISTA DEL DIALOGO SOVRANAZIONALE.

(DI DARIO CAVALLARI, ANGELO NAPOLITANO, ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)[1]

SOMMARIO: 1. Il dialogo fra corti: i limiti del controllo della S.C. sulle decisioni dei giudici amministrativi e contabili - 2. Il dialogo fra corti: l'adeguamento della giurisprudenza nazionale a quella eurounitaria in seguito ad ordinanze di rimessione alla CGUE - 3. Il dialogo fra corti: l'incidenza della giurisprudenza UE sulla giurisdizione e sulla competenza - 4. Il diritto tributario - 5. Le libertà civili e i diritti fondamentali - 6. Libertà economiche e diritti del consumatore - 7. I medici specializzandi: premessa - 8. Il diritto al risarcimento del danno dei medici specializzandi iscritti anteriormente al 1982: la nuova rimessione alle Sezioni Unite ed il secondo coinvolgimento della CGUE.

Durante l'anno 2020 è possibile scorgere diversi ambiti nei quali la giurisprudenza della Corte di cassazione ha incrociato il diritto dell'Unione europea e i princìpi posti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un primo filone concerne il dialogo con le corti sovranazionali e, quindi, l'interpretazione della normativa interna, anche di livello costituzionale, conseguente a tale dialogo; esso riguarda, soprattutto, ma non solo, i limiti entro i quali la Suprema Corte può garantire, attraverso il sindacato in tema di giurisdizione (art. 111, comma 8, Cost.), l'esatta applicazione del diritto UE e CEDU da parte dei giudici amministrativi e contabili.

A tale filone si collegano quelli della diretta conformazione del nostro ordinamento a quello unionale e dell'incidenza delle decisioni della CGUE sul nostro diritto internazionale privato e sull'individuazione della giurisdizione e della competenza.

Un ulteriore settore è quello del diritto tributario, e dei princìpi connessi all'accertamento e alla riscossione dei tributi.

Un distinto profilo è quello delle libertà civili e dei diritti fondamentali.

Assumono pure rilievo le pronunce sulle libertà economiche e sui diritti del consumatore.

Infine, non possono essere dimenticate alcune questioni in tema di diritto del lavoro e concernenti gli specializzandi in materia sanitaria.

---

[1] I paragrafi da 1 a 3 sono stati redatti da Dario Cavallari, quelli da 4 a 6 da Angelo Napolitano, quelli da 7 ad 8 da Antonella Filomena Sarracino.

1. Il dialogo fra corti: i limiti del controllo della S.C. sulle decisioni dei giudici amministrativi e contabili.

Il profilo in esame è, senza dubbio, quello di maggior rilievo, nel 2020, fra quelli relativi al rapporto fra ordinamento italiano e Corte di giustizia dell'Unione europea.

La più recente giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso che la violazione, da parte del Consiglio di Stato, di norme del diritto dell'Unione europea o della CEDU che si risolva in un *error in iudicando* non è sindacabile ad opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in sede di controllo di giurisdizione, in quanto il controllo in questione è circoscritto all'osservanza dei meri limiti esterni della giurisdizione, senza estendersi ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale concernenti il modo d'esercizio della giurisdizione speciale, l'accertamento delle quali rientra nell'ambito dei limiti interni a quest'ultima (**Sez. U, n. 06460/2020, De Stefano, Rv. 657215-01**).

Secondo questa impostazione, qualora il Consiglio di Stato ometta di disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE, questo non può essere deciso, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, in quanto al massimo organo nomofilattico della giurisdizione ordinaria spetta solo il controllo del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (**Sez. U, n. 06460/2020, De Stefano, Rv. 657215-02**).

Un'ipotesi particolare di difetto di attribuzione giurisdizionale del Consiglio di Stato è stata enucleata da **Sez. U, n. 07012/2020, Nazzicone, Rv. 657216-01**, che ha affermato come in tema di sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato costituisca motivo di ricorso attinente alla giurisdizione quello con il quale si denunci che il Consiglio di Stato, nell'ambito del giudizio proposto ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera z-*sexies*, del d.lgs. n. 104 del 2010, abbia esercitato i poteri inerenti alla giurisdizione esclusiva al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, per avere invaso la sfera dei poteri riservati alla esclusiva competenza della Commissione europea, quale organo di merito gestorio dell'Unione. Hanno precisato, inoltre, le Sezioni Unite che può qualificarsi come questione attinente alla giurisdizione non la mera violazione di una norma dell'Unione europea, avente i contenuti più vari, o la cd. denegata giustizia, ma lo sconfinamento proprio dai limiti di competenza riservata in capo alla Commissione europea, dove non sono affatto attribuiti poteri al giudice nazionale.

Già nel corso del 2019, d'altronde, Sez. U, n. 29082/2019, Di Virgilio, Rv. 656058-01, avevano affermato che non è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice speciale, censurabile in Cassazione, quando sia

contestato un *error in procedendo* ed un *error in iudicando*, per avere il giudice speciale violato il principio del *ne bis in idem*.

Si tratta di un approccio interpretativo che ha innovato rispetto a quello precedente, rappresentato, esemplificativamente, da Sez. U, n. 31226/2017, De Chiara, Rv. 646744-01, per il quale non costituivano diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori *in procedendo* o *in iudicando*, ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed "in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore *in procedendo* costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia".

La ragione del cambiamento giurisprudenziale in esame è rappresentata dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, per la quale l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, deve essere riferito:

1) alle ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, quando il giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cd. invasione o sconfinamento) ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cd. arretramento);

2) al difetto relativo di giurisdizione, qualora il giudice amministrativo o contabile dichiari la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

Ne consegue che il controllo di giurisdizione non può estendersi al sindacato di sentenze alle quali pur si contesti di essere abnormi o anomale ovvero di essere incorse in uno stravolgimento delle norme di riferimento.

In definitiva, alla stregua del così precisato ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione, non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda, benché detta norma appartenga al diritto dell'Unione o a quello CEDU (cfr. i paragrafi da 13 a 17 della decisione della Corte costituzionale citata).

Questa interpretazione troverebbe conferma negli stessi lavori dell'Assemblea Costituente, dai quali si evince che questo approccio comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione,

che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

La stessa Corte costituzionale ha affermato che l'eventuale contrasto con decisioni "sopravvenute" di corti sovranazionali (e, si deve ritenere, con disposizioni provenienti dai relativi ordinamenti) debba trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.

Autorevole dottrina sostiene che questo contrasto fra Corte costituzionale e Sezioni Unite della S.C. consegua alla decisione Sez. U, n. 19787/2015, Amoroso, Rv. 637135-01, la quale aveva affermato che, in caso di concorso bandito dal C.S.M. per l'attribuzione di un incarico giudiziario, il Consiglio di Stato travalica i limiti esterni della giurisdizione qualora, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità della corrispondente delibera del primo, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto del provvedimento e ne apprezzi la ragionevolezza, - così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del C.S.M., espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura - piuttosto che limitarsi a sindacarne la legittimità, anche a mezzo del vizio dell'eccesso di potere.

A prescindere dall'origine di questa contrapposizione fra Corte costituzionale e Corte di cassazione in ordine all'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., deve segnalarsi l'estrema importanza dell'ordinanza interlocutoria **Sez. U, n. 19598/2020, Lamorgese**.

Con tale ordinanza interlocutoria, la Suprema Corte ha posto tre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

La prima è: Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad

esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali.

La seconda, invece, è: Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione.

Infine, il terzo quesito è: Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo

motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare".

Le Sezioni Unite chiariscono che a giustificare la rimessione alla CGUE è l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio (sentenze n. 4 del 7 aprile 2011 e n. 9 del 25 febbraio 2014), secondo il quale, nel caso (nella specie, ricorrente) in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara un concorrente - sia per difetto delle condizioni soggettive di partecipazione alla gara intese in senso ampio, sia per altre cause derivanti da carenze oggettive delle offerte e, dunque, anche per inidoneità dell'offerta tecnica o mancato superamento della soglia di punteggio minimo attribuibile all'offerta medesima -, esso non ha la legittimazione ad impugnare gli atti di gara, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità della propria esclusione.

Quest'ultima giurisprudenza si porrebbe in chiaro contrasto con quella della Corte di giustizia dell'Unione europea, per la quale idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara. In particolare, le Sezioni Unite richiamano le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, e 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, le quali - tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani - hanno escluso la possibilità che l'eccezione (e il ricorso incidentale) dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara, o la conferma dell'esclusione, di un

altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso (principale) e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa.

Nella stessa direzione, la S.C. cita un proprio precedente, che ha ritenuto non condivisibile il principio, espresso dal Consiglio di Stato, secondo il quale il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara di affidamento di appalti pubblici, deve essere esaminato prioritariamente, pure ove il ricorrente principale alleghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Infatti, tale principio - il quale, al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione, ne sanziona una con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima - denota una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo (Sez. U, n. 10294/2012, Tirelli, Rv. 623049-01).

Affermano le Sezioni Unite nell'ordinanza interlocutoria in questione che il Consiglio di Stato italiano, non applicando la summenzionata giurisprudenza eurounitaria e non rimettendo alla CGUE la questione della corretta interpretazione del diritto dell'UE nella fattispecie in esame, avrebbe violato il diritto dell'Unione.

Ad avviso del Collegio, tale violazione integrerebbe una questione inerente alla giurisdizione e, dunque, sarebbe censurabile come motivo di ricorso per cassazione ex art. 360, n. 1, c.p.c.

Peraltro, questa conclusione sarebbe preclusa dalla citata interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., operata dalla decisione n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, coerentemente con la quale l'infrazione del diritto eurounitario *de qua*, consistendo in una violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., non sarebbe censurabile con ricorso per cassazione.

Secondo le Sezioni Unite, però, questa impostazione confliggerebbe sia con il principio di equivalenza sia con il principio di effettività, nonché con l'esigenza di evitare giudicati contrari al diritto vivente dell'Unione (come interpretato dalla CGUE).

Con riferimento al principio di equivalenza, ha osservato la Suprema Corte che con esso sarebbe confliggente l'orientamento che, nelle controversie concernenti l'applicazione del diritto nazionale, ammette il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato alle quali si imputi di

avere invaso competenze riservate al legislatore mentre, in quelle concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, sostiene l'inammissibilità dei ricorsi contro le sentenze del Consiglio di Stato che elaborino regole di diritto interno precluse allo stesso legislatore nazionale perché contrarie a quelle dell'UE.

In ordine al principio di effettività, ha rilevato la Suprema Corte che l'autonomia procedurale di cui lo Stato membro gode nella conformazione degli istituti processuali non può ostacolare la piena tutela che taluno invochi con riferimento ad un diritto o ad una posizione giuridica riconosciuta dall'UE.

Le questioni poste dalle Sezioni Unite sono estremamente complesse e l'ordinanza, peraltro molto argomentata, richiederebbe, anche per la sua dimensione, uno spazio ben maggiore di quello riservato al presente scritto per un suo commento completo.

Al riguardo, è possibile limitarsi ad alcune considerazioni.

Innanzitutto, l'ordinanza interlocutoria pone il problema dell'estensione da riconoscere ai motivi attinenti alla giurisdizione e del significato da dare al concetto di "sconfinamento".

Da un lato, occorre tenere conto che la nostra Costituzione, con l'art. 111, comma 8, Cost., ha chiaramente dimostrato una tendenza a ridurre al minimo le impugnazioni contro le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

Dall'altro, viene in rilievo il principio di autonomia procedurale, con l'esigenza di una sua ridefinizione che sia, nella specie, rispettosa, per quanto possibile, sia del dettato costituzionale sia degli obblighi derivanti dalla nostra partecipazione all'UE.

Inoltre, non può sottovalutarsi che una situazione come quella in esame potrebbe dare origine ad una responsabilità del nostro Stato a livello europeo e, di conseguenza, ad una correlata responsabilità, davanti alla Corte dei Conti, dei magistrati coinvolti nel mancato rispetto del diritto eurounitario.

Ulteriore questione è quella della tutela del soggetto leso qualora il mancato rispetto del diritto UE da parte del giudice speciale si consolidi.

Sorge il dubbio, infatti, se debba essere prevista solo una protezione risarcitoria (ai sensi della giurisprudenza Köbler e Traghetti del Mediterraneo della CGUE), se possa venire in rilievo pure l'attivazione di una procedura di infrazione a livello unionale o se addirittura la decisione interna in conflitto con il diritto eurounitario sia affetta da vizi che la rendono inidonea al giudicato.

Seguendo quest'ultima impostazione, si potrebbe individuare la presenza di una grave lacuna nel nostro sistema.

Infatti, ai sensi dell'art. 25 Cost. "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge".

Nella specie, però, la parte interessata si è vista privare, dalla decisione del Consiglio di Stato, del proprio diritto a che l'interpretazione di una norma, in qualche

modo collegata all'ordinamento dell'UE, sia resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Viene da domandarsi, allora, considerato che la CGUE sarebbe probabilmente stato il giudice naturale della controversia, quale sia il rimedio da adottare in presenza di una violazione del principio di cui all'art. 25 Cost. realizzata da un provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo, soprattutto alla luce del principio stabilito dalla sentenza Elkinov della Grande Camera della Corte di giustizia UE, del 5 ottobre 2010, C-173/09, secondo la quale "Il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione".

Nel caso in esame, la violazione del diritto UE è, peraltro, particolarmente evidente, poiché, mentre, da un lato, la CGUE impone di tutelare non solo gli interessi finali, ma pure quelli strumentali, come quello alla regolarità dell'azione amministrativa, il Consiglio di Stato è dell'opinione opposta.

L'ordinanza interlocutoria potrebbe, poi, dare origine ad ulteriori questioni.

Ad esempio, sarebbe legittimo domandarsi se il nostro sistema di giustizia amministrativa, fondato su due distinte giurisdizioni, sia ancora adeguato, nella misura nella quale consente una violazione, consapevole e stabile, di una situazione giuridica soggettiva ritenuta meritevole di protezione dalla Corte di cassazione e dal diritto eurounitario, che sarebbe evitabile in presenza di un unico vertice nomofilattico (si tratta di una idea non nuova, coincidendo con una proposta avanzata davanti alla II sottocommissione dell'Assemblea costituente dal Calamandrei, il quale aveva suggerito l'istituzione di una giurisdizione unica o, in subordine, di una unica nomofilachia; tale proposta fu respinta, in seguito all'opposizione del Mortati, dall'Assemblea costituente).

Ciò pure alla luce della circostanza per cui, secondo la Corte costituzionale, il ricorso davanti alle Sezioni Unite sarebbe possibile qualora il giudice speciale abbia invaso la sfera di attribuzioni di altri giudici, ma non ove egli abbia inciso sulle competenze riservate alla UE e, in particolare, alla CGUE, in base al disposto dell'art. 267 TFUE.

La stessa distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi tende a perdere di significato, se si tiene conto che i primi sono sempre più spesso collegati ai secondi, almeno in ambito eurounitario.

Le esposte considerazioni fanno emergere, allora, quella che è la reale problematica oggetto del contendere, ovvero l'individuazione del soggetto (giudice) chiamato a decidere per ultimo sulla giurisdizione.

Tale problematica sorge normalmente in presenza di conflitti fra le molteplici sfere della legalità (costituzionale, legale, nazionale, eurounitaria, internazionale ed internazionale convenzionale) che possono trovarsi a disciplinare una identica situazione.

Il confronto è, di solito, binario, come avviene, ad esempio, in presenza di un contrasto fra Corte costituzionale e Corte di cassazione (rappresentanti, rispettivamente, della legalità costituzionale e di quella legale), ma, nella presente fattispecie, è trinario, coinvolgendo Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il conflitto fra Corte costituzionale e Corte di cassazione, probabilmente da sempre insito nel sistema, è giunto, quindi, ad un livello ulteriore, con la seconda che ha chiamato, come arbitro, la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Ciò forse non sarebbe avvenuto se la Corte costituzionale si fosse limitata a constatare che la tematica in esame avrebbe dovuto essere affrontata solo dalle Sezioni Unite, quale giudice della giurisdizione, come individuato dalla Costituzione, e non dalla medesima Corte costituzionale, atteso che veniva in rilievo lo stabilire se una certa situazione soggettiva (l'interesse strumentale) fosse degna di tutela giuridica.

D'altronde, altro profilo da non sottovalutare, è rappresentato dal fatto che l'articolo della Costituzione in esame, il 111, ha subito delle rilevanti modifiche dopo la sua approvazione che, pur non avendo interessato il comma 8, hanno cambiato l'assetto complessivo del sistema.

Inoltre, non deve dimenticarsi che l'entrata dell'Italia nel sistema eurounitario è posteriore all'entrata in vigore della nostra Carta fondamentale e che lo stesso si è evoluto non poco dalle origini, fino a divenire, negli ultimi anni, una particolare forma di unione di Stati.

Tutti questi elementi avrebbero potuto sconsigliare una lettura della vicenda troppo rigidamente ancorata ai lavori dell'Assemblea costituente che, benché degni del massimo rispetto, risalgono al 1946-1947.

È interessante notare come, sullo sfondo di questa vicenda, si collochi, altresì, un'ulteriore tematica, forse ancora più importante, vale a dire il rapporto fra il nostro ordinamento e l'UE.

Infatti, l'affermazione che il mancato coinvolgimento della CGUE, pur se in particolari circostanze, ridonda in una violazione dei limiti della giurisdizione e che la medesima CGUE può dirimere una controversia, fra Corte costituzionale e Corte di cassazione, in ordine alla portata dell'art. 111, comma 8, Cost. significa, in definitiva, riconoscere il ruolo ormai interno al nostro ordinamento degli organi dell'Unione europea.

Allo stesso tempo, se questa è la conseguenza dell'approccio della Corte di cassazione, ove fosse condiviso dalla Corte di giustizia, potrebbe venire in rilievo il ricorso, da parte della Corte costituzionale, ai cosiddetti controlimiti.

2. Il dialogo fra corti: l'adeguamento della giurisprudenza nazionale a quella eurounitaria in seguito ad ordinanze di rimessione alla CGUE.

Una recente pronuncia di grande impatto, anche sociale, è **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-01**, la quale si è occupata dell'indennizzo che l'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva 2004/80/CE, impone agli Stati membri di riconoscere ai cittadini UE che siano stati vittime, nei loro territori, di reati intenzionali violenti.

Di rilievo è il fatto che la S.C. si è pronunciata dopo avere rimesso, con ordinanza interlocutoria n. 02964/2019, due questioni pregiudiziali all'attenzione della CGUE, la quale le ha decise con la sentenza della Grande Camera del 16 luglio 2020, C-129/19.

Nel suo arresto giurisprudenziale, la Corte di cassazione tiene conto, altresì, dell'ulteriore sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 ottobre 2016, C-601/14, emessa in seguito ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione UE contro il nostro paese.

La S.C. ha affermato, quindi, che, alla luce dell'interpretazione del diritto eurounitario fatta propria dalla CGUE con le menzionate decisioni, il citato indennizzo compete alle vittime di ogni reato intenzionale violento commesso nel territorio di uno Stato membro e, pertanto, pure in relazione al delitto di violenza sessuale previsto, in Italia, dall'art. 609 *bis* c.p., benché dette vittime risiedano nel territorio del medesimo Stato membro (vittime non transfrontaliere), senza che sia necessario instaurare un giudizio civile di responsabilità nei confronti degli autori del fatto, qualora questi ultimi si siano resi latitanti.

Siffatto indennizzo non può essere meramente simbolico, ma, anche se determinato in via forfettaria, deve essere "equo ed adeguato" e, quindi, tale da considerare le peculiarità del crimine e la sua gravità, soprattutto in termini di conseguenze effettuali.

Vanno messi adeguatamente in luce l'avvenuta considerazione del grave crimine regolato dall'art. 609 *bis* c.p. ed il fatto che l'indennizzo vada corrisposto ad ogni cittadino dell'UE, pur se non residente nello Stato membro nel quale l'illecito è stato perpetrato, a prescindere dall'introduzione di un giudizio civile di responsabilità contro i colpevoli che siano latitanti.

Risulta estremamente significativa l'attenzione alla necessità che l'importo pagato non sia solo formale, ma commisurato alle circostanze concrete.

Inoltre, **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-02**, ha precisato che sempre alle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia spetta il risarcimento del danno per tardiva trasposizione dell'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva 2004/80/CE (che impone, come detto, agli Stati membri, con riguardo ai cittadini UE e con riferimento ai fatti verificatisi nei rispettivi territori, di riconoscere alle stesse vittime un indennizzo "equo ed adeguato").

Tale risarcimento va ricondotto allo schema della responsabilità "contrattuale" per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato ed il criterio parametrico basilare per la sua valutazione e liquidazione, al di là dell'eventuale sussistenza di un maggiore pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale, è costituito dall'ammontare dell'indennizzo che la vittima avrebbe avuto *ab origine* come bene della vita garantito dall'obbligo di conformazione del diritto nazionale alla Direttiva non tempestivamente attuata.

La S.C. ha aggiunto che, per converso, il menzionato indennizzo ex art. 12, paragrafo 2, citato, concerne una prestazione indennitaria stabilita dalla legge come effetto dell'attuazione di obblighi derivanti dalla partecipazione dello Stato all'UE e prescinde dalla ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito il quale, nel sistema della responsabilità civile, di fonte sia contrattuale che aquiliana, si pone, invece, come indefettibile presupposto per la liquidazione del danno.

Secondo **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-03**, peraltro, dall'ammontare riconosciuto alle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia a titolo di risarcimento del danno per la tardiva trasposizione dell'art. 12, paragrafo 2, delle Direttiva 2004/80/CE deve essere detratta la somma loro corrisposta, in quanto vittime di detti reati, quale indennizzo ex l. n. 122 del 2016 (e successive modifiche).

Infatti, trova applicazione l'istituto della *compensatio lucri cum damno* in ragione del disposto del comma 1, lett. e) e lett. e *bis*), dell'art. 12 della citata l. n. 122 che, quale regola settoriale, ripropone direttamente gli effetti di detto istituto, come desumibili, in generale, dall'art. 1223 c.c., e della circostanza per la quale sia l'obbligo risarcitorio sia quello indennitario, gravanti in capo al medesimo soggetto, sono valutabili in termini di "conseguenza immediata e diretta" dall'identico fatto generatore del reato ed assolvono alla comune funzione di garantire, comunque, alla vittima un ristoro per le conseguenze pregiudizievoli, morali e materiali, patite a seguito del crimine, non altrimenti risarcite dal reo.

3. Il dialogo fra corti: l'incidenza della giurisprudenza UE sulla giurisdizione e sulla competenza.

Vi sono ulteriori pronunce della S.C. che sono espressione di un dialogo fra corti, atteso che sono state emesse dando attuazione a decisioni della CGUE.

Al riguardo, va menzionata **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913-02**, la quale ha chiarito che la domanda di pagamento dell'indennizzo previsto dal Regolamento (CE) n. 261 del 2004 è soggetta alle regole di giurisdizione e di competenza "ordinarie", stabilite dal Regolamento (UE) n. 1215 del 2012.

Ne consegue che, qualora la suddetta domanda scaturisca da un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, essa è devoluta, ex art. 7, comma 1, n. 1), lett. b), del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, alla competenza del giudice del luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto, laddove tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza della CGUE nel senso che tanto il luogo di partenza del velivolo, quanto quello di arrivo, devono essere considerati, allo stesso titolo, luoghi di "fornitura principale" dei servizi oggetto di un contratto di trasporto aereo.

Invece, per **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913-03**, la competenza per territorio a conoscere della domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, proposta da un passeggero nei confronti del vettore aereo, va individuata in base ai criteri stabiliti dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale, atteso che, alla luce della giurisprudenza della CGUE, le relative disposizioni disciplinano non solo il riparto della giurisdizione tra giudici di Stati diversi, ma anche l'individuazione del giudice competente all'interno di ciascuno Stato aderente alla menzionata Convenzione.

In ambito processuale, **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913-05**, ha precisato, poi, che le domande di pagamento dell'indennizzo ai sensi del Regolamento (CE) n. 261 del 2004 e di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, proposte dal passeggero contro il vettore aereo, presentano profili di connessione, sia quanto ai presupposti di fatto, che sono identici per entrambe, sia per pregiudizialità, atteso che, in presenza di danni eccedenti l'indennizzo, l'importo di questo, se già percepito, va defalcato dal risarcimento, giusta la previsione di cui all'art. 12 del citato Regolamento, sicché i rapporti tra le due domande separatamente proposte devono essere coordinati secondo le previsioni dettate, in materia di connessione, dall'art. 30 del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012.

Infine, **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913-04**, ha affermato che la competenza a conoscere della domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, proposta da un passeggero nei confronti del vettore aereo, va individuata in base ai criteri stabiliti dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di

Montreal sul trasporto aereo internazionale che, a questo fine, detta quattro criteri alternativi, attribuendo la competenza, a scelta dell'attore, anche al giudice avente sede nel luogo dove il vettore possiede una "impresa che ha provveduto a stipulare il contratto", intendendosi per tale quello del luogo in cui il vettore possiede un'organizzazione propria o un soggetto a lui strettamente collegato contrattualmente, per il tramite dei quali distribuisca i biglietti aerei.

In particolare, nel caso in esame, la S.C. ha ritenuto competente a conoscere della domanda il giudice del luogo nel quale era ubicata l'agenzia di viaggi per il tramite della quale i passeggeri avevano acquistato i biglietti, sul rilievo che la relativa legittimazione ad emettere titoli di viaggio per conto di una compagnia aerea consentiva di presumere, ex art. 2727 c.c., che l'agenzia fosse stata autorizzata a ciò dal vettore e rappresentasse, quindi, un suo *ticket office*, in virtù di un apposito accordo bilaterale, idoneo a qualificarlo come institore, mandatario od appaltatore di servizi del vettore stesso.

La Corte di cassazione ha ulteriormente chiarito che era onere della parte che vi avesse interesse eventualmente allegare e dimostrare circostanze idonee a superare la presunzione in esame, come il fatto che la menzionata agenzia di viaggi avesse agito quale mero intermediario e, quindi, in virtù di un accordo concluso non con il singolo vettore, ma, ad esempio, con la IATA, l'organizzazione dei vettori aerei.

Va pure segnalata **Sez. U, n. 00156/2020, Frasca, Rv. 656657-02**, che, nel risolvere la questione, attinente alla giurisdizione, se una domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, proposta da una società italiana nei confronti di una tedesca, dovesse essere conosciuta dal giudice italiano o da quello tedesco, ha richiamato l'art. 5, punto 1, lett. b) del regolamento n. 44 del 2001 e, in particolare, l'esegesi che di tale disposizione ne ha fatto la CGUE con la pronuncia del 25 febbraio 2010 nella causa C-381/08.

La sentenza della CGUE emessa nella citata causa ha giudicato dirimente, al fine di stabilire a quale Stato membro appartenesse la giurisdizione, ai sensi del menzionato art. 5, punto 1, definire l'obbligazione caratterizzante il contratto dedotto dinanzi al giudice e, soprattutto, se quell'obbligazione consistesse in un obbligo di consegna derivante da un contratto di compravendita (art. 5, punto 1, lett. b), primo trattino) o, invece, in una prestazione di servizi (art. 5, punto 1, lett. b), secondo trattino).

Le Sezioni Unite hanno ricordato come la CGUE abbia, innanzitutto, affermato che il fatto che la merce da consegnare debba prima essere fabbricata o prodotta non modifica la qualificazione del contratto quale compravendita.

Viceversa, se colui al quale la merce avrebbe dovuto essere consegnata (acquirente) abbia fornito tutti o la maggior parte dei materiali impiegati nella fabbricazione della merce, siffatta circostanza è idonea a fare propendere l'interprete

a qualificare quel contratto come contratto di prestazione di servizi e non di compravendita.

Ulteriore elemento preso in considerazione dalla CGUE, per la qualificazione dell'oggetto della domanda giudiziaria ai fini della giurisdizione, è quello del regime della responsabilità per inadempimento. Per l'esattezza, se il fornitore della merce finita è responsabile della qualità e della conformità al contratto dei beni da esso prodotti, la responsabilità *de qua* deporrà a favore di una qualificazione del negozio come "contratto di compravendita di beni". Al contrario, se il fornitore della merce finita risponde solo della correttezza dell'esecuzione delle lavorazioni secondo le istruzioni dell'acquirente-ordinante, ciò condurrà ad una qualificazione del contratto come "prestazione di servizi". Nel caso di specie, qualificata la domanda come relativa ad un contratto di prestazione di servizi, le Sezioni Unite hanno dichiarato la giurisdizione del giudice italiano.

4. Il diritto tributario.

In tema di dazi *antidumping*, la Suprema Corte, con ordinanza **Sez. T, n. 03608/2020, Triscari, Rv. 656973-01**, ha annullato degli avvisi di accertamento doganale emessi per l'omesso pagamento di dazi su importazioni di elementi di fissaggio in ferro e in acciaio spediti dalla Malaysia.

La pronuncia è stata emessa sulla base dalla sentenza CGUE del 3 luglio 2019, Eurobolt, in causa C-644/17 che, dichiarando illegittimo il regolamento UE n. 723 del 2011 (che estendeva i dazi istituiti dal regolamento CE n. 91 del 2009 sugli elementi di fissaggio in ferro e in acciaio provenienti dalla Cina anche a quelli spediti dalla Malaysia) per violazione dell'art. 15, par. 2, del regolamento CE n. 1225 del 2009, ha fatto venire meno, ai sensi dell'art. 264 TFUE, la base legale costituente il presupposto dei detti avvisi di accertamento doganale.

Ancora con riferimento ai dazi *antidumping* sulle importazioni di elementi di fissaggio in ferro e in acciaio provenienti dalla Cina, **Sez. T, n. 21037/2020, Luciotti**, non massimata, ha ribadito che l'abrogazione delle misure antidumping ad opera del regolamento UE n. 2016/278, in quanto frutto di una mera valutazione di opportunità degli organi unionali, non ha effetto retroattivo, come si desume dall'art. 2 e dai "considerando" nn. 13 e 14 del citato regolamento; essa, pertanto, non inficia gli atti, le contestazioni e le sanzioni elevate in vigenza del precedente regolamento CE n. 81 del 2009. Dal combinato disposto dei considerando nn. 13 e 14, nonché dell'art. 2 del regolamento UE n. 2016/278 emerge chiaramente come l'abrogazione dei dazi *antidumping* citati sia frutto di una mera valutazione di opportunità degli organi unionali e sia stata disposta solo per il futuro, non comportando, dunque, la caducazione degli atti di contestazione e di irrogazione di sanzioni emanati in epoca

precedente rispetto alla norma di abrogazione (cfr. CGUE del 15 novembre 2018, causa C-592/2017, Skatteministeriet, §§ 63 ss.).

Peraltro, **Sez. T, n. 22012/2020, Nonno**, **Rv. 659076-01**, ha affermato, sul piano processuale, con riferimento ai diritti di confine, costituenti risorse proprie della UE, che la sentenza non definitiva con la quale si preveda il rimborso, in favore del contribuente, di dazi doganali ritenuti non dovuti non può ritenersi immediatamente esecutiva ai sensi dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, in quanto questa disposizione è incompatibile con il codice doganale comunitario e con il codice doganale unionale, con conseguente inammissibilità del ricorso per ottemperanza eventualmente proposto ai sensi degli artt. 69, comma 5, e 70 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Uno dei princìpi cui si ispira l'ordinamento UE, maggiormente "evocato" nell'ambito dei provvedimenti emessi dalla Suprema Corte in ambito tributario è quello del legittimo affidamento, posto a tutela del contribuente.

Il cd. "statuto del contribuente" (l. n. 212 del 2000), all'art. 10, ha codificato tale principio anche nel diritto interno.

In generale, il primo comma del citato articolo dispone che i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede.

Inoltre, i commi secondo e terzo prevedono tre ipotesi di esonero del contribuente dal pagamento di accessori del tributo: la prima prevede l'esonero dal pagamento di sanzioni e interessi moratori nel caso in cui il contribuente si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, sebbene successivamente modificate, o abbia posto in essere il suo comportamento inadempiente in seguito a fatti conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione; la seconda prevede l'esonero dalle sanzioni quando la violazione commessa dal contribuente sia dipesa da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito applicativo della norma tributaria; la terza prevede l'esonero dalle sanzioni qualora le obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria si siano tradotte in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta.

Quanto ai limiti entro i quali il contribuente può invocare a sua tutela il legittimo affidamento, **Sez. T, n. 04848/2020, Condello, Rv. 657371-02**, ha affermato che esso, pur essendo principio fondamentale dell'ordinamento della UE, non si traduce, secondo la giurisprudenza della CGUE, nell'aspettativa di intangibilità di una normativa, in particolare in settori in cui è necessario, e dunque prevedibile, che le norme in vigore vengano continuamente adeguate alle variazioni della congiuntura economica, in ossequio al superiore interesse dello Stato a fare fronte a situazioni di crisi economica e a rispettare i parametri imposti dalla stessa UE.

In particolare, in una controversia che ha visto opposta una società per azioni ad un Consorzio di Comuni ricompresi in un bacino imbrifero montano, in relazione alla debenza di un sovracanone per l'esercizio di due impianti idroelettrici, aumentato dalla legge di stabilità del 2013 (l. n. 228 del 2012, art. 1, comma 137) rispetto alla misura precedente, **Sez. U, n. 16261/2020, Greco, non massimata**, ha escluso che l'aumento del detto sovracanone in corso di rapporto si ponesse in violazione dell'art. 17 della Carta di Nizza e degli artt. 101 e 102 TFUE.

Anche la Corte di Strasburgo, infatti, afferma che i cittadini non possono vantare legittime aspettative d'immutabilità giuridica neppure riguardo alla giurisprudenza (Corte EDU, in caso Unedic contro Francia; Atanasovski contro Macedonia), laddove il legittimo affidamento può rilevare solo riguardo a leggi interpretative o retroattive che costituiscano ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine d'influenzare l'esito di una controversia (Corte EDU, De Rosa contro Italia; Arras contro Italia).

La stessa Corte EDU, inoltre, ritiene che la materia dell'imposizione tributaria faccia parte del cd. "nucleo duro" delle prerogative della potestà pubblica, poiché la natura autoritativa del rapporto tra il contribuente e la collettività sarebbe predominante (Corte EDU, Ferrazzini contro Italia). Ne consegue che gli Stati godono di vasta discrezionalità, sia pure entro i confini della riserva di legge sostanziale (Corte EDU, in caso James contro Regno Unito; conforme in caso Spack contro Repubblica Ceca) e del rispetto di alcuni diritti fondamentali (Corte Edu, in caso Darby contro Svezia, sul divieto di discriminazione fiscale; conforme in caso N.K.M. contro Ungheria). Sicché, secondo la Corte EDU, non si può pretendere che l'imposizione fiscale rimanga invariata per tutta la durata di un rapporto concessorio, purché le variazioni in aumento dell'imposizione non siano manifestamente prive di giustificazioni ragionevoli (Corte EDU, in caso National & provincial building society contro Regno Unito).

Dal canto suo, la Corte di Lussemburgo ha affermato che gli operatori economici non possono fare affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può, invece, essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (CGUE 10 settembre 2009, Piantano GmbH & Co. KG, C-201/08, in tema di abolizione di esenzioni). Inoltre, un operatore economico non può fondare il suo affidamento sulla mancanza totale di modifiche normative, ma unicamente mettere in questione le modalità applicative di siffatte modifiche, atteso che il principio di certezza del diritto non impone l'assenza di modifiche normative, ma richiede piuttosto che il legislatore nazionale tenga conto delle situazioni specifiche degli operatori economici e preveda, eventualmente, taluni adeguamenti all'applicazione delle nuove disposizioni (CGUE 11 giugno 2015, Berlington Hungary Tenécsadó és Szolgéltató, C-98/14).

Il principio della tutela del legittimo affidamento, dunque, in campo tributario si declina in un modo sensibilmente diverso rispetto agli ambiti extratributari. Esso costituisce, in generale, uno dei corollari del principio della certezza del diritto (che la CGUE ha affermato discendere dall'art. 6 CEDU, ed è stato recepito dall'ordinamento dell'UE all'art. 6 TUE).

Gli altri due corollari sono il principio di irretroattività delle norme e il principio di salvaguardia dei diritti quesiti (CGUE, 14 aprile 1970, Bundesknappschaft, in causa C-68/69, in particolare §7; CGUE 7 luglio 1976, IRCA, in causa C-7/76, e CGUE 16 giugno 1998, Racke, in causa C-162/96, soprattutto §20).

La CGUE nella citata sentenza Bundesknappschaft, ha stabilito che "il principio della certezza del diritto osta, come norma generale, a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione".

Il principio di certezza del diritto comporta che qualunque norma che comporti conseguenze svantaggiose per i privati debba essere chiara e precisa, e debba essere prevedibile nella sua applicazione (CGUE, 7 giugno 2005, VEMW, in causa C-17/03, §80; CGUE, 12 dicembre 2013, Freanked Investment, in causa C-362/12).

Tali princìpi, come ha affermato da ultimo **Sez. 3, n. 05022/2020, Rossetti, non massimata**, sono stati ripresi dalla CEDU che, dal canto suo, ha affermato che è impedito agli organi giudiziari degli Stati membri interpretare le norme processuali in modo che conducano all'inammissibilità di una domanda giudiziale, quando tali interpretazioni siano "troppo formalistiche", adottate "a sorpresa" e per niente chiare e univoche (Corte EDU, sez. I, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia, in causa n. 32610/07, §§ 42-44; Corte EDU, sez. II, 18 ottobre 2016, Miessen c. Belgio, in causa n. 31517/12, §§ 71-73).

La CGUE, come ha ricordato **Sez. T, n. 20819/2020, Nonno**, **Rv. 658996-01**, ha inoltre chiarito che, se è vero che il diritto ad avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento "si estende a ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise che essa gli avrebbe fornito" (CGUE 14 giugno 2017, causa C-26/16, punto 76; CGUE 9 luglio 2015, causa C-183/14, punto 44; CGUE 5 marzo 2015, causa C-585/13, punto 95), tuttavia "il legittimo affidamento non può basarsi su una prassi illegittima dell'Amministrazione" (CGUE 11 aprile 2018, causa C-532/16, punto 50; CGUE 6 febbraio 1986, causa C-162/84, punto 6).

Quanto alla necessità della rimessione alla CGUE della questione interpretativa della compatibilità con il diritto dell'Unione di una modifica in aumento, in costanza di rapporto concessorio, di un sovracanone per l'esercizio di impianti idroelettrici, ad opera di una legge nazionale, **Sez. U, n. 16261/2020, Greco, non massimata**, ha ricordato che l'organo giudiziario di ultima istanza non ha l'obbligo del rinvio pregiudiziale, qualora motivi sulla sua non necessità, ovvero qualora la questione

pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata, perché l'interpretazione della norma di diritto di cui trattasi non lasci spazio ad alcun ragionevole dubbio (Raccomandazioni 2016/C- 439/01, §6).

Sulla necessità del rinvio pregiudiziale si segnala anche **Sez. T, n. 22019/2020, Cavallari,** non massimata, che ha ricordato come il giudice nazionale può omettere il rinvio se "la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata" (teoria dell'*acte clair*), purché la stessa evidenza si imponga anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla CGUE.

Un caso particolare, inoltre, è stato affrontato da **Sez. T, n. 05010/2020, Napolitano, non massimata**, circa il diritto al rimborso azionato da una società avente ad oggetto le somme versate tra il 4/10/2006 e il 7/3/2007 a titolo di tributi catastali e di tasse ipotecarie, la cui entità sarebbe stata non in linea con la direttiva 2003/98/CE del Parlamento e del Consiglio del 17/11/2003 che, prefiggendosi lo scopo di favorire il riutilizzo dei documenti e delle informazioni prodotti o detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, aveva prescritto che quando fosse chiesto dalla Pubblica Amministrazione il pagamento di un corrispettivo in denaro, il totale delle entrate provenienti dalle forniture e dalle autorizzazioni al riutilizzo dei documenti non superi i costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, maggiorati di un congruo utile sugli investimenti (art. 6, comma 1).

La Corte, nella citata ordinanza, ha ritenuto che la ragione assorbente ostativa al riconoscimento del diritto al rimborso risiedesse nella natura non *self-executing* della direttiva 2003/98/CE; quand'anche si fosse voluto ravvisare un contrasto, *ratione temporis*, tra l'art. 6, comma 1, della citata direttiva e la normativa interna sulla misura delle tasse e dei tributi esigibili dal soggetto che avesse richiesto l'accesso alla documentazione ipocatastale prodotta e detenuta dai competenti uffici dell'(allora) Agenzia del Territorio, l'art. 6 comma 1 della direttiva comunque non sarebbe stato applicabile direttamente dal giudice tributario previa disapplicazione della norma interna incompatibile, in quanto rimanevano irrimediabilmente indeterminati, senza una previa mediazione normativa interna, i "costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione, maggiorati di un *congruo utile sugli investimenti*" (così, testualmente, l'art. 6, comma 1, della direttiva).

Ancora in tema di diritto al rimborso, stavolta dell'IVA, **Sez. T, n. 10103/2020, Catallozzi, Rv. 657730-01**, sulla scorta di CGUE 21 marzo 2018, Volkswagen, C-533/16, e di CGUE 15 settembre 2016, Senatex, C-518/14, interpretando l'art. 178 della direttiva 2006/112/CE in conformità con il principio di effettività, ha affermato che, qualora il cedente provveda alla regolarizzazione degli oneri tributari in un momento successivo rispetto alla cessione dei beni, emettendo le fatture e versando all'erario l'importo dovuto, il termine di decadenza per il rimborso a favore del

cessionario decorre da quando quest'ultimo sia venuto in possesso delle fatture, essendo stato in precedenza oggettivamente impossibilitato ad esercitare il diritto alla detrazione per l'indisponibilità materiale dei documenti.

Sez. T, n. 20804/2020, Crolla, sempre in tema di rimborso, infine, ha confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il termine per richiedere il rimborso di una imposta o di una ritenuta decorre dalla data del versamento dell'imposta o da quella in cui la ritenuta è stata operata, anche nel caso in cui l'imposta o la ritenuta sia stata dichiarata in contrasto con il diritto dell'Unione europea da una sentenza della CGUE, atteso che l'efficacia retroattiva di questa pronuncia, come quella che assiste la declaratoria di illegittimità costituzionale, incontra sempre il limite dei rapporti esauriti, compresi quelli nei quali sia intervenuta una decadenza. Né, per evitare la decadenza fissandone il *dies a quo* in una data successiva alla pubblicazione della sentenza della CGUE, è possibile invocare i princìpi elaborati dalla Suprema Corte in tema di *overruling*, in quanto devono ritenersi prevalenti le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, ancora più cogenti nella materia delle entrate tributarie, che resterebbero vulnerate se si consentisse che i rapporti tributari fossero protratti a tempo indeterminato.

Un diritto fondamentale sancìto nell'ordinamento tributario italiano è quello al contraddittorio procedimentale (art. 12 l. n. 212 del 2000).

L'art. 10, comma 2, della l. n. 212 del 2000, in particolare, dispone che, quando viene iniziata una verifica nei luoghi in cui si svolge l'attività del contribuente, questi ha diritto di essere informato sulle ragioni che l'abbiano giustificata e dell'oggetto che la riguarda, della facoltà di farsi assistere da un professionista abilitato alla difesa dinanzi agli organi di giustizia tributaria, nonché dei diritti e degli obblighi che vanno riconosciuti al contribuente in occasione delle verifiche.

Il diritto al contraddittorio endoprocedimentale costituisce un diritto fondamentale del contribuente anche in ambito unionale, ai sensi dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (**Sez. T, n. 14628/2020, Delli Priscoli, Rv. 658527-01**), in quanto espressione del diritto di difesa finalizzato a consentirgli di manifestare preventivamente il suo punto di vista in ordine agli elementi su cui l'Amministrazione intende fondare la sua decisione. Tuttavia, tale diritto non è inteso dalla giurisprudenza della CGUE in termini assoluti, potendo esso soggiacere a restrizioni che rispondano, con criterio di effettività e proporzionalità, a obiettivi di interesse generale, sicché è estranea all'orbita di tale diritto l'attività di indagine e di acquisizione di elementi probatori, anche testimoniali, svolta dall'Amministrazione fiscale.

Un altro settore del diritto tributario particolarmente sensibile al diritto dell'Unione europea è quello delle esenzioni, poiché esse possono essere lo

strumento con il quale si concedono aiuti di Stato incompatibili con il mercato comune.

S**ez. T, n. 19935/2020, Locatelli, non massimata**, ha ribadito l'obbligatorietà del recupero degli aiuti di Stato pure nei confronti delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato dei servizi pubblici locali. In particolare, in seguito alla decisione della Commissione europea n. 2003/193/CE del 5 giugno 2002 (confermata dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee con sentenza dell'11 giugno 2009, nella causa T-297/02, e dalla CGUE con sentenza emessa in grado di appello l'11 dicembre 2011, nella causa C-319/09P), che aveva dichiarato incompatibile con il mercato comune l'esenzione triennale dall'imposta sul reddito disposta dall'art. 3, comma 70, della l. n. 549 del 1995 e dall'art. 66, comma 14, del d.l. n. 331 del 1993, convertito dalla l. n. 427 del 1993, in favore di società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria istituite ai sensi della l. n. 142 del 1990, la Corte di cassazione in precedenti arresti aveva già stabilito che l'Agenzia delle Entrate ex art. 1 del d.l. n. 10 del 2007, convertito dalla l. n. 46 del 2007, ha l'obbligo di procedere mediante ingiunzione al recupero delle imposte non versate in forza del citato regime agevolativo anche nel caso in cui la società pubblica beneficiaria fosse qualificabile come *in house*.

Con l'arresto qui segnalato, la S.C. ha affermato, inoltre, che, al fine di sottrarsi all'obbligo di recupero, la società a capitale pubblico maggioritario, esercente il servizio pubblico locale e beneficiaria della esenzione, non può addurre la circostanza che essa abbia destinato gli utili al pagamento di dividendi ai soci, tra cui l'ente pubblico locale quale socio di maggioranza, non sussistendo alcuna correlazione logico-giuridica tra la illegittima esenzione della società dal pagamento di tributi statali e la distribuzione di dividendi all'ente locale socio di maggioranza.

Sez. T, n. 21696/2020, Fuochi Tinarelli, non massimata, ha costituito un'occasione per fare il punto su alcuni fondamentali princìpi del diritto dell'Unione.

Uno di questi è il principio di primazia del diritto unionale.

Tale primazia ha valenza sostanziale: le norme che costituiscono il diritto dell'unione sostituiscono od integrano, nella regolamentazione dei rapporti, le norme degli ordinamenti nazionali, ai quali è rimessa, in linea generale, la disciplina processuale.

Tuttavia, anche se la disciplina processuale è di regola prerogativa degli ordinamenti nazionali, la sua applicazione è limitata o esclusa nel caso in cui essa non sia in grado di assicurare l'effettività del diritto sostanziale unionale e delle tutele delle posizioni giuridiche riconosciute dal diritto dell'Unione.

La CGUE, dunque, vero interprete vivente del diritto dell'Unione, condiziona la piena applicazione della disciplina processuale nazionale a tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute direttamente o indirettamente dall'Unione a due

princìpi: quello di equivalenza e quello di effettività (cfr. CGUE, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck; sentenza 8 novembre 2005, causa C-443/03, Leffner; sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Asturcom; sentenza 28 aprile 2016, causa C-384/14, Alta Realitat SL; sentenza 13 dicembre 2017, causa C-403/16, El Hassani; sentenza 4 ottobre 2018, causa C-571/2016, Kantarev; sentenza 12 dicembre 2019, causa C-433/2018, ML).

Il principio di equivalenza comporta che le modalità procedurali per tutta la tutela delle posizioni soggettive che sorgono dal diritto unionale non devono essere meno favorevoli di quelle riguardanti diritti che trovino origine nell'ordinamento giuridico interno; il principio di effettività stabilisce che le modalità procedurali interne non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Il principio di effettività ha sviluppato, nel corso della giurisprudenza eurounitaria, tre corollari: i) il dovere in capo al giudice nazionale di rilevare d'ufficio il contrasto tra la norma interna e il diritto dell'Unione (sentenza Peterbroeck); ii) il dovere di disapplicazione, in capo al giudice nazionale, delle norme interne che ostacolino l'effettività delle libertà fondamentali; iii) il riconoscimento in capo al giudice nazionale di poteri e/o facoltà non specificamente attribuiti dal diritto nazionale (CGUE, sentenza 7 settembre 2006, causa C-526/04, Laboratoires Boiron SA, e sentenza 13 febbraio 2004, causa C-479/12, H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co, che riconosce un potere istruttorio d'ufficio al giudice nazionale).

Uno dei princìpi cardine dell'ordinamento dell'Unione è il divieto del *bis in idem*.

Dopo il *leading case* costituito dalla decisione CEDU 2 marzo 2014, Grande Stevens, la stessa Corte EDU, con la sentenza 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia (successivamente ribadita dalla sentenza Bjarni Armannsson c. Islanda del 16 aprile 2019) ha ritenuto che debba essere esclusa la violazione del diritto di cui all'art. 4, Prot. n. 7, CEDU, allorché tra i due procedimenti (amministrativo e penale) che hanno ad oggetto il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, e cioè quando: x) le due sanzioni perseguano scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; xy) la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile da parte dell'interessato; xz) esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; y) il cumulo sanzionatorio che ne risulti non sia eccessivamente afflittivo per l'interessato, in relazione alla gravità dell'illecito.

Dopo la Corte EDU si è espressa la CGUE con tre sentenze del 20 marzo 2018 (in C-537/2016, Garlsson Real Estate SA e altri; nelle cause riunite C-596/2016 e C-597/2016, Di Puma; in C-524/2015, Menci), che ha affermato che non si realizza violazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea se la disciplina contestata persegua un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un

cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire "la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari, contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti" (v. anche sentenza 3 aprile 2019, in C-617/2017, Powszechny).

Quanto, poi, agli effetti preclusivi della sentenza penale di assoluzione rispetto all'irrogazione della sanzione amministrativa avente natura penale, per lo stesso fatto materiale, si è espressa CGUE, sentenza 20 marzo 2018, in C-596/2016, Di Puma, che, su rinvio pregiudiziale disposto dalla Suprema Corte, ha affermato che "un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati" (sentenza cit. punto 46).

5. Le libertà civili e i diritti fondamentali.

L'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo dispone che "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti".

A sua volta, l'art. 13 afferma che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".

Con riferimento a tali princìpi, **Sez. L, n. 00027/2020, Pagetta, Rv. 656364-01**, ha ritenuto che non contrasta con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, posto dalle richiamate disposizioni della CEDU, la disciplina del ricorso per cassazione, nella parte in cui prevede, all'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., requisiti di ammissibilità di contenuto-forma, in quanto essi sono individuati in modo chiaro, tanto da doversi escludere che il ricorrente in cassazione, tramite la difesa tecnica, non sia in grado di percepirne il significato e le implicazioni. Peraltro, i detti requisiti di contenuto-forma sono coerenti con la natura di impugnazione a critica limitata

propria del ricorso per cassazione e con la strutturazione del giudizio di legittimità quale processo sostanzialmente privo di istruzione.

Un importante arresto in tema di libertà fondamentali della persona è costituito da **Sez. 1, n. 07893/2020, Valitutti, Rv. 657708-01 e Rv. 657708-02**, che, in una fattispecie in cui un Comune aveva vietato ad una associazione di atei e agnostici di affiggere manifesti ritenuti offensivi del sentimento religioso altrui, ha ricordato che l'art. 19 Cost. prevede il diritto di tutti di "professare liberamente la propria fede religiosa, in qualsiasi forma individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in pubblico e in privato il culto", e che la propaganda religiosa costituisce una forma di manifestazione del pensiero, la cui libertà è tutelata dall'art. 21 Cost.

La Suprema Corte ha notato che l'art. 19 Cost. sembra, in apparenza, contrariamente alle norme internazionali in materia, tutelare solo la libertà "positiva" di religione, che si estrinseca nella libertà di professare qualunque fede religiosa, con il solo limite che "non si tratti di riti contrari al buon costume".

Il testo della norma non contiene, di contro, una espressa e specifica menzione della libertà di coscienza, intesa come libertà di mutare credo o di non averne alcuno, ovvero di professare una fede laica e agnostica, tant'è che una risalente pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 58 del 1960) aveva escluso che nell'ambito della libertà di professare una fede religiosa, tutelata dall'art. 19 Cost., potesse rientrare anche la libertà "negativa" di professare un credo agnostico, sulla base dell'argomento che "l'ateismo comincia dove finisce la fede religiosa".

Sul piano interno, si è assistito, poi, ad un mutamento di indirizzo da parte del giudice delle leggi, che ha iniziato a leggere l'art. 19 Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., arrivando alla conclusione che la tutela della "libertà di coscienza" dei non credenti rientra nella più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19 Cost. e dall'art. 21 Cost. (Corte cost. sent. n. 117 del 1979; sent. n. 334 del 1996; sent. n. 149 del 1995)

Quanto al piano comunitario ed internazionale, la libertà di coscienza, in essa compresa la libertà di non avere alcun credo religioso, trova una tutela piena e incondizionata.

Innanzitutto, l'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti". Pressoché all'unisono, l'art. 9 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, paragrafo 1, dispone che: "Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione

o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti".

La CGUE ha osservato che, nel Considerando 1 della direttiva n. 78/2000 (che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), il legislatore dell'Unione ha fatto riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto princìpi generali del diritto dell'Unione. Tra i diritti risultanti da tali tradizioni comuni e che sono stati riaffermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vi è il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito all'art. 10, paragrafo 1, della CDFUE (CGUE, Grande Camera, 14 marzo 2017, C-157/15).

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con decisione del 29 marzo 2007, in causa Spampinato contro Italia, ha affermato che l'art. 9 della Convenzione tutela la libertà di pensiero, coscienza e religione, che costituisce il fondamento di qualunque società democratica. Tale libertà è posta a tutela non solo dei credenti, ma anche degli atei, degli agnostici, scettici o indifferenti, in quanto consente anche l'esplicazione del diritto di non aderire a nessun credo.

Sulla scorta, dunque, anche dei princìpi comunitari e convenzionali ripercorsi, la Suprema Corte, nella sentenza citata, ha enunciato i seguenti princìpi di diritto: "ai sensi degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost. e dell'art. 1 del protocollo addizionale al Concordato tra Stato e Chiesa del 1984, dai quali si desume l'esistenza nell'ordinamento del principio supremo di laicità dello Stato, nonché ai sensi dell'art. 10 della CDFUE e dell'art. 9 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, deve essere garantita la pari libertà di ciascuna persona che si riconosca in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza, ed anche se si tratta di un credo ateo o agnostico, di professarla liberamente. Dal riconoscimento del diritto di libertà di coscienza anche agli atei o agnostici, discende il diritto di questi ultimi di farne propaganda nelle forme che ritengano più opportune, attesa la previsione aperta e generale dell'art. 19 Cost.

Il diritto di propaganda e di diffusione del proprio credo religioso non deve tradursi nel vilipendio della fede religiosa da altri professata, ed il giudice di merito deve denegare le modalità con cui si esplica la propaganda o la diffusione solo quando esse si traducano in una aggressione o in una denigrazione della diversa fede da altri professata".

Ancora in tema di libertà religiosa, **Sez. L, n. 19618/2020, Di Paolantonio, non massimata**, nel chiamare a pronunciarsi le Sezioni Unite sulla questione di diritto della rilevanza disciplinare della rimozione da parte di un insegnante del crocifisso dalla parete dell'aula in cui sia chiamato a fare lezione, violando le disposizioni impartite dal dirigente scolastico che invitava il corpo docente a lasciare affisso il simbolo in conformità ad un deliberato dell'assemblea degli studenti, ha ricordato

che sul significato da attribuire all'ostensione del crocifisso nelle aule scolastiche è intervenuta la CEDU, con la sentenza della Grande Camera del 18 marzo 2011, Lautsi ed altri contro Italia, che, dopo aver dato atto del valore religioso del simbolo e delle posizioni divergenti assunte in proposito dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, II, parere n. 63 del 1988; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 556 del 2006) e dalla Corte di cassazione (Cass. pen., sez. IV, n. 4273/2000), ha escluso la denunciata violazione dell'art. 9 della Convenzione perché dalla sola esposizione di un "simbolo essenzialmente passivo" non deriva la violazione del principio di neutralità dello Stato ed all'ostensione, che deve essere "relativizzata", non può essere riconosciuta un'influenza sull'educazione degli allievi paragonabile a quella di un discorso didattico o della partecipazione ad attività religiose allorquando lo stesso Stato non assuma alcun comportamento intollerante nei confronti di alunni che aderiscano ad altri credi religiosi.

Il citato arresto della S.C. pone anche la questione della compatibilità della sanzione disciplinare irrogata all'insegnante (sospensione di trenta giorni) con la disciplina in tema di discriminazioni di cui al d.lgs. n. 216/2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/78/CE.

In particolare, secondo i principi affermati dalla CGUE nelle sentenze del 14 marzo 2017 in cause C-157/15, Achbita, e C-188/15, Buougnaoui, nel caso di un ordine incidente sulla libertà religiosa di chi è tenuto ad osservarlo, se è vero che esso, per la sua generalità, non comporta una discriminazione diretta di taluni destinatari rispetto ad altri, è pur vero che potrebbe comportare una discriminazione indiretta, ove determini "un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia", rispetto ai lavoratori che a tale religione o ideologia non aderiscono, con la conseguenza che, affinché possa dirsi consentita una qualche forma di compressione della libertà religiosa, è necessario che ricorra una finalità legittima e che i mezzi impiegati per il perseguimento di detta finalità siano appropriati.

Proprio la necessità di indagare se sussista una forma di discriminazione indiretta, nel senso appena specificato, e di considerare se la compressione alla libertà religiosa (in senso negativo) del docente sanzionato possa dirsi giustificata dalla volontà degli alunni espressa nell'assemblea di classe e se, eventualmente, il miglior contemperamento dei contrapposti diritti in campo fosse quello di lasciare che l'insegnante rimuovesse provvisoriamente il crocifisso durante lo svolgimento delle sue lezioni ha indotto la Suprema Corte, con l'ordinanza interlocutoria appena citata, a rimettere la risoluzione di tali questioni alle Sezioni Unite.

Nel corso del 2020, la S.C. ha affrontato una questione molto particolare ed interessante in tema di *status* delle persone, dovendo stabilire se fosse o meno legittima la cancellazione della trascrizione, nei registri dello stato civile italiano, di

una sentenza emessa da un tribunale religioso di Nablus Occidentale (Palestina), di scioglimento del matrimonio sciaraitico celebrato tra una donna e un uomo, entrambi con doppia cittadinanza, italiana e giordana; scioglimento avvenuto attraverso l'esercizio da parte di quest'ultimo del cd. ripudio unilaterale. In particolare, la Corte di appello aveva ordinato la cancellazione della trascrizione della sentenza in quanto aveva ritenuto che quest'ultima, avendo sostanzialmente preso atto del ripudio esercitato unilateralmente dal marito nei confronti della moglie, si poneva in contrasto sia con l'art. 64, lett. g), della l. n. 218 del 1995, perché il giudice palestinese non aveva effettuato alcun accertamento sulla cessazione della comunione di vita tra i coniugi; sia con l'art. 64, lett. b), della stessa legge, in quanto il procedimento del ripudio unilaterale è basato solo sulla manifestazione di volontà del marito, senza che lo stesso debba addurre alcuna motivazione, senza possibilità di opposizione da parte della moglie, e dunque senza contraddittorio, e senza che alla moglie sia riconosciuto un analogo diritto.

Nel decidere sul ricorso presentato dal marito che aveva interesse a che la sentenza del tribunale sciaraitico avesse efficacia anche in Italia, **Sez. 1, n. 16804/20, Iofrida, Rv. 658805-01**, nel confermare l'incompatibilità del "ripudio unilaterale", quale forma di scioglimento del matrimonio, con l'ordinamento italiano, ha richiamato gli artt. 2, 3, 29 Cost. e l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul divieto di discriminazione ai fini di assicurare a tutti il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dal suo articolato; l'art. 5, settimo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'uguaglianza morale e giuridica degli sposi, sia durante il matrimonio che dopo lo scioglimento dello stesso; l'art. 16 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, ratificata in Italia nel 1985; l'art. 111 Cost. e l'art. 6 della CEDU, che prescrivono l'esigenza di un processo equo ed in condizioni di parità sostanziale e processuale tra le parti.

In tema di sanzioni amministrative e di regime temporale della loro applicazione, si segnala **Sez. 2 n. 19558/2020, Varrone, Rv. 659174-01**, che ha ricordato come la Suprema Corte affermi che le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob ex art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (cd. TUF) non sono equiparabili alle sanzioni irrogate per manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 187 ter del citato d.lgs., sicché le prime non condividono la natura sostanzialmente penale di queste ultime.

Una volta esclusa la natura sostanzialmente penale delle sanzioni, viene anche meno l'obbligo di applicare retroattivamente la norma sanzionatoria più favorevole al trasgressore.

Il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, di cui all'art. 1 l. n. 689 del 1981, è stato ritenuto dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 193 del 2016,

non in contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., con riferimento ai parametri posti dagli artt. 6 e 7 della CEDU e dall'art. 49 CDFUE.

Il sistema della CEDU, come interpretato dalla Corte europea, non impone al legislatore nazionale di disporre l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative più favorevoli al trasgressore; né un vincolo in tal senso si rinviene nella Costituzione, salva la possibilità per il legislatore nel limite della ragionevolezza di modulare le proprie determinazioni, e dunque di disporre volta per volta l'applicazione retroattiva della norma sanzionatoria sopravvenuta più favorevole al trasgressore, a seconda del campo di intervento e della materia oggetto di disciplina (ordinanze della Corte Cost. n. 245 del 2003, n. 501 e n. 140 del 2002).

Un altro settore nel quale il diritto dell'Unione e quello convenzionale hanno avuto una rilevante incidenza è quello del diritto del lavoro.

Sez. L, n. 00001/2020, Arienzo, Rv. 656650-02, con riferimento ad una azione esercitata da un sindacato a tutela di un gruppo di lavoratori identificati in base all'appartenenza sindacale e che in ragione di questa assumevano di essere stati discriminati da provvedimenti datoriali, ha innanzitutto affermato che l'art. 2 del d.lgs. n. 216 del 2003 definisce le nozioni di discriminazione diretta e indiretta.

La prima si configura nelle ipotesi in cui "per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga"; la seconda si configura nelle ipotesi in cui "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di un'altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone".

Il citato d.lgs. n. 216 del 2003 costituisce attuazione della direttiva 2000/78, che a sua volta stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Tale direttiva trova fondamento nell'art. 13 del Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea. Il principio di non discriminazione, inoltre, si trova enunciato nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2003, dunque, non può che essere letto all'interno della cornice di princìpi unionali in cui si iscrive, con la conseguenza che, nella espressione "convinzioni personali", possono essere ricomprese anche le convinzioni di cui sono portatrici determinate organizzazioni sindacali, idonee a costituire, al pari delle convinzioni religiose, politiche o dell'orientamento sessuale, il motivo di un comportamento discriminatorio denunciabile dinanzi al giudice.

L'onere della prova dell'esistenza della motivazione discriminatoria del provvedimento datoriale gode, peraltro, di un "alleggerimento", per evitare lo svuotamento in sede processuale delle garanzie attribuite sul piano sostanziale ai lavoratori e all'organizzazione sindacale che si pone a tutela dell'interesse collettivo a loro riconducibile.

In particolare, tale alleggerimento non può che identificarsi in un livello di indizi che, pur non giungendo a formare una prova presuntiva piena, siano comunque idonei a fondare un ragionevole sospetto che il provvedimento o il comportamento datoriale sia connotato da intenti discriminatori; spetta, poi, al datore di lavoro dedurre e provare circostanze inequivoche idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria dell'atto o del comportamento assunto, in quanto connotate (quelle circostanze) di una oggettività tale che qualsiasi altro lavoratore, nella stessa posizione di quelli in tesi discriminati, sarebbe stato trattato allo stesso modo (CGUE 17 luglio 2008, C-303/06, Colemann; CGUE 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn; CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, Chez).

Altra importante pronuncia per i diritti dei lavoratori è **Sez. L, n. 17202/2020, Amendola,** in tema di licenziamenti collettivi in caso di trasferimento di azienda concomitante con una situazione di crisi.

La Suprema Corte ha ricordato che la direttiva 2001/23/CE, agli artt. 3 e 4, detta regole generali cui non è consentito derogare da parte degli Stati membri in senso sfavorevole ai lavoratori, al fine di assicurare il mantenimento dei loro diritti in caso di trasferimento d'impresa. Le regole volte a garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, consentendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni pattuite con il cedente, possono essere derogate dalle legislazioni nazionali nei soli casi espressamente previsti dall'art. 5 della direttiva 2001/23/CE.

L'introduzione del comma 4 *bis* nel corpo dell'art. 47 della l. n. 428 del 1990, avvenuta per dare esecuzione alla sentenza della CGUE 11 giugno 2009, nella causa C-561/07, emanata in seguito ad una procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione europea contro l'Italia per la non corretta attuazione della direttiva 2001/23/CE, deve essere, dunque, letta in maniera conforme con la predetta direttiva, con la conseguenza che, in ipotesi di trasferimento che riguardi soggetti imprenditoriali dei quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, comma 5, lettera c), l. n. 675 del 1977, ovvero per i quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, ex d.lgs. n. 270 del 1999, l'accordo sindacale di cui all'art. 47, comma 4 *bis*, l. n. 428 del 1990, inserito dal d.l. n. 135 del 2009, conv. dalla l. n. 166 del 2009, può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. per quanto riguarda le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario. Solo in caso di

procedura di insolvenza con cessazione dell'attività aziendale del cedente la deroga all'art. 2112 c.c. può concernere anche il passaggio di tutti i lavoratori dal cedente al cessionario, potendosi prevedere che il trasferimento aziendale comporti di per sé la riduzione dei livelli occupazionali.

Un altro "fronte caldo" dei rapporti tra l'ordinamento interno e l'ordinamento dell'Unione ha continuato ad essere, durante l'anno 2020, quello del riconoscimento del servizio svolto dal personale scolastico prima dell'immissione in ruolo.

A tal proposito, con riferimento al personale ausiliario, tecnico ed amministrativo (cd. ATA), **Sez. 6-L, n. 21175/2020, Esposito, non massimata**, ha ribadito che "l'art. 569 del d.lgs. n. 297/1994 relativo al riconoscimento dei servizi preruolo del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario della scuola si pone in contrasto con la clausola 4 dell'Accordo Quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla direttiva 1999/70/CE nella parte in cui prevede che il servizio effettivo prestato, calcolato ai sensi dell'art. 570 dello stesso decreto, sia utile integralmente a fini giuridici ed economici solo limitatamente al primo triennio e per la quota residua rilevi a fini economici nei limiti dei due terzi. Il giudice, una volta accertata la violazione della richiamata clausola 4, è tenuto a disapplicare la norma di diritto interno in contrasto con la direttiva ed a riconoscere ad ogni effetto al lavoratore a termine, poi immesso nei ruoli dell'amministrazione, l'intero servizio effettivo prestato.

In ordine, invece, al personale docente, la segnalata pronuncia, chiamata ad occuparsi della conformità al diritto dell'Unione della disciplina interna relativa alla ricostruzione della carriera degli insegnanti ove l'immissione in ruolo sia stata preceduta da rapporti a termine, ha evidenziato, innanzitutto, che già con il d.l. n. 370 del 1970, convertito con modificazioni dalla l. n. 576 del 1970, il legislatore aveva previsto, all'art. 3, che "il servizio…viene riconosciuto agli effetti giuridici ed economici per l'intero e fino ad un massimo di quattro anni, purché prestato con il possesso, ove richiesto, del titolo di studio prescritto o comunque riconosciuto valido per effetto di apposito provvedimento legislativo. Il servizio eccedente i quattro anni viene valutato in aggiunta a quello di cui al precedente comma agli stessi effetti nella misura di un terzo, e ai soli fini economici per i restanti due terzi. I diritti economici derivanti dagli ultimi due terzi di servizio previsti dal comma precedente saranno conservati e valutati anche in tutte le classi successive di stipendio". Con il d.lgs. n. 297 del 1994, di approvazione del T.U. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, le richiamate disposizioni sono confluite, con modificazioni e integrazioni, negli artt. 485 e 489 ed esse non possono essere derogate da parte della contrattazione collettiva. L'abbattimento opera solo sulla quota eccedente i primi quattro anni di anzianità, oggetto di riconoscimento integrale, e pertanto il meccanismo finisce per penalizzare i precari

di lunga data, non già quelli che ottengano l'immissione in ruolo entro il limite massimo per il quale opera il principio della totale valorizzazione del servizio.

Tale sistema di riconoscimento della pregressa anzianità maturata con i contratti a termine prima dell'immissione in ruolo, se poteva dirsi non irragionevole con riferimento ad un sistema di reclutamento basato sulla regola del cd. "doppio canale" e della cadenza triennale dei concorsi, che giustificava l'abbattimento oltre il primo quadriennio in relazione al criterio meritocratico, essendo prevista la periodicità dei concorsi e delle immissioni in ruolo, non ha trovato giustificazione in seguito, in quanto, come è stato rilevato in varie pronunce della CGUE, della Corte costituzionale e della stessa Suprema Corte, le immissioni in ruolo non sono avvenute con la periodicità originariamente pensata e voluta dal legislatore e ciò ha determinato, come conseguenza, che il personale "stabilizzato" si è trovato per lo più a vantare, al momento dell'immissione in ruolo, un'anzianità di servizio di gran lunga superiore a quella per la quale il riconoscimento opera in misura integrale.

Con riguardo, poi, alla comparabilità degli assunti a tempo determinato con il personale stabilmente immesso nei ruoli dell'amministrazione, non sussistono ragioni oggettive atte a giustificare la disparità di trattamento, non potendosi fare leva sulla natura non di ruolo del rapporto di impiego, sulla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, sulle modalità di reclutamento del personale e sulle esigenze che il sistema mira ad assicurare.

Quanto alla necessità di non discriminare i lavoratori con contratto a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato, di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (concluso il 18 marzo 1999 tra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale e recepito dalla direttiva 99/70/CE), si è ricordato che la CGUE 9 luglio 2015, causa C-177/14, Regojo Dans, punto 32, ha chiarito che l'obbligo posto a carico degli Stati membri di assicurare al lavoratore a tempo determinato "condizioni di impiego" che non siano meno favorevoli rispetto a quelle riservate all'assunto a tempo indeterminato "comparabile" sussiste a prescindere dalla legittimità del termine apposto al contratto, giacché detto obbligo è attuazione, nell'ambito della disciplina del rapporto a termine, del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione che costituiscono "norme di diritto sociale dell'Unione di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela" (**Sez. L, n. 21304/2020, Marotta, non massimata**).

Con riferimento al diritto alle ferie, **Sez. L, n. 22401/2020, Negri Della Torre, non massimata**, ha ricordato che il diritto del lavoratore a ferie retribuite trova una disciplina sia nel diritto interno (art. 36, comma 3, Cost.; art. 2109, comma 2, c.c.; art. 10 del d.lgs. n. 66 del 2003) sia in quello dell'Unione europea (art. 7 della direttiva n. 2003/88/CE). Il diritto ad un periodo annuale di ferie è espressamente sancito

nell'art. 31, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cui l'art. 6, n. 1, TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei trattati (CGUE sentenze 8 novembre 2012, Heimann e Toltschin, C-229/11 e C-230/11, punto 22; 29 novembre 2017, King, C-214/16, punto 33; 4 ottobre 18, Dicu, C-12/17, punto 25). Il diritto alle ferie retribuite di almeno quattro settimane, secondo una costante giurisprudenza della CGUE, deve essere considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione e ad esso non si può derogare. In particolare, per ciò che riguarda "l'ottenimento di un pagamento" a titolo di ferie annuali, la CGUE, sin dalla sentenza 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele e altri (punto 50), ha avuto occasione di precisare che l'espressione "ferie annuali retribuite", di cui all'art. 7 n. 1 della direttiva n. 88 del 2003 intende significare che, per la durata delle ferie annuali, "deve essere mantenuta la retribuzione": in altre parole, il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo (CGUE 20 gennaio 2009, C-350/06 e C-520/06, Schultz-Hoff e altri, punto 58).

Particolarmente illuminante si rivela la sentenza della CGUE 15 settembre 2011, causa C-155/10, Williams e altri (punto 21), nella quale si afferma che la retribuzione delle ferie annuali deve essere calcolata, in linea di principio, in modo tale da coincidere con la retribuzione ordinaria del lavoratore e che una diminuzione della retribuzione idonea a dissuadere il lavoratore dall'esercitare il diritto alle ferie sarebbe in contrasto con la disciplina del diritto dell'Unione: "qualsiasi incomodo intrinsecamente collegato" all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare in forza del suo contratto di lavoro e che viene compensato tramite un importo pecuniario incluso nel calcolo della retribuzione complessiva del lavoratore…deve obbligatoriamente essere preso in considerazione ai fini dell'ammontare che spetta al lavoratore durante le sue ferie annuali" (sentenza ult. cit., punto 24).

Un altro tema sempre molto sensibile ai riflessi sovranazionali è quello dell'immigrazione.

Con riferimento ai presupposti del riconoscimento del permesso di soggiorno per gravi ragioni umanitarie, **Sez. 2, n. 17118/2020, Giannaccari, Rv. 658952-02**, ha affermato che nella vigenza della formulazione dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, applicabile ai fatti di causa, la condizione di vulnerabilità per motivi di salute richiede, alla luce della giurisprudenza dell'Unione (CGUE, 24 aprile 2018, in causa C-353/16), l'accertamento della gravità della patologia, la necessità ed urgenza delle cure nonché la presenza di gravi carenze del sistema sanitario del paese di provenienza.

Sez. 1, n. 19224/2020, Acierno, Rv. 658819-01, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE, sentenza 17 febbraio 2009,

causa C-465/07), ha chiarito che, diversamente dalle ipotesi di protezione sussidiaria cd. individualizzanti, previste dall'art. 14, lett. a) e b), del d.lgs. n. 251 del 2007, nell'ipotesi dell'art. 14, lett. c), del citato d.lgs., l'onere di allegazione del richiedente tale specie di protezione è limitato alla deduzione di una situazione oggettiva di generale violenza indiscriminata, dettata da un conflitto esterno o da una instabilità interna, percepita come idonea a porre in pericolo la vita o l'incolumità psico-fisica per il solo fatto di rientrare nel paese di origine, disancorata dalla rappresentazione di una vicenda individuale di esposizione al rischio persecutorio. Ne consegue che, ove correttamente allegata tale situazione, il giudice, in attuazione del proprio dovere di cooperazione istruttoria, è tenuto ad accertarne l'attualità con riferimento alla situazione oggettiva del paese di origine e, in particolare, dell'area di provenienza del richiedente.

Sez. 1, n. 21584/2020, Fidanzia, Rv. 658982-01, ha fissato i presupposti nei quali, in tema di protezione internazionale, in assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale, il giudice, pure obbligato a fissare l'udienza di comparizione, ha altresì l'obbligo di disporre l'audizione del richiedente: a) nel ricorso vengono dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda, sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti; b) il giudice ritiene necessario l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente; c) il richiedente fa istanza di audizione nel ricorso precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti, sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile. A tal proposito, nell'arresto citato la Suprema Corte ha ricordato che la CGUE, nella sentenza 26 luglio 2017, C-348/16, Moussa Sacko, ha statuito che "la direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, e in particolare i suoi articoli 12, 14, 31 e 46, letti alla luce dell'art. 47 della CDFUE, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale decisione, a condizione che, da una parte, in occasione della procedura di primo grado sia stata data facoltà al richiedente di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale, conformemente all'art. 14 di detta direttiva, e che il verbale o la trascrizione di tale colloquio, qualora quest'ultimo sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo, in conformità all'art. 17, paragrafo 2, della direttiva medesima, e, dall'altra parte, che il giudice adìto con il ricorso possa disporre tale audizione ove lo ritenga necessario ai fini dell'esame

completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplato all'art. 46, paragrafo 3, di tale direttiva" (sul punto, per ulteriori specificazioni e chiarimenti, cfr. CGUE 6 luglio 2020, C-517/17, Mikiyos Addis).

Sez. 3, n. 22864/2020, Vincenti, non massimata, pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 30 del 2007, e cioè sui limiti del diritto al ricongiungimento familiare in Italia di un cittadino extracomunitario con un cittadino, residente in Italia, di un altro Stato membro dell'UE, ha esaminato il Considerando 6 della direttiva 2004/38, che tende a "preservare l'unità della famiglia in senso ampio senza discriminazione in base alla nazionalità, con la conseguenza che la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della detta direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione".

Inoltre, il citato arresto della Suprema Corte ha rilevato che nella "comunicazione della Commissione al parlamento europeo e al Consiglio concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri" si afferma che "per stabilire se un familiare è a carico, occorre valutare nella singola fattispecie se l'interessato, alla luce delle sue condizioni finanziarie e sociali, necessita di sostegno materiale per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato d'origine o nello Stato di provenienza al momento in cui chiede di raggiungere il cittadino comunitario (quindi non nello Stato membro ospitante in cui soggiorna il cittadino UE)".

La S.C. è stata anche investita, quale giudice *a quo,* della questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 13 del 2017, per violazione degli artt. 117 Cost., 6 e 13 CEDU, nella parte in cui stabilisce che il procedimento per l'ottenimento della protezione internazionale è definito con decreto non reclamabile. Tale questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile da **Sez. 1, n. 22950/2020, Fidanzia, Rv. 659116-01,** poiché la Corte europea dei diritti umani, con riferimento ai procedimenti civili, ha sempre negato che il diritto all'equo processo e ad un ricorso effettivo possano essere considerati parametri per invocare un secondo grado di giurisdizione, mentre la legislazione eurounitaria e, in particolare, la direttiva UE n. 2013/32, secondo l'interpretazione fornitane dalla CGUE, non prevede un obbligo per gli stati membri di istituire l'appello, poiché l'esigenza di assicurare l'effettività del ricorso

riguarda espressamente i procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

Sez. 1, n. 23584/2020, Pazzi, Rv. 659239-01, con riferimento al sindacato giurisdizionale della determinazione, assunta dall'organo amministrativo all'uopo deputato, dello Stato competente a provvedere a decidere sulla domanda di protezione internazionale proposta dal migrante, ha affermato che l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale (Regolamento UE del parlamento europeo e del Consiglio n. 603 del 2013, Dublino III) spetta, in base all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, all'amministrazione e, precisamente, all'Unità di Dublino, operante presso il Dipartimento delle libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno e non al giudice ordinario. Ne consegue che, laddove sia stato impugnato un provvedimento di ripresa in carico di un immigrato già accettato da parte di uno Stato membro UE, il giudice ordinario nazionale non può rilevare violazioni formali del Regolamento Dublino verificatesi nel corso della procedura essendo sfornito di competenza al riguardo. Infatti, il relativo sindacato è limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di assistenza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tenuto anche conto che fra gli Stati membri dell'UE vige il principio secondo cui "il riconoscimento della protezione internazionale nei paesi dell'Unione è fondato su un sistema comune di asilo (art. 78 TFUE), che postula un principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali".

Deve essere segnalata anche **Sez. 1, n. 23720/2020, Pazzi, Rv. 659278-01**, che, ai fini della concessione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, ha affermato che, nell'effettuare il giudizio di comparazione tra la situazione del richiedente in Italia e la condizione in cui questi verrebbe a trovarsi nel paese di provenienza ove rimpatriato, il giudice, al fine di dare concreta attuazione al diritto alla vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, deve tener conto, quale fattore concorrente ma non esclusivo di un'eventuale situazione di vulnerabilità, anche dell'esistenza e della consistenza dei legami familiari del richiedente in Italia, effettuando un bilanciamento tra il pericolo di danno alla vita familiare e l'interesse statale al controllo dell'immigrazione.

6. Libertà economiche e diritti del consumatore.

Rilevante, nell'ambito della giurisprudenza della Suprema Corte, è anche il "dialogo" sviluppato con le corti sovranazionali, specialmente con la CGUE, in tema di tutela delle libertà economiche e dei diritti del consumatore.

Con riferimento alle libertà economiche, l'applicazione che più spesso la Suprema Corte fa del diritto dell'Unione riguarda i rapporti contrattuali tra le autorità pubbliche dei singoli Stati e le imprese.

In materia di spese di giustizia, **Sez. 1, n. 00208/2020, Sambito, Rv. 656501-01**, ha affermato che il noleggio ad una procura della Repubblica di apparecchiature destinate ad intercettazioni telefoniche non è una transazione commerciale, ma una spesa straordinaria di giustizia sottratta alla libera contrattazione, sicché al compenso non si applicano gli interessi moratori di cui al d.lgs. n. 231 del 2002, nemmeno alla luce del terzo e quinto considerando della direttiva n. 7 del 2011 del parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, applicabile, avendo lo scopo di tutelare la concorrenza, alle "pubbliche amministrazioni aggiudicatrici", dunque, alle sole transazioni commerciali frutto di una procedura di evidenza pubblica.

Dal canto suo, **Sez. U, n. 00299/2020, Perrino, Rv. 656575-01**, in tema di notificazioni di atti processuali, ha affermato che, nel quadro giuridico novellato dalla direttiva n. 2008/6/CE del parlamento e del Consiglio del 20 febbraio 2008, è prevista la possibilità per tutti gli operatori postali di notificare atti giudiziari, a meno che lo Stato non evidenzi e dimostri la giustificazione oggettiva ostativa. Ne consegue che, con riferimento alla notificazione di un atto giudiziario eseguita da un operatore di posta privata senza il relativo titolo abilitativo nel periodo successivo all'entrata in vigore della detta direttiva ma precedente al regime introdotto dalla l. n. 124 del 2017, tale notificazione non può dirsi inesistente, ma solo nulla, e, dunque, suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo costituito dalla costituzione in giudizio della controparte; raggiungimento che, comunque, non rileva ai fini della tempestività del ricorso, a fronte della mancanza di certezza legale della data di consegna del ricorso all'operatore, dovuta all'assenza di poteri certificativi di quest'ultimo, in quanto sprovvisto di titolo abilitativo.

In materia di professioni, è interessante il caso di cui si è occupata l'ordinanza interlocutoria **Sez. 1, n. 01568/2020, Sambito**.

L'Ordine dei biologi lamentava che il d.lgs. n. 261 del 2007, di attuazione della direttiva 2002/98/CE, aveva escluso i biologi dalla possibilità di essere designati quali responsabili del servizio trasfusionale, in violazione dell'art. 9, comma 2, della detta direttiva che, invece, attribuiva l'idoneità professionale alla prestazione di tale servizio anche ai laureati in scienze biologiche. Rigettata anche in appello la domanda di alcuni biologi volta ad ottenere la condanna dello Stato italiano al risarcimento per

illegittima e incompleta attuazione della direttiva, e su ricorso dei professionisti, la Suprema Corte ha innanzitutto chiarito che la domanda di condanna al risarcimento proposta dai biologi era ben determinata, in quanto essi avevano allegato: 1) la norma del diritto dell'Unione violata, preordinata ad conferire diritti ai singoli; 2) una violazione sufficientemente caratterizzata, da intendersi quale grave e manifesta; 3) l'esistenza di un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e danno subito dal soggetto leso (CGUE, sentenze 10 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9/90, sull'obbligo risarcitorio degli Stati membri per la mancata attuazione di direttive comunitarie; sentenza 5 marzo 1996 Brasserie du pecheur e Factortame, cause C-46/93 e C-48/93, sul tema degli obblighi risarcitori dello Stato membro nei confronti dei singoli per violazione del diritto comunitario).

La S.C. ha rilevato che, in base al diritto interno, è precluso ai dottori in biologia l'accesso al ruolo di persona responsabile dei servizi trasfusionali, mentre la direttiva enuncia, come si è visto, tra i requisiti di qualificazione valenti al riguardo, titoli accademici acquisiti anche nel settore delle scienze mediche o biologiche.

Ebbene, sulla base di tale rilievo, ha formulato alla CGUE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, il quesito se la disposizione dell'art. 9, comma 2, della direttiva 2002/98/CE, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione , la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti, vada interpretato nel senso che, nell'indicare, tra le condizioni minime di qualificazione per l'accesso al ruolo di persona responsabile del centro ematologico, il possesso di un titolo accademico "nel settore delle scienze mediche o biologiche" attribuisca direttamente ai laureati in entrambe le discipline il diritto a poter svolgere il ruolo di persona responsabile di un centro ematologico-trasfusionale; e, di conseguenza, se il diritto dell'Unione consenta o impedisca che il diritto nazionale escluda che il predetto ruolo di persona responsabile del centro ematologico-trasfusionale possa essere ricoperto da soggetti laureati in scienze biologiche.

Nel corso del 2020 la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi anche in materia antitrust.

In particolare, **Sez. 1, n. 05381/2020, Iofrida, Rv. 657038-01**, ha chiarito che, in seguito all'entrata in vigore della direttiva n. 2014/114/UE, alla quale ha fatto seguito, nell'ordinamento italiano, la legge delega n. 114 del 2015 e il d.lgs. n. 3 del 2017, si è delineato un ordinamento in cui: 1) il termine di prescrizione è di cinque anni per il diritto al risarcimento del danno; 2) il *dies a quo* di decorrenza del termine va individuato nel momento in cui intervenga la conoscenza o la ragionevole presunzione di conoscenza della violazione antitrust fonte di danno e dell'identità dell'autore della violazione; 3) il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione sia cessata; 4) la prescrizione rimane sospesa durante l'indagine o

istruttoria antitrust avviata dall'Autorità Garante in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione risarcitoria e si protrae per un anno dal momento della decisione sulla violazione definitiva o dal momento di chiusura del procedimento in altro modo.

Orbene, mentre quanto previsto ai punti 1) e 2) costituisce un orientamento consolidato del giudice di legittimità, le disposizioni dei punti 3) e 4) hanno carattere innovativo e non hanno portata retroattiva, con la conseguenza che queste ultime non si applicano alle azioni risarcitorie, derivanti dalla violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, proposte anteriormente alla data del 26 dicembre 2014.

Sempre con riferimento alla libertà di concorrenza e al divieto di aiuti di Stato atti a falsarla, in una fattispecie in cui si discuteva se l'Azienda Napoletana Mobilità S.p.A., che gestiva il servizio di trasporto pubblico locale per il Comune di Napoli negli anni '90 del secolo scorso, fosse tenuta a restituire all'INPS gli sgravi contributivi di cui aveva illegittimamente fruito nel periodo dal 1997 al 2001, deve segnalarsi **Sez. L, n. 09801/2020, Cavallaro, Rv. 657785-01** che, dopo aver sollevato una questione pregiudiziale alla CGUE circa l'interpretazione e la portata da dare alla decisione della Commissione europea n. 128/2000, questione alla quale la Corte di giustizia ha risposto con sentenza del 29 luglio 2019, C-659/17, ha chiarito che, per stabilire sulla legittimità degli sgravi contributivi goduti dall'azienda di trasporto pubblico locale, si sarebbe dovuto accertare se, all'epoca di questi ultimi, il Comune di Napoli fosse soggetto ad un obbligo legislativo o regolamentare di conferire la gestione del servizio a quella azienda di trasporto e se quest'ultima avesse o meno esercitato, nel periodo in cui aveva fruito degli sgravi, attività su altri mercati di beni o servizi o comunque su altri mercati geografici aperti alla concorrenza.

Con riferimento ai contratti di gestione già in essere alla data di entrata in vigore dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, la S.C., nella sentenza citata, ha affermato che l'azienda di trasporto locale gestiva il servizio in regime di monopolio legale, in quanto l'ente comunale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 142 del 1990, era vincolato ad affidare il servizio di trasporto pubblico ad aziende speciali, quali prestatori esclusivi, con divieto di accesso a qualsiasi altro operatore economico. La verifica della sussistenza della seconda condizione richiesta dalla CGUE, relativa all'eventuale svolgimento da parte dell'azienda di trasporto di altre attività aperte alla concorrenza o della stessa attività su altri mercati geografici aperti alla concorrenza, è stata demandata dalla Suprema Corte alla Corte territoriale di merito.

In ordine al regime di recupero degli sgravi contributivi illegittimi in quanto costituenti aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, **Sez. L, n. 15972/2020, Berrino, Rv. 658533-01**, ha affermato che l'azione dell'ente previdenziale volta al

recupero non costituisce una azione di ripetizione dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c., bensì una azione volta al pagamento dei contributi differenziali.

Ne consegue che tale azione è soggetta al termine ordinario prescrizionale di dieci anni di cui all'art. 2946 c.c., e non a quello dell'art. 3, commi 9 e 10, l. n. 335 del 1995.

In tema di azione risarcitoria nei confronti dello Stato per violazione del divieto di aiuti pubblici erogati in violazione del principio di libera concorrenza deve segnalarsi **Sez. 3, n. 22631/2020, Vincenti, Rv. 659242-01**, che ha stabilito come, in materia di aiuti di Stato illegittimi, il giudice nazionale - qualora sia chiamato a decidere sulla sussistenza della responsabilità per illecito eurounitario dello Stato-Legislatore per violazione della norma di riferimento, da individuarsi nell'art. 88, par. 3, del Trattato CE (già art. 93, attuale art. 108 TFUE), avente efficacia diretta nell'ordinamento - debba verificare, in successione, se: a) il provvedimento controverso, procurando ai beneficiari un vantaggio mediante risorse pubbliche, costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, par. 1, del Trattato; b) l'aiuto di Stato rientri nella categoria di quelli vietati dall'art. 87, par. 1, del Trattato, in quanto idoneo a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi fra gli Stati membri; c) il predetto aiuto rientri nella procedura di controllo di cui all'art. 88, par. 3, del Trattato e, quindi, se si tratti di nuovo aiuto e non di un aiuto esistente, che a tale procedura si sottrae, ai sensi del par. 1 del citato art. 88.

Con riferimento alla distinzione tra "aiuti nuovi" ed "aiuti esistenti", ai fini del giudizio di illiceità, non sono nuovi, bensì esistenti (ai sensi dell'art. 88, par. 1 e 2, del Trattato CE, già art. 93, attuale art. 108 TFUE) e, quindi, irrilevanti per il giudizio di responsabilità per illecito eurounitario dello Stato-Legislatore, gli aiuti: a) istituiti in uno Stato membro prima dell'entrata in vigore del Trattato CE; b) già autorizzati dalla Commissione o dal Consiglio; c) notificati e rispetto ai quali sia scaduto il termine per l'esame preliminare; d) non notificati e per i quali sia scaduto il termine decennale per il recupero; e) non qualificabili, al tempo della loro adozione, come aiuti e che lo sono divenuti in seguito al processo di completamento del mercato interno, dovendo però escludersi dal novero degli aiuti esistenti le misure di sostegno ad attività già oggetto di un processo di liberalizzazione in forza del diritto comunitario (**Sez. 3, n. 22631/2020, Vincenti, Rv. 659242-02**).

L'azione risarcitoria contro lo Stato per l'illecito eurounitario consistente nella concessione di un aiuto di Stato illegittimo è soggetta alle regole di prescrizione dell'ordinamento interno, di cui agli artt. 2934 ss. (**Sez. 3, n. 22631/2020, Vincenti, Rv. 659242-03**).

Con riferimento alla tutela del consumatore, inoltre, la Suprema Corte sembra aver definitivamente abbandonato la teoria del cd. "rimbalzo", secondo la quale il fideiussore non sarebbe autonomamente definibile quale consumatore o

professionista, dipendendo il suo inquadramento nell'una o nell'altra categoria dalla qualità che riveste il debitore principale.

Infatti, **Sez. 6-1, n. 00742/2020, Dolmetta, Rv. 656803-01**, ha affermato che nel contratto di fideiussione, i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto principale, come affermato dalla CGUE con sentenze del 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcau, e del 14 settembre 2016, C-534/15, Dumitras, dovendo ritenersi, pertanto, consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa, nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività, né essere ritenuta strettamente funzionale al suo svolgimento. Ne consegue che il fideiussore è qualificabile come consumatore anche se stipula il contratto per garantire il debito contratto da un terzo imprenditore o professionista, nell'esercizio dell'impresa o della professione di questo.

Tale orientamento è stato ribadito da **Sez. 6-1, n. 01666/2020, Marulli, Rv. 656807-01**, che, in ordine ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio a garanzia di un debito della società, ha affermato che i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica in capo al socio debbono essere valutati in base alle parti del contratto di fideiussione, senza alcuna rilevanza della qualità soggettiva del debitore principale e, per escludere che il socio sia in sostanza il portatore dell'interesse della società, rileva la entità della sua partecipazione sociale ed anche il fatto che, al tempo della conclusione del contratto di fideiussione, ricoprisse o meno la carica di amministratore della società garantita.

7. I medici specializzandi: premessa.

Al fine di agevolare la libera prestazione di servizi nella Comunità Europea, il Consiglio della Comunità ha adottato due direttive (75/362/CEE e 75/363/CEEE) definite, rispettivamente, di "riconoscimento" e di "coordinamento", volte, la prima, al riconoscimento reciproco dei diplomi e titoli di medico, la seconda, al coordinamento ed alla armonizzazione della legislazione dei vari Stati in relazione ai percorsi di specializzazione post-laurea.

Entrambe sono state successivamente modificate e coordinate dalla direttiva del Consiglio n. 82/76/CEE che, all'art. 13, ha riconosciuto il diritto degli specializzandi ad una "*adeguata remunerazione*" e, all'art. 16, ha fissato nel 31 dicembre 1982 il termine ultimo per l'adozione da parte degli Stati membri della normativa di adeguamento.

Lo Stato italiano ha provveduto al recepimento della direttiva solo con il d.lgs. n. 257 dell'8 agosto 1991, in esito alla condanna da parte della Corte di giustizia nella

sentenza del 7 luglio 1987, C-49/86, Commissione c. Italia, a conclusione di una procedura di infrazione, disponendo all'art. 8, comma 2, che la "*adeguata retribuzione"* fosse attribuita ai medici specializzandi iscritti ai percorsi di formazione a far tempo dall'anno accademico 1991/1992, prevedendo - almeno sul piano letterale - solo una applicazione *pro futuro* della direttiva.

Ne è nato un vasto contenzioso da parte dei medici specializzandi iscritti ai corsi prima dell'anno 1991/1992, che hanno avanzato domanda di risarcimento del danno da mancata tempestiva attuazione della direttiva. Nello specifico, oggetto del risarcimento erano le somme cui i medici specializzandi avrebbero avuto diritto se lo Stato italiano si fosse tempestivamente conformato.

A seguito di due importanti pronunzie della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia, 25 febbraio 1999, C-131/1997, Carbonari, e Corte di giustizia, 3 ottobre 2000, C-371/97, Gozza, quest'ultima relativa ai percorsi di specializzazione a tempo ridotto, sulla scia della quale si pone la successiva Corte di giustizia, 19 maggio 2011, C-452/2009, Tonina e altri) si sono affermati sul tema in esame importanti principi: 1) il diritto alla adeguata remunerazione di tutti i medici iscritti alle scuole di specializzazione negli anni accademici compresi tra il 1983 ed il 1991, in forza dell'obbligo incondizionato e sufficientemente preciso dettato dalle disposizioni comunitarie; 2) l'individuazione del rimedio alle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento, nell'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria, con previsione del risarcimento del danno in relazione alla posizione di tutti coloro che lo avevano subito, senza effettuare alcun distinguo con riferimento all'anno di iscrizione al corso; 3) la sussistenza del diritto alla remunerazione anche con riferimento alla formazione a tempo cd. ridotto sul rilievo che anch'essa risponde alle medesime esigenze di quella a tempo pieno, dalla quale si distingue unicamente per la possibilità di limitare la partecipazione alle attività mediche fino alla metà del tempo previsto per il tempo pieno.

Impossibile, quindi, conseguire il risultato prescritto dalla direttiva attraverso l'interpretazione conforme del diritto nazionale (che, come visto, si applicava *espressamente* solo a far tempo dall'anno 1991/1992), inadempiente lo Stato rispetto agli obblighi di riconoscimento della adeguata remunerazione per gli anni anteriori al 1991/1992, ricorrevano, secondo la giurisprudenza della CGUE, le condizioni per il riconoscimento della responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto comunitario: 1) la *sufficiente gravità* della violazione di una norma attributiva di diritti ai singoli (nello specifico, il diritto alla adeguata retribuzione), il cui contenuto ben poteva essere individuato sulla scorta delle disposizioni della direttiva; 2) l'esistenza di un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo imposto allo Stato ed il danno subito dai soggetti lesi.

Risolta con un punto fermo la questione del diritto alla retribuzione e al risarcimento per i medici specializzandi iscritti ai percorsi di formazione per gli anni dal 1993 all'entrata in vigore dell'art. 8 del d.lgs. n. 257 del 1991, sono rimasti un vasto dibattito ed un ampio contenzioso con riferimento alla posizione di coloro che si erano iscritti in data anteriore al 1° gennaio 1983, data in cui si è perfezionato l'inadempimento italiano.

Numerose pronunzie della Terza sezione della S.C. hanno affermato che il diritto al risarcimento non compete a coloro che avevano già iniziato il corso alla data del 31 dicembre 1982, poiché fino a tale data non era maturato alcun inadempimento dello Stato italiano, diversamente, l'estensione della tutela risarcitoria anche in capo a costoro avrebbe determinato una inammissibile irretroattività degli effetti dell'inadempimento (il diritto alla adeguata retribuzione, fatto costitutivo del successivo diritto al risarcimento del danno, era venuto in essere solo alla scadenza del termine ultimo fissato nella direttiva per adempiere - il 31 dicembre 1982 - con l'organizzazione di percorsi di specializzazione caratterizzati dal tempo pieno, dall'esclusività e dall' obbligo di frequenza, sicché, inteso il corso di specializzazione nella sua unitarietà e completezza ciclica, non essendo previsto nella Direttiva 82/76/CEE alcun obbligo di adeguamento anche dei corsi pendenti, non poteva evidentemente riconoscersi agli iscritti ai corsi anteriormente alcun diritto alla adeguata retribuzione).

Al fine di ulteriormente corroborare l'opzione negativa sono stati altresì utilizzati ulteriori argomenti di supporto: le esigenze di finanza pubblica e la gradualità temporale nell'adeguamento della normativa italiana alla normativa comunitaria.

Sposano questa linea di pensiero, ostativa al risarcimento, *ex plurimis*, Sez. 6-3, n. 14375/2015, De Stefano, Rv. 636215-01, Sez. 6-3, n. 17067/2013, Frasca, Rv. 627674-01, e Sez. 6-3, n. 15198/2015, De Stefano, Rv. 636215-01.

Su un orizzonte interpretativo completamente opposto, si colloca, invece, la tesi che propende per l'estensione della tutela risarcitoria, assumendo che nelle direttive innanzi ricordate non vi è una limitazione delle platee dei destinatari e che solo l'interpretazione estensiva è in armonia con l'essenza del diritto comunitario, che impone, in applicazione del criterio cd. funzionale, il ristoro di tutti i danneggiati per il ritardo del legislatore, ristoro che deve esplicarsi attraverso l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione (nello specifico dell'art. 8 del d.lgs. n. 257 del 1991).

Si è pure rappresentato che a tale soluzione conduce anche il rilievo che i corsi di specializzazione sono rapporti di durata, sicché deve trovare applicazione il principio in materia di successioni di leggi nel tempo, secondo il quale la legge sopravvenuta disciplina (per il periodo successivo al 1° gennaio 1983) il rapporto giuridico in corso, allorché esso, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i propri effetti,

sempre che - e non sarebbe questa l'ipotesi - la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto generatore del rapporto.

Da ultimo, è stata richiamata la primazia del diritto comunitario, gli effetti della mancata, tardiva o inadeguata trasposizione delle norme comunitarie, con particolare riguardo al principio cd. della equivalenza giurisdizionale, in virtù del quale il regime della riparazione in caso di violazione del diritto comunitario non deve essere meno favorevole di quello applicabile a delle azioni analoghe fondate sulla violazione delle norme di diritto interno.

In tal senso, possono menzionarsi Sez. L, n. 10612/2015, Tria, Rv. 635765-01, ma anche Sez. L, n. 17434/2015, Manna A., non massimata.

Ricordata la supremazia del diritto comunitario, la soluzione estensiva è stata ulteriormente supportata con il richiamo alla giurisprudenza CGUE ed alle pronunzie richiamate che avevano ritenuto il diritto alla remunerazione in favore di tutti i medici iscritti alle scuole di specializzazione negli anni accademici tra il 1983 ed il 1991, diritto fondato sull'obbligo incondizionato e sufficientemente preciso delle disposizioni comunitarie, individuando altresì il rimedio solutorio all'inadempimento, come già anticipato, nella applicazione retroattiva e completa delle norme di adeguamento.

Stante l'innanzi evidenziato contrasto, con le ordinanze interlocutorie n. 23581 e 23582 del 2016, la soluzione dello stesso è stata rimessa alle Sezioni Unite che hanno deciso di sottoporre alla CGUE, in via pregiudiziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni:

1) se la direttiva 75/363, come modificata, debba essere interpretata nel senso che rientrino nel suo ambito di applicazione anche le formazioni di medici specialisti, sia a tempo pieno che a tempo ridotto, già in corso e proseguite oltre il 31 dicembre 1982, termine fissato agli Stati membri dall'articolo 16 della direttiva per adottare le misure necessarie per conformarsi.

In caso di risposta affermativa al quesito sub 1):

a) se l'allegato, aggiunto alla direttiva 75/363 dall'articolo 13 della direttiva 82/76, debba essere interpretato nel senso che per i corsi di formazione specialistica già iniziati alla data del 31 dicembre 1982 l'insorgenza dell'obbligo di remunerazione adeguata per i medici specializzandi dipenda dall'assolvimento dell'obbligo di riorganizzazione o comunque di verifica di compatibilità con le prescrizioni delle predette direttive;

b) se in favore dei medici che abbiano conseguito specializzazioni frequentando corsi di formazione che avevano già avuto inizio ma non erano ancora conclusi al 1° gennaio 1983 sia insorto o meno l'obbligo di adeguata remunerazione per l'intera durata del corso o per il solo periodo di tempo successivo al 31 dicembre 1982 ed a quali condizioni.

Con la sentenza del 24 gennaio 2018, in cause riunite C-616/16 e C-617/16, la Corte di giustizia ha affermato che:

"37. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, non risulta dalla direttiva 75/363 come modificata che l'obbligo imposto agli Stati membri di procedere ad una remunerazione adeguata dei periodi di formazione a tempo pieno e a tempo ridotto come medico specialista non trovi applicazione a quelle formazioni che siano iniziate prima della scadenza, il 1.1.1983, del termine di trasposizione della direttiva 82/76 e che siano proseguite dopo questa data.

38. Alla luce di tali circostanze, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'art. 2, paragrafo 1, lettera c), l'art. 3, paragrafi 1 e 2, nonché l'allegato della direttiva 75/363 come modificata devono essere interpretati nel senso che qualsiasi formazione a tempo pieno o a tempo ridotto come medico specialista iniziata nel corso dell'anno 1982 e proseguita fino al 1990 deve essere oggetto di una remunerazione adeguata, ai sensi dell'allegato suddetto, a condizione che tale formazione riguardi una specializzazione medica comune a tutti gli Stati membri ovvero a due o più di essi e menzionata negli artt. 5 o 7 della direttiva 75/362".

Dall'esame del passo innanzi riportato della pronunzia della Corte del Lussemburgo si osserva che, mentre il punto 37 sembrerebbe dare una risposta congruente con l'ampia formulazione del quesito proposto dalla S.C., affermandosi in esso che tutte le formazioni volte alla specializzazione iniziate anteriormente al 1° gennaio 1983 e proseguite dopo questa data meritano (per la frazione di formazione successiva al 1° gennaio 1983) una retribuzione, il punto 38 parrebbe invece limitare l'affermazione ai soli medici che hanno iniziato il percorso di specializzazione nell'anno 1982 ed in tal senso anche il dispositivo della decisione.

Pertanto, il percorso motivazionale ed il dispositivo della sentenza della Corte di giustizia che qui si sta esaminando non possono essere letti in modo univoco.

Sulla questione non ha preso posizione la successiva Sez. U, n. 20348/2018, Scaldaferri, Rv. 650269-01, che focalizza il *thema decidendum* in relazione ai casi sottoposti, che riguardavano tutti medici specializzandi iscrittisi negli anni successivi al 1982.

Conclusivamente, non è stata espressamente vagliata la questione relativa alla sussistenza o meno del diritto ad una adeguata retribuzione e, quindi al risarcimento da mancato recepimento della direttiva, per i medici specializzandi che si siano iscritti ai percorsi di specializzazione anteriormente al 1982, in relazione alla frazione di percorso di specializzazione successivo al 1° gennaio 1983.

8. Il diritto al risarcimento del danno dei medici specializzandi iscritti anteriormente al 1982: la nuova rimessione alle Sezioni Unite ed il secondo coinvolgimento della CGUE.

Successivamente alla sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2018, in cause riunite C-616/16 e C-617/16, si è sviluppato, all'interno della giurisprudenza della S.C., un nuovo contrasto in ordine alla portata temporale dei principi affermati in tale sentenza, e, in particolare, sulla questione se essi si applichino o meno anche ai percorsi di formazione iniziati anteriormente al 1982, sicché le Sezioni Unite si sono dovute nuovamente occupare del contenzioso in esame.

I termini del contrasto sono efficacemente riassunti nell'ordinanza della Sez. L, n. 00821/2019, Arienzo, di rimessione alle Sezioni Unite, e nella successiva ordinanza Sez. U, n. 23901/2020, Valitutti, con la quale la tematica è stata nuovamente sottoposta all'attenzione della CGUE.

Nello specifico, nelle più recenti decisioni della Terza sezione civile della S.C. si sostiene l'esclusione del diritto al risarcimento per i medici specializzandi che hanno iniziato il loro percorso di formazione anteriormente all'anno 1982 (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 05509/2019, Porreca, Rv. 652993-01).

Per contro, nella summenzionata ordinanza interlocutoria Sez. L, n. 00821/2019, Arienzo, dato conto del percorso ermeneutico seguito dall'orientamento innanzi richiamato, viene valorizzata una diversa via interpretativa.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto, quindi, di rimettere nuovamente la questione interpretativa alla Corte con sede in Lussemburgo.

Nel dettaglio, il quesito rivolto alla CGUE è il seguente:

"Se l'art. 189, terzo comma, del Trattato sull'Unione Europea e gli artt. 13 e 16 della direttiva 82/76/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1982, che modifica la direttiva 75/362/CEE e la direttiva 75/363/CEE, ostino ad un'interpretazione secondo cui il diritto alla remunerazione adeguata previsto dall'art. 13 della Direttiva 82/76/CEE a favore dei sanitari che svolgano attività di formazione, sia a tempo pieno che a tempo ridotto, e sempre che sussistano tutti gli altri requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza europea, spetta anche ai medici che si siano iscritti ad una scuola di specializzazione in anni precedenti l'anno 1982, e che siano in corso all'1 gennaio 1983. Se il diritto al risarcimento del danno per il ritardo nel recepimento della Direttiva suindicata da parte dello Stato italiano competa, di conseguenza, anche a detti sanitari, limitatamente alla frazione di risarcimento successiva all'1 gennaio 1983".

Occorre rilevare che le Sezioni Unite hanno palesato nell'ordinanza di rimessione alla CGUE di aderire alla tesi minoritaria, quella patrocinata in Sez. L, n. 00821/2019,

Arienzo, ma hanno comunque scelto il confronto dialettico con il giudice europeo e di riceverne l'avallo riguardo il sentiero ermeneutico prescelto.

Attraverso la rimessione la S.C. preferisce interloquire con il giudice europeo, stante la ritenuta estrema controvertibilità del tema in analisi e l'espressa preoccupazione che la tesi opposta, quella in virtù della quale il diritto agli emolumenti andrebbe escluso con riferimento ai medici iscritti alla scuola prima del 1982, rischi di porsi in contrasto con la normativa europea e l'interpretazione che di essa ha dato la Corte di giustizia.

Il giudice di legittimità illustra in modo approfondito tutti gli argomenti a favore della tesi che propugna l'estensione del diritto al risarcimento ai medici specializzandi che abbiano cominciato il percorso anteriormente al 1982, naturalmente avuto riguardo ai periodi successivi al 1° gennaio 1983.

All'argomento letterale ed alle tracce rinvenute nella giurisprudenza della CGUE, l'ordinanza affianca l'argomento teleologico, ovvero la necessità che lo Stato membro interpreti le disposizioni della legge promulgata al fine di trasporre una direttiva in armonia con la lettera e lo scopo della stessa.

Ne consegue che, essendo l'attività dei medici iscritti alle scuole di specializzazione universitaria, una particolare ipotesi di contratto di formazione-lavoro, in relazione al quale, quindi, la remunerazione prevista è destinata a sopperire le esigenze materiali per l'impegno degli interessati nell'attività rivolta alla loro formazione ed al conseguimento del titolo abilitante, non potrà che farsi luogo, si legge ancora nell'ordinanza, all'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria, con conseguente risarcimento di tutti coloro che hanno subito un danno e - quindi - anche degli iscritti anteriormente al 1982, sebbene con riferimento al periodo successivo al 1° gennaio 1983.

Da ultimo, va pure rilevato come il giudice di legittimità metta in campo, a sostegno della tesi estensiva, anche un ultimo argomento, ovvero la necessità di applicare il principio della cd. "*equivalenza giurisdizionale",* in virtù del quale il regime della riparazione, in caso di violazione del diritto comunitario, non deve essere meno favorevole di quello applicabile in ipotesi di violazione del diritto interno.

Si attende, quindi, che la vicenda sia risolta con la pronunzia della Corte di giustizia, che pare avere appunto anche il fine di evitare che ci possano essere nuovi contrasti in seno alla giurisprudenza italiana.

II) L'APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CASSAZIONE CIVILE

(DI GIANLUCA GRASSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU. - 2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione. - 2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune. Il sindacato della corte costituzionale. - 2.2.1. Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": i vincoli derivanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo. - 2.2.2 L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost. - 3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU. - 3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale. - 3.2. Il diritto di famiglia. - 3.3. Il cittadino straniero. - 3.4. Il divieto di trattamenti inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati. - 3.5. Il danno non patrimoniale. - 3.6. Le sanzioni amministrative. - 3.7. Il diritto tributario. - 3.8. Procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati. - 3.9. L'espropriazione per pubblica utilità.

1. Premessa.

Questo contributo affronta il tema dell'inquadramento delle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nell'ambito delle fonti interne, alla luce della giurisprudenza costituzionale, presentando una casistica delle decisioni assunte in materia dalla Corte di cassazione civile.

2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU.

La collocazione nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea e delle norme della CEDU e dei suoi protocolli è stata definita con chiarezza dalla Corte costituzionale.

2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione.

La diretta applicazione del diritto dell'Unione nel nostro ordinamento trova il suo fondamento nell'art. 11 Cost., la cui seconda parte stabilisce che l'Italia «*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*». Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia, cedendo parte della sua sovranità, è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sovranazionale. Tale cessione ha riguardato anche il potere legislativo nelle

materie oggetto dei Trattati, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

In ragione della peculiarità del diritto dell'Unione, il contrasto tra norme statali e disciplina UE non dà luogo all'invalidità o all'illegittimità delle norme interne, ma comporta, qualora non sia possibile un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione delle norme nazionali incompatibili, la loro disapplicazione o non applicazione al caso concreto. È questo l'orientamento costante della Corte costituzionale a partire dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170, per cui le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente dalla stessa Corte costituzionale, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (Corte cost. 13 luglio 2007, n. 28).

La Consulta ha così superato l'indirizzo originario in base al quale le norme comunitarie abrogavano le norme statali incompatibili preesistenti, mentre dovevano essere oggetto di rimessione alla Corte quelle sopravvenute per violazione dell'art. 11 Cost. (Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 232). Secondo l'orientamento successivo (a partire da Corte cost. n. 170 del 1984), l'effetto connesso alla vigenza della norma comunitaria è quello «*non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale*».

Tali principî sono stati riferiti dalla Corte costituzionale, nella pronuncia n. 170 del 1984, ai regolamenti comunitari, quali fonti immediatamente applicabili, e la giurisprudenza successiva ha riconosciuto la "diretta applicabilità" anche alle sentenze interpretative della Corte di giustizia (Corte cost. 19 aprile 1985, n. 113 ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ora art. 267 TFUE), alle norme comunitarie interpretate in pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 del Trattato (ora art. 258 TFUE) (Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389), alle direttive munite d'efficacia diretta, nei limiti indicati dalla Corte di giustizia (Corte cost. 18 aprile 1991 n. 168 con riferimento alle disposizioni incondizionate e sufficientemente precise, attributive di un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*).

2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune.

Il sindacato della corte costituzionale. Il sistema convenzionale, derivante dalla CEDU, è caratterizzato dalla presenza di un trattato internazionale multilaterale che, sia pur peculiare, non ha dato luogo a un ordinamento giuridico sovranazionale, dai cui organi deliberativi possano derivare norme vincolanti per le autorità interne degli Stati membri.

Nella lettura fatta propria dalla Consulta a partire dalle sentenze 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349, le norme della CEDU non ricevono copertura costituzionale dall'art. 11 Cost. - che riguarda il diritto sovranazionale dell'Unione europea, le cui norme primarie dotate di efficacia diretta devono avere efficacia obbligatoria in tutti gli Stati membri senza la necessità di leggi di ricezione e di adattamento - ma dall'art. 117 Cost., come modificato dall'art. 2 l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, che enuncia gli obblighi dello Stato e delle Regioni derivanti dal diritto internazionale pattizio. In base all'art. 117, comma 1, Cost. non può attribuirsi rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento (legge 4 agosto 1955 n. 848 che ha disposto la ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), derivando da tale previsione l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali, e tra queste figurano quelle contenute nella CEDU.

Secondo la Corte costituzionale, diversamente da quanto avviene con il diritto dell'Unione, il giudice nazionale non può disapplicare direttamente la norma interna contrastante con le disposizioni della CEDU (Corte cost. n. 348 e n. 349 del 2007. Nello stesso senso, tra le altre, Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303; 22 luglio 2011, n. 236; 7 aprile 2011, n. 113; 11 marzo 2011, n. 80; 5 gennaio 2011, n. 1; 28 maggio 2010, n. 187; 15 aprile 2010, n. 138; 12 marzo 2010, n. 93; 4 dicembre 2009 n. 317; 26 novembre 2009, n. 311; 27 febbraio 2008, n. 39).

La CEDU - secondo la Consulta - in considerazione del suo contenuto, presenta una portata sub-costituzionale, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Convenzione e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, comma 1, Cost. viola quest'ultimo parametro. In questo modo si determina un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, che dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali evocati dall'art. 117 e, con essi, al parametro stesso. Essendo l'uniformità dell'applicazione della CEDU garantita dall'interpretazione attribuita alla Corte EDU - alla quale questa competenza è stata espressamente riconosciuta dagli Stati contraenti - il

giudizio di costituzionalità sulla norma interna dovrà riguardare la disposizione della Convenzione così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Pertanto, il giudice nazionale comune, a fronte di un possibile contrasto tra la norma interna e quella della CEDU, deve cercare di risolvere l'antinomia mediante un'interpretazione conforme della norma interna alla Convenzione, secondo la lettura offertane dalla Corte di Strasburgo. Nel far questo, il giudice nazionale deve spingersi fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni messe a confronto, avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. L'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza (Corte cost. n. 311 del 2009).

Qualora tale risultato non sia conseguibile in via interpretativa nei limiti indicati, ovvero il giudice dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", nell'ipotesi in cui vi sia un contrasto tra le due disposizioni, egli deve verificare se la norma contenuta nella CEDU sia conforme alla Costituzione.

Se la norma della CEDU rispetta la Costituzione, il giudice nazionale non può far altro che sollevare la questione di legittimità della norma interna con riferimento all'art. 117 Cost. e della norma o delle norme CEDU interposte, ovvero anche dell'art. 10, comma 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta (Corte cost. n. 311 del 2009).

In tal caso, la Corte costituzionale dovrà accertare la sussistenza del denunciato contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana, appurando la compatibilità della norma CEDU con le pertinenti norme della Costituzione (Corte cost. n. 311 del 2009). Il verificarsi di un conflitto con altre norme della nostra Costituzione - da ritenersi eccezionale - esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità a integrare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., determinando l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007).

In caso di accertato contrasto della norma interna con quella della CEDU, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma convenzionale invocata.

È questo il meccanismo individuato dalla Corte costituzionale per realizzare un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali e quella di evitare che ciò possa comportare una lesione della Costituzione stessa.

2.2.1. Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": i vincoli derivanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo.

La Corte costituzionale (sentenza 26 marzo 2015, n. 49) ha precisato a quali condizioni la giurisprudenza della Corte EDU - la cui interpretazione è fondamentale per definire l'esatto contenuto delle norme della Convenzione - vincoli il giudice nazionale, allo scopo di evitare un uso arbitrario e selettivo dei precedenti. La ricerca di questi ultimi è senz'altro più complessa di quella che si può effettuare per le decisioni della Corte di giustizia, di regola ufficialmente tradotte in tutte le lingue dell'Unione europea e presenti in un *data base* di agevole accessibilità, dove per la giurisprudenza di Strasburgo si prevedono due sole lingue ufficiali, il francese e l'inglese, mentre le traduzioni in lingua italiana delle principali decisioni vengono curate dal nostro Ministero della giustizia.

Alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU.

Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, questo meccanismo non ha spogliato il giudice nazionale della funzione interpretativa che gli compete, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost., in quanto soggetto soltanto alla legge (in senso conforme Corte cost. 11 maggio 2017, n. 109; 7 aprile 2017, n. 68; 16 dicembre 2016, n. 276; 9 febbraio 2016 n. 36). Tale regola vale anche per le norme emergenti dalla giurisprudenza della CEDU, che entrano nell'ordinamento giuridico nazionale grazie a una legge ordinaria di adattamento e sono recate da sentenze meramente dichiarative e non esecutive (cfr. art. 46 Convenzione EDU).

Al di là dei casi in cui il giudice comune torni a occuparsi della richiesta di cessazione degli effetti lesivi della violazione accertata dalla Corte di Strasburgo (Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210; Corte cost. n. 113 del 2011), l'interpretazione offerta dalla Corte EDU vincola il giudice nazionale soltanto in quanto espressiva di un "diritto consolidato", mentre nessun obbligo esiste a fronte di pronunce che non siano il frutto di un orientamento divenuto definitivo (Corte cost. n. 49 del 2015 che ribadisce e precisa quanto affermato dalle sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009 secondo cui il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla «*giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente*», «*in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza*», fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro, Corte cost. 6 gennaio 2012, n. 15 e n. 317 del 2009).

Sul punto, la Consulta (Corte cost. n. 49 del 2015) evidenzia che il riferimento al "diritto consolidato" risponde alle modalità organizzative della Corte di Strasburgo, che consente opinioni dissenzienti e prevede un meccanismo idoneo a risolvere il

contrasto tra singole sezioni, quale la rimessione alla Grande Camera (la nozione stessa di "giurisprudenza consolidata" trova riconoscimento nell'art. 28 della CEDU con riferimento al potere del comitato investito di un ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 di potere, con voto unanime, di dichiararlo ricevibile e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito, solo quando tale "giurisprudenza consolidata" sussista e vada applicata). La formazione del diritto giurisprudenziale della CEDU riveste quindi un carattere progressivo (e la Grande Camera, nel caso previsto dall'art. 30 CEDU, può essere chiamata a prevenire contrasti, sulla non opposizione delle parti, requisito questo dell'accordo tacito che secondo il protocollo n. 15 - non in vigore e non ratificato dall'Italia - potrebbe essere sostituito da un potere d'ufficio).

La Corte costituzionale, al riguardo, sottolinea che non è sempre di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano.

Si richiamano, a tal fine, alcuni indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

In presenza di tutti o alcuni di questi indizi, secondo la Corte costituzionale, in base a un giudizio che non può peraltro prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una certa controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto, secondo la procedura oggi definita nell'art. 61 del regolamento della Corte, non potendosi attribuire tale valenza in via interpretativa da parte del giudice nazionale. Il procedimento della "sentenza pilota", di origine giurisprudenziale, è codificato nell'art. 61 del regolamento e può essere adottato nei confronti di una parte contraente in presenza di una grave disfunzione, quale un problema strutturale o sistemico che potrebbe dar luogo alla rappresentazione di ricorsi analoghi, ma la cui efficacia *ultra partes* verso Stati terzi non è espressamente disciplinata e risulta negata da Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2014, n. 46067). La "sentenza pilota" è infatti adottata avendo riguardo alle specificità

di un determinato ordinamento, che è quindi il solo chiamato a prendere le misure riparatorie in applicazione del suo dispositivo.

Ad aiutare il giudice nel suo compito potrà soccorrere il parere consultivo di cui al Protocollo addizionale n. 16-entrato in vigore con decorrenza dal 1° agosto 2018 con la ratifica ad opera della Francia, non ratificato dall'Italia - che la Corte EDU può rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori, pur se espressamente definito non vincolante (art. 5). Il procedimento è stato attivato per la prima volta dalla Corte di cassazione francese, che ha richiesto un doppio parere in materia di maternità surrogata (*gestation pour autrui*), riguardo alla trascrizione di atti dello stato civile formati all'estero ed al procedimento di adozione. Il parere della Corte EDU è stato pubblicato il 10 aprile 2019.

Il vincolo interpretativo per il giudice italiano discende pertanto dalla presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota" adottata nei confronti dell'Italia che, riempiendo di contenuti specifici la norma interposta della CEDU, impongono al giudice di superare eventuali contrasti rispetto alla norma interna attraverso gli strumenti interpretativi a sua disposizione, ovvero azionando l'incidente di costituzionalità ove ciò fosse possibile (Corte cost. n. 49 del 2015; Corte cost. n. 80 del 2011).

Al di là dei vincoli che possano derivare dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, resta fermo che il giudice comune, nell'esercitare l'attività interpretativa riconosciutagli dalla Costituzione, ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte di Strasburgo, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima (Corte cost. n. 109 del 2017; n. 68 del 2017; n. 276 del 2016; n. 36 del 2016) col solo limite del divieto di disapplicazione.

2.2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost.

Il sistema non ha subìto mutamenti in seguito all'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui sono stati modificati il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già Trattato istitutivo della Comunità Europea).

È noto che non sia ancora giunta a esser definita la questione dell'adesione dell'UE alla CEDU, prevista dalle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, avendo la Corte di giustizia, con parere articolato, ritenuto che il progetto di accordo

sottopostole dalla Commissione non fosse compatibile con l'art. 6, par. 2, TUE, né con il connesso protocollo n. 8 (Corte giust., parere, 18 dicembre 2014).

La Corte costituzionale, allo stato, esclude che la riconduzione della CEDU al diritto dell'Unione europea - realizzata mediante il riconoscimento (art. 6, par. 1, TUE) dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché attraverso l'attribuzione, ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, della dignità di principi generali del diritto dell'Unione (art. 6 parr. 2 e 3) - consenta di ritenere operante per le norme della Convenzione la copertura dell'art. 11 Cost. e di accedere, conseguentemente, alla possibilità di una loro diretta applicazione da parte del giudice nazionale (cfr., tra le tante, Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; 28 novembre 2012, n. 264; 18 luglio 2013, n. 202; 4 luglio 2014, n. 191; 18 luglio 2014, n. 223).

Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80 puntualizza che il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 6 TUE - secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «*e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» - riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del TUE, evocando una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona e quindi nelle forme già indicate dalla sentenza della Consulta n. 349 del 2007.

La Corte costituzionale esclude altresì una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della "clausola di equivalenza" che figura nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, discendente dall'equiparazione di quest'ultima ai Trattati. La Corte sottolinea che in sede di modifica del Trattato si è inteso evitare che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «*stesso valore giuridico dei trattati*» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione (art. 6, par. 1, primo alinea TUE secondo cui «*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*»), evidenziando che le disposizioni della Carta si applicano solo nell'ambito delle competenze dell'Unione europea (art. 51, par. 1, TUE; Corte giustizia sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*).

3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU.

Le principali questioni che hanno portato la Corte di cassazione civile nel 2020 a confrontarsi con le norme della CEDU possono essere suddivise, a grandi linee, negli ambiti del diritto a un equo processo e dell'accesso alla tutela giurisdizionale, del diritto in famiglia, della tutela del cittadino straniero, del divieto di trattamenti

inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati, del danno non patrimoniale, delle sanzioni amministrative, del diritto tributario, nonché del procedimento disciplinare nei riguardi degli avvocati e dell'espropriazione per pubblica utilità.

3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale.

In questa sezione vengono riportate alcune decisioni della S.C. che affrontano, sotto diversi profili, i temi del diritto a un equo processo e dell'accesso alla tutela giurisdizionale, così come declinati dalla giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 6 CEDU.

In tema di onere della prova, **Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-04** ha ritenuto che non può predicarsi, tanto alla stregua delle norme di rango costituzionale, quanto ai sensi dell'art. 6 CEDU, un obbligo incondizionato del giudice di dar corso all'assunzione di qualsivoglia mezzo istruttorio articolato dalla parte, a prescindere da una valutazione di rilevanza dei fatti da provare. Secondo l'apprezzamento compiuto, da un lato, l'art. 6 cit., pur garantendo il diritto a un processo equo, non contiene alcuna disposizione riguardante il regime di ammissibilità delle prove o sul modo in cui esse dovrebbero essere valutate, trattandosi di questioni rimesse alla regolamentazione della legislazione nazionale, dall'altro, la necessità, da parte del giudice, di scrutinare la rilevanza e ammissibilità dei singoli mezzi proposti dalla parte si coniuga ed è coerente con i principi della ragionevole durata del processo, con cui collide l'espletamento di attività processuali non necessarie o superflue ai fini della pronuncia.

Riguardo ai mezzi di impugnazione, **Sez. 3, n. 2467/2020, Olivieri, Rv. 656727-01** ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale - per asserita violazione degli artt. 24 e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 47 della Carta di Nizza e 6 della CEDU, quali norme interposte - dell'art. 702-*quater* c.p.c., nella parte in cui stabilisce che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione è appellabile entro il termine breve di trenta giorni dalla sua comunicazione a opera della cancelleria, trattandosi di schema procedimentale che, rispondendo allo scopo di garantire la stabilità delle decisioni non impugnate entro un determinato termine, ritenuto dall'ordinamento nazionale adeguato ai fini di una ponderata determinazione della parte interessata, non è incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Sez. L, n. 27/2020, Pagetta, Rv. 656364-01, confermando il precedente orientamento già espresso da Sez. 6-3, n. 7455/2013, Frasca, Rv. 625596-01, ha escluso che la disciplina del ricorso per cassazione, nella parte in cui prevede - all'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c. - requisiti di ammissibilità di contenuto-forma contrasti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dalla Convenzione

europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La S.C. ha evidenziato che tali requisiti sono individuati in modo chiaro, tanto da doversi escludere che il ricorrente in cassazione, tramite la difesa tecnica, non sia in grado di percepirne il significato e le implicazioni, e in armonia con il principio della idoneità dell'atto processuale al raggiungimento dello scopo, sicchè risultano coerenti con la natura di impugnazione a critica limitata propria del ricorso per cassazione e con la strutturazione del giudizio di legittimità quale processo sostanzialmente privo di momenti di istruzione.

È stato altresì affermato (**Sez. 5, n. 8425/2020, Guida, Rv. 658196-01**) che ai fini del rispetto dei limiti contenutistici di cui all'art. 366, comma 1, n. 3) e 4), c.p.c., il ricorso per cassazione deve essere redatto in conformità al dovere processuale della chiarezza e della sinteticità espositiva, dovendo il ricorrente selezionare i profili di fatto e di diritto della vicenda *sub iudice* posti a fondamento delle doglianze proposte in modo da offrire al giudice di legittimità una concisa rappresentazione dell'intera vicenda giudiziaria e delle questioni giuridiche prospettate e non risolte o risolte in maniera non condivisa, per poi esporre le ragioni delle critiche nell'ambito della tipologia dei vizi elencata dall'art. 360 c.p.c. L'inosservanza di tale dovere (nella specie ravvisata dalla S.C. a fronte di ricorso per cassazione di 239 pagine, nonostante la semplicità della questione giuridica alla base della decisione impugnata, illustrata in due pagine) pregiudica l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata e, pertanto, comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ponendosi in contrasto con l'obiettivo del processo, volto ad assicurare un'effettiva tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali del giusto processo (artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU), senza gravare lo Stato e le parti di oneri processuali superflui.

Sez. U, n. 6460/2020, De Stefano, Rv. 657215-01 ha escluso la sindacabilità a opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in sede di controllo di giurisdizione della violazione, da parte del Consiglio di Stato, di norme del diritto dell'Unione europea o della CEDU che si risolva in un *error in iudicando* (sia pure *de iure procedendi*). Il controllo in questione, secondo le sezioni unite, è circoscritto all'osservanza dei meri limiti esterni della giurisdizione, senza estendersi ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale - l'accertamento delle quali rientra nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione - concernenti il modo d'esercizio della giurisdizione speciale.

Sul regolamento necessario di competenza **Sez. 6-3, n. 20344/2020, Guizzi, Rv. 659251-01** ha escluso ogni contrasto con l'art. 6 CEDU della disciplina che ne esclude l'ammissibilità contro il diniego di sospensione del processo, alla luce della formulazione letterale dell'art. 42 c.p.c., norma di carattere eccezionale, che prevede

un controllo immediato solo sulla legittimità del provvedimento che tale sospensione concede. Secondo l'apprezzamento compiuto, tale disciplina contempera l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale con quella di efficienza della giurisdizione, garantendo, da un lato, il diritto della parte che si vede respingere la richiesta di sospensione di impugnare, comunque, sul punto, la decisione che ha definito il giudizio non sospeso e, dall'altro, la durata ragionevole del processo (in precedenza, Sez. 6-2, n. 31694/2019, Criscuolo, Rv. 656258-01 aveva escluso il contrasto di tale disciplina con gli artt. 3 e 24 Cost. e con l'art. 111 Cost.).

Con riferimento alla materia dell'esecuzione forzata, è stato ribadito che qualora il credito, di natura esclusivamente patrimoniale, sia di entità economica oggettivamente minima, difetta, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., l'interesse a promuovere l'espropriazione forzata, dovendosi escludere che ne derivi la violazione dell'art. 24 Cost. poiché la tutela del diritto di azione va contemperata, per esplicita od anche implicita disposizione di legge, con le regole di correttezza e buona fede, nonché con i principi del giusto processo e della durata ragionevole dei giudizi ex artt. 111 Cost. e 6 CEDU (**Sez. 3, n. 24691/2020, De Stefano, Rv. 659765-01**. In precedenza, in senso conforme, Sez. 3, n. 4228/2015, Salmè, Rv. 634704-01).

3.2. Il diritto di famiglia.

Con riferimento alla filiazione, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c., nella parte in cui prevede termini differenziati quando l'azione sia proposta dal figlio o dai discendenti dopo la sua morte (**Sez. 6-1, n. 1667/2020, Mercolino, Rv. 656982-01**). Secondo la S.C., la diversità di disciplina trova giustificazione nell'evidente disomogeneità delle situazioni considerate, giacché l'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio tutela l'interesse del medesimo al riconoscimento della propria filiazione, interesse che resta integro anche nell'ipotesi di decesso del presunto genitore, mentre il termine decadenziale biennale previsto per l'azione promossa dagli eredi del presunto figlio, dopo la sua morte, è giustificato dal fatto che essi sono portatori di un interesse non diretto, ma solo riflesso al riconoscimento della filiazione del loro ascendente; inoltre, a differenza di quanto accade per i discendenti, il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce per il figlio una componente essenziale del diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost. ed all'art. 8 CEDU, che accompagna la vita individuale e relazionale, e l'incertezza su tale "status" può determinare una condizione di disagio e un *vulnus* allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità.

Sull'adozione di maggiorenne **Sez. 1, n. 7667/2020, Caiazzo, Rv. 657494-01** ha specificato che il giudice, nell'applicare la regola che impone il divario minimo di età

di 18 anni tra l'adottante e l'adottato, deve procedere a una interpretazione dell'art. 291 c.c. compatibile con l'art. 30 Cost., secondo la lettura data dalla Corte costituzionale e in relazione all'art. 8 della CEDU, che consenta, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, una ragionevole riduzione di tale divario minimo, al fine di tutelare situazioni familiari consolidatesi da tempo e fondate su una comprovata *affectio familiaris*.

3.3. Il cittadino straniero.

Sui diritti del cittadino straniero e la sua permanenza sul territorio dello Stato, **Sez. 1, n. 22950/2020, Fidanzia, Rv. 659116-01** ha confermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 13 del 2017 (Sez. 1, n. 27700/2018, Di Marzio, Rv. 651122-01 che si era pronunciata in relazione alla violazione degli artt. 3, comma 1, 24 e 111 Cost.). Nella specie, la S.C. ha escluso che la disciplina richiamata contrasti con gli artt. 117 Cost., 6 e 13 CEDU, nella parte in cui stabilisce che il procedimento per l'ottenimento della protezione internazionale sia definito con decreto non reclamabile, poiché la Corte europea dei diritti umani con riferimento ai procedimenti civili ha sempre negato che il diritto all'equo processo e a un ricorso effettivo possano essere considerati parametri per invocare un secondo grado di giurisdizione, mentre la legislazione dell'Unione e, in particolare, la dir. UE n. 2013/32, secondo l'interpretazione fornitane dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenze C-175/17 e 180/17), non prevede un obbligo per gli stati membri di istituire l'appello, poiché l'esigenza di assicurare l'effettività del ricorso riguarda espressamente i procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

In merito ai presupposto per la concessione del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, **Sez. 1, n. 23720/2020, Pazzi, Rv. 659278-01** ha sottolineato che, nell'effettuare il giudizio di comparazione tra la situazione del richiedente in Italia e la condizione in cui questi verrebbe a trovarsi nel paese di provenienza ove rimpatriato, al fine di dare concreta attuazione al diritto alla vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, il giudice deve tener conto, quale fattore concorrente ma non esclusivo di un'eventuale situazione di vulnerabilità, anche dell'esistenza e della consistenza dei legami familiari del richiedente in Italia, effettuando un bilanciamento tra il pericolo di danno alla vita familiare e l'interesse statale al controllo dell'immigrazione. In applicazione del predetto principio, la S.C. ha confermato la pronuncia del giudice di merito che aveva ravvisato una condizione di vulnerabilità per il richiedente asilo che aveva

abbandonato un paese in cui non aveva legami socio-culturali ed affettivi di nessun genere, ricongiungendosi alla madre, regolarmente soggiornante in Italia,paese dove aveva avviato altresì un percorso di integrazione.

Ai fini dell'individuazione di eventuali situazioni di vulnerabilità, in tema di protezione umanitaria, il giudice, nell'accertare il livello d'integrazione raggiunto in Italia dal richiedente, comparato con la situazione in cui versava prima dell'abbandono del paese di origine, deve valutarne la minore età, in considerazione della particolare tutela di cui gode nel nostro ordinamento il migrante minorenne, in specie ove sia non accompagnato, trattandosi di condizione di "vulnerabilità estrema", prevalente rispetto alla qualità di straniero illegalmente soggiornante nel territorio dello Stato, avuto riguardo all'assenza di familiari maggiorenni in grado di prendersene cura ed al conseguente obbligo dello Stato di adottare tutte le misure necessarie per non incorrere nella violazione dell'art. 3 Cedu (**Sez. 1, n. 11743/2020, Mercolino, Rv. 657954-01**). Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la pronuncia di merito che, nell'escludere i presupposti per la protezione umanitaria, si era limitata a ritenere insufficiente l'inserimento sociale e lavorativo in Italia del richiedente, omettendo di verificare l'eventuale sua condizione di minore straniero non accompagnato.

Sez. 1, n. 7427/2020, Fidanzia, Rv. 657489-01 ha chiarito che la relazione tra due fratelli, entrambi maggiorenni e non conviventi, non è riconducibile alla nozione di "vita familiare" rilevante a norma dell'art. 8 CEDU, difettando ogni elemento presuntivo dell'esistenza di un legame affettivo qualificato da un progetto di vita in comune, con la conseguenza che, affinché un fratello possa ottenere un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare ad altro fratello o sorella, è necessario il requisito della convivenza effettiva, come previsto dal combinato disposto dell'art. 28 del d.P.R. n. 394 del 1999 e dell'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998.

Sul tema della valutazione delle dichiarazioni del richiedente asilo, è stato ribadito che non deve essere condotta atomisticamente, dovendosi piuttosto effettuare una disamina complessiva della vicenda narrata (**Sez. 3, n. 22527/2020, Di Florio, Rv. 659409-01** e **Sez. 1, n. 7546/2020, Solaini, Rv. 657584-01**). Quando residuino dubbi rispetto ad alcuni dettagli della narrazione, può trovare applicazione il principio del "beneficio del dubbio", come si desume dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2017, letto alla luce della giurisprudenza della CEDU, perché la funzione del procedimento giurisdizionale di protezione internazionale, è quella - del tutto autonoma rispetto alla precedente fase amministrativa - di accertare la sussistenza o meno del diritto del richiedente al riconoscimento di una delle forme di asilo previste dalla legge.

Anche gli atti di vendetta e ritorsione minacciati o posti in essere da membri di un gruppo familiare che si ritiene leso nel proprio onore a causa di una relazione

(nella specie, sentimentale) esistente o esistita con un membro della famiglia, sono riconducibili, in quanto lesivi dei diritti fondamentali sanciti in particolare dagli artt. 2, 3 e 29 Cost. e dall'art. 8 CEDU, all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti considerati nell'art. 14, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria (**Sez. 1, n. 1343/2020, Scordamaglia, Rv. 656759-01**). Pertanto, è onere del giudice verificare in concreto se, in presenza di minaccia di danno grave ad opera di soggetti non statuali, ai sensi dell'art. 5, lett. c), del decreto citato, lo Stato di origine del richiedente sia in grado o meno di offrire al soggetto vittima di tali atti un'adeguata protezione.

La commissione di un grave reato all'estero, rilevante, ai sensi degli artt. 10, comma 2, lett. b), e 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, quale causa ostativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, non può essere ritenuta sussistente sulla base di una mera prospettazione di parte, ma dev'essere concretamente accertata dal giudice (**Sez. L, n. 26604/2020, Cinque, Rv. 659628-01**). In tale evenienza, il giudice è tenuto a verificare, anche previo utilizzo dei poteri di accertamento ufficiosi di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, da un lato se la contestata violazione di norme di legge nel paese di provenienza provenga dagli organi a ciò istituzionalmente deputati e abbia avuto a oggetto la legittima reazione dell'ordinamento all'infrazione commessa, non costituendo piuttosto una forma di persecuzione razziale, di genere o politico-religiosa verso il denunciante, dall'altro il tipo di trattamento sanzionatorio previsto nel Paese di origine per il reato commesso dal richiedente, in quanto il rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti nelle carceri può avere rilevanza per l'eventuale riconoscimento sia della protezione sussidiaria, in base al combinato disposto dell'art. 2, lett. g), del d.lgs. n. 251 del 2007 con l'art. 14, lett. b), dello stesso d.lgs., sia, in subordine, della protezione umanitaria, in base all'art. 3 CEDU e all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Sul rilievo della causa ostativa, riguardo alla commissione da parte del richiedente di un delitto comune (nella specie: omicidio di un parente) e sull' utilizzo dei poteri di accertamento ufficiosi di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, analogamente, **Sez. 1, n. 1033/2020, Tria, Rv. 656757-01**.

Altre pronunce della S.C. hanno interessato il tema dell'espulsione del cittadino straniero.

Sez. 3, n. 24908/2020, Pellecchia, Rv. 659769-01, in relazione alla fattispecie del cittadino che abbia legami familiari in Italia, ha confermato (Sez. 1, n. 781/2019, Lamorgese, Rv. 652401 - 01) che l'art. 13, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 richiede una concreta valutazione, condotta caso per caso, della natura e dell'effettività dei menzionati vincoli familiari, da considerarsi preminenti rispetto agli elementi, "suppletivi", della durata del soggiorno e dell'integrazione sociale nel

territorio nazionale del richiedente, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare indicata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost.

Riguardo al procedimento di convalida del provvedimento del Questore di applicazione delle misure alternative al trattenimento, di cui all'art. 14, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 - in difformità rispetto a Sez. 6-1, n. 2997/2018, Lamorgese, Rv. 647048-01 - è stato evidenziato che si applica il contraddittorio cartolare, non operando la garanzia dell'udienza partecipata necessariamente dal difensore perché prevista solo in relazione al trattenimento e all'accompagnamento coattivo alla frontiera (**Sez. 3, n. 24013/2020, Di Florio, Rv. 659525-01**). Tale procedura, come statuito dalla sentenza della Corte cost. n. 280 del 2019, non contrasta con gli artt. 13 e 24 Cost., trovando applicazione l'art. 3, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 394 del 1999, in ordine alla traduzione del provvedimento del Questore in lingua nota all'interessato, o in una delle lingue veicolari, ed all'avviso della possibilità di beneficiare dell'assistenza del difensore d'ufficio e del patrocinio a spese dello Stato, accompagnato dalla comunicazione, da parte delle questure, con modalità effettivamente comprensibili per l'interessato, dei recapiti dei difensori d'ufficio ai quali in concreto rivolgersi ove si intenda esercitare il diritto a presentare memorie o deduzioni al giudice di pace. Secondo l'apprezzamento compiuto, il procedimento cartolare in esame è altresì compatibile con i principi di cui agli artt. 41 e 48 della CEDU, atteso che è applicabile, con le suddette garanzie, ad una fase meramente esecutiva del provvedimento di espulsione e, pertanto, è adottato, in termini meno afflittivi del trattenimento, senza alcuna preclusione del principio del contraddittorio.

Sez. 3, n. 24013/2020, Di Florio, Rv. 659525-02 ha escluso che l'art. 14, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, ove non prevede un termine alle misure alternative al trattenimento presso il CPR, violi l'art. 2, Prot. 4 della CEDU, che consente imposizioni necessarie per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, "giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica". Dette misure, infatti, postulano una condizione del migrante in procinto di essere rimpatriato, tale da consentire il reiterato controllo previsto (anche in termini di possibile protezione), e sostituiscono quella, ben più afflittiva, del trattenimento, con carattere alternativo rispetto al possibile rimpatrio volontario, per il quale il termine previsto (da 7 a 30 giorni) può essere prorogato soltanto per esigenze dello stesso migrante. Nella specie, si trattava delle misure del ritiro del passaporto e dell'obbligo di firma, per due giorni a settimana, per il tempo strettamente necessario alla rimozione degli impedimenti per l'accompagnamento alla frontiera.

3.4. Il divieto di trattamenti inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati.

Sul risarcimento del danno da inumana detenzione *ex* art. 35-*ter*, comma 3, della l. n. 354 del 1975, è stato confermato che lo Stato incorre nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti nei confronti di soggetti detenuti o internati, stabilito dall'art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU, quando, in una cella collettiva, il detenuto non possa disporre singolarmente di almeno 3 mq. di superficie, calcolati detraendo l'area destinata ai servizi igienici e agli armadi appoggiati, o infissi, stabilmente alle pareti o al suolo ed anche lo spazio occupato dai letti (sia a castello che singoli), che riducono lo spazio libero necessario per il movimento, senza che, invece, abbiano rilievo gli altri arredi facilmente amovibili, come sgabelli o tavolini (**Sez. 3, n. 1170/2020, Scoditti, Rv. 656636-01**. In precedenza, in senso conforme, Sez. 1, n. 4096/2018, Lamorgese, Rv. 647236-01).

3.5. Il danno non patrimoniale.

In tema di danno non patrimoniale da perdita della vita, **Sez. 6-3, n. 21508/2020, Gorgoni, Rv. 659566-01** ha confermato che tale pregiudizio non è indennizzabile *ex se*, senza che con ciò possa ritenersi violato l'art. 2 CEDU sul riconoscimento del "diritto alla vita", poiché la richiamata norma, pur se di carattere generale e diretta a tutelare ogni possibile componente del bene vita, non detta specifiche prescrizioni sull'ambito ed i modi in cui tale tutela debba esplicarsi, né, in caso di decesso immediatamente conseguente a lesioni derivanti da fatto illecito, impone necessariamente l'attribuzione della tutela risarcitoria, il riconoscimento della quale in numerosi interventi normativi ha, comunque, carattere di specialità e tassatività ed è inidoneo a modificare il vigente sistema della responsabilità civile, improntato al concetto di perdita-conseguenza e non sull'evento lesivo in sé considerato (in senso conforme, Sez. L, n. 14940/2016, Doronzo, Rv. 640733-01).

Analogamente , in relazione all'effettività del pregiudizio, **Sez. 6-1, n. 17383/2020, Acierno, Rv. 658718-01** si è espressa sul danno non patrimoniale risarcibile a seguito del trattamento illecito di dati personali, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (codice della privacy), ribadendo che tale pregiudizio, pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della "gravità della lesione" e della "serietà del danno", in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di cui quello di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11

del codice della privacy, ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito (conforme: Sez. 3, n. 16133/2014, Vincenti, Rv. 632536-01).

3.6. Le sanzioni amministrative.

Altro ambito in cui la Corte di cassazione civile ha avuto modo di confrontarsi con le norme della CEDU è quello relativo alle sanzioni amministrative, con particolare riguardo alla loro natura e alle differenze rispetto a quelle penali.

In tema di sanzioni di competenza della Banca d'Italia, **Sez. 2, n. 9371/2020, Sabato, Rv. 657750-01** ha evidenziato che la mancata comunicazione all'incolpato degli esiti istruttori non comporta violazione del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 della CEDU, atteso che il procedimento amministrativo deve ritenersi *ab origine* conforme alle prescrizioni di tale ultima disposizione, essendo il provvedimento sanzionatorio impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti.

Le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 144 e ss. del d.lgs. n. 385 del 1993 (nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 72 del 2015) nei confronti di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, non sono equiparabili, quanto a gravosità economica ed incidenza sui diritti e libertà fondamentali, avuto riguardo alle concrete estrinsecazioni professionali, imprenditoriali e manageriali della persona, a quelle previste dall'art. 187-*ter* T.U.F., per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno natura sostanzialmente penale e non pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU (**Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-02**. In precedenza, in senso analogo, Sez. 2, n. 3656/2016, Matera, Rv. 638686-01).

Sul rischio della duplicazione sostanziale dei procedimenti sanzionatori, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*, **Sez. 2, n. 3845/2020, De Marzo, Rv. 657103-03** ha chiarito che la contemporanea attivazione di due distinti procedimenti sanzionatori, l'uno condotto dalla Banca d'Italia e l'altro dalla Consob, in relazione ai medesimi fatti, non pone problemi di compatibilità con l'art. 6 CEDU qualora i predetti procedimenti siano tesi a sanzionare diversi profili della condotta antisociale realizzata dal soggetto ed a condizione che tra le due procedure sussista una connessione sostanziale e cronologica, che il trattamento sanzionatorio sia nel complesso proporzionato e comunque prevedibile nella sua articolazione ed entità, che sia assicurata l'unicità della raccolta e, ove possibile, della valutazione della prova e, infine, che la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia

tenuta in considerazione nell'altro procedimento, così da assicurare la proporzionalità complessiva della pena in concreto irrogata (Sez. 2, n. 21017/2019, Giusti, Rv. 655192-02, in precedenza, aveva affermato che il principio del *ne bis in idem* non opera qualora vengano in rilievo più condotte illecite ricomprese in diverse norme sanzionatorie applicate dalla Banca d'Italia e dalla Consob secondo le rispettive competenze).

Il cumulo di funzioni istruttorie e decisorie in capo a un medesimo organo previsto dall'organizzazione interna della Banca d'Italia, ovvero l'affidamento della decisione sulla sanzione all'organo gerarchicamente sopraordinato rispetto a quello preposto allo svolgimento dell'istruttoria, non comporta, di per sé, la violazione dell'art. 6 CEDU, anche quando esso si risolva in una anticipazione del giudizio, dovendosi comunque aver riguardo, per poter configurare un ragionevole timore di mancanza di imparzialità in capo all'organo investito della funzione decisoria, alla portata e alla natura delle eventuali attività e decisioni preliminari, da valutarsi caso per caso (**Sez. 2, n. 3845/2020, De Marzo, Rv. 657103-02**).

3.7. Il diritto tributario.

Ulteriore settore in cui hanno assunto rilievo i principi della CEDU è quello tributario.

Sul principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, **Sez. 6-5, n. 20358/2020, Conti, Rv. 659307-01** ha evidenziato che lo stesso trova mediata applicazione, *in parte qua*, in relazione alla natura armonizzata della pretesa fiscale relativa all'IVA, ove letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta UE dei diritti fondamentali, applicabile anche ai giudizi tributari, non contenendo detta norma l'inciso limitativo riferito ai giudizi civili che, invece, compare nell'art. 6 CEDU. In tale ambito, secondo l'apprezzamento compiuto dalla S.C., il cuore del diritto a un equo processo è rappresentato, come stabilito dalla Corte EDU con la sentenza *Chambaz c. Francia*, dalla tutela del diritto al silenzio e alla non autoincriminazione, sicché tali diritti presuppongono che le autorità, nel determinare la responsabilità degli individui, non ricorrano ad elementi di prova ottenuti attraverso la minaccia di sanzioni o in forza di pressioni nei confronti dell'accusato.

In attuazione del predetto principio, la S.C. ha rigettato il ricorso del contribuente che aveva dedotto l'illegittimità dell'azione accertativa, per la violazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p., ritenendo insussistente la dedotta violazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU tenuto conto del fatto che il contribuente non aveva prospettato un'attività degli organi accertatori incidente sul diritto al silenzio del soggetto sottoposto a verifica,

in assenza di contestazioni rispetto alla violazione di norme in ambito processuale penale, incidenti sui diritti del contribuente.

In attuazione del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, a garanzia della parità delle armi e dell'attuazione del diritto di difesa, è stato riconosciuto al contribuente, oltre che all'Amministrazione finanziaria, la possibilità di introdurre, nel giudizio dinanzi alle commissioni tributarie, dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale aventi, anche per il contribuente, il valore probatorio proprio degli elementi indiziari (**Sez. 5, n. 9903/2020, Condello, Rv. 657728-01** sulla dichiarazione giurata di conferma di dazione di denaro a titolo di liberalità).

Sulle imposte sui redditi, ai fini del prelievo fiscale di cui all'art. 11, comma 5, l. n. 413 del 1991, **Sez. 5, n. 16629/2020, Condello, Rv. 658693-01** ha ritenuto sufficiente che la percezione della plusvalenza derivante dall'espropriazione di beni sia avvenuta dopo l'entrata in vigore della legge anzidetta, a nulla rilevando che il trasferimento del bene sia intervenuto precedentemente. Tuttavia, qualora il decreto di esproprio, la cessione volontaria o l'occupazione acquisitiva siano intervenuti prima del 31 dicembre 1988, ma il pagamento sia intervenuto dopo l'entrata in vigore della l. n. 413 cit., la plusvalenza non è imponibile nel caso di ingiustificato ritardo della P.A. nel pagamento dell'indennizzo, ponendosi una diversa interpretazione in contrasto con i principi costituzionali e convenzionali di cui agli artt. 97, 117, comma 1, e 111, comma 1 e 2, Cost. e 1, prot. 1, CEDU, da ritenersi violati ove l'applicazione retroattiva del regime fiscale non abbia garantito quel giusto equilibrio tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della CTC che si era limitata a confermare il principio di cassa, quale criterio per l'assoggettamento a tassazione, trascurando di valutare le ragioni e la portata del ritardo nella liquidazione dell'indennità, avvenuta dopo anni e solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna al relativo pagamento.

In materia di IVA, è stata ritenuta irrilevante e manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'impossibilità di instaurare o di proseguire un procedimento amministrativo volto all'irrogazione di una sanzione penale formalmente amministrativa ma avente natura sostanzialmente penale, per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, in quanto il rapporto tra il suindicato procedimento amministrativo e il processo penale trova una specifica disciplina negli artt. 19 e 21 del d.lgs. n. 74 del 2000 (**Sez. 5, n. 21694/2020, Fuochi Tinarelli, Rv. 659071-07**).

3.8. Procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati.

Sul procedimento disciplinare di primo grado nei confronti degli avvocati, si segnala **Sez. U, n. 23593/2020, Carrato, Rv. 659286-01** che, pur evidenziandone la natura amministrativa, ne ha sottolineato il carattere speciale, in quanto disciplinato specificamente dalle norme dell'Ordinamento forense, che non contengono termini perentori per l'inizio, lo svolgimento e la definizione del procedimento stesso all'infuori di quelli posti a tutela del diritto di difesa, nonché di quello di prescrizione dell'azione disciplinare. Di conseguenza, in tale procedimento non trovano applicazione gli artt. 24 Cost. e 6 CEDU in tema di ragionevole durata del processo, né l'art. 2 della l. n. 241 del 1990 sulla durata del procedimento amministrativo, giacché la mancata previsione di un termine finale del procedimento disciplinare è coessenziale al fatto che esso debba avere una durata sufficiente per consentire all'incolpato di sviluppare compiutamente la propria difesa.

3.9. L'espropriazione per pubblica utilità.

Riguardo alle espropriazioni, è stato ribadito che nei casi di occupazione acquisitiva o accessione invertita, alla P.A. non è consentito negare al privato il risarcimento del danno preteso, invocando il mancato formale trasferimento nel proprio patrimonio del bene illegittimamente occupato, sul presupposto che il menzionato istituto sia stato ritenuto contrario ai principi costituzionali e della CEDU e, tuttavia, mantenendo il predetto bene nella propria disponibilità destinandolo in modo definitivo e irreversibile ad un fine pubblico, in quanto la scelta dei rimedi a tutela della proprietà è pur sempre riservata al soggetto danneggiato (**Sez. 1, n. 144/2020, Lamorgese, Rv. 656514-01**; in senso conforme, Sez. 1, n. 6301/2014, Lamorgese, Rv. 630521-01)

PARTE PRIMA

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

(coordinata da Giovanni Maria Armone e Marina Cirese)

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA: DIRITTI DELLA PERSONALITA' E DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE

(DI GIOVANNI MARIA ARMONE E MARINA CIRESE)[1]

Sommario: 1. Il diritto alla protezione dei dati personali - 2. Il diritto alla riservatezza ed il diritto di cronaca. - 3. Il diritto all'oblio. - 4. L'identità nelle sue diverse declinazioni. - 5. Il diritto all'immagine. - 6. I diritti dei disabili. - 7. La libertà di coscienza. - 8. Profili processuali.

1. Il diritto alla protezione dei dati personali.

Il diritto alla protezione dei dati personali si atteggia senza dubbio quale diritto fondamentale, in quanto riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che dal Regolamento UE n. 2016/679, entrato in vigore il 25 maggio 2016, ma al tempo stesso non come un diritto assoluto, in quanto per sua natura deve essere bilanciato con altri diritti. È lo stesso Regolamento a porre l'accento su opposti interessi e a considerare il diritto alla protezione dei dati personali necessario oggetto di bilanciamento. Il considerando n. 4 recita invero che: "Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato *con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità*".

Con Sez. 3, n. 08459/20, Olivieri, **Rv. 657825-01**, la S.C. affronta diffusamente il delicato tema del rapporto tra norme di diritto processuale e normativa in materia di protezione dei dati personali.

In particolare la pronuncia si sofferma sul dedotto profilo dell'inutilizzabilità della prova nell'ambito del processo civile, rilevando che la categoria penalistica di cui all'art. 191 c.p.c., posta a tutela del diritto di difesa dell'imputato, non è invece

[1] Giovanni Maria Armone ha redatto i paragrafi 6 e 7, Marina Cirese quelli da 1 a 3, 5 e 8. Il paragrafo 4 è stato redatto congiuntamente.

contemplata nell'ordinamento processuale civile, ove manca una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova.

Pertanto, come regola generale, il giudice può porre a base del proprio convincimento anche prove atipiche, salvo che il mezzo di prova costituisca *ex se* lesione di un diritto fondamentale della persona, per tali intendendosi quelle fonti di prova acquisite con modalità tali da ledere le libertà fondamentali e costituzionalmente garantite. Con riguardo all'invalido svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio in quanto fondata su elementi probatori (vetrini con campioni biologici conservati presso i nosocomi) che sarebbero stati illecitamente acquisiti in violazione del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a rilevare non è la disposizione processuale (art. 191 c.p.p.) bensì la condotta illecita per violazione del divieto prescritto dalla norma di diritto sostanziale, venendo, tra l'altro, la vittima dell'illecito civile a coincidere con la medesima parte processuale contro cui tale informazione viene fatta valere.

La condotta illecita, relativa alla divulgazione e alla comunicazione del dato che non poteva essere acquisito non può trasformarsi in lecita attraverso le rituali forme di assunzione delle prove nel processo in quanto l'utilizzo probatorio del dato verrebbe ad integrare il medesimo pregiudizio che la norma sostanziale di divieto intende impedire.

In detta pronuncia la Corte ribadisce il principio secondo cui deve ritenersi precluso l'accesso a quelle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione delle libertà fondamentali e costituzionalmente garantite quali la libertà personale, la segretezza della corrispondenza, l'inviolabilità del domicilio, riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata.

Con riguardo al trattamento di dati personali per ragioni di giustizia, osserva che anche la normativa europea in materia di trattamento di dati personali (Regolamento UE n. 679 del 2016) prevede che il divieto espresso di trattare categorie particolari di dati ex art. 9, § 1 e 2, lett. f), tra i quali rientrano anche i dati genetici dell'interessato, come nel caso di specie, non si applica ove il trattamento stesso risulti necessario "per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali".

Ulteriori limitazioni possono essere apportate dagli Stati membri nel caso in cui, fatta salva l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali, vi sia la necessità di adottare "misure necessarie e proporzionate" al fine di salvaguardare "l'esecuzione di azioni civili" (art. 23, § 1, lett. i) e j), GDPR). Nella caso di specie la Corte chiarisce che l'accertamento della paternità, fondato su campioni biologici acquisiti presso l'azienda ospedaliera, è legittimo e non è configurabile alcuna lesione del diritto alla protezione dei dati personali nel momento in cui gli stessi vengono trattati per esigenze di giustizia.

In tema di pubblicazione di dati sensibili riguardanti un impiegato comunale contenuti in delibere di enti locali, **Sez. 2, n. 18292/2020, Cosentino, Rv. 659101-01**, ha precisato che l'art. 124 del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, che prevede la pubblicazione all'albo pretorio delle deliberazioni del comune e della provincia per 15 giorni consecutivi, non consente all'ente locale di protrarne la pubblicazione oltre il termine normativamente previsto allorché si tratti di notizie afferenti alla vita privata di un impiegato comunale. Nella specie la S.C. confermava la statuizione del giudice di primo grado atteso che il Comune aveva mantenuto visibili per oltre un anno sul proprio albo pretorio *on line* determinazioni dirigenziali dalle quali risultavano non soltanto il nome e il cognome della dipendente e l'esistenza di un contenzioso tra la stessa e l'Amministrazione municipale ma anche altre informazioni che non afferendo all'organizzazione degli uffici, non potevano essere mantenute dopo la scadenza del termine previsto.

La medesima pronuncia (**Sez. 2, n. 18292/2020, Cosentino, Rv. 659101-02**) sottolinea altresì che ai sensi dell'art. 28 del GDPR, il titolare del trattamento è la persona giuridica, non il legale rappresentante o l'amministratore, e che, detto codice deroga al principio della imputabilità personale della sanzione di cui alla l. 24 novembre 1981 n. 689, configurando, nello specifico regime sanzionatorio ivi dettato, un'autonoma responsabilità della persona giuridica che va configurata come "colpa di organizzazione", da intendersi, in senso normativo, come rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali, necessarie a prevenire la commissione degli illeciti.

Pronunciandosi in tema di anonimizzazione dei dati personali, **Sez. 5, n. 16807/2020, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 658773-01**, ha affermato che la qualità di «interessato» legittimato a presentare la domanda di cui all'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 196 del 2003. è definita direttamente dall'art. 4, comma 1, lett. i) del medesimo decreto legislativo, disposizione che, se nella originaria formulazione includeva non solo la persona fisica, ma anche la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferivano i dati personali, coincidendo il concetto di "dato personale" di cui alla lett. b) del medesimo articolo con "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale", a decorrere dal 6.12.2011, in forza della novella ex art. 40 del d.l. del 06.12.2011 n. 201, include solo la persona fisica, cui si riferiscono i dati personali.

Peraltro il modificato concetto di "dato personale" di cui alla lett. b) dell'art. 4 va a coincidere con "qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale". Questa diversa

ampiezza del termine "dato personale" orienta anche la lettura dei concetti di "dati identificativi" di cui alla lett. c) dell'art. 4 quali "dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato" e di "dati sensibili" di cui alla lett. d) dell'art. 4 quali "dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

La S.C. nel delineare i presupposti cui subordinare l'anonimizzazione dei dati ha altresì precisato che la relativa istanza deve essere presentata solo per motivi "legittimi" che vanno intesi come "motivi opportuni" da cui deriva la particolare ampiezza, non predeterminata dal legislatore, delle ragioni che possono essere addotte a sostegno della istanza la cui valutazione richiede da parte dell'autorità giudiziaria un bilanciamento tra le esigenze di riservatezza del singolo e il principio della generale conoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali e del contenuto integrale delle sentenze, quale strumento di democrazia e di informazione giuridica.

Pronunciandosi in relazione ad una fattispecie relativa a comunicazioni fatte da cittadini al Comune utilizzando la pec istituzionale che in realtà era risultata una pec di un privato, **Sez. 1, n. 29978/2020, Parise, Rv. 660130-01**, ha precisato che tenuto conto della normativa in tema di tutela della *privacy* nonché di quella di cui al c.d. codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 e successive modificazioni), deve ritenersi che la trasmissione di documentazione di carattere riservato (afferente alla situazione amministrativa, tributaria e previdenziale dei medesimi) avvenuta mediante un sistema informatico privato integri un illecito trattamento di dati personali in quanto determina la violazione del diritto alla riservatezza in ordine al contenuto dei documenti trasmessi nonché al loro indirizzo di posta elettronica.

In tema di protezione dei dati personali, **Sez. 2, n. 18288/2020, Besso Marcheis, Rv. 659098-01**, ha affermato che le violazioni di omessa informativa ex art. 161 del d.lgs. n. 196 del 2003 e di omessa acquisizione del consenso per i dati acquisiti dalle liste elettorali dei cittadini, prima della vigenza del d.l. 30 dicembre 2008 n. 207, sono illeciti a carattere continuativo, in quanto la condotta di gestione, trattamento e conservazione dei dati si è protratta fino alla data indicata nel provvedimento di accertamento del Garante, potendo il titolare del trattamento fare cessare tali condotte in qualsiasi momento.

Nella medesima pronuncia (**Sez. 2, n. 18288/2020, Besso Marcheis, Rv. 659098-02**) la S.C., ponendosi nel solco del principio già espresso da Sez. 1, n. 17143/2016, Genovese, Rv. 640917-01, ha altresì precisato che in tema di illeciti amministrativi di cui al d.lgs. n. 196 del 2003, la fattispecie prevista dall'art. 164 *bis*, comma 2, costituisce non un'ipotesi aggravata rispetto alle violazioni semplici ivi

richiamate, ma una figura di illecito del tutto autonoma, atteso che essa prevede la possibilità che vengano infrante dal contravventore, anche con più azioni ed in tempi diversi, una pluralità di ipotesi semplici, unitariamente considerate dalla norma con riferimento a «banche di dati di particolare rilevanza o dimensioni», sicché, in caso di concorso di violazioni di altre disposizioni unitamente a quella in esame, ne deriva un'ipotesi di cumulo materiale delle sanzioni amministrative.

2. Il diritto alla riservatezza ed il diritto di cronaca.

Il d.lgs. n. 196 del 2003 agli articoli 136 e 137, disciplina espressamente il trattamento dei dati per finalità giornalistiche, sancendo, in particolare, che il giornalista, nell'esercizio della propria attività professionale, può prescindere dalla prestazione, da parte dell'interessato (oggetto dell'articolo o della pubblicazione), del consenso al trattamento dei propri dati personali e sensibili. Tale principio di libertà è conseguenza della preminenza del diritto all'informazione su fatti di pubblico interesse sul diritto alla riservatezza. Tuttavia, devono essere osservati i limiti del diritto di cronaca ed, in particolare, l'essenzialità dell'informazione nonché il codice deontologico dei giornalisti che in quanto richiamato dall'art. 139 del d.lgs. n. 196 del 2003 ha valore di fonte normativa.

Sez. 1, n. 29583/2020, Terrusi, Rv. 666191-01, 666191-02, pronunciandosi con riguardo ad un caso in cui una testata giornalistica aveva pubblicato le foto di un noto presentatore televisivo durante una vacanza in un lussuoso *resort* all'estero con la compagna, corredate da un articolo, cassando la sentenza impugnata che aveva ritenuto illecita la pubblicazione con conseguente condanna al risarcimento del danno per la lesione del diritto alla riservatezza ed alla protezione dei dati personali nonché per la lesione del diritto all'immagine, ha affermato che, fermo il principio del rispetto della vita privata e di corrette modalità di apprensione della notizia con il relativo corredo fotografico, non può essere escluso tout court l'interesse pubblico alla notizia in relazione alla personalità del giornalista ed ai temi dal medesimo trattati durante le sue trasmissioni in ragione di una potenziale dissonanza. Ne deriva, pertanto, che in presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca, purché nell'ottica dell'essenzialità e della correttezza della notizia, può ritenersi lecita la diffusione della notizia e delle immagini.

Pronunciandosi sempre in tema di attività giornalistica **Sez. 1, n. 29584/20, Terrusi, Rv. 660192-01, 660192-02, 660192-03**, con riferimento ad una conversazione diffusa su un sito internet riguardante le opinioni politiche liberamente espresse da un soggetto noto captate dall'intervistatore mediante artifici ovvero simulando una identità diversa dalla propria (ovvero imitando la voce di un altro), ritenute tali informazioni dati sensibili, ha statuito che l'acquisizione di tali dati

mediante modalità subdole di acquisizione, come quelle insite nell'imitazione dell'identità personale altrui, costituisce illecito trattamento di dati sensibili nonché violazione dell'art. 2 del codice deontologico dei giornalisti non potendo invocarsi la funzione informativa di fronte ad artifici irrispettosi della dignità della persona.

3. Il diritto all'oblio.

Il diritto all'oblio quale diritto generato dalla giurisprudenza e poi consolidato dal legislatore, assume rilievo nella giurisprudenza della Corte non tanto sotto il profilo della riproposizione di fatti a suo tempo pubblicati quanto per il profilo della permanente accessibilità di tali fatti sul web. Da qui deriva l'esigenza di ottenere la cancellazione di tali dati dalla rete quando siano venuti meno i motivi che ne hanno giustificato la diffusione.

Sez. 1, n. 07559/2020, Campese, Rv. 657424-01, pronunciandosi in un caso di un archivio storico digitale on line di un quotidiano che riportava dati personali relativi all'attività economica dell'azionista di riferimento di un importante gruppo industriale in relazione ad una risalente vicenda giudiziaria, posta la necessità di trovare un punto di equilibrio tra opposti interessi (della collettività a ricostruire vicende economiche di perdurante rilevanza storico-sociale e dell'interessato al controllo del dato che lo riguarda), ha ritenuto lecita la permanenza di un articolo di stampa nell'archivio informatico di un quotidiano purché l'articolo sia deindicizzato dai siti generalisti e reperibile solo attraverso l'archivio storico del quotidiano, in tal modo contemperandosi in modo bilanciato il diritto ex art. 21 Cost. della collettività ad essere informata e a conservare memoria del fatto storico, con quello del titolare dei dati personali archiviati a non subire una indebita compressione della propria immagine sociale.

In altri termini, il diritto all'oblio, da ricollegare alla tutela dell'identità personale, non si può considerare leso (sì che non deve darsi ingresso a intervento di cancellazione) qualora l'editore abbia provveduto: a) a escludere l'accessibilità all'articolo contenente i dati in questione con i motori generali di ricerca, così rendendo i contenuti disponibili solo tramite attivazione del motore di ricerca interno all'archivio ed estromettendo azioni di ricerca mosse da ragioni casuali quando non futili; b) a inserire nell'archivio, in calce all'articolo contenente i dati in questione, un aggiornamento sugli ulteriori sviluppi dei procedimenti giudiziari trattati, così preservandone il valore documentaristico conservativo e la totale sovrapponibilità all'archivio cartaceo.

In linea con tale pronuncia si pone **Sez. 1, n. 09147/2020, Scalia, Rv. 657638-01** che ripercorre l'elaborazione del diritto all'oblio, quale corollario del diritto alla

riservatezza, e lo pone in relazione con altri diritti, tra cui in particolare quello di cronaca e di interesse pubblico alla conoscenza dei fatti.

La fattispecie è quella dell'amministratore unico di un'agenzia che lamenta che, digitando il suo nome e cognome su *Google* e su altri motori di ricerca, appare un collegamento all'articolo di una testata giornalistica che descrive la sua vicenda giudiziaria culminata in una sentenza di patteggiamento.

Il tema affrontato dalla pronuncia riguarda il trattamento da riservarsi alla notizia di cronaca la quale, oggetto di una prima pubblicazione e poi trasmigrata nell'archivio *online* della testata giornalistica, resti accessibile nel *web* senza limiti di tempo per l'intervenuta indicizzazione dei relativi contenuti dai motori di ricerca.

A riguardo la Corte ha ritenuto che la tutela del menzionato diritto va posta in bilanciamento con l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto, espressione del diritto di manifestazione del pensiero e quindi di cronaca e di conservazione della notizia per finalità storico-sociale e documentaristica, cosicché nel caso di notizia pubblicata sul *web*, il medesimo può trovare soddisfazione anche nella sola "deindicizzazione" dell'articolo dai motori di ricerca. In applicazione di tale principio la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, nel disporre senz'altro la cancellazione della notizia relativa ad una vicenda giudiziaria mantenuta *on line*, non aveva operato il necessario bilanciamento tra il diritto all'oblio e quelli di cronaca giudiziaria e di documentazione ed archiviazione.

4. L'identità nelle sue diverse declinazioni.

L'art. 8 CEDU sancisce, com'è noto, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha utilizzato l'ampiezza di questa formula per ricondurvi molteplici situazioni giuridiche soggettive, non riducibili alla semplice riservatezza.

Sulla scia di questa tendenza, la Corte di cassazione ha con crescente frequenza utilizzato il combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU per affermare a largo raggio l'identità personale in tutte le sue declinazioni.

Così, rispetto all'identità sessuale, la giurisprudenza di legittimità si mostra consapevole che tale diritto richiede non soltanto di essere protetto dalle ingerenze dei pubblici poteri, ma anche l'adozione di misure positive da parte dello Stato, al fine di renderne effettivo il godimento (come di recente ribadito da **CEDU 9 ottobre 2020, Y.T. c. Bulgaria**, in un caso di rifiuto di trascrizione sui registri dello stato civile della rettificazione di sesso, giudicato immotivato e dunque censurato per violazione dell'art. 8).

In quest'ottica, nel solco cioè del progressivo riconoscimento della identità sessuale quale attributo fondamentale dell'individuo, si pone **Sez. 1, n. 03877/2020,**

Iofrida, Rv. 657061-01, che, pronunciandosi in relazione ad un caso in cui i giudici di secondo grado avevano ritenuto che a seguito della rettificazione del sesso il nuovo nome dovesse automaticamente derivare dalla mera conversione dal maschile al femminile dell'originario prenome, ha ritenuto invece che il riconoscimento del primario diritto alla identità sessuale, sotteso alla disposta rettificazione dell'attribuzione di sesso, rende consequenziale la rettificazione del prenome, che non va necessariamente convertito nel genere scaturente dalla rettificazione, dovendo il giudice tener conto del nuovo prenome indicato dalla persona, pur se del tutto diverso dal prenome precedente, ove tale indicazione sia legittima e conforme al nuovo stato.

In termini analoghi, sia pure su un diverso terreno, il richiamo agli artt. 2 Cost. e 8 CEDU è servito a **Sez. 6-1, n. 01667/2020, Mercolino, Rv. 656982-01**, per negare la sussistenza di una disparità di trattamento nella disciplina dell'art. 270 c.c. nella parte in cui prevede termini differenziati per esercitare l'azione di riconoscimento di paternità quando la stessa sia proposta dal figlio o dai discendenti dopo la sua morte. L'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio tutela l'interesse del medesimo al riconoscimento della propria filiazione, interesse che resta integro anche nell'ipotesi di decesso del presunto genitore, mentre il termine decadenziale biennale previsto per l'azione promossa dagli eredi del presunto figlio, dopo la sua morte, è giustificato dal fatto che essi sono portatori di un interesse non diretto, ma solo riflesso al riconoscimento della filiazione del loro ascendente; inoltre, a differenza di quanto accade per i discendenti, il diritto al riconoscimento di uno status filiale corrispondente alla verità biologica costituisce per il figlio una componente essenziale del diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost. ed all'art. 8 CEDU, che accompagna la vita individuale e relazionale, e l'incertezza su tale status può determinare una condizione di disagio ed una lesione allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità.

L'identità personale veniva in gioco anche nel caso deciso da **Sez. 6-1, n. 00772/2020, L. Tricomi, Rv. 656804-01**. Qui la Corte ha stabilito che è legittimo, in ipotesi di secondo riconoscimento da parte del padre, l'attribuzione del patronimico in aggiunta al cognome della madre, purché non gli arrechi pregiudizio in ragione della cattiva reputazione del padre e purché non sia lesivo della sua identità personale, ove questa si sia definitivamente consolidata con l'uso del solo matronimico nella trama dei rapporti personali e sociali.

La S.C. ha ritenuto che, a tal fine, occorre valutare il perseguimento del miglior interesse del minore che, in questo caso, coincide con l'evitare un danno alla sua identità personale. Nella specie il figlio di otto anni non aveva ancora acquisito col matronimico una definitiva e formata identità tale da escludere l'aggiunta di un cognome diverso al proprio. L'assenza di comportamenti negativi paterni e di

rapporti tra padre e figlio non veniva considerata come condizione ostativa all'aggiunta del patronimico rilevando, invece, l'assenza di comportamenti negativi del padre di tale gravità da renderlo inidoneo al ruolo genitoriale.

Rilevante è anche **Sez. 1, n. 19824/2020, Fidanzia, Rv. 658976-01**, in cui veniva in rilievo la delicata questione del parto anonimo. Il diritto della donna a non essere nominata al momento del parto può cedere, nel periodo successivo alla sua morte, rispetto all'interesse del figlio biologico all'accertamento dello status, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 269 c.p.c. La tutela degli eredi non può prevalere, in particolare quando la donna abbia dimostrato nei fatti di aver superato l'originaria scelta dell'anonimato, trattando il figlio come uno dei suoi.

Nel prisma dell'identità rientra anche l'identità genitoriale, come affermato da **Sez. 3, n. 08459/2020, Olivieri, Rv. 657825-03**, in un caso in cui la madre, pur consapevole della paternità, non aveva comunicato al padre del nascituro l'avvenuto concepimento. La Corte ha affermato che l'omessa comunicazione si traduce, ove non giustificata da un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro e nonostante che tale comunicazione non sia imposta da alcuna norma, in una condotta non jure che, se posta in essere con dolo o colpa, può integrare gli estremi di una responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché suscettibile di arrecare un pregiudizio, qualificabile come danno ingiusto, al diritto del padre naturale di affermare la propria identità genitoriale, ossia di ristabilire la verità inerente al rapporto di filiazione.

E un diritto alla protezione dell'identità è ravvisabile anche in capo al partito politico, quale luogo di espressione di idee e di azioni, centro di imputazione di situazioni giuridiche e, come tale, soggetto di diritto distinto dagli associati. Al fine di soddisfare l'esigenza, riportabile agli artt. 2, 21, 49 Cost., di evitare nel dibattito pubblico il pericolo di confusione in ordine agli elementi che li caratterizzano, **Sez. 1, n. 11635/2020, De Marzo, Rv. 657948-01**, ha pertanto affermato che ogni partito politico beneficia della tutela della propria denominazione, che si traduce nella possibilità di chiedere la cessazione di fatti di usurpazione (ossia, di indebita assunzione di nomi e denominazioni altrui quali segni distintivi), la connessa reintegrazione patrimoniale, nonché il risarcimento del danno ex art. 2059 c..c.., comprensivo di qualsiasi conseguenza pregiudizievole della lesione dei diritti immateriali della personalità, compatibile con l'assenza di fisicità e costituzionalmente protetti, quali sono il diritto al nome, all'identità ed all'immagine dell'ente.

La Corte ha precisato che il nome della persona, fisica e giuridica, equiparandosi a quest'ultima l'associazione non riconosciuta, rientra nella previsione generale dell'art. 7 c.c., che individua nel nome il segno di identificazione del soggetto in quanto tale, indipendentemente dalla natura del soggetto e dunque dalla eventuale posizione del soggetto in un mercato. Nella specie, è stata dunque cassata la decisione

di merito, che aveva escluso la confondibilità tra le denominazioni e i segni distintivi di due partiti, senza giustificare come avesse tratto il convincimento che il simbolo della fiamma tricolore rappresentasse, con carattere di generalità, patrimonio ideologico di tutta la destra autoritaria e nazionalistica italiana, anziché il segno identificativo di uno dei due partiti.

5. Il diritto all'immagine.

Con **Sez. 3, n. 08880/2020, Pellecchia, Rv. 657866-01**, la S.C. ha ritenuto che la pubblicazione dell'immagine di un minore in scene di manifestazioni pubbliche (o anche private, ma di rilevanza sociale) o di altre iniziative collettive non pregiudizievoli, in assenza di consenso al trattamento validamente prestato, è legittima, in quanto aderente alle fattispecie normative di cui all'art. 97 della l. n. 633 del 1941, se l'immagine che ritrae il minore possa considerarsi del tutto casuale ed in nessun caso mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità del medesimo e sulla sua riconoscibilità. Nella specie, la S.C., pur confermando la decisione di merito di rigetto della domanda risarcitoria per difetto di prova del danno patito, ha ritenuto illecita l'acquisizione e la pubblicazione dell'immagine di due minori in assenza del relativo valido consenso, considerato non sostituibile dalla presenza, all'interno di un parco acquatico, di cartelli di avviso dello svolgimento di un servizio di *fotoshooting*, finalizzato a pubblicizzare un evento ludico, essendo le fotografie specificatamente incentrate sulle dette minori nell'atto di utilizzare uno scivolo gonfiabile il giorno della sua inaugurazione.

6. I diritti dei disabili.

La disabilità trova ormai nell'ordinamento un'ampia e consolidata rete di protezione, che si traduce nell'attribuzione di diritti a prestazione, benefici assistenziali e lavorativi, divieti di discriminazione.

Talvolta, si rendono tuttavia necessarie precisazioni, onde evitare che i diritti riconosciuti degradino a interessi legittimi o di mero fatto.

In ambito scolastico, ad esempio, l'obiettivo dell'integrazione richiede che il generale diritto del portatore di *handicap* a frequentare la scuola in condizioni di parità sia assistito da misure appropriate. **Sez. U, n. 01870/2020, Lombardo, Rv. 656799-01**, ha così sancito che la domanda con la quale i genitori di un minore portatore di handicap invochino la condanna dell'amministrazione scolastica al risarcimento del danno non patrimoniale derivato al minore dalla omessa tempestiva attuazione di un precedente provvedimento cautelare, con il quale la stessa amministrazione era stata condannata ad integrare il numero delle ore didattiche previste dal piano educativo individualizzato (PEI) per insufficienza delle stesse, è devoluta alla giurisdizione del

giudice ordinario, atteso che l'ordine giudiziale rimasto disatteso si è sostituito al predetto piano educativo, facendo sorgere il diritto soggettivo del minore disabile a fruire del maggior numero di ore di servizio scolastico stabilite dall'autorità giudiziaria, non residuando alcun ambito di esercizio di potere discrezionale per la pubblica amministrazione.

In termini analoghi, **Sez. U, n. 20164/2020, Giusti, Rv. 658855-01**, ha attribuito al giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla mancata attuazione, in favore di una persona disabile, del progetto individuale predisposto dalla P.A. ai sensi dell'art. 14 l. n. 328 del 2000 poiché, a seguito dell'adozione di tale progetto, il portatore di disabilità diviene titolare di una posizione di diritto soggettivo alla concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi ivi programmati, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di alcuna potestà autoritativa.

7. La libertà di coscienza.

In linea con i più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU, **Sez. 1, n. 07893/2020, Valitutti, Rv. 657708-01 e 657708-02**, ha affermato che, in virtù del principio supremo di laicità dello Stato, esistente nell'ordinamento italiano, è garantita la pari libertà di coscienza di ciascuna persona che si riconosca in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza, ed anche se si tratta di un credo ateo o agnostico, di professarla liberamente e di farne propaganda nelle forme ritenute più opportune, attesa la previsione aperta e generale dell'art. 19 Cost., purché l'esercizio di tale diritto di propaganda e diffusione del proprio credo religioso non si traduca nel vilipendio della fede da altri professata, secondo un accertamento che il giudice di merito è tenuto ad effettuare con rigorosa valutazione delle modalità con le quali si esplica la propaganda o la diffusione, denegandole solo quando si traducano in un'aggressione o in una denigrazione della diversa fede da altri professata.

Secondo la S.C., la cornice normativa di riferimento è data, in sede di concreta applicazione, dal principio della parità di trattamento delle confessioni religiose, sancito dagli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE e degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, che impone che venga assicurata una forma di uguaglianza tra tutte le forme di religiosità, in essa compreso il credo ateo o agnostico. La sua violazione integra pertanto una discriminazione vietata, che si verifica quando, nella comparazione tra due o più soggetti, non necessariamente nello stesso contesto temporale, uno di essi è stato, è o sarebbe avvantaggiato rispetto all'altro, sia per effetto di una condotta posta in essere direttamente dall'autorità o da privati, sia in conseguenza di un comportamento, in apparenza neutro, ma che abbia comunque una ricaduta negativa per i seguaci della religione discriminata.

8. Profili processuali.

In tema di controversie concernenti la tutela della riservatezza, **Sez. 6-1, n. 09221/2020, Marulli, Rv. 657772-01**, ha stabilito che è inammissibile il ricorso immediato per Cassazione ex art. 152, comma 1, del d.lgs. n. 196 del 2003, applicabile *ratione temporis*, avverso la sentenza del tribunale che abbia statuito sulla maggiorazione della sanzione irrogata in conseguenza della violazione dell'art. 162, comma 2 *bis*, decreto cit., non venendo in tal caso in rilievo l'applicazione di norme del codice della *privacy*, la cui violazione costituisce solo l'occasione per l'applicazione della detta sanzione. Nella specie, si osserva, la violazione dell'art. 162, comma 2-*bis*, d.lgs. 196/2003 è solo l'occasione di emersione della sanzione - soggetta quanto alla sua riscossione all'applicazione delle disposizioni della 1. 689/1981 quale disciplina generale della responsabilità amministrativa - ma non è la causa che qualifica la relativa controversia.

Sez. 1, n. 29336/2020, Terrusi, Rv. 660188-01, ha affermato che nel caso di controversia afferente alla violazione del diritto alla riservatezza, del trattamento dei dati personali e del diritto all'immagine, atteso che il giudice di primo grado aveva ritenuto unica la *causa petendi* in relazione all'illecito trattamento dei dati personali a norma dell'art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011, in base al principio secondo cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile va fatta in base alla qualificazione giuridica del rapporto controverso da parte del giudice, ancorché errata, deve ritenersi inammissibile l'appello proposto avverso detta sentenza.

CAPITOLO II

LA FAMIGLIA, I MINORI E LA PROTEZIONE DELLE PERSONE NON AUTONOME

(DI PAOLO DI MARZIO E CHIARA GIAMMARCO) [1]

SOMMARIO: - 1. La nullità del matrimonio e le sue conseguenze. - 2. La separazione personale dei coniugi. - 2.1. La separazione personale dei coniugi e le modifiche delle statuizioni consequenziali, *profili processuali*. - 3. L'addebito della separazione ed il risarcimento del danno per violazione dei doveri coniugali. - 3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, *profili processuali*. - 4. Separazione dei coniugi e divorzio, litispendenza internazionale, *profili processuali*. - 5. Il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza straniera di divorzio. - 6. L'assegno divorzile. - 6.1. Il giudizio di divorzio, l'assegno divorzile e la sua revisione, *profili processuali*. - 7. La pensione di reversibilità, e la sua ripartizione. - 7.1. La ripartizione della pensione di reversibilità, *profili processuali*. - 8. Il regime patrimoniale della famiglia: pubblicità delle convenzioni matrimoniali, comunione legale dei beni, fondo patrimoniale e impresa familiare. - 8.1. Il regime patrimoniale della famiglia, *profili processuali*. - 9. Unioni coniugali, famiglia di fatto, convivenza *more uxorio*. - 10. Il riconoscimento dello *status* di figlio. - 10.1 Il riconoscimento dello *status* di figlio, *profili processuali*. - 10.2. Il diritto al riconoscimento dello *status* del figlio nato da parto anonimo. - 11. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi. - 12. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente. - 12.1. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente, *profili processuali*. - 13. Il mantenimento dei figli. - 13.1. Il mantenimento dei figli, *profili processuali*. - 14. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia. - 14.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, *profili processuali*. - 15. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale: aspetti processuali. - 16. La sottrazione internazionale di minori. - 17. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi. - 17.1. Lo stato di abbandono. - 17.2. Adozione in casi particolari: *profili processuali*. - 17.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione. - 18. Le persone prive in tutto o in parte di autonomia: misure di protezione e altre questioni. - 18.1. La protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, *profili processuali*. - 19. Questioni in materia di matrimonio concordatario, *profili processuali*. - 20. Questioni in materia di matrimonio celebrato innanzi al ministro di un culto ammesso nello Stato. - 21. Famiglia e tributi.

1. La nullità del matrimonio e le sue conseguenze.

L'acquisto della cittadinanza italiana *iuris communicatione*, che si produce per effetto del matrimonio e del provvedimento con il quale l'Amministrazione accerti l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge, può venire meno per effetto dell'iniziativa della stessa Amministrazione che, preso atto della sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio, provveda a rimuovere l'originario provvedimento, poiché l'effetto retroattivo della decisione passata in giudicato concernente il rapporto coniugale, determina l'inesistenza al momento del provvedimento di annullamento del requisito

[1] Paolo Di Marzio ha redatto i paragrafi da 1 a 10.2., da 13 a 14.1., da 18 a 21; Chiara Giammarco ha redatto i paragrafi da 11 a 12.1., da 15 a 17.3.

necessario per il riconoscimento della cittadinanza. (**Sez. 1, n. 25441/2020, Pazzi, Rv. 659518-01**).

2. La separazione personale dei coniugi.

In tema di procedura di negoziazione assistita tra avvocati, ogni qualvolta l'accordo stabilito tra i coniugi, al fine di giungere ad una soluzione consensuale della separazione personale, ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili, la disciplina di cui all'art. 6 d.l. n. 132 del 2014, conv. dalla l. n. 162 del 2014, deve necessariamente integrarsi con quella di cui all'art. 5, comma 3, del medesimo d.l. n. 132, con la conseguenza che, per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente anche un atto negoziale comportante un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 3, cit. (**Sez. 2, n. 01202/2020, Varrone, Rv. 656842-01**).

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della l. n. 91 del 1992, così come modificato dall'art. 1, comma 11, della l. n. 94 del 2009, soltanto la separazione personale dei coniugi, ma non anche quella di fatto, costituisce condizione ostativa all'acquisto della cittadinanza italiana mediante matrimonio con un cittadino italiano, come si evince dal tenore testuale della norma in questione che adopera l'espressione "separazione personale", utilizzata anche negli artt. 150, 154 e 155 c.c. prima delle modifica intervenuta con il d.lgs. n. 154 del 2013, cogliendosi peraltro la differenza tra "separazione personale" e "separazione di fatto" anche nell'art. 6 della l. n. 184 del 1983 in tema di adozioni. (**Sez. 1, n. 04819/2020, Ghinoy, Rv. 657001-01**).

Il requisito della convivenza effettiva del cittadino straniero con il coniuge di nazionalità italiana non è richiesto ai fini del rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno per coloro che rientrano nella categoria di cui all'art. 30, comma 1, lett b), del d.lgs n. 286 del 1998, essendo ostativo a tale rilascio o rinnovo solo l'accertamento che il matrimonio fu contratto allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato. (**Sez. 1, n. 05378/2020, Fidanzia, Rv. 656882-01**).

Il diritto alla corresponsione dell'assegno sociale ex art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, prevede come unico requisito lo stato di bisogno effettivo del titolare, desunto dall'assenza di redditi o dall'insufficienza di quelli percepiti in misura inferiore al limite massimo stabilito dalla legge, restando irrilevanti eventuali altri indici di autosufficienza economica o redditi potenziali, quali quelli derivanti dall'assegno di mantenimento che il titolare abbia omesso di richiedere al coniuge separato, e senza che tale mancata richiesta possa essere equiparata all'assenza di uno stato di bisogno. (**Sez. 6-L, n. 14513/2020, Riverso, Rv. 658800-01**).

In tema di separazione personale dei coniugi, la condizione di intollerabilità della convivenza deve essere intesa in senso soggettivo, non essendo necessario che sussista una situazione di conflitto riconducibile alla volontà di entrambi i coniugi, ben potendo la frattura dipendere dalla condizione di disaffezione e distacco di una sola delle parti, che sia verificabile in base a fatti obiettivi, come la presentazione stessa del ricorso ed il successivo comportamento processuale, con particolare riferimento alle risultanze negative del tentativo di conciliazione, dovendosi ritenere venuto meno, al ricorrere di tali evenienze, quel principio del consenso che caratterizza ogni vicenda del rapporto coniugale. (**Sez. 1, n. 16698/2020, Solaini, Rv. 658564-01**).

Il regolamento concordato fra i coniugi mediante un atto di "puntuazione" avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali in vista di una separazione consensuale, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione della separazione, mentre qualora i coniugi addivengano ad una separazione giudiziale, le pattuizioni convenute antecedentemente sono prive di efficacia giuridica. (**Sez. 1, n. 28649/2020, L. Tricomi, Rv. 660048-01**).

2.1. La separazione personale dei coniugi e le modifiche alle statuizioni consequenziali, *profili processuali*.

In tema di separazione personale dei coniugi, l'art. 156, comma 6, c.c., nell'attribuire al giudice, in caso d'inadempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento, il potere di ordinare ai terzi tenuti a corrispondere somme di denaro al coniuge obbligato, che una parte di esse venga versata direttamente agli aventi diritto, postula un apprezzamento in ordine all'idoneità del comportamento dell'obbligato a suscitare dubbi circa l'esattezza e la regolarità del futuro adempimento, affidato in via esclusiva al giudice di merito e, dunque, non sindacabile in sede di legittimità. (**Sez. 1, n. 05604/2020, Valitutti, Rv. 657044-01**).

Nel corso del giudizio di separazione personale dei coniugi, la corte d'appello adita in sede di reclamo avverso l'ordinanza emessa dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 708, comma 3, c.p.c., non deve statuire sulle spese del procedimento, poiché, trattandosi di provvedimento cautelare adottato in pendenza della lite, spetta al tribunale provvedere sulle spese, anche per la fase di reclamo, con la sentenza che conclude il giudizio. (**Sez. 1, n. 08432/2020, Mercolino, Rv. 657610-01**).

Con l'opposizione ex art. 615 c.p.c. il debitore esecutato può opporre in compensazione al creditore procedente un controcredito certo (cioè, definitivamente verificato giudizialmente o incontestato) oppure un credito illiquido di importo certamente superiore (la cui entità possa essere accertata, senza dilazioni nella procedura esecutiva, nel merito del giudizio di opposizione) anche nell'ipotesi di

espropriazione forzata promossa per il credito inerente al mantenimento del coniuge separato, non trovando applicazione, in difetto di un "credito alimentare", l'art. 447, comma 2, c.c. (**Sez. 3, n. 09686/2020, Porreca, Rv. 657716-01**).

Nei giudizi aventi ad oggetto le modifiche alle statuizioni consequenziali alla separazione personale ed al divorzio, in applicazione del principio *rebus sic stantibus*, possono essere proposte domande in corso di causa ove siano giustificate da sopravvenienze fattuali ma nel rispetto del principio del contraddittorio, sicché risulta inammissibile la richiesta di un contributo per il mantenimento del figlio introdotta soltanto nelle note conclusive del giudizio di appello, senza alcuna possibilità di interlocuzione per la controparte. (La S.C. ha espresso il principio in relazione alla domanda, tardivamente proposta dal marito, di gravare la moglie di un contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne ma non autosufficiente, il quale era andato a convivere con il padre nel corso del giudizio). (**Sez. 1, n. 19020/2020, Acierno, Rv. 658881-01**).

È ammissibile l'azione revocatoria ordinaria del trasferimento di immobile, effettuato da un genitore in favore della prole in ottemperanza ai patti assunti in sede di separazione consensuale omologata, poiché esso trae origine dalla libera determinazione del coniuge e diviene "dovuto" solo in conseguenza dell'impegno assunto in costanza dell'esposizione debitoria nei confronti di un terzo creditore, sicché l'accordo separativo costituisce esso stesso parte dell'operazione revocabile e non fonte di obbligo idoneo a giustificare l'applicazione dell'art. 2901, comma 3, c.c. (**Sez. 6-3, n. 21358/2020, Cricenti, Rv. 659157-01**).

3. L'addebito della separazione ed il risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali.

Il volontario abbandono del domicilio familiare da parte di uno dei coniugi, costituendo violazione del dovere di convivenza, è di per sé sufficiente a giustificare l'addebito della separazione personale, a meno che non risulti provato che esso è stato determinato dal comportamento dell'altro coniuge o sia intervenuto in un momento in cui la prosecuzione della convivenza era già divenuta intollerabile ed in conseguenza di tale fatto **(Sez. 1, n. 00648/2020, Mercolino, Rv. 656981-01)**.

L'addebito della separazione personale dei coniugi, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, con la conseguenza che la risarcibilità di danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma indicata. (**Sez. 1, n. 16740/2020, Caradonna, Rv. 658804-01**).

3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, *profili processuali*.

Deve escludersi che il procedimento di modifica delle condizioni di separazione dei coniugi, il cui *thema decidendum* è rappresentato dall'esistenza di rilevanti mutamenti di fatto delle condizioni poste a base della decisione, comporti anche un accertamento con efficacia di giudicato sull'assenza dell'avvenuta riconciliazione dei coniugi, ove la questione non sia stata posta da alcuna delle parti processuali. (**Sez. 1, n. 11636/2020, De Marzo, Rv. 657949-01**).

In tema di separazione, grava sulla parte che richieda l'addebito l'onere di provare sia la contrarietà del comportamento del coniuge ai doveri che derivano dal matrimonio, sia l'efficacia causale di questi comportamenti nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza. (**Sez. 1, n. 16691/2020, Caradonna, Rv. 658891-01**).

4. Separazione dei coniugi e divorzio, litispendenza internazionale, *profili processuali*.

Nell'ipotesi di contemporanea pendenza, dinanzi a giudici di diversi Paesi dell'Unione europea, di due giudizi di divorzio o separazione personale dei coniugi, il giudice italiano che sia stato successivamente adito è tenuto, ai sensi dell'art. 19 del reg. CE n. 2201 del 2003, a sospendere il procedimento fino all'accertamento della competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita, di modo che, nel processo dinanzi a lui pendente, è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione. (**Sez. U, n. 19665/2020, Acierno, Rv. 658927-01**).

5. Il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza straniera di divorzio.

La decisione di ripudio emanata all'estero da un'autorità religiosa (nella specie il tribunale sciaraitico palestinese), seppure equiparabile, secondo la legge straniera, ad una sentenza del giudice statale, non può essere riconosciuta all'interno dell'ordinamento italiano, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna) e dell'ordine pubblico processuale (mancanza della parità difensiva e di un effettivo contraddittorio, oltre che di ogni accertamento sulla definitiva cessazione della comunione di vita tra i coniugi). (**Sez. 1, n. 16804/2020, Iofrida, Rv. 658805-01**).

Per decidere sulla richiesta di cancellazione della trascrizione dai registri dello stato civile italiano della sentenza straniera che abbia pronunciato il divorzio dei coniugi, a causa della contrarietà della stessa con l'ordine pubblico italiano, il giudice nazionale deve esaminare, ai sensi dell'art. 64, lett. g), della l. n. 218 del 1995, se la decisione straniera produca "effetti" contrari al detto ordine pubblico, accertando se

nel corso del procedimento straniero siano stati violati i diritti essenziali della difesa, sicché resta esclusa la possibilità di sottoporre il provvedimento straniero ad un sindacato di merito, valutando la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano. (**Sez. 1, n. 17170/2020, Marulli. Rv. 658878-01**).

6. L'assegno divorzile.

L'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge ha natura assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, che conduce al riconoscimento di un contributo volto non a conseguire l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate, fermo restando che la funzione equilibratrice non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. (In applicazione di questi principi la S.C. ha cassato con rinvio la decisione della corte di merito, in quanto, a fronte dell'adeguata valutazione dei redditi da lavoro dell'ex marito, non era stata operata alcuna quantificazione di quelli della ex moglie, essendo mancata anche la valutazione in ordine al contributo fornito, dal coniuge economicamente più debole, alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'altro coniuge). (**Sez. 1, n. 05603/2020, Valitutti, Rv. 657088-01**).

La determinazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge in misura superiore a quella prevista in sede di separazione personale, in assenza di un mutamento nelle condizioni patrimoniali delle parti, non è conforme alla natura giuridica dell'obbligo, presupponendo, l'assegno di separazione, la permanenza del vincolo coniugale e, conseguentemente, la correlazione dell'adeguatezza dei redditi con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; al contrario tale parametro non rileva in sede di fissazione dell'assegno divorzile, che deve invece essere quantificato in considerazione della sua natura assistenziale, compensativa e perequativa, secondo i criteri indicati all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, essendo volto non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge beneficiario alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. (**Sez. 1, n. 05605/2020, Scalia, Rv. 657036-01**).

In sede di divorzio, ai fini della determinazione dell'assegno in favore dell'ex coniuge occorre tenere conto dell'intera consistenza patrimoniale di ciascuno dei

coniugi e, conseguentemente, ricomprendere qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica, compreso l'uso di una casa di abitazione, valutabile in misura pari al risparmio di spesa che occorrerebbe sostenere per godere dell'immobile a titolo di locazione. (**Sez. 1, n. 15773/2020, Valitutti, Rv. 658674-01**).

Ai fini della determinazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge, deve essere esclusa la rilevanza dell'entità dei patrimoni delle famiglie di appartenenza ovvero del loro apporto economico ai coniugi, in quanto trattasi di ulteriore criterio non previsto dall'art. 5 della legge n. 898 del 1970. (**Sez. 1, n. 15774/2020, Parise, Rv. 658470-01**).

6.1. Il giudizio di divorzio, l'assegno divorzile e la sua revisione, *profili processuali.*

In tema di revisione dell'assegno divorzile, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 898 del 1970, il mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali delle parti attiene agli elementi di fatto e rappresenta il presupposto necessario che deve essere accertato dal giudice perché possa procedersi al giudizio di revisione dell'assegno, da rendersi, poi, in applicazione dei principi giurisprudenziali attuali. Ne consegue che consentire l'accesso al rimedio della revisione attribuendo alla formula dei "giustificati motivi" un significato che includa la sopravvenienza di tutti quei motivi che possano far sorgere un interesse ad agire per conseguire la modifica dell'assegno, ricomprendendo tra essi anche una diversa interpretazione delle norme applicabili avallata dal diritto vivente giurisprudenziale, è opzione esegetica non percorribile poiché non considera che la funzione della giurisprudenza è ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della *regula iuris*, non già creativa della stessa (fattispecie relativa a una domanda di revisione dell'assegno divorzile determinato prima di Cass., Sez. 1, n. 11504/2017 e Sez. U, n. 18287/2018). (**Sez. 1, n. 01119/2020, Sambito, Rv. 656875-01**).

L'assegno di divorzio traendo la sua fonte nel nuovo *status* delle parti, ha efficacia costitutiva decorrente dal passaggio in giudicato della statuizione di risoluzione del vincolo coniugale. A tale principio ha introdotto un temperamento l'art. 4, c. 13, della l. n. 898 del 1970, così come sostituito dall'art. 8 della l. n. 74 del 1987, conferendo al giudice il potere di disporre, tenuto conto delle circostanze del caso concreto e fornendo una adeguata motivazione, anche in assenza di una specifica richiesta delle parti, la decorrenza dell'assegno dalla data della domanda di divorzio. (**Sez. 1, n. 19330/2020, Scalia, Rv. 658974-01**).

Nel giudizio divorzile in appello, che si svolge, ai sensi dell'art. 4, comma 15, della l. n. 898 del 1970, secondo il rito camerale, di per sé caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, va esclusa la piena applicabilità delle

norme che regolano il processo ordinario ed è quindi ammissibile l'acquisizione di nuovi mezzi di prova, in specie documenti, a condizione che sia assicurato un pieno e completo contraddittorio tra le parti. (**Sez. 1, n. 27234/2020, Iofrida, Rv. 659747-01**).

Quando, nelle more del giudizio di legittimità avente ad oggetto l'affidamento di figlio minore ad uno degli ex coniugi a seguito di cessazione degli effetti civili del matrimonio, sopravvenga la maggiore età del figlio, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente all'impugnazione. (**Sez. 1, n. 27235/2020, Iofrida, Rv. 659748-01**).

7. La pensione di reversibilità, e la sua ripartizione.

La ripartizione del trattamento di reversibilità tra coniuge divorziato e coniuge superstite, deve essere effettuata, oltre che sulla base del criterio della durata dei matrimoni, ponderando ulteriori elementi correlati alla finalità solidaristica dell'istituto, tra i quali la durata delle convivenze prematrimoniali, dovendosi riconoscere alla convivenza *more uxorio* non una semplice valenza "correttiva" dei risultati derivanti dall'applicazione del criterio della durata del rapporto matrimoniale, bensì un distinto ed autonomo rilievo giuridico, ove il coniuge interessato provi stabilità ed effettività della comunione di vita prematrimoniale, tenendo tuttavia distinta la durata della convivenza prematrimoniale da quella del matrimonio - cui soltanto si riferisce il criterio legale -, e senza individuare nell'entità dell'assegno divorzile un limite legale alla quota di pensione attribuibile all'ex coniuge, data la mancanza di qualsiasi indicazione normativa in tal senso. (**Sez. 6-1, n. 05268/2020, Tricomi, Rv. 657240-01**).

La ripartizione del trattamento di reversibilità, in caso di concorso tra coniuge divorziato e coniuge superstite, deve essere effettuata ponderando, con prudente apprezzamento, in armonia con la finalità solidaristica dell'istituto, il criterio principale della durata dei rispettivi matrimoni, con quelli correttivi, eventualmente presenti, della durata della convivenza prematrimoniale, delle condizioni economiche, dell'entità dell'assegno divorzile (in applicazione del sopraindicato principio, la S.C. ha precisato che va valutato anche il periodo di convivenza prematrimoniale coevo al periodo di separazione che precede il divorzio, ancorché in detto lasso temporale permanga il vincolo matrimoniale). (**Sez. L, n. 08263/2020, Calafiore, Rv. 657611-01**).

In tema di ripartizione delle quote della pensione di reversibilità tra l'ex coniuge divorziato e quello già convivente e superstite, la considerazione tra gli altri indicatori, della durata delle rispettive convivenze prematrimoniali non comporta che vi debba essere una un'equiparazione tra la convivenza vissuta nel corso di uno stabile legame

affettivo e quella condotta nel corso del matrimonio, sicché la questione di costituzionalità dell'art. 9 l. n. 898 del 1970 che non le pone su un piano equiordinato ai fini dell'attribuzione della pensione di reversibilità, risulta manifestamente infondata. (**Sez. 1, n. 11520/2020, De Marzo, Rv. 657947-01**).

Il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità ex art. 9 della l. n. 898 del 1970 presuppone (anche ai sensi della norma interpretativa di cui all'art. 5 della l. n. 263 del 2005) non solo che il richiedente al momento della morte dell'ex coniuge sia titolare di assegno di divorzio giudizialmente riconosciuto, ma anche che detto assegno non sia fissato in misura simbolica, ponendosi la diversa interpretazione in contrasto con la *ratio* dell'attribuzione del trattamento di reversibilità al coniuge divorziato, da rinvenirsi nella continuazione del sostegno economico prestato in vita all'ex coniuge e non già nell'irragionevole esito di assicurare al coniuge divorziato una condizione migliore rispetto a quella già in godimento. (**Sez. L, n. 20477/2020, Cavallaro, Rv. 658914-01**).

7.1. La ripartizione della pensione di reversibilità, *profili processuali*.

La controversia tra l'ex coniuge e il coniuge superstite per l'accertamento della ripartizione - ai sensi dell'art. 9, comma 3, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 13 della l. n. 74 del 1987 - del trattamento di reversibilità, deve necessariamente svolgersi in contraddittorio con l'ente erogatore atteso che, essendo il coniuge divorziato, al pari di quello superstite, titolare di un autonomo diritto di natura previdenziale, l'accertamento concerne i presupposti affinché l'ente assuma un'obbligazione autonoma, anche se nell'ambito di una erogazione già dovuta, nei confronti di un ulteriore soggetto. (**Sez. L, n. 09493/2020, D'Antonio, Rv. 657674-01**).

8. Il regime patrimoniale della famiglia: pubblicità delle convenzioni matrimoniali, comunione legale dei beni, fondo patrimoniale e impresa familiare.

Pronunciando in materia di beni rientranti nella comunione legale dei beni dei coniugi, il giudice delle leggi ha chiarito, a proposito dei testimoni di giustizia, che le "misure di assistenza" di cui all'art. 16 ter, comma 1, lett. b), d.l. n. 8 del 1991, conv. con modif. dalla l. n. 82 del 1991, e la "capitalizzazione" prevista in alternativa al costo dell'assistenza ai sensi del comma 1, lett. c), del medesimo articolo, hanno natura indennitaria e non risarcitoria, poiché sono erogate discrezionalmente dall'autorità competente e non presuppongono la commissione di un illecito, ma solo la sottoposizione dell'interessato ad un programma di protezione; ne consegue che il

relativo credito non è sottratto alla cd. comunione *de residuo* in base al disposto dell'art. 179, comma 1, lett. e), c.c. (Sez. 3, n. 03313/2020, Guizzi, Rv. 657145-01).

L'impresa familiare ha carattere residuale, come emerge anche dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 230 *bis* c.c., sicché mira a disciplinare situazioni di apporto lavorativo all'impresa del congiunto che, pur connotate dalla continuità, non siano riconducibili all'archetipo della subordinazione e a confinare in un'area limitata il lavoro gratuito. (Nella specie, la S.C. ha escluso di poter ritenere la partecipazione all'impresa familiare del congiunto che aveva offerto contributi finanziari ed occasionali consulenze professionali, ma non aveva prestato attività lavorativa continuativa per l'impresa). (**Sez. L, n. 11533/2020, Garri, Rv. 657972-01**).

Il diritto alla rendita per infortunio sul lavoro in favore dei familiari superstiti, ex art. 85 del d.P.R. n. 1124 del 1965, presuppone, ai sensi del successivo art. 106, la cosiddetta "vivenza a carico", la quale sussiste ove i predetti si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonoma ed al loro mantenimento abbia concorso in modo efficiente il lavoratore defunto, dovendosi a tal fine considerare anche il reddito del coniuge dell'ascendente che domanda la prestazione previdenziale, giacché, anche ove non sia operante il regime di comunione legale, comunque sussiste l'obbligo di assistenza materiale tra coniugi posto dall'art. 143 c.c., e quello di assistenza per i figli di cui al successivo art. 147 c.c., senza che possa procedersi ad una valutazione distinta della posizione di ciascuno dei superstiti, indipendentemente dalla sussistenza di contributi o aiuti familiari. (**Sez. L, n. 18658/2020, Cavallaro, Rv. 658597-01**).

I coniugi in regime di comunione legale, al fine di effettuare l'acquisto anche di un solo bene in regime di separazione, sono tenuti a stipulare previamente una convenzione matrimoniale derogatoria del loro regime ordinario, ai sensi dell'art. 162 c.c., sottoponendola alla specifica pubblicità per essa prevista, non essendo, per converso, sufficiente una esplicita indicazione contenuta nell'atto di acquisto, posto che questo non viene sottoposto alla pubblicità delle convenzioni matrimoniali, unico strumento che conferisce certezza in ordine al tipo di regime patrimoniale cui sono sottoposti gli atti stipulati dai coniugi. (**Sez. 1, n. 17175/2020, Valitutti, Rv. 658806-04**). Nella stessa pronuncia la Cassazione ha avuto modo di chiarire che la procura *ad nubendum* costituisce uno strumento sostitutivo della simultanea presenza degli sposi avanti all'Ufficiale dello stato civile e di manifestazione del consenso alle nozze, che interviene tramite la volontà manifestata dal procuratore, sicché il mandato conferitogli in favore del regime patrimoniale della separazione dei beni, non è sufficiente all'instaurazione del detto regime, che richiede l'accordo di entrambi i nubendi (in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione della corte di merito la quale aveva accertato che nessun accordo delle parti si era espressamente perfezionato nell'atto di celebrazione del matrimonio, tale da consentire di ritenere

che le stesse avessero inteso derogare al regime legale di comunione dei beni). (**Sez. 1, n. 17175/2020, Valitutti, Rv. 658806-03**).

8.1. Il regime patrimoniale della famiglia, *profili processuali*.

Tra coniugi in regime di comunione legale può essere costituita una società di persone, con un patrimonio costituito dai beni conferiti dagli stessi, essendo anche le società personali dotate di soggettività giuridica, sicché, in caso di recesso di un socio, sorgendo a carico della società l'obbligo della liquidazione della sua quota, la domanda del coniuge receduto di accertamento della comproprietà dei beni sociali può essere interpretata dal giudice come tesa alla liquidazione della sua quota sociale (nella specie, la S.C. ha ritenuto che potesse riqualificarsi come istanza di liquidazione della quota sociale, la domanda della moglie nei confronti del marito tesa all'accertamento della comproprietà dei beni appartenenti ad una società in nome collettivo, di cui i coniugi in regime di comunione dei beni erano unici soci). (**Sez. 1, n. 08222/2020, Nazzicone, Rv. 657609-01**).

L'azione revocatoria ordinaria presuppone, per la sua esperibilità, la semplice esistenza di un debito, e non anche la sua concreta esigibilità, con la conseguenza che, concessa fideiussione in relazione alle future obbligazioni del debitore principale connesse all'apertura di credito regolata in conto corrente, gli atti dispositivi del fideiussore successivi alla detta apertura di credito ed alla prestazione della fideiussione, se compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, sono soggetti all'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901, n. 1, prima parte, c.c., in base al mero requisito soggettivo della consapevolezza del fideiussore (e, in caso di atto a titolo oneroso, del terzo) di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore (*scientia damni*) ed al solo fattore oggettivo dell'avvenuto accreditamento, giacché l'insorgenza del credito deve essere apprezzata con riferimento al momento dell'accreditamento e non a quello, eventualmente successivo, dell'effettivo prelievo da parte del debitore principale della somma messa a sua disposizione (la S.C., richiamato il principio di cui in massima, ha ritenuto di farne applicazione in fattispecie nella quale il soggetto tenuto alla responsabilità patrimoniale per conto di un'associazione non riconosciuta aveva costituito alcuni immobili di sua proprietà in fondo patrimoniale). (**Sez. 6-3, n. 10522/2020, Positano, Rv. 658031-01**).

Qualora il soggetto che esercita l'azione revocatoria ordinaria vanti un credito garantito da ipoteca anteriormente iscritta proprio sul bene che è oggetto dell'atto dispositivo revocando (nella specie, costituzione di fondo patrimoniale), la declaratoria di inefficacia si palesa come mezzo eccedente lo scopo in quanto la titolarità del diritto di ipoteca esclude quel pericolo di infruttuosità dell'esecuzione nel quale si identifica l'*eventus damni*. (**Sez. 3, n. 12121/2020, Guizzi, Rv. 658172-01**).

Qualora un bene immobile, oggetto della divisione, appartenga a coniugi in regime di comunione in comproprietà con terzi, la comunione legale dei coniugi persiste, pur se ne muta l'oggetto: non più la quota indivisa, ma i beni assegnati in proprietà ai coniugi per effetto della stessa divisione; ne consegue che, se la divisione è inserita nel processo di espropriazione per un debito di uno solo dei coniugi comproprietari, l'espropriazione comporterà il venire meno della comunione legale sui beni attribuiti nella divisione ai coniugi unitariamente, ma tale risultato si realizzerà solo in sede esecutiva come se, fin dall'origine, fosse stato sottoposto a pignoramento un bene appartenente a loro, per intero, in regime di comunione. (**Sez. 6-2, n. 15692/2020, Tedesco, Rv. 658782-01**).

9. Unioni coniugali, famiglia di fatto, convivenza *more uxorio*.

In materia di soggiorno per motivi di coesione familiare, ai fini del rilascio della carta di soggiorno ad un genitore, non appartenente all'Unione Europea, di minore, cittadino dell'U.E., e convivente con cittadina dell'U.E. residente in Italia, pur costituendo un presupposto la convivenza tra i predetti, la loro relazione stabile di fatto - "debitamente attestata" con "documentazione ufficiale", ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 30 del 2007, nel testo introdotto dalla legge europea n. 97 del 2013 - può essere comprovata anche con l'atto di nascita del minore o con altra documentazione idonea, diversa da quella prevista dalla legge n. 76 del 2016 in materia di unioni civili (nella specie inoperante, attesa l'epoca di presentazione dell'istanza). (**Sez. 1, n. 03876/2020, Iofrida, Rv. 657060-01**).

Nell'ambito del rapporto di convivenza *more uxorio*, il termine di prescrizione dell'azione di ingiustificato arricchimento decorre non dai singoli esborsi, bensì dalla cessazione della convivenza. (**Sez. 3, n. 11303/2020, Valle, Rv. 658159-02**).

10. Il riconoscimento dello *status* di figlio.

In tema di minori, è legittimo, in ipotesi di secondo riconoscimento da parte del padre, l'attribuzione del patronimico in aggiunta al cognome della madre, purché non gli arrechi pregiudizio in ragione della cattiva reputazione del padre e purché non sia lesivo della sua identità personale, ove questa si sia definitivamente consolidata con l'uso del solo matronimico nella trama dei rapporti personali e sociali. (**Sez. 6-1, n. 00772/2020, Tricomi, Rv. 656804-01**).

La Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c., nella parte in cui, nel disciplinare la dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità, prevede termini differenziati quando l'azione sia proposta dal figlio, oppure dai discendenti dopo la sua morte, perché la diversità di disciplina trova giustificazione nell'evidente disomogeneità delle situazioni

considerate, giacché l'imprescrittibilità dell'azione riguardo al figlio tutela l'interesse del medesimo al riconoscimento della propria filiazione, interesse che resta integro anche nell'ipotesi di decesso del presunto genitore, mentre il termine decadenziale biennale previsto per l'azione promossa dagli eredi del presunto figlio, dopo la sua morte, è giustificato dal fatto che essi sono portatori di un interesse non diretto, ma solo riflesso al riconoscimento della filiazione del loro ascendente; inoltre, a differenza di quanto accade per i discendenti, il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente alla verità biologica costituisce per il figlio una componente essenziale del diritto all'identità personale, riconducibile all'art. 2 Cost. ed all'art. 8 CEDU, che accompagna la vita individuale e relazionale, e l'incertezza su tale *status* può determinare una condizione di disagio ed un *vulnus* allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità. (**Sez. 6-1, n. 01667/2020, Mercolino, Rv. 656982-01**).

10.1. Il riconoscimento dello *status* di figlio, *profili processuali*.

Nel procedimento disciplinato dall'art. 250 c.c., come novellato dall'art. 1 della l. n. 219 del 2012, teso al riconoscimento del figlio che non abbia compiuto i quattordici anni, quest'ultimo non assume la qualità di parte, per cui la nomina di un curatore speciale è necessaria solo ove il giudice lo ritenga opportuno in considerazione del profilarsi, in concreto, di una situazione di conflitto di interessi. (**Sez. 1, n. 00275/2020, Scalia, Rv. 656519-01**).

In tema di impugnazione del riconoscimento di paternità ex art. 263 c.c., la mancata contestazione della madre naturale in ordine alla non paternità dell'autore del riconoscimento non ha la valenza probatoria prevista dall'art. 115 c.p.c., poiché, vertendosi in ambito di diritti indisponibili, sugli stessi non è ammesso alcun tipo di negoziazione o rinunzia. (**Sez. 1, n. 04791/2020, Iofrida, Rv. 656999-01**).

Nel caso di minore concepito mediante l'impiego di tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo e nato all'estero, non è accoglibile la domanda di rettificazione dell'atto di nascita volta ad ottenere l'indicazione in qualità di madre del bambino, accanto a quella che l'ha partorito, anche della donna a costei legata in unione civile, poiché in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004, che esclude il ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentite, al di fuori dei casi previsti dalla legge, forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico mediante i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto. (**Sez. 1, n. 08029/2020, Mercolino, Rv. 657628-01**).

In giudizio in cui la Cassazione ha confermato la decisione adottata dalla Corte di appello, che aveva rigettato la domanda risarcitoria proposta dal padre di figlio nato fuori dal matrimonio, il quale lamentava alla madre del bambino di non averlo

portato al corrente della sua paternità, valorizzando il giudice di merito, in particolare, il fatto che egli avesse sempre negato il riconoscimento e la circostanza che non avesse allegato e provato né le modalità di svolgimento della sua relazione con la madre del figlio né le condotte, da lui successivamente tenute, idonee a dimostrare la sua intenzione di realizzare l'aspirazione alla genitorialità, la S.C. ha avuto comunque occasione di affermare che l'omessa comunicazione all'altro genitore, da parte della madre, consapevole della paternità, dell'avvenuto concepimento si traduce, ove non giustificata da un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro e nonostante che tale comunicazione non sia imposta da alcuna norma, in una condotta *non jure* che, se posta in essere con dolo o colpa, può integrare gli estremi di una responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., poiché suscettibile di arrecare un pregiudizio, qualificabile come danno ingiusto, al diritto del padre naturale di affermare la propria identità genitoriale, ossia di ristabilire la verità inerente il rapporto di filiazione. (**Sez. 3, n. 08459/2020, Olivieri, Rv. 657825-03**).

Quando sia richiesto al tribunale ordinario di pronunciare sentenza che tenga luogo del consenso dell'altro genitore al riconoscimento di un figlio nato fuori del matrimonio, in pendenza di procedura di adottabilità, nel corso del quale sia stata erroneamente dichiarata inammissibile l'istanza di sospensione del genitore che ha richiesto il riconoscimento dello *status*, il medesimo provvedimento non può essere adottato dal tribunale ordinario, in attesa che divengano definitive le statuizioni del Tribunale per i minorenni, tenuto conto che non ricorre l'ipotesi di sospensione *ex lege* prevista dall'art. 22 l. n. 184 del 1983 relativa alla dichiarazione giudiziale di maternità e paternità. (**Sez. 6-1, n. 11208/2020, Scalia, Rv. 657934-01**).

L'azione di disconoscimento della paternità del marito deve essere intrapresa nei termini indicati dall'art. 244, comma 2, c.c., gravando pertanto, sull'attore, l'onere di dimostrare di avere agito entro l'anno dalla data in cui ha scoperto una condotta della donna idonea al concepimento con un altro uomo e, sui convenuti, l'onere di dimostrare l'eventuale anteriorità della scoperta. Entrambe le prove soggiacciono alla regola secondo la quale ciò che rileva è l'acquisizione "certa" della conoscenza di un fatto (una vera e propria relazione o un incontro sessuale) idoneo a determinare il concepimento, non essendo perciò sufficiente un'infatuazione o una relazione sentimentale e neppure una mera frequentazione della moglie con un altro uomo (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che al fine di escludere la tempestività dell'azione, aveva ritenuto sufficiente la conoscenza da parte del marito delle frequentazioni della moglie). (**Sez. 1, n. 19324/2020, Pazzi, Rv. 658820-01**).

Il giudizio sull'ammissibilità dell'azione di dichiarazione della paternità naturale - prima della sua dichiarazione di incostituzionalità per effetto di Corte cost. n. 50 del 2006 - e quello successivo di merito, pur essendo tra loro collegati risultano del tutto autonomi, sicché definito il procedimento di ammissibilità a seguito dell'irrevocabilità

acquisita dal relativo provvedimento, l'azione introduttiva del giudizio di cognizione piena non è soggetta ad un termine perentorio per la riassunzione, ma soltanto alle condizioni ed ai termini posti dal codice civile. (**Sez. 1, n. 28330/2020, L. Tricomi, Rv. 660015-01**).

10.2. Il diritto al riconoscimento dello *status* del figlio nato da parto anonimo.

In tema di diritto della donna a non essere nominata al momento del parto, nel periodo successivo alla sua morte, può essere promossa dal figlio biologico l'azione volta all'accertamento dello *status*, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 269 c.p.c., risultando recessiva la tutela degli eredi in particolare ove essa abbia dimostrato nei fatti di aver superato l'originaria scelta dell'anonimato, trattando il figlio come uno dei suoi. (**Sez. 1, n. 19824/2020, Fidanzia, Rv. 658976-01**).

11. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi.

Il tema della responsabilità genitoriale, come ridisegnato dal legislatore nel biennio 2012-2013, ha dato luogo anche nell'anno in rassegna a numerose e importanti pronunce, nelle quali si è continuata a ribadire la centralità della posizione del minore.

12. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente.

Con riferimento all'affido condiviso, va anzitutto menzionata **Sez. 1, n. 19323/2020, Pazzi, Rv. 658973-01**: la S.C. ha ribadito il principio secondo cui tale tipo di affido deve essere orientato alla tutela dell'interesse morale e materiale della prole, di talché se esso deve tendenzialmente comportare, in mancanza di gravi ragioni ostative, una frequentazione dei genitori paritaria con il figlio, tuttavia, nell'interesse di quest'ultimo, il giudice può individuare un assetto che si discosti da questo principio tendenziale, al fine di assicurare al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena.

Tale principio trova una sua specificazione in **Sez. 1 n. 03652/2020, Bisogni, Rv. 657047-01**, che afferma che la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente non può avvenire sulla base di una simmetrica e paritaria ripartizione dei tempi di permanenza con entrambi i genitori, ma deve essere il risultato di una valutazione ponderata del giudice del merito che, partendo dall'esigenza di garantire al minore la situazione più confacente al suo benessere e alla sua crescita armoniosa e serena, tenga anche conto del suo diritto a una significativa e piena relazione con

entrambi i genitori e del diritto di questi ultimi a una piena realizzazione della loro relazione con i figli e all'esplicazione del loro ruolo educativo.

In tema di rapporti con la prole, il diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario, non è suscettibile di coercizione neppure nelle forme indirette previste dall'art. 614 *bis* c.p.c., trattandosi di un "potere-funzione" che, non essendo sussumibile negli obblighi la cui violazione integra una grave inadempienza ex art. 709 *ter* c.p.c., è destinato a rimanere libero nel suo esercizio, quale esito di autonome scelte che rispondono anche all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata (nella specie la S.C. ha cassato il provvedimento del giudice di merito, che aveva condannato il genitore non collocatario al pagamento di una somma in favore dell'altro genitore, per ogni inadempimento all'obbligo di visitare il figlio minore). (**Sez. 1, n. 06471/2020, Scalia, Rv. 657421-01**).

12.1. L'affido condiviso e la regolamentazione dei rapporti con il genitore non convivente, profili processuali.

Sul piano processuale, da menzionare è anzitutto **Sez. 1, n. 16410/2020, Terrusi, Rv. 658563-01**, relativa alla posizione del minore nei procedimenti giudiziari che lo riguardano ed al tema dell'audizione: la sentenza afferma che la persona minore di età, pur non potendo essere considerata parte formale del giudizio, perché la legittimazione processuale non gli è attribuita da alcuna disposizione di legge, è tuttavia parte sostanziale, in quanto portatrice di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai genitori. La tutela del minore, in questi giudizi, si realizza attraverso la previsione della sua audizione, e costituisce pertanto violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione. Il principio è stato affermato dalla S.C. in un giudizio nel quale i nonni del minore, che domandavano di essere ammessi ad incontrarlo, avevano contestato la nullità della sentenza a causa della mancata nomina di un difensore del minore, critica respinta, e della sua mancata audizione, censura che è stata invece accolta, con rinvio al giudice dell'appello. Tale pronuncia fa seguito a Sez. 1, n.12018/2019, Tricomi, Rv. 653695-02, che aveva già affermato che l'audizione dei minori, prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano ed, in particolare, in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. n. 77 del 2003, nonché dell'art. 315 *bis* c.c. (introdotto dalla l. n. 219 del 2012) e degli artt. 336 *bis* e 337 octies c.c. (inseriti dal d.lgs. n. 154 del 2013, che ha altresì abrogato l'art. 155

sexies c.c.). Numerose sono le pronunce che negli ultimi anni hanno approfondito le caratteristiche di tale istituto, i limiti di operatività e le conseguenze della mancata applicazione. In questa sede è sufficiente richiamare Sez. 1, n. 06129/2015, Acierno, Rv. 634881-01, in tutto conforme alla pronuncia appena indicata, e, tra le ultime, Sez. 1, n. 12957/2018, Bisogni, Rv. 649153-01.

Riguarda, invece, il tema della interpretazione e delle conseguenze derivanti dal nuovo testo dell'art. 38 delle disp. di att. del c.c., quanto alla ripartizione di competenze tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni per i provvedimenti ex art. 333, c.c., in caso di pendenza di giudizio di separazione o di divorzio, **Sez. 6-1, n. 02073/2020, Bisogni, Rv. 656821-01**, che afferma la possibilità, in pendenza di un giudizio di separazione, di proporre regolamento di competenza d'ufficio, anche in presenza di un conflitto solo virtuale, al fine di stabilire se competente all'adozione dei provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale sia il tribunale ordinario o il tribunale per i minorenni, in applicazione analogica dell'art. 45 c.p.c., trattandosi di materia nella quale il giudice dispone di poteri officiosi d'iniziativa, ai fini tanto dell'instaurazione e della prosecuzione del procedimento quanto della pronuncia di merito.

È relativa, invece, al tema della competenza per territorio, in relazione ai procedimenti di modifica delle condizioni di divorzio o di separazione che abbiano ad oggetto l'affidamento ed il mantenimento dei minori, **Sez. 6-1, n. 15421/2020, Acierno, Rv. 658370-01**, che afferma che la competenza per tali procedimenti deve essere radicata nel luogo di residenza abituale dei minori, nel rispetto delle regole dettate dal diritto internazionale convenzionale e ribadite nel nostro ordinamento positivo dall'art. 709 ter c.p.c., suscettibile di interpretazione estensiva, essendo il nuovo regime derivante dalla riforma della filiazione introdotta dalla l. n. 219 del 2012 e dal d.lgs. n. 154 del 2013, teso ad assicurare l'uniformità di regolazione giuridica della responsabilità genitoriale in sede separativa, divorzile ed in relazione ai figli nati fuori dal matrimonio.

In tema di ricorso per cassazione, **Sez. 1, n. 27235/2020, Iofrida, Rv. 659748-01**, citata al par. 6.1., conformemente a quanto già affermato da Sez. 1, n. 10719/2013, Rv. 626444-01, afferma che quando, nelle more del giudizio di legittimità avente ad oggetto l'affidamento di figlio minore ad uno degli ex coniugi a seguito di cessazione degli effetti civili del matrimonio, sopravvenga la maggiore età del figlio, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente all'impugnazione.

La presenza nel provvedimento giurisdizionale di un errore che con l'uso dell'ordinaria diligenza, per la sua intrinseca grossolanità, è immediatamente riconoscibile come mero errore materiale, non determina alcuna conseguenza in termini di nullità della motivazione (nella specie la S.C. ha dichiarato inammissibile il

ricorso contro il decreto della Corte d'appello che in un procedimento ex art. 337 c.c., nel disporre la conferma dell'affidamento del figlio minore al comune, dopo avere esaminato la domanda di affido esclusivo della madre, affermava in motivazione che "non sussistevano ragioni per escludere l'affido condiviso"). (**Sez. 1, n. 19325/2020, Pazzi, Rv. 658821-01**).

13. Il mantenimento dei figli.

In tema di mantenimento della prole, devono intendersi spese "straordinarie" quelle che, per la loro rilevanza, imprevedibilità e imponderabilità, esulano dall'ordinario regime di vita dei figli, cosicché la loro inclusione in via forfettaria nell'ammontare dell'assegno, posto a carico di uno dei genitori, può rivelarsi in contrasto con il principio di proporzionalità sancito dall'art. 155 c.c. e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, nonché recare nocumento alla prole che potrebbe essere privata, non consentendolo le possibilità economiche del solo genitore beneficiario dell'assegno "cumulativo", di cure necessarie o di altri indispensabili apporti. (**Sez. 6-1, n. 01562/2020, Bisogni, Rv. 656805-01**).

L'obbligo di mantenimento del minore da parte del genitore non collocatario deve far fronte ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione, secondo uno standard di soddisfacimento correlato a quello economico e sociale della famiglia di modo che si possa valutare il tenore di vita corrispondente a quello goduto in precedenza. (**Sez. 1, n. 16739/2020, Caradonna, Rv. 658968-01**).

Ai fini del riconoscimento dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, ovvero del diritto all'assegnazione della casa coniugale, il giudice di merito è tenuto a valutare, con prudente apprezzamento, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari, le circostanze che giustificano il permanere del suddetto obbligo o l'assegnazione dell'immobile, fermo restando che tale obbligo non può essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e (purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori) aspirazioni. (**Sez. 1, n. 17183/2020, Nazzicone, Rv. 658568-01**).

Il credito vantato da un genitore per il contributo, da parte dell'altro (nella specie, ex convivente *more uxorio*), al mantenimento del figlio minore regolarmente riconosciuto è da ritenersi insorto non oltre il momento della proposizione della

relativa domanda; ne consegue che, ai fini dell'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto un'alienazione immobiliare posta in essere dopo la proposizione di una tale domanda, quel credito va qualificato come insorto anteriormente all'alienazione ed è allora sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo della revocatoria, esperita contro il genitore inadempiente alienante, che il terzo acquirente sia stato consapevole del pregiudizio delle ragioni creditorie, non occorrendo invece la prova della *participatio fraudis* e cioè della conoscenza, da parte di quest'ultimo, della dolosa preordinazione dell'alienazione ad opera del disponente rispetto al credito. (**Sez. 3, n. 25857/2020, De Stefano, Rv. 659586-01**)

13.1. Il mantenimento dei figli, *profili processuali*.

I provvedimenti in tema di mantenimento dei figli minori di genitori divorziati passano in giudicato, ma essendo sempre rivedibili, divengono definitivi solo *rebus sic stantibus*, sicché il giudice in sede di revisione non può procedere ad una diversa ponderazione delle pregresse condizioni economiche delle parti, né può prendere in esame fatti anteriori alla definitività del titolo stesso o che comunque avrebbero potuto essere fatti valere con gli strumenti concessi per impedirne la definitività (nella specie la S.C. ha confermato il rigetto della domanda proposta dal coniuge onerato del pagamento di un assegno di mantenimento per la prole, il quale aveva introdotto un nuovo procedimento di revisione dell'assegno, invocando fatti modificativi delle condizioni economiche delle parti, intervenuti prima della conclusione di altro procedimento di modifica nel quale essi avrebbero potuto essere fatti valere). (**Sez. 1, n. 00283/2020, Sambito, Rv. 656764-01**).

In caso di modifica giudiziale delle condizioni economiche del regime post-coniugale, intervenuta in ragione della raggiunta indipendenza economica dei figli, il genitore obbligato può esercitare l'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c. anche con riferimento alle somme corrisposte in epoca antecedente alla domanda di revisione, allorché la causa giustificativa del pagamento sia già venuta meno, atteso che la detta azione ha portata generale e si applica a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa. (Nella specie, le due figlie erano divenute economicamente autosufficienti a seguito del conseguimento della laurea, come previsto dagli accordi economici in sede di divorzio congiunto dei genitori, e pacificamente con i rispettivi matrimoni contratti nel 1994 e 1998, sicché la S.C. ha cassato la sentenza della Corte d'appello che aveva negato la ripetizione delle somme corrisposte per il mantenimento delle figlie prima della modifica delle condizioni a decorrere dal 2006). (**Sez. 1, n. 03659/2020, Lamorgese, Rv. 657054-01**).

A seguito della pronuncia di divorzio, il genitore collocatario creditore per il rimborso *pro quota* delle spese straordinarie sostenute per i figli, a fronte dell'inadempimento del genitore obbligato, dispone di una pluralità di forme di tutela, potendo anche richiedere un accertamento giudiziale a cognizione piena sugli specifici esborsi sostenuti, teso alla formazione di un nuovo titolo esecutivo in suo favore. (**Sez. 6-1, n. 04513/2020, Acierno, Rv. 659889-01**).

In tema di revisione delle condizioni economiche del divorzio riguardanti l'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni ma non autosufficienti, la sopravvenuta adozione dei medesimi da parte del nuovo marito della madre, ove ne derivi il loro stabile inserimento nel contesto familiare creatosi, deve essere valutata dal giudice ai fini della modificazione dell'entità di tale mantenimento, ove risulti che l'adottante, benché privo del corrispondente obbligo giuridico, provveda comunque continuativamente e non solo occasionalmente alle esigenze e necessità quotidiane degli adottati. (**Sez. 1, n. 07555/2020, Campese, Rv. 657484-01**).

In tema di filiazione, la decisione del tribunale per i minorenni relativa all'obbligo di contribuire al mantenimento del figlio naturale posto a carico del genitore non affidatario o collocatario decorre naturalmente dalla data della proposizione della domanda giudiziale oppure, se successiva, dall'effettiva cessazione della coabitazione, senza la necessità di un'apposita statuizione sul punto. Inoltre, la pronuncia adottata dalla corte d'appello in sede di reclamo, sostituendosi a quella del tribunale per i minorenni, produce effetti con la medesima decorrenza. (**Sez. 3, n. 08816/2020, D'Arrigo, Rv. 657864-01**).

Il terzo pignorato non è parte necessaria nel giudizio di opposizione all'esecuzione o in quello di opposizione agli atti esecutivi, qualora non sia interessato alle vicende processuali, relative alla legittimità e alla validità del pignoramento, dalle quali dipende la liberazione dal relativo vincolo, potendo assumere, invece, tale qualità solo quando abbia un interesse all'accertamento dell'estinzione del suo debito per non essere costretto a pagare di nuovo al creditore del suo debitore. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio una sentenza per omessa integrazione del litisconsorzio necessario con il terzo INPS, nell'ambito di un giudizio di opposizione ex art. 617 c.p.c. ad ordinanza di assegnazione per crediti di mantenimento di figlia minorenne, sussistendo un interesse del medesimo terzo all'accertamento della misura dell'assegnazione e, quindi, della modifica coattiva della titolarità attiva del rapporto obbligatorio). (**Sez. 3, n. 10813/2020, Porreca, Rv. 657920-01**).

Il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare

un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di una opportunità lavorativa consona alle proprie ambizioni. (**Sez. 1, n. 17183/2020, Nazzicone, Rv. 658568-02**).

In tema di mantenimento dei figli, la legittimazione del genitore convivente con il figlio maggiorenne, essendo fondata sulla continuità dei doveri gravanti su uno dei genitori nella persistenza della situazione di convivenza, concorre con la diversa legittimazione del figlio, che trova invece fondamento nella titolarità del diritto al mantenimento, sicché i problemi determinati dalla coesistenza di entrambe le legittimazioni si risolvono sulla base dei principi dettati in tema di solidarietà attiva. Ne deriva che, nel caso in cui ad agire per ottenere dall'altro coniuge il contributo al mantenimento sia il genitore con il quale il figlio medesimo continua a vivere, non si pone una questione di integrazione del contraddittorio nei confronti del figlio diventato maggiorenne, rivelando il mancato esercizio, da parte di quest'ultimo, del diritto di agire autonomamente nei confronti del genitore con cui non vive, l'inesistenza di qualsiasi conflitto con la posizione assunta dal genitore con il quale continua a vivere. (**Sez. 6-1, n. 17380/2020, Acierno, Rv. 658717-01**).

Nel giudizio di divorzio, al fine di quantificare l'ammontare del contributo dovuto dal genitore per il mantenimento dei figli economicamente non autosufficienti, deve osservarsi il principio di proporzionalità, che richiede una valutazione comparata dei redditi di entrambi i genitori, oltre alla considerazione delle esigenze attuali del figlio e del tenore di vita da lui goduto. (**Sez. 6-1, n. 19299/2020, Falabella, Rv. 658723-01**).

In materia di separazione dei coniugi, la legittimazione *iure proprio* del genitore a richiedere l'aumento dell'assegno di mantenimento del figlio maggiorenne non ancora autosufficiente economicamente, che non abbia formulato autonoma richiesta giudiziale, sussiste quand'anche costui si allontani per motivi di studio dalla casa genitoriale, qualora detto luogo rimanga in concreto un punto di riferimento stabile al quale fare sistematico ritorno e sempre che il genitore anzidetto sia quello che, pur in assenza di coabitazione abituale o prevalente, provveda materialmente alle esigenze del figlio, anticipando ogni esborso necessario per il suo sostentamento presso la sede di studio. (**Sez. 1, n. 29977/2020, Parise, Rv. 660113-01**).

14. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia.

In caso di separazione personale, sia essa giudiziale o consensuale, il coniuge assegnatario della casa familiare succede *ex lege* e alle stesse condizioni nel rapporto di godimento dell'alloggio adibito a residenza della famiglia, già assegnato al socio di

cooperativa edilizia di categoria con finalità mutualistica. (**Sez. 3, n. 12114/2020, Rubino, Rv. 658169-01**).

Il diritto di abitare la casa familiare, che la legge riserva al coniuge superstite (art. 540, secondo comma, c.c.), può avere ad oggetto soltanto l'immobile concretamente utilizzato prima della morte del *de cuius* come residenza familiare. Il suddetto diritto, pertanto, non può mai estendersi ad un ulteriore e diverso appartamento, autonomo rispetto alla sede della vita domestica, ancorché ricompreso nello stesso fabbricato, ma non utilizzato per le esigenze abitative della comunità familiare. (**Sez. 6-2, n. 12042/2020, Tedesco, Rv. 658454-01**).

14.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, *profili processuali*.

Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, l'assegnazione di una porzione della casa familiare al genitore non collocatario dei figli può disporsi solo nel caso in cui l'unità abitativa sia del tutto autonoma e distinta da quella destinata ad abitazione della famiglia o sia comunque agevolmente divisibile. (**Sez. 6-1, n. 22266/2020, Acierno, Rv. 659413-01**).

15. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale: aspetti processuali.

Nel corso del 2020 due sole pronunce, di carattere processuale, hanno riguardato i provvedimenti *de potestate*, includendo tra queste anche **Sez. 6-1, n. 02073/2020**, cit., al par. 12.1.

Sez. 6-1, n. 01668/2020, Mercolino, Rv. 656983-01, facendo seguito a S.U. n. 32359/2018, Sambito, Rv. 651820-02, ribadisce in tema di provvedimenti *de potestate* ex artt. 330, 333 e 336 c.c., che il decreto pronunciato dalla Corte d'appello sul reclamo avverso quello del Tribunale per i minorenni è impugnabile con il ricorso per cassazione, avendo, al pari del decreto reclamato, carattere decisorio e definitivo, in quanto incidente su diritti di natura personalissima e di primario rango costituzionale, ed essendo modificabile e revocabile soltanto per la sopravvenienza di nuove circostanze di fatto e quindi idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*, anche quando non sia stato emesso a conclusione del procedimento per essere stato, anzi, espressamente pronunciato "in via non definitiva", trattandosi di provvedimento che riveste comunque carattere decisorio, quando non sia stato adottato a titolo provvisorio ed urgente, idoneo ad incidere in modo tendenzialmente stabile sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Il principio è stato affermato in un giudizio in cui il Tribunale per i minorenni aveva sospeso il padre dall'esercizio della responsabilità genitoriale e demandato al servizio

sociale di individuare i tempi e le modalità di frequentazione tra il padre ed il figlio, nonché di procedere, insieme ad un centro specializzato, alla valutazione del minore e del contesto familiare.

16. La sottrazione internazionale di minori.

Sez. 1, n. 04792/2020, Iofrida, Rv. 656880-01, afferma che nel procedimento per la sottrazione internazionale di minori, in mancanza di una norma che ne preveda l'intervento quale parte, va esclusa la necessità di integrare il contraddittorio anche nei loro confronti, previa nomina di un curatore speciale, tenuto altresì conto del fatto che la mancata partecipazione dei minori al procedimento è giustificata dalla sua incompatibilità con i caratteri d'urgenza e provvisorietà che connotano il relativo provvedimento. La stessa pronuncia (**Rv. 656880-02**), facendo seguito alla costante giurisprudenza, espressa da Sez. 1, n. 03319/2017, Lamorgese, Rv. 643870-01 e da Sez. 1, n. 15254/2019, Scalia, Rv. 654271-01, ribadisce che nel procedimento per la sottrazione internazionale di minore, il suo ascolto, ai sensi dell'art. 315 *bis* c.p.c. e degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, è adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rientro, poiché detto ascolto è finalizzato, ex art. 13, comma 2, della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, anche alla valutazione dell'eventuale sua opposizione al ritorno in Italia; siffatto adempimento, tuttavia, può essere espletato anche da soggetti diversi dal giudice, secondo le modalità dallo stesso stabilite tenuto conto del carattere urgente e meramente ripristinatorio di tale procedura. In tal senso anche **Sez. 1, n. 29585/2020, Terrusi, Rv. 660111-01**.

17. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi.

Non molto numerose le pronunce del 2020 di questa Corte che, in tema di adozione, si inseriscono sulla scia della giurisprudenza precedente, sia per quanto riguarda quelle che affrontano temi processuali, sia per quanto riguarda quelle che riguardano temi di natura sostanziale.

17.1. Lo stato di abbandono.

Di particolare importanza è il principio affermato da **Sez. 1, n. 03643/2020, Acierno, Rv. 657069-01**, che, per la prima volta, offre una sponda giurisprudenziale di legittimità alla c.d. "adozione mite" che, nelle prassi dei tribunali per i minorenni, viene praticata in quei casi, definiti di "semi-abbandono", in cui pur presentando il rapporto del minore con le figure parentali aspetti problematici, non è tuttavia opportuno reciderlo del tutto. Infatti, la S.C. non solo ribadisce il principio della

residualità del ricorso all'istituto dell'adozione (già espresso da Sez. 1, n. 13435/2016, Nazzicone, Rv. 640326-01) - in virtù del quale il giudice, prima di giungere alla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, perché l'adozione legittimante costituisce una *extrema ratio* cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse - ma sottolinea pure che il giudizio di opportunità in ordine alla dichiarazione di adottabilità deve essere formulato anche alla luce dell'esistenza dei diversi modelli di adozione che coesistono nel nostro ordinamento. La l. n. 184 del 1983, infatti, contempla sia istituti fondati sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia istituti che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, come nel caso delle forme di adozione disciplinate dagli artt. 44 e ss. e, in particolare, dall'art. 44, lett. d). Si legge nella motivazione che tali istituti "rappresentano nel nostro ordinamento quelle forme di adozione compatibili con il rispetto del diritto alla vita privata e familiare imposti dagli obblighi nazionali ed internazionali in materia."

Sez. 1, n. 00274/2020, Scalia, Rv. 656683/01, riguarda, invece, i requisiti che deve avere la figura parentale sostitutiva di quella genitoriale, che intende prendersi cura del minore, per poterne escludere lo stato di abbandono. Tale figura, afferma la S.C., deve essere una figura di riferimento per il minore in grado di rispondere non solo alle sue esigenze materiali ed economiche, ma anche a quelle affettive, assicurandogli un supporto emotivo e relazionale in ragione di preesistenti legami affettivi, senza che, in mancanza di tali elementi, possa avere rilevanza la presenza accanto a tale figura di persona non legata al minore da alcun vincolo parentale che dichiari la propria disponibilità a prendersi cura del minore insieme alla figura vicaria. La pronuncia è conforme a quanto in precedenza affermato da Sez. 1, n. 09021/2018, Acierno, Rv. 648885-01.

17.2. Adozione in casi particolari: profili processuali.

Riguarda i criteri di collegamento per individuare la giurisdizione **S. U., n. 08847/2020, Scarano, Rv. 657658-01**, che afferma che sulla domanda di adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983 di un minore di origine russa stabilmente residente in Italia, il giudice munito di giurisdizione si individua in base alla residenza abituale del minore, come stabilito dalla Convenzione dell'Aja del 5/10/1961 (ratificata e resa esecutiva con l. n. 1253 del 1966), e non già in base al criterio dello Stato di origine del minore previsto dall'Accordo bilaterale tra Italia e Russia del 6/11/2008, criterio applicabile alle sole adozioni di tipo legittimante, caratterizzate dalla previa dichiarazione dello stato di adottabilità e dalla

costituzione di un vincolo di filiazione giuridica sostitutiva di quello di sangue, con definivo ed esclusivo inserimento del minore nella nuova famiglia.

17.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione.

Riguarda il tema della competenza in materia di riconoscimento in Italia di una sentenza di adozione di minore straniero **Sez. 6-1, n. 26882/2020, Lamorgese, Rv. 659893-01**, che, in un caso in cui la sentenza era stata pronunciata in favore di adottanti stranieri (nella specie cittadini brasiliani), benché uno dei due avesse acquisito dopo la pronuncia anche la cittadinanza e la residenza italiana, afferma la competenza della Corte d'Appello e non già del tribunale per i minorenni, non trovando applicazione la disciplina relativa all'adozione internazionale, bensì quella del diritto internazionale privato di cui all'art. 41, comma 1, della l. n. 218 del 1995.

18. Le persone prive in tutto o in parte di autonomia: misure di protezione e altre questioni.

L'amministrazione di sostegno prevista dall'art. 3 della l. n. 6 del 2004 ha la finalità di offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire, distinguendosi, con tale specifica funzione, dagli altri istituti a tutela degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, non soppressi, ma solo modificati dalla stessa legge attraverso la novellazione degli artt. 414 e 427 del c.c. Rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Appartiene all'apprezzamento del giudice di merito la valutazione della conformità di tale misura alle suindicate esigenze, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie. (**Sez. 2, n. 06079/2020, Oliva, Rv. 657124-01**). Nella stessa decisione la Corte di legittimità ha specificato che l'amministrazione di sostegno si configura come cd. sostitutiva o mista, laddove presenta caratteristiche affini alla tutela, poiché l'amministrato, pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici, non è comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento, appunto sostitutivo ovvero di ausilio attivo, dell'amministratore; viene, invece, definita amministrazione puramente di assistenza quando si avvicina alla curatela, in

relazione alla quale l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere per testamento e donazione. Ne discende che, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza, il beneficiato è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti, amministratore e beneficiato, sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza. (**Sez. 2, n. 06079/2020, Oliva, Rv. 657124-02**).

Ai fini dell'annullamento degli atti unilaterali per incapacità naturale, l'accertamento dell'idoneità a recare grave pregiudizio al suo autore va effettuato con particolare rigore, avuto riguardo alla situazione di incapacità del soggetto, e sulla base di una valutazione *ex ante*, nella quale occorre tenere conto di tutte le caratteristiche strutturali del negozio, idonee a disvelarne la potenzialità lesiva (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, con riferimento a una procura ad operare sul conto corrente senza obbligo di rendiconto, rilasciata da un soggetto incapace di intendere e di volere in favore del figlio, aveva escluso la sussistenza del grave pregiudizio, sul presupposto che l'atto, al momento del suo compimento, non fosse astrattamente idoneo a danneggiare il suo autore, ed anzi apparisse giustificato dall'incapacità di quest'ultimo di eseguire personalmente le operazioni bancarie). (**Sez. 3, n. 11272/2020, Rubino, Rv. 658153-01**).

L'accertamento, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., del contributo causale della vittima all'evento dannoso, ai fini della riduzione proporzionale dell'obbligo risarcitorio, prescinde dall'età e dallo stato di incapacità naturale della stessa, non rilevando la condotta del soggetto che ne aveva la sorveglianza, sotto il profilo di una eventuale *culpa in vigilando* e/o *in educando*. Infatti, tale accertamento è di tipo oggettivo e va condotto alla stregua dello standard ordinario della diligenza dell'uomo medio, verificando se vi sia un contrasto con una regola stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza e senza che occorra un comportamento colposo soggettivamente imputabile della detta vittima (nella specie, la S.C. ha pure chiarito che la posizione del sorvegliante e degli ulteriori danneggiati diversi dalla cd. vittima primaria può assumere valore ex art. 1227, comma 2, c.c., esclusivamente ove agiscano *iure proprio*). (**Sez. 3, n. 03557/2020, Tatangelo, Rv. 656897-01**).

L'amministrazione di sostegno, ancorché non esiga che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità di intendere o di volere, nondimeno presuppone una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi; sono, pertanto, esclusi il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica, e il suo impiego in funzione di mere, asserite esigenze di gestione patrimoniale, in quanto detti utilizzi implicherebbero un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona. (Nella specie, la S.C. ha cassato la

decisione di merito che aveva ritenuto sottoponibile all'istituto ex art. 404 e ss. c.c. un'anziana signora sul presupposto di una scarsa cognizione delle proprie possidenze patrimoniali, non paventata come conseguenza di una patologia psico-cognitiva, ma quale semplice effetto dell'organizzazione di vita già da tempo assunta e imperniata su una fiduciaria delega gestionale delle risorse alla figlia). (**Sez. 1, n. 29981/2020, Terrusi, Rv. 660197 - 01**).

18.1. La protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, *profili processuali*.

Nei procedimenti di interdizione o inabilitazione, i parenti e gli affini dell'interdicendo o dell'inabilitando - i quali, a norma dell'art. 712 c.p.c., devono essere indicati nel ricorso introduttivo - non hanno qualità di parti in senso tecnico-giuridico, né sono litisconsorti, ma svolgono funzioni "consultive", essendo fonti di informazione per il giudice, sicché la loro partecipazione al giudizio va inquadrata nell'ambito dell'intervento volontario a carattere necessariamente adesivo (delle ragioni dell'istante o del soggetto della cui capacità si discute); ne consegue che costoro, non essendo assimilabili al convenuto in giudizio, non sono legittimati ad eccepire il difetto di giurisdizione, e ciò sia in riferimento all'art. 11 della l. n. 218 del 1995 che in riferimento alle disposizioni generali di cui all'art. 268 c.p.c. (**Sez. 1, n. 04250/2020, Sambito, Rv. 657194-01**). Nella stessa pronuncia, la Corte di legittimità ha chiarito che nel giudizio di interdizione, regolato - per quanto non derogato da norme speciali - dai principi propri del processo ordinario di cognizione, l'interdicendo, convenuto in lite, può eccepire il difetto di giurisdizione ex art. 11 della l. n. 218 del 1995 soltanto ove non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana (nella specie, la S.C. ha ritenuto inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta da un interdicendo dopo che, nella comparsa di costituzione, si era difeso nel merito senza sollevare la questione). (**Sez. 1, n. 04250/2020, Sambito, Rv. 657194-02**).

I beneficiari di una amministrazione di sostegno sono dotati di un'autonoma legittimazione processuale non solo ai fini dell'apertura della relativa procedura ma anche per impugnare i provvedimenti adottati dal giudice tutelare nel corso della stessa, essendo invece necessaria l'assistenza dell'amministratore di sostegno e la previa autorizzazione del giudice tutelare, a norma del combinato disposto degli artt. 374, n. 5, e 411 c.c., per l'instaurazione dei giudizi nei confronti di terzi estranei a tale procedura (**Sez. 1, n. 05380/2020, Fidanzia, Rv. 656883-01**).

In tema di amministrazione di sostegno, l'istanza di regolamento di competenza può essere sottoscritta anche dalla parte personalmente, atteso che il relativo procedimento, a differenza di quelli d'interdizione o inabilitazione, non richiede il

ministero di un difensore, almeno nelle ipotesi, corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento abbia ad oggetto esclusivamente l'individuazione di singoli atti, o categorie di essi, in relazione ai quali è richiesto l'intervento dell'amministratore e non incida sui diritti fondamentali della persona attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato (**Sez. 6-1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558-01**). Nella stessa decisione, il Giudice di legittimità ha pure chiarito che nel caso in cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno si trovi in stato di detenzione in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, la competenza territoriale va riconosciuta al giudice del luogo in cui il detenuto aveva la sua dimora abituale prima dell'inizio dello stato detentivo, non potendo trovare applicazione il criterio legale che individua la residenza (con la quale coincide, salva prova contraria, la dimora abituale) nel luogo in cui è posta la sede principale degl'interessi e degli affari della persona, dal momento che tale criterio, implicando il carattere volontario dello stabilimento, postula un elemento soggettivo la cui sussistenza resta esclusa per definizione nel caso in cui l'interessato, essendo sottoposto a pena detentiva, non possa fissare liberamente la propria dimora (fattispecie relativa al reclamo proposto dal detenuto contro il provvedimento di cessazione dell'amministrazione di sostegno; la S.C. ha regolato la competenza in base alla residenza anteriore all'inizio della detenzione, non risultando il mutamento della sede principale degli affari e interessi per effetto della detenzione e, in particolare, per il trasferimento del ricorrente, intervenuto nel frattempo, ad altra casa di reclusione). (**Sez. 6-1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558-02**). Ancora mediante questa pronuncia, la Cassazione ha statuito che in tema di reclamo contro il provvedimento di chiusura dell'amministrazione di sostegno, ai fini dell'instaurazione del rapporto processuale deve considerarsi irrilevante la mancata notificazione del ricorso al P.M. presso il giudice *a quo*, avendo l'impugnazione ad oggetto un provvedimento emesso all'esito di un procedimento unilaterale in cui l'unica parte necessaria è il beneficiario dell'amministrazione, con la conseguenza che la mancata partecipazione del P.M. non comporta la pretermissione di un litisconsorte necessario, costituendo tale notificazione un requisito di ammissibilità dell'impugnazione esclusivamente per i giudizi contenziosi, o comunque per i procedimenti con pluralità di parti, e non è estensibile al procedimento in esame, nel quale non è individuabile un interesse diverso da quello del soggetto istante, dal momento che in tal caso non esiste una controparte cui notificare il ricorso, non potendosi legittimamente qualificare come parte il P.M. (**Sez. 6-1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558-03**).

Il difensore revocato continua, ai sensi dell'art. 85 c.p.c., a svolgere il suo mandato finché non intervenga la sostituzione con un nuovo difensore, sicché è irrilevante la

ridotta o compromessa capacità di intendere e di volere del mandante intervenuta *medio tempore*. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato l'istanza di rimessione in termini per il deposito di memorie ex art. 183 c.p.c., proposta dal nuovo difensore della parte sottoposta ad amministrazione di sostegno, la quale aveva dedotto di essersi trovata, dopo la revoca del precedente difensore e prima della nomina del nuovo, in uno stato di incapacità). (**Sez. 6-1, n. 12249/2020, Di Marzio M., Rv. 658059-01**).

La Corte di legittimità ha quindi ribadito che nel caso in cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno si trovi in stato di detenzione in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, la competenza territoriale va riconosciuta al giudice del luogo in cui il detenuto aveva la sua dimora abituale prima dell'inizio dello stato detentivo, non potendo trovare applicazione il criterio legale che individua la residenza (con la quale coincide, salva prova contraria, la dimora abituale) nel luogo in cui è posta la sede principale degl'interessi e degli affari della persona, dal momento che, tale criterio, implicando il carattere volontario dello stabilimento, postula un elemento soggettivo la cui sussistenza resta esclusa per definizione nel caso in cui l'interessato, essendo sottoposto a pena detentiva, non possa fissare liberamente la propria dimora. (**Sez. 6-1, n. 18943/2020, Parise, Rv. 659245-01**).

L'esercizio dell'azione di annullamento del contratto per incapacità di intendere e volere di uno dei contraenti, che sia successivamente deceduto, sebbene possa compiersi da parte di uno solo dei coeredi, anche in contrasto con gli altri, implica comunque il litisconsorzio necessario di tutti, giacché, come la sentenza di annullamento deve investire l'atto negoziale non limitatamente ad un soggetto, ma nella sua interezza, posto che esso non può essere contemporaneamente valido per un soggetto e invalido per un altro, così anche l'eventuale restituzione non può avvenire *pro quota*. (**Sez. 2, n. 19807/2020, Cosentino, Rv. 659135-01**).

19. Questioni in materia di matrimonio concordatario, *profili processuali*.

La contumacia del convenuto, nel giudizio di riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, non incide sulla natura dell'eccezione relativa alla convivenza triennale come coniugi, che costituisce un limite di ordine pubblico alla delibazione, e rimane compresa, anche in mancanza della costituzione della parte convenuta, tra quelle riservate dall'ordinamento all'esclusiva disponibilità delle parti (nella specie la S.C. ha respinto il ricorso per cassazione proposto dal procuratore generale nel giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, in cui la moglie era rimasta sempre contumace e dagli atti era emersa una convivenza tra i coniugi di durata ultratriennale,

accompagnata dalla nascita di tre figli). (**Sez. 1, n. 07923/2020, Parise, Rv. 657562-01**).

Nel giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, ove la relativa domanda sia proposta da uno solo dei coniugi, non trova applicazione la disciplina dei procedimenti camerali, ma quella del giudizio ordinario di cognizione, ai sensi dell'art. 796 c.p.c., sicché la costituzione del convenuto dinanzi alla corte d'appello deve ritenersi disciplinata dall'art. 167 c.p.c., che impone a tale parte, a pena di decadenza, di proporre nella comparsa di risposta le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nel termine stabilito per la costituzione dall'art. 166 c.p.c. (Nella specie la S.C. ha precisato che non assume rilievo l'intervenuto differimento dell'udienza di comparizione delle parti, disposto ai sensi dell'art. 168-*bis*, comma 4, c.p.c., perché non opera, in tal caso, la disciplina dettata dall'art. 166 c.p.c. per l'ipotesi di cui al comma 5 dell'art. 168-*bis*, che è norma avente carattere eccezionale, pertanto non suscettibile di applicazione analogica). (**Sez. 1, n. 08028/2020, Mercolino, Rv. 657563-01**).

In caso di delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario pronunciata dal tribunale ecclesiastico, la corte d'appello, ove la parte deduca la contrarietà all'ordine pubblico di tale sentenza per la sussistenza del requisito della convivenza pluriennale richiamando prove documentali e chiedendo l'ammissione di prove orali, è tenuta ad istruire la causa, poiché l'accertamento circa la natura e la durata della convivenza è devoluto al giudice del riconoscimento della sentenza emessa dal giudice canonico, trattandosi di circostanze estranee a quel giudizio (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la pronuncia della corte d'appello che aveva rigettato l'eccezione, senza neanche dar conto dei documenti prodotti in atti e senza esaminare le istanze di prove testimoniali). (**Sez. 6-1, n. 17379/2020, Acierno, Rv. 658716-01**).

La sopravvenienza della morte di uno dei coniugi, nel corso del procedimento dinanzi alla Corte di cassazione sull'impugnazione della pronuncia che abbia dichiarato l'esecutività della sentenza del tribunale ecclesiastico di nullità del matrimonio canonico, non determina la cessazione della materia del contendere, salva l'esigenza di avvertire gli eventuali eredi per assicurare il contraddittorio e il diritto di difesa. (**Sez. 6-1, n. 22599/2020, Acierno, Rv. 659538-01**).

20. Questioni in materia di matrimonio celebrato innanzi al ministro di un culto ammesso nello Stato.

In materia di trascrizione agli effetti civili del matrimonio religioso celebrato secondo il rito di culti diversi da quello cattolico, occorre distinguere due ipotesi: la trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato secondo il rito di un culto che abbia

stipulato un'intesa con lo Stato italiano segue la disciplina prevista da questa; l'atto di matrimonio celebrato in Italia davanti ad un ministro di un culto con il quale non sia stata stipulata un'intesa deve invece essere trascritto quando il detto ministro appartenga ad un culto ammesso nello Stato ai sensi della legge n. 1159 del 1929, la sua nomina sia stata approvata con decreto del Ministro dell'Interno e l'ufficiale dello stato civile abbia rilasciato l'autorizzazione scritta alla celebrazione del matrimonio (nella specie, la Corte d'appello ha erroneamente negato la trascrizione del matrimonio celebrato innanzi al ministro di culto della *Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania* in quanto confessione religiosa ammessa nello Stato ai sensi della legge n. 385 del 1949 che, all'epoca del matrimonio, non aveva stipulato un'intesa con l'Italia, senza indagare se il matrimonio dovesse essere trascritto secondo la normativa sui culti ammessi, dettata dalla legge n. 1159 del 1929 e dal r.d. n. 289 del 1930) (**Sez. 1, n. 06511/2020, Scalia, Rv. 657475-01**).

21. Famiglia e tributi.

In tema di accertamento dell'imposta sui redditi (nella specie da lavoro autonomo), le verifiche fiscali finalizzate a provare, per presunzioni, la condotta evasiva possono anche indirizzarsi sui conti bancari intestati al coniuge o al familiare del contribuente, potendo desumersi la riferibilità a quest'ultimo da elementi sintomatici, quali: il rapporto di stretta familiarità, l'ingiustificata capacità reddituale dei prossimi congiunti nel periodo di imposta considerato, l'infedeltà delle dichiarazioni e l'esercizio di attività da parte del contribuente compatibile con la produzione della maggiore redditività riferita a dette persone. (**Sez. 5, n. 00549/2020, Napolitano, Rv. 656550-01**).

In tema di IMU, l'esenzione prevista per la casa principale dall'art. 13, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011 richiede non soltanto che il possessore e il suo nucleo familiare dimorino stabilmente in tale immobile, ma altresì che vi risiedano anagraficamente. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva escluso che l'immobile della ricorrente potesse ritenersi abitazione principale dato che il marito, non legalmente separato, aveva la residenza e la dimora abituale in un altro Comune). (**Sez. 6-5, 04166/2020, Castorina, Rv. 657312-01**).

In tema di riscossione coattiva delle imposte, l'iscrizione ipotecaria è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'art. 170 c.c., sicché è legittima solo se l'obbligazione tributaria sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, ma grava sul debitore che intenda avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti nel fondo l'onere di provare l'estraneità del debito alle esigenze familiari e la consapevolezza del creditore. (**Sez. 5, n. 10166/2020, Guida, Rv. 657724-01**).

In tema di IVA, essendo l'ufficio di amministratore di sostegno precipuamente volto alla cura della persona bisognosa, l'amministrazione del patrimonio del beneficiario non configura, di norma, attività economica indirizzata alla produzione del reddito e, quindi, imponibile, non avendo l'eventuale indennità corrisposta in via equitativa dal giudice funzione corrispettiva di effettivo controvalore del servizio svolto dall'amministratore (preferibilmente scelto entro la cerchia familiare dell'amministrato), a meno che la gestione non risulti in concreto volta a ricavare introiti con carattere di stabilità o, comunque, sia espletata da un professionista a titolo oneroso, assumendo rilievo ai fini della tassabilità l'oggettiva natura economica dell'attività espletata. (**Sez. 5, n. 14846/2020, Perrino, Rv. 658344-01**).

Nel giudizio relativo al debito contributivo dell'impresa coltivatrice diretta, determinato in relazione al lavoro dei familiari del titolare, non è ravvisabile alcun litisconsorzio necessario tra quest'ultimo ed i predetti familiari, atteso che l'obbligo contributivo nei confronti dell'istituto previdenziale grava sul titolare dell'impresa e non sui lavoranti nella stessa. (**Sez. L, n. 19983/2020, Buffa, Rv. 658847-01**).

In tema di ICI ed IMU, ai fini dell'esenzione prevista dall'art. 8 del d.lgs. n. 504 del 1992, come modif. dall'art. 1, comma 173, lett. b, della l. n. 296 del 2006 per l'abitazione principale - come tale intendendosi, salvo prova contraria, quella di residenza anagrafica - è necessario che, in riferimento alla stessa unità immobiliare, tanto il possessore quanto il suo nucleo familiare non solo vi dimorino stabilmente, ma vi risiedano anche anagraficamente, conformemente alla natura di stretta interpretazione delle norme agevolative (in applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva riconosciuto l'esenzione in favore di una coppia di coniugi non separata legalmente ma avente due distinte residenze anagrafiche, rispetto ad una delle quali un coniuge aveva fruito dell'esenzione in altro Comune). (**Sez. 6 - 5, n. 21873/2020, La Torre, Rv. 659354-01**).

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, la competenza territoriale dell'Ufficio accertatore è determinata dall'art. 31 d.P.R. n. 600 del 1973 con riferimento al domicilio fiscale indicato dal contribuente; nel caso in cui questi abbia omesso di presentare la dichiarazione dei redditi e non abbia mai comunicato in modo formale all'Amministrazione il proprio mutamento di domicilio fiscale, resta competente, per il principio dell'affidamento, l'Ufficio in relazione all'ultimo domicilio fiscale noto, con riguardo all'anagrafe tributaria del Comune, a nulla rilevando gli altri elementi fattuali (nella specie la dimora, l'assegnazione della casa coniugale o le richieste del Comune volte a sollecitare indagini patrimoniali e bancarie). (**Sez. 5, n. 23362/2020, D'Orazio, Rv. 659304-01**).

Il patto di famiglia è assoggettato all'imposta sulle donazioni, sia per quanto concerne il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, operato dall'imprenditore in favore del discendente beneficiario, sia relativamente alla

liquidazione della somma corrispondente alla quota di riserva, calcolata sul valore dei beni trasferiti, effettuata dal beneficiario in favore dei legittimari non assegnatari. Il pagamento dell'imposta va però escluso qualora ricorra l'esenzione prevista dall'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. n. 346 del 1990, che si applica solo alle ipotesi di trasferimento d'azienda e delle partecipazioni societarie in favore del discendente beneficiario che si impegni a proseguire l'esercizio dell'attività d'impresa o a detenere il controllo societario per un periodo non inferiore a cinque anni, giammai, quindi, alle liquidazioni operate dal discendente in favore di altri legittimari, sia perché trattasi di previsione di stretta interpretazione, sia in considerazione della "ratio" normativa, volta a favorire la prosecuzione dell'azienda da parte dei discendenti. (**Sez. 5, n. 29506/2020, Reggiani, Rv. 659989-01**).

Nella stessa decisione, la Cassazione ha specificato che in tema di trattamento fiscale del patto di famiglia, alla liquidazione operata dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del legittimario non assegnatario, ai sensi dell'art. 768-*quater* c.c., è applicabile l'art. 58, comma 1, d.lgs. n. 346 del 1990, intendendosi tale liquidazione, ai soli fini impositivi, donazione del disponente in favore del legittimario non assegnatario, con conseguente attribuzione dell'aliquota e della franchigia previste con riferimento al corrispondente rapporto di parentela o di coniugio. (**Sez. 5, n. 29506/2020, Reggiani, Rv. 659989-02**).

CAPITOLO III

I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(DI MARINA CIRESE, CHIARA GIAMMARCO, ALDO NATALINI, DONATELLA SALARI)[1]

SOMMARIO: 1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale. - 1.1. La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018. - 1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011. - 1.3 I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017. - 1.4. I ricorsi avverso i decreti dell'Unità Dublino. - 1.5. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale). - 1.6. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo. - 1.7. La fase introduttiva del giudizio davanti al tribunale e la motivazione del decreto. - 1.8. I termini di impugnazione nelle procedure accelerate. - 1.9. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente. - 1.10. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente. Il principio della domanda ed il dovere di allegazione del richiedente in caso di contemporanea richiesta di riconoscimento di tutte e tre le forme di protezione. - 1.11. Il dovere di cooperazione istruttoria del giudice e le fonti informative. - 1.12. La valutazione di credibilità. - 1.13. I rapporti tra la valutazione di credibilità ed il dovere del giudice di cooperazione istruttoria. - 1.14. La correlazione tra il giudizio di credibilità effettuato in relazione alle situazioni dedotte a sostegno del riconoscimento delle protezioni maggiori ed il riconoscimento dei presupposti per la protezione umanitaria. - 1.15. Gli oneri di allegazione del richiedente, il rapporto tra valutazione di credibilità e dovere officioso di cooperazione istruttoria nell'ipotesi di protezione sussidiaria ex. art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007. - 1.16. La procura alle liti per il ricorso per cassazione. - 1.17. Casi di improcedibilità del ricorso per cassazione. - 1.18. Ricorso straordinario per cassazione: la pronuncia di rigetto dell'istanza di sospensiva dell'esecutività del decreto del tribunale. - 1.19. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato - 2. I presupposti del riconoscimento dello *status* di rifugiato. - 3. I presupposti del riconoscimento della protezione sussidiaria - 4. La protezione umanitaria ed i suoi rapporti con le altre forme di protezione - 4.1. La condizione di vulnerabilità - 4.2. Protezione umanitaria e regime probatorio - 4.3. Protezione umanitaria, qualche accenno sul rito applicabile - 4.4. Il Regolamento Dublino III - 5. L'espulsione amministrativa - 5.1 I casi d'inespellibilità - 5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative - 6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa - 6.1. Il ricongiungimento familiare - 6.2 I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana - 6.3. L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare. - 7. Apolidia e cittadinanza.

1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale.

Nel rinviare a quanto più diffusamente esposto nelle specifiche rassegne sul tema (Rel. n. 108 e n. 119 del 2018, n. 91 e n. 84 del 2019), ci si limiterà qui a ricordare che il 17 agosto 2017 sono entrate in vigore le innovazioni ordinamentali e processuali

[1] Chiara Giammarco ha redatto il paragrafo 1, comprensivo dei sottoparagrafi, nonché i paragrafi 2 e 3; Donatella Salari i paragrafi 4 e 7 compresi i sottoparagrafi; Aldo Natalini il paragrafo 5, comprensivo dei sottoparagrafi, Marina Cirese il paragrafo 6, comprensivo dei sottoparagrafi, ed ha curato anche il coordinamento del capitolo.

previste dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv., con modif., dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, che ha ridisegnato il sistema giurisdizionale relativo alle controversie in materia di protezione internazionale, disponendo, tra l'altro, che tali controversie - per la cui trattazione era previsto in precedenza il rito sommario di cognizione e l'appello avverso la decisioni del tribunale - siano trattate con il rito camerale in unico grado, prevedendo che la fissazione dell'udienza, e, conseguentemente, l'audizione dell'interessato, non siano più obbligatorie, come nel regime previgente, ma siano discrezionalmente disposte dal giudice quando le ritiene necessarie. Successivamente è intervenuto il d.l. n. 113 del 2018 conv. con modifiche dalla l. n. 132 del 2018, che oltre ad avere apportato alcune modifiche processuali, ha anche profondamente innovato il regime della protezione umanitaria. Da ultimo, il legislatore è reintervenuto sulla materia della protezione internazionale con il d.l. 21 ottobre 2020 n. 130, convertito, con modif., dalla l. 18 dicembre 2020 n. 173, in tema di permessi di soggiorno, di procedure, di trattenimento.

Tra le pronunce che ancora si occupano della disciplina transitoria nel passaggio dal vecchio rito a quello introdotto con il d.l. n. 13 del 2017, si segnala **Sez. 3 n. 20488/2020, Dell'Utri, Rv. 659240** che ribadisce che la disciplina transitoria dettata dall'art. 21 del d.l. n. 13 del 2017, conv. dalla l. n. 46 del 2017, àncora espressamente l'applicabilità del nuovo rito, previsto dall'art. 6, comma 1, lett. g), del d.l. citato, alla circostanza che i procedimenti giudiziari in materia siano stati instaurati dopo la data del 17 agosto 2017; ne consegue che, in base al principio *tempus regit actum*, le controversie iniziate successivamente a tale data sono disciplinate dall'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, introdotto dal menzionato art. 6, comma 1, lett. g), secondo cui il decreto del tribunale concernente l'impugnazione dei provvedimenti delle Commissioni territoriali è inappellabile e ricorribile unicamente per cassazione.

1.1. La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018.

La questione della competenza e del rito applicabili alla protezione umanitaria si era posta poiché il d.l. n. 13 del 2017, nell'istituire presso i Tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello le sezioni specializzate in materia di immigrazione, aveva attribuito ad esse la competenza nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria «nei casi di cui all'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008» , vale a dire nei casi in cui la C.T., non accogliendo la domanda di protezione internazionale (*status* di rifugiato o di protezione sussidiaria), trasmette[va] gli atti al Questore per il rilascio del permesso ex art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U.I.), perché ravvisa[va] la sussistenza di gravi motivi

di carattere umanitario. L'articolo, tuttavia, non chiariva quale fosse il rito da osservare per tali controversie. Inoltre, l'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, nel disciplinare lo speciale rito davanti alle sezioni specializzate, lo riserva in modo esplicito solo ai ricorsi di cui all'art. 31, comma 1, ossia ai ricorsi «avverso la decisione della C.T. e la decisione della Commissione nazionale sulla revoca o sulla cessazione dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria», senza menzionare i casi di protezione umanitaria.

Sul punto si era espressa per la prima volta Sez. 1 n. 16458/2019, Parise, Rv. 654637-01, affermando che nei procedimenti instaurati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, qualora sia stata proposta esclusivamente la domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia appartiene alla sezione specializzata del Tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario *ex* art. 281-*bis* e ss. c.p.c. o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione *ex* art. 702-*bis* e ss. c.p.c. e pronuncia sentenza o ordinanza impugnabile in appello, atteso che il rito previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, con le peculiarità che lo connotano (composizione collegiale della sezione specializzata, procedura camerale e non reclamabilità del decreto), ha un ambito di applicazione espressamente limitato alle controversie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 e a quelle relative all'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino. Tale giurisprudenza è confermata nel 2020 da **Sez. 6-1 n. 03668/2020, Sambito, Rv. 6572-01 e Sez. 2 n. 20888/2020, Oliva, Rv. 659210-01** e trova una sua precisazione in **Sez. 1 n. 14681/2020, Meloni, Rv. 658389-01,** che la limita tuttavia, all'ipotesi in cui sia stata presentata solo domanda di protezione umanitaria, escludendo che essa possa trovare applicazione anche nel caso in cui la domanda per la protezione umanitaria sia proposta contestualmente a quella di protezione internazionale e di protezione sussidiaria, prevalendo in tal caso il rito camerale collegiale di cui all'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, in ragione della profonda connessione tra le domande. Conseguentemente, afferma **Sez. 1, n. 02120/2020, Scotti, Rv. 656808-01,** nel caso in cui il ricorrente, per sua scelta, abbia cumulato la domanda di protezione umanitaria con quelle aventi per oggetto lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, assoggettate allo speciale rito camerale di cui all'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, egli non può poi dolersi della mancata pronuncia di inammissibilità della domanda di protezione umanitaria, in applicazione del divieto di venire *contra factum proprium* di cui all'art. 157, comma 3, c.p.c., secondo il quale la nullità non può mai essere opposta dalla parte che vi ha dato causa.

1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011.

Sul tema del procedimento d'appello si registrano poche pronunce, tutte relative a questioni processuali.

In particolare, sul tema dell'applicabilità del termine breve per proporre appello ex art. 702-*quater* c.p.c., **Sez. 6-1, n. 17624/2020, Valitutti, Rv. 658721-01,** a conferma del precedente orientamento espresso già da Sez. 1, n. 32961/2019, Oliva, Rv. 656499 - 01, afferma che essa presuppone la regolarità della notifica dell'ordinanza che decide la controversia in primo grado, mancando la quale è applicabile il termine semestrale di impugnazione ex art. 327 c.p.c. Riguarda, invece il termine per ricorrere in cassazione avverso la sentenza pronunciata in grado di appello, **Sez. 1, n. 14821/2020, Rossetti, Rv. 658259-01** che, ritenendo inapplicabile il termine previsto dall'art. 702 *quater* c.p.c. in quanto esclusivamente riservato all'impugnazione delle ordinanze di primo grado, ritiene applicabile solo il termine di sei mesi ex art. 327, comma 1 c.p.c.

Sez. 1, n. 08768/2020, Solaini, Rv. 657798-01, sempre in tema di ricorso per cassazione, ribadisce la sua improcedibilità, ex art. 369, comma 2 c.p.c., nel caso in cui non sia depositata anche la copia autentica del provvedimento impugnato.

Riguarda un problema di disciplina processuale applicabile **Sez. 1, n. 05387/2020, Parise, Rv. 657003-01** che, nel caso di domanda di protezione internazionale proposta da un minore straniero non accompagnato prima dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 19 *bis* del d.l. n. 13 del 2017 - che ha attribuito alle sezioni specializzate del tribunale in composizione collegiale anche la competenza sulle domande proposte dai minori stranieri non accompagnati - ha dichiarato la nullità del decreto pronunciato dalla sezione specializzata, in virtù del principio *tempus regit actum*, ritenendo che a giudicare avrebbe dovuto essere il tribunale ordinario in composizione monocratica secondo il vecchio rito, giacchè l'erronea trattazione da parte della sezione specializzata avrebbe determinato l'eliminazione del grado di appello.

Sempre in tema di gravami nei procedimenti di protezione internazionale ai quali è applicabile ancora il vecchio rito, **Sez. 6-1, n. 02750/2020, Pazzi, Rv. 656716-01,** afferma che la proposizione del ricorso per cassazione anziché dell'appello, avverso l'ordinanza del tribunale, rende il ricorso medesimo inammissibile, poiché il principio secondo il quale il gravame proposto davanti ad un giudice incompetente impedisce la decadenza dall'impugnazione, consentendo la prosecuzione del giudizio davanti al giudice competente attraverso la *traslatio iudicii,* non è applicabile nel caso in cui sia stato esperito un rimedio diverso da quello previsto dalla legge.

Infine, in tema di audizione del richiedente nel giudizio di appello, **Sez. 1 n. 08931/2020, Scordamaglia**, **Rv. 657904-01** conferma il precedente costante

orientamento, già espresso da Sez. 6-1, n. 14600/2019, Marulli, Rv. 654301-01 (ma già in precedenza da Sez. 6-1, n. 03003/2018, Lamorgese, Rv. 647297-01 e Sez. 6-1 n. 24544/2011, Macioce, Rv. 619702-01), secondo cui nell'omessa audizione del richiedente in ordine ad una domanda di protezione internazionale non è ravvisabile una violazione processuale sanzionabile a pena di nullità, atteso che il rinvio, contenuto nell'art. 35, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, al precedente comma 10, che prevede l'obbligo di sentire le parti, non si configura come un incombente automatico e doveroso, ma come un diritto della parte di richiedere l'interrogatorio personale, cui si collega il potere officioso del giudice d'appello di valutarne la specifica rilevanza.

1.3. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017.

Nel corso del 2020 **Sez. 1, n. 22950/2020, Fidanzia, Rv. 659116-01**, ha affrontato, ritenendola manifestamente infondata, la questione di costituzionalità dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, sollevata in relazione agli artt. 117 Cost., 6 e 13 Cedu, nella parte in cui stabilisce che il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale è definito con decreto non reclamabile. Riportandosi a quanto già affermato da Sez. 1, n. 27700/2018, Di Marzio M., Rv. 651122-01, alla quale ha fatto seguito Sez. 1 n. 28119/2018, Lamorgese, Rv. 651799-01, la S.C. ribadisce che la legislazione eurounitaria, secondo l'interpretazione fornitane dalla Corte di Giustizia, non prevede un obbligo per gli stati membri di istituire l'appello poiché l'esigenza di assicurare l'effettività del ricorso riguarda espressamente i procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

Più di recente, **Sez. 1, n. 21442/2020, Oliva, Rv. 659418-01** ha preso in considerazione la questione di costituzionalità degli artt. 2 comma 1 e 3 del d.p.r. n. 21 del 2015, 4 del d.lgs. n. 25 del 2008 e 3 del d.l. n. 13 del 2017, conv. dalla l. n. 46 del 2017, per il dedotto conflitto con gli artt. 3, 24, 97, 101, 108 e 111 Cost., in quanto tali norme affiderebbero la decisione sull'istanza nella fase amministrativa ad un organo privo del requisito della terzietà. La S.C. ritiene la questione irrilevante in quanto le eventuali nullità relative alla fase svoltasi dinanzi alle Commissioni territoriali non si riverberano in vizio del procedimento o del suo provvedimento conclusivo, posta la successiva fase giurisdizionale, nella quale al richiedente asilo è comunque assicurata una pronuncia sulla spettanza del suo diritto alla protezione invocata, resa da un giudice terzo ed imparziale all'esito di un processo a cognizione piena in cui si realizza anche la garanzia del contraddittorio pieno tra le parti.

1.4. I ricorsi avverso i decreti dell'Unità Dublino.

Sulla natura del procedimento di determinazione dello Stato membro competente a decidere sulla domanda di protezione internazionale, **Sez. 1, n. 21553/2020, Scordamaglia, Rv. 658981-01** afferma che la cd. "procedura Dublino", pur inserendosi nel contesto relativo alla domanda di protezione internazionale, è dotata di una propria autonomia strutturale e funzionale, configurandosi quale procedimento d'ufficio, regolato dal Regolamento UE n. 604 del 2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che, all'art. 4, intitolato "Diritto di informazione", prescrive (in particolare nei commi 2 e 3) che l'informazione essenziale sia fornita per iscritto attraverso uno specifico "opuscolo comune", redatto in conformità al medesimo regolamento, funzionale ad informare l'interessato sulle finalità del regolamento e sulle conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso.

In tema di competenza territoriale a decidere sulle impugnazioni dei provvedimenti emessi dalla "Unità Dublino" o dalle sue articolazioni territoriali, va segnalata **Sez. 6-2, n. 11873/2020, Casadonte, Rv. 658453- 01** che ribadisce il principio - già espresso da Sez. 6-1 n. 31127/2019, Acierno, Rv. 656292-01 (a sua volta discostatasi consapevolmente dalla precedente interpretazione espressa da Sez. 6, n. 18757/2019, Acierno, Rv. 654721-01) - secondo cui la competenza territoriale a decidere su tali impugnazioni si radica, secondo un criterio "di prossimità", nella sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede la struttura di accoglienza o il centro che ospita il ricorrente, anche nell'ipotesi in cui questi sia trattenuto in un centro di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998. L'interpretazione costituzionalmente orientata del comma 3, coordinato con il comma 1, dell'art. 4 del d.l. n. 13 del 2007, conv. in l. n. 46 del 2017, deve tener conto, infatti, della posizione strutturalmente svantaggiata del cittadino straniero in relazione all'esercizio del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., nonché dell'obbligo, imposto dall'art. 13 CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza, di garantire un ricorso effettivo «*ad ogni persona*», e ciò anche in relazione al quadro normativo innovato dal d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018.

Sez. 1, n. 02119/2020, Lombardo, Rv. 656581-01 afferma che, ai sensi dell'art. 19, comma 2, par. 2, del reg. U.E. n. 604 del 2013, allorché lo straniero richiedente la protezione internazionale si sia allontanato dal territorio dell'U.E. per almeno tre mesi, la successiva domanda presentata presso un altro stato membro va considerata come nuova e dà inizio ad un ulteriore procedimento di determinazione dello Stato membro competente. Nella specie la S.C. ha annullato con rinvio il provvedimento impugnato che, in relazione ad una domanda di protezione internazionale proposta originariamente in Germania e successivamente riproposta in Italia, aveva ritenuto

competente il primo Stato, sull'assunto che quest'ultimo non aveva esercitato la facoltà discrezionale di denegare la propria competenza.

Sez. 1, n. 23584/2020, Pazzi, Rv. 659239-01, in un caso in cui era stato impugnato davanti all'Unità Dublino il decreto di trasferimento di un richiedente protezione internazionale in altro Stato - che aveva accettato la domanda proposta dall'Italia di ripresa in carico ex art. 18 reg. Ce n. 604/2013 - afferma che «il giudice ordinario nazionale non può annullare il provvedimento dell'Amministrazione sulla base della violazione di norme procedurali verificatasi nel corso della procedimento (nella specie, il tribunale aveva riscontrato la dedotta violazione degli artt. 4 e 5 del reg. Dublino III, rispettivamente, relativi alla omessa comunicazione di informazioni sulla procedura ed all'omesso colloquio con il richiedente), atteso che la competenza ad individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, spetta, in base all'art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 25 del 2008, all'Unità Dublino e che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFU».

Quanto alla facoltà di fare ricorso alla "clausola discrezionale", prevista dall'art. 17, par. 1, del regolamento UE n. 604 del 2013 (cd. regolamento Dublino III) **Sez. 1, n. 23724/2020, Pazzi, Rv. 659437-01** chiarisce che essa è demandata all'Amministrazione (e segnatamente all'Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno), in ragione delle considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, che ne determinano l'esercizio, e non può essere operato direttamente dal giudice ordinario, fermo restando che la relativa scelta non rimane al di fuori di ogni controllo, sicché il rifiuto di esercitare tale facoltà, risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l'impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l'Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal regolamento menzionato e, più in generale, dall'impianto normativo eurounitario. Nello stesso senso **Sez. L, n. 26603/2020, Cinque, Rv. 659627-01**, che, in un caso in cui era stato impugnato il decreto di trasferimento nello Stato membro che aveva preso in carico lo straniero, precisa che al giudice investito del ricorso compete unicamente il sindacato di legalità riguardo detto atto, ai fini della verifica del rispetto del procedimento e dei criteri di competenza, mentre è preclusa ogni rivalutazione della domanda di protezione già esaminata dallo Stato di prima accoglienza, sia perché ogni domanda di asilo deve essere esaminata da un solo Stato membro, sia

perché l'operatività delle clausole discrezionali di cui all'art. 17 del citato regolamento, che consentono a ciascuno Stato di esaminare comunque una domanda di protezione internazionale, pur non essendo quello di presa in carico del richiedente, ha come destinatari gli Stati e non il giudice.

Deve essere segnalato che **Sez. 1, con ordinanza interlocutoria n. 23911/2020, Campese,** ha rimesso alla pubblica udienza la questione se «In tema di competenza dello Stato nazionale all'esame della domanda di protezione internazionale, il ricorso contro la decisione di trasferimento in un altro Stato dell'Unione di quella proposta dal richiedente asilo, reso dalla cd. Unità Dublino, investa la sola sussistenza delle condizioni e dei presupposti del trasferimento stesso, come desumibili dal Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, o pure le determinazioni dello Stato membro investito dell'istanza circa l'esercizio del suo potere discrezionale ex art. 17.1 del menzionato Regolamento».

1.5. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale).

In tema di composizione del giudice, la Corte ha affrontato la questione relativa all' attività svolta dai giudici onorari presso le sezioni specializzate con **Sez. 1, n. 04887/2020, Campese, Rv. 657037-01,** che, in relazione ad un caso in cui era stato dedotto il vizio di costituzione del giudice, poiché il giudice onorario aveva effettuato l'audizione del richiedente, rimettendo poi la causa per la decisione al collegio della sezione specializzata, esclude la nullità del procedimento poiché «l'art. 10 del d.lgs. n. 116 del 2017, recante la riforma organica della magistratura onoraria, consente ai giudici professionali di delegare, anche nei procedimenti collegiali, compiti e attività ai giudici onorari, compresa l'assunzione di testimoni, mentre l'art. 11 del medesimo d.lgs. esclude l'assegnazione dei fascicoli ai giudici onorari solo per specifiche tipologie di giudizi, tra i quali non rientrano quelli di cui all'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2000».

Sez. 1, n. 07880/2020, Falabella, Rv. 657680-01, in un caso in cui era stata eccepita la violazione dell'art. 276 c.p.c. per essere stata la pronuncia emessa da un collegio che non aveva come tale partecipato all'udienza di comparizione delle parti e di discussione, poiché quest'ultima udienza si era svolta davanti ad un giudice onorario, afferma che non è affetto da nullità il procedimento nel cui ambito un giudice onorario di tribunale abbia svolto attività processuali e abbia poi rimesso la causa per la decisione al collegio della sezione specializzata in materia di immigrazione, in quanto l'estraneità di detto giudice al collegio non assume rilievo a norma dell'art. 276 c.p.c., dato che, con riguardo ai procedimenti camerali, il principio

di immutabilità del giudice non opera con riferimento alle attività svolte in diverse fasi processuali.

Le due pronunce citate danno continuità all'orientamento inaugurato da Sez. 6-1, n. 03356/2019, Iofrida, Rv. 652464-01 che, in un caso in cui lo straniero era stato sentito in udienza da un g.o.t. non appartenente alla sezione immigrazione, che aveva rimesso la causa per la decisione al collegio della sezione specializzata, ha stabilito che il procedimento non è affetto da nullità, richiamando la giurisprudenza formatasi in relazione ad altri tipi di procedimenti, secondo la quale non sono affette da nullità le decisioni assunte da giudici onorari nell'ambito di materie tabellarmente sottratte alla loro potestà decisoria (a riguardo si rinvia alla rassegna precedente).

1.6. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo.

In base all'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 25 del 2008, «tutte le comunicazioni concernenti il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale sono rese al richiedente nella prima lingua da lui indicata o, se ciò non è possibile, in lingua inglese, francese, spagnola o araba, secondo la preferenza indicata dall'interessato. In tutte le fasi del procedimento connesse alla presentazione e all'esame della domanda, al richiedente è garantita, se necessario, l'assistenza di un interprete della sua lingua o di altra lingua a lui comprensibile. Ove necessario, si provvede alla traduzione della documentazione prodotta dal richiedente in ogni fase della procedura». In base al comma 5, inoltre, «in caso di impugnazione della decisione in sede giurisdizionale, allo straniero, durante lo svolgimento del relativo giudizio, sono assicurate le stesse garanzie di cui al presente articolo».

Sez. 1, n. 13769/2020, Fidanzia, Rv. 658093-01 ha dato seguito al conforme precedente orientamento (Sez. 6-1, 11271/2019, Falabella, Rv. 653479-01*,* Sez. 6-1 n. 11295/2019, Scaldaferri, Rv. 653483-01, Sez. 1, n. 13086/2019, Scotti, Rv. 654172-01, Sez. 6-1, n. 18723/2019, Falabella, Rv. 654720-01), dichiarando inammissibili i motivi di ricorso, con i quali si deduceva la mancata traduzione degli atti del procedimento svoltosi avanti alla C.T., affermando che la relativa censura non può limitarsi a lamentare genericamente la violazione del relativo obbligo, ma deve necessariamente indicare in modo specifico quale atto non tradotto abbia determinato un *vulnus* all' "esercizio del diritto di difesa", in considerazione del fatto che lo scopo della norma che prescrive l'obbligo di traduzione è quello di assicurare al richiedente la massima informazione e la più penetrante possibilità di allegazione.

Sez. 2, n. 08367/2020, Manna, Rv. 657595-01 e **Sez. 1, n. 27254/2020, Caiazzo, non massimata,** affermano, invece, conformemente al precedente Sez. 1, n. 16470/2019, Oliva, Rv. 654638-01, che la censura relativa alla nullità degli atti per omessa traduzione può essere fatta valere solo in sede di opposizione all'atto che sia

affetto da tale vizio, inclusa l'opposizione tardiva, qualora il rispetto del termine di legge sia stato reso impossibile proprio dalla nullità. Tuttavia, ciò non può avvenire senza limiti di tempo, essendo invece compito del giudice accertare, in difetto di specifici riscontri probatori, anche avvalendosi di logiche presunzioni, purché adeguatamente motivate, se e da quale momento l'opponente abbia potuto avere un'adeguata conoscenza dell'atto, posto che da tale momento decorre il termine decadenziale per proporre il ricorso *ad opponendum*. Nella specie, il richiedente aveva impugnato il provvedimento negativo adottato dalla commissione territoriale oltre un anno dopo aver ricevuto la comunicazione della decisione non tradotta.

Sez. 1, n. 26576/2020, Caprioli, Rv. 659746-01 afferma che la nullità del provvedimento amministrativo, emesso dalla Commissione territoriale, per omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'interessato o in una delle lingue veicolari, non esonera il giudice adito dall'obbligo di esaminare il merito della domanda, poiché oggetto della controversia non è il provvedimento negativo ma il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata, sulla quale comunque il giudice deve statuire, non rilevando in sé la nullità del provvedimento ma solo le eventuali conseguenze di essa sul pieno dispiegarsi del diritto di difesa.

1.7. La fase introduttiva del giudizio davanti al tribunale e la motivazione del decreto.

Riguarda l'impugnazione del provvedimento della C.T. avanti al tribunale, Sez. 2, n. 21133/2020, Casadonte, Rv. 659313-01, che afferma che il termine di cui all'art. 35 *bis*, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008 è previsto a pena di inammissibilità, spettando, dunque, al cittadino straniero, che impugni il diniego della Commissione territoriale, fornire la prova della tempestività del ricorso. Nella specie, la S.C. ha respinto l'impugnazione contro il decreto con cui il tribunale aveva dichiarato inammissibile il ricorso del richiedente asilo, per avere quest'ultimo omesso di depositare, nel termine assegnato, la relata di notifica del provvedimento della Commissione, così impedendo la verifica della tempestività dell'azione.

Nel caso in cui il tribunale si dichiari incompetente per territorio, **Sez. 1, n. 06262/2020, Ghinoy, Rv. 657419-01,** afferma che l'omessa fissazione del termine per riassumere il procedimento, non implica la nullità della decisione, né priva la pronunzia della propria statuizione sulla competenza, dovendosi applicare il termine ex 50 c.p.c.

Sez. 6-1 n. 20492/2020, Iofrida Rv. 659005-01, conformemente a precedente orientamento (Sez. 1, n. 17318/2019, Vella, Rv. 654643-01 e Sez. 1, n. 18860/2019, Sambito, Rv. 654664-01), afferma che l'oggetto del giudizio avanti al giudice ordinario è l'accertamento del diritto soggettivo del richiedente alla protezione invocata, per

cui il tribunale non può limitarsi all'annullamento del provvedimento di diniego per vizi del provvedimento o del procedimento, ma ha l'obbligo di pronunciarsi nel merito.

Riguarda l'obbligo di motivazione del giudice **Sez. 18648/2020, Manna, Rv. 659106-01** che, in tema di protezione internazionale, afferma che, esclusa l'attendibilità della narrazione del richiedente relativamente alla richiesta di riconoscimento dello "*status*" di rifugiato, il giudice non è tenuto a reiterare il medesimo apprezzamento negativo in relazione alla istanza di protezione sussidiaria (per le ipotesi di cui all'art. 14, lett. a) e b), del d.lgs. n. 251 del 2007), solo perché succedanea alla prima, giacché l'una motivazione di diniego regge l'altra.

1.8. I termini di impugnazione nelle procedure accelerate.

Riguarda le procedure accelerate, **Sez. n. 07520/2020, Meloni, Rv. 657422-01,** che afferma che il termine ridotto di quindici giorni per proporre l'impugnazione avverso il provvedimento di diniego reso dalla commissione territoriale, previsto dall'art. 35 *bis*, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008, si applica soltanto nelle ipotesi in cui il procedimento amministrativo abbia seguito l'iter acceleratorio previsto dall'art. 28 *bis*, comma 2, del d.lgs. cit., vale a dire nel caso di domanda ritenuta manifestamente infondata dal questore, e non già quando si tratti di decisione della commissione territoriale assunta all'esito di una procedura ordinaria. Nello stesso senso **Sez. 1, n. 23021/2020, Balsamo, Rv. 659424-01 e Sez. 1 n. 07880/2020, Falabella, Rv. 657680-01**, che precisano che il termine per impugnare il provvedimento della commissione territoriale è ridotto della metà senza che rilevi l'omessa informativa al richiedente circa la procedura accelerata, atteso che oggetto della controversia non è il provvedimento negativo della commissione, ma il diritto soggettivo alla protezione e la riduzione del termine discende direttamente dalla legge ed è pertanto rilevabile da chi impugna dal tenore del provvedimento.

1.9. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente.

La Corte di legittimità aveva già affrontato il nodo interpretativo relativo alla nuova disciplina dell'udienza introdotta dal d.l. n. 13 del 2017 con l'art. 35 *bis,* commi 10 e 11 del d.lgs. n. 25 del 2008, la cui formulazione non univoca aveva portato i giudici di merito e la dottrina a fornirne interpretazioni contrastanti (il comma 10 dispone che «*è fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente nei casi in cui il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al comma* 8*, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova*»*,* mentre il comma 11 aggiunge

che «*l'udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado*») per il cui approfondimento si rimanda alla relazione di questo Ufficio n. 108 del 2018.

La modifica legislativa, peraltro, va letta unitamente alle nuove norme che regolano la fase amministrativa davanti alle Commissioni Territoriali, nel corso della quale ora l'art. 14 del d.lgs. n. 25 del 2008 prevede che l'audizione del cittadino straniero sia «*videoregistrata con mezzi audiovisivi*» ed il relativo verbale «*trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale*».

Il comma 5 prosegue aggiungendo che, «in sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, la videoregistrazione e il verbale di trascrizione sono resi disponibili all'autorità giudiziaria in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 8 ed è consentito al richiedente l'accesso alla videoregistrazione». Tuttavia, le "specifiche tecniche"- che, in base al comma 8 del novellato art. 14 d.lgs. n. 25 del 2008, avrebbero dovuto essere stabilite «d'intesa tra i Ministeri della giustizia e dell'interno, con decreto direttoriale, da adottarsi entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente articolo, pubblicato sulla gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sui siti internet dei medesimi Ministeri, sentito, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, il Garante per la protezione dei dati personali» - non sono ancora state adottate, con la conseguenza che il colloquio del richiedente è verbalizzato in modo riassuntivo ed è questo verbale che viene messo a disposizione dell'autorità giudiziaria in caso di impugnazione della decisione della C.T.

Va qui ricordato che il tema dell'udienza e dell'audizione del richiedente acquistano un rilievo centrale nel rito della protezione internazionale, per le peculiarità proprie di tale giudizio che, pur inserendosi nell'alveo dei giudizi civili, è tuttavia indiscutibilmente caratterizzato dall'attenuazione del principio dispositivo e dalla previsione di un dovere di cooperazione del giudice, rispetto all'acquisizione della prova, che sono espressioni del principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU, ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e riconosciuto da Sez. 1, n. 11564/2015, Lamorgese, Rv. 635649-01, in motivazione, e Sez. 3, n. 21255/2013, Travaglino, Rv. 628700-01, come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «*ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella… unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*».

Può dirsi consolidato il principio da ultimo affermato da **Sez. 3, n. 08574/2020, Di Florio, Rv. 657779-01** (che è conforme a Sez. 1, n. 03029/2019, Pazzi, Rv.

652410-01, Sez. 6-1, n. 02817/2019, Mercolino, Rv. 652463-01, Sez. 6-1, n. 14148/2019, Pazzi, Rv. 654198-01, Sez. 6-1, n. 17076/2019, Tricomi, Rv. 65445-01. Sez. 1, n. 10786/2019, Valitutti, Rv. 653473) secondo cui il comma 10 dell'art. 35 *bis* prevede ipotesi in cui il giudice può fissare discrezionalmente l'udienza, mentre il comma 11 prevede i casi in cui egli deve (almeno tendenzialmente) fissarla, di talché, ove manchi la videoregistrazione per motivi tecnici, e ne sia stata fatta richiesta, il giudice deve obbligatoriamente fissare l'udienza, configurandosi altrimenti la nullità del decreto pronunciato all'esito del ricorso, per inidoneità del procedimento così adottato, a realizzare lo scopo del pieno dispiegamento del principio del contraddittorio. La Corte aveva tuttavia precisato, richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia UE, 26 luglio 2017, nella causa C-348/16, che dalla necessaria fissazione dell'udienza non deriva la necessaria audizione del richiedente.

Meno netto ed univoco il percorso della giurisprudenza sull'individuazione dei presupposti per procedere all'audizione o per escluderla con certezza. Sez.1, n. 05973/2019, Falabella, Rv. 652815-01 e Sez. 1, n. 33858/2019, Sambito, Rv. 656566-01 nel 2019 avevano affermato che «il tribunale… può esimersi dall'audizione del richiedente solo se a questi sia stata data la facoltà di renderla avanti alla commissione territoriale e il tribunale stesso, cui siano stati resi disponibili il verbale dell'audizione ovvero la videoregistrazione e la trascrizione del colloquio….. debba respingere la domanda, per essere la stessa manifestamente infondata». Principio questo condiviso da **Sez. 2, n. 15318/2020, Giannaccari, Rv. 658285-01** e **Sez. 3, n. 24444/2020, Dell'Utri, Rv. 659755-01,** ma certamente non risolutivo ai fini dell'individuazione dei presupposti per procedere all'audizione. Aveva invece individuato un'ipotesi in cui l'audizione doveva considerarsi obbligatoria, Sez. 1, n. 27073/2019, Federico, Rv. 656871-01, che, facendo riferimento all'art. 46, par. 3 della direttiva 2013/32/UE, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, aveva affermato l'obbligatorietà dell'audizione nel caso in cui il ricorrente l'abbia richiesta ed egli con il ricorso giurisdizionale abbia aggiunto motivi o circostanze di fatto non menzionate davanti alla C.T. e che non sono state oggetto dell'audizione tenutasi avanti ad essa, "trattandosi di strumenti essenziale per verificare anche in relazione a tali nuove allegazioni, la coerenza e la plausibilità del racconto del richiedente".

Fornisce un'indicazione precisa sui casi in cui è necessario procedere all'audizione del richiedente **Sez. 1, n. 21584/2020, Fidanzia, Rv. 658982-01** che afferma che nei casi in cui manchi la videoregistrazione, all'obbligo del giudice di fissare udienza fa seguito anche l'obbligo del giudice di procedere all'audizione del richiedente solo ove: « a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda (sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti); b) il giudice ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente; c) il

richiedente faccia istanza di audizione nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile». È conforme a tale orientamento **Sez. 1, n. 25439/2020, Scotti, Rv. 659659-01**, che esclude l'obbligatorietà dell'audizione in un caso in cui lo straniero non aveva adempiuto all'onere di allegazione, sia pure esistendo contraddizioni ed incongruenze nella versione dei fatti già narrata.

Un profilo nuovo è quello messo in evidenza da **Sez. L., n. 29304/2020, Arienzo, Rv. 660069-01,** secondo la quale il giudice è tenuto a fissare l'udienza di comparizione del ricorrente al fine di procedere alla sua audizione, non solo quando l'audizione nella fase amministrativa del procedimento sia stata omessa, ma anche quando la stessa sia stata inidoneamente condotta, assumendo tale momento un'importanza centrale ai fini della valutazione di credibilità della narrazione posta a base della domanda. Nella specie, la S.C. ha cassato il provvedimento impugnato per avere il giudice di merito rigettato la domanda per scarsa credibilità dei fatti narrati, senza disporre la comparizione delle parti e senza tenere conto dell'inadeguatezza della traduzione dell'audizione amministrativa, effettuata da interprete di nazionalità diversa dal ricorrente.

L'audizione è obbligatoria, anche nel caso in cui il richiedente sia un minore «che abbia compiuto almeno dodici anni, ovvero di età inferiore, ove capace di discernimento», in forza del principio generale espresso dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ritenuto applicabile anche ai procedimenti di protezione internazionale, potendo l'audizione essere omessa solo nel caso in cui, tenuto conto del grado di maturità del richiedente, sussistano particolari ragioni, da indicarsi specificamente, che lo sconsiglino (**Sez. 1, n. 01785/2020, Tricomi, Rv. 656580-01**).

Un caso particolare, è quello affrontato da **Sez. 3, n. 22875/2020, Dell'Utri, Rv. 659243-01** che afferma che l'inammissibilità della domanda di protezione internazionale, fondata sui medesimi presupposti di fatto indicati a sostegno di una precedente istanza, può essere dichiarata, ai sensi dell'art. 29, c. 1 lett. b), del d. lgs. n. 25 del 2008, senza che sia necessaria la rinnovazione dell'audizione del richiedente (audizione non effettuata né dalla C.T., né dal giudice di merito).

Sembra affermare che la violazione dei principi in tema di audizione comporti una nullità relativa e, come tale sanabile, **Sez. 1, n. 1594/2020, Oliva, 658247- 01** che, da un lato, ritiene nullo il decreto di fissazione dell'udienza che esclude, in via preventiva, la necessità di procedere all'audizione del cittadino straniero per violazione dell'art. 35 *bis*, commi 10 e 11, del d. lgs. n. 25 del 2008, ma, dall'altro, afferma la sanabilità del vizio, ex art. 157, comma 2, c.p.c. essendo onere del richiedente asilo di procedere all'immediata contestazione della nullità, dichiarandosi disponibile a rendere il colloquio davanti al giudice. È conforme a tale pronuncia

Sez. 2, n. 25943/2020, Grasso, Rv.659680-01, che definisce tale tipo di nullità "a rilevanza c.d. variabile", soggetta all'art. 157, comma 2, c.p.c., sicché, ove non tempestivamente eccepita, non può essere fatta valere con il ricorso per cassazione.

In tema di udienza per l'audizione (che solitamente viene preannunciata con il decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, quando il suo espletamento sia fatto coincidere con questa), sostiene una posizione particolare **Sez. 2, n. 20120/2020, Gorjan, Rv. 659976-01**, che afferma che il richiedente ha l'onere di comparire all'udienza fissata dal giudice, anche ove non ne sia disposta l'audizione e, se comparso, deve essere sentito con libertà di forma, poiché nessuna norma impone al giudice la fissazione di un'apposita e nuova udienza per l'audizione, né, per dar corso a questa, è prescritto il ricorso a formalità particolari. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che poteva essere considerata come espletata l'audizione del richiedente presente all'udienza di comparizione e che, in presenza di un'interprete, si era riportato agli atti.

Riguardano il particolare profilo della delegabilità dell'audizione da parte del collegio al giudice relatore **Sez. 2, n. 18787/2020, Varrone, Rv. 65912-01** e **Sez. 1, n. 22968/2020, Caradonna, Rv. 659236-01,** che si esprimono entrambe in senso favorevole alla delegabilità, richiamando l'art. 35 *bis* del d. lgs n. 25 del 2008, le disposizioni degli artt. 737 e segg. c.c.

Sez. 1, n. 25312/2020, Terrusi, Rv. 659577-01, riguarda, invece, il tema del motivo di ricorso per cassazione con il quale si deduca, in mancanza di videoregistrazione, l'omessa audizione del richiedente che ne abbia fatto espressa istanza. Tale motivo, secondo la S.C. deve contenere l'indicazione puntuale dei fatti che erano stati dedotti avanti al giudice di merito a sostegno della richiesta, avendo il ricorrente un preciso onere di specificità della censura.

1.10. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente in generale. I contrasti sul tema delll'onere di allegazione nel caso di contemporanea richiesta di riconoscimento di tutte e tre le forme di protezione.

Nel giudizio relativo alla protezione internazionale rivestono particolare importanza il tema dell'onere probatorio del richiedente asilo e del connesso principio del dovere di cooperazione da parte dell'autorità competente nell'acquisizione e valutazione della prova.

Ciò significa, come chiarito dalla Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, 22 novembre 2012, causa, C-277/11), che, «benché il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli

elementi significativi della stessa. Tale obbligo di cooperazione in capo allo Stato membro implica, pertanto, concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente alla procedura per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati documenti».

In ossequio a tali principi ed in continuità con la giurisprudenza degli anni precedenti, che aveva affermato che il richiedente la protezione internazionale non deve fornire alcuna precisa qualificazione giuridica del tipo di misura di protezione invocata e che è compito del giudice colmare le lacune informative, quando le indicazioni fornite dal richiedente siano deficitarie o mancanti, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 (v. Sez. 6-1, n. 14998/2015, Acierno, Rv. 636559-01 e Sez. 6-1, n. 07333/2015, Acierno, Rv. 644949-01), si era espressa la giurisprudenza del 2018 (Sez. 6-1, n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01) che, tuttavia, aveva precisato come l'obbligo di cooperazione istruttoria da parte del giudice conseguisse soltanto all'adempimento da parte del richiedente del proprio onere di individuazione ed allegazione dei fatti costitutivi della sua pretesa (in tal senso già Sez. 1, n. 19197/2015, De Chiara, Rv. 637125-01, e n. 07333/2015, Acierno, Rv. 634949-01, e nel 2018 Sez. 6-1, n.16925/18, Acierno, Rv. 649607-01, Sez. 6-1, n. 17069/2018, De Chiara, Rv. 649647-01) sino ad affermare, con Sez. 6-1 n. 27336/2018, Terrusi, Rv. 651146-01, che la domanda diretta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale non si sottrae all'applicazione del principio dispositivo, sicché il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio.

Sez.1, n. 03016/2019, M. Di Marzio, Rv. 652422-01, aveva poi precisato che l'attenuazione del principio dispositivo derivante dalla "cooperazione istruttoria", cui il giudice del merito è tenuto, non riguarda il versante dell'allegazione, che anzi deve essere adeguatamente circostanziata, ma la prova, con la conseguenza che l'osservanza degli oneri di allegazione si ripercuote sulla verifica della fondatezza della domanda.

In linea con tali precedenti **Sez. 1, n. 02355/2020, Nazzicone, Rv. 656724-01** chiarisce che l'onere di cooperazione istruttoria da parte del giudice non è correlato a fatti e circostanze non dedotti o allegati dal richiedente.

Un importante principio in tema di onere di allegazione del richiedente nel caso in cui il suo paese di provenienza sia inserito nell'elenco dei c.d. "paesi sicuri" è quello stabilito da **Sez. 2, n. 19252/2020, Besso Marcheis, Rv. 659111-01,** che afferma che tale circostanza non preclude al richiedente la possibilità di dedurre la propria

provenienza da una specifica area del paese stesso, interessata da fenomeni di violenza ed insicurezza generalizzata che, ancorché territorialmente circoscritti, possono essere rilevanti ai fini della concessione della protezione internazionale o umanitaria, né esclude il dovere del giudice, in presenza di tale allegazione, di procedere all'accertamento in concreto della pericolosità di detta zona e della rilevanza dei predetti fenomeni. Tuttavia, precisa **Sez. n. 25311/2020, Terrusi, Rv. 659576-01,** in tale caso lo straniero è gravato da un onere di "allegazione rinforzata" in ordine alle ragioni soggettive ed oggettive per le quali invece il paese non può considerarsi sicuro.

Così **Sez. 2, n. 17185/2020, Dongiacomo, Rv.658956-01,** in tema di riconoscimento del rifugio politico**,** afferma che l'onere allegativo del richiedente in ordine ai fatti costitutivi del suo diritto, riguarda l'individualizzazione del rischio rispetto alla situazione del paese di provenienza e che, quando il richiedente abbia adempiuto all'onere di allegazione, sorge il potere-dovere del giudice di cooperazione istruttoria, che tuttavia è circoscritto alla verifica della situazione oggettiva del paese di origine e non alle individuali condizioni del soggetto richiedente.

Partendo da tali principi condivisi, tuttavia, la giurisprudenza della S.C. sembra essersi divisa nell'ultimo periodo proprio sulla delimitazione dei confini del potere del giudice in relazione alla domanda proposta dal richiedente (che, nella maggior parte dei casi, riguarda le due forme di protezione cd. maggiori e, in via gradata, la protezione umanitaria) laddove in alcune pronunce l'attenuazione del principio dispositivo è stata restrittivamente interpretata, delimitando in modo rigoroso l'ambito delle allegazioni relative a ciascuna forma di protezione. Infatti, già Sez. 1, n. 21123/2019, Rossetti, Rv. 655294-01, in relazione all'onere di allegazione del richiedente in tema di protezione umanitaria, pur ritenendo che la natura residuale ed atipica di quest'ultima, implica che il suo riconoscimento debba essere frutto di valutazione autonoma, caso per caso, e che il suo rigetto non possa conseguire automaticamente al rigetto delle altre forme tipiche di protezione, aveva affermato, tuttavia, che chi invochi tale forma di tutela debba allegare in giudizio fatti ulteriori e diversi da quelli posti a fondamento delle altre due domande di protezione cd. maggiore. Conseguentemente all'affermazione dell'autonomia della domanda di protezione umanitaria rispetto alle protezioni maggiori, **Sez. 3 n. 11935/2020, Rossetti, Rv. 658018-01** statuisce che la decisione sulla domanda di protezione sussidiaria, non assorbe quella sulla domanda di protezione umanitaria, né in senso proprio, né in senso improprio, in quanto non fa venir meno l'interesse del richiedente asilo, perché il rigetto della prima non esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulla seconda e non comporta, di per sé, un implicito rigetto della stessa. All'affermazione del principio dell'onere di allegazione di fatti diversi per le diverse forme di protezione, ha fatto seguito **Sez. 1, n. 06923/2020, Scalia, Rv.**

657499-01, che, sempre in tema di protezione umanitaria, sembra esprimere un concetto ancora più restrittivo giacché - in un caso in cui la lesione del diritto allo studio derivante da un difficile rapporto tra il richiedente ed un congiunto era stata allegata dallo straniero e valutata dalla corte di merito ai fini della riconoscibilità della misura della protezione sussidiaria, (mentre nel ricorso per cassazione era stata posta a sostegno della domanda di protezione umanitaria - prospettata fin dall'inizio del procedimento ma con allegazioni fattuali diverse) - ha ritenuto l'inammissibilità del mutamento dei fatti allegati a sostegno della domanda di protezione umanitaria nel giudizio di legittimità, anche quando i medesimi fatti, nel giudizio di merito, siano stati posti a base della domanda di protezione sussidiaria. Infatti - si legge in motivazione - «nella domanda di riconoscimento della protezione per ragioni umanitarie, la *causa petendi* si atteggia diversamente rispetto alle distinte forme della protezione internazionale ed il ricorrente non può introdurre nel corso del giudizio di cassazione, con mutamento della *causa petendi* una domanda nuova, facendo valere forme diverse di protezione di cui non abbia tempestivamente dedotto nella fase di merito i correlati fatti costitutivi».

In tal senso ancora più esplicita **Sez. 1, n. 07622/2020, M. Di Marzio, Rv. 657464 -01**, che afferma chiaramente che la domanda di protezione internazionale, di protezione sussidiaria e di protezione umanitaria si fondano su differenti *causae petendi*, così che è onere del richiedente allegare fatti specifici e diversi a seconda della forma di protezione invocata.

Si discosta nettamente da tale orientamento, **Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-05**, che, pur affermando che i presupposti necessari al riconoscimento della protezione umanitaria devono essere individuati autonomamente rispetto a quelli previsti per le due protezioni maggiori, non essendo tra loro sovrapponibili, evidenzia come i fatti storici posti a fondamento della positiva valutazione della condizione di vulnerabilità ben possono essere gli stessi già allegati per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o la concessione della protezione sussidiaria, spettando al giudice qualificare detti fatti ai fini della riconduzione all'una o all'altra forma di protezione.

La medesima pronuncia (**Rv. 657916-01**) inoltre, esprimendo un principio di diritto che definisce, senza possibilità di equivoco, l'area di operatività del principio dispositivo nell'ambito del giudizio di protezione internazionale, richiamandone la funzione di accertamento di diritti fondamentali, afferma che «qualora i fatti storici allegati dal richiedente risultino pertinenti, a prescindere dalle istanze formulate dalla parte, il giudice del merito è tenuto ad esaminare la possibilità di riconoscere una delle forme di protezione previste dalla legge, trattandosi di giudizi relativi a domanda autodeterminata, avente ad oggetto diritti fondamentali, in relazione alla quale non ha importanza l'indicazione precisa del *nomen iuris* del tipo di protezione invocata, ma

esclusivamente la prospettazione di situazioni concrete che consentano di configurare lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria. Non rileva, di conseguenza, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale limitazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata».

Infine, sempre in tema di rapporti tra le domande relative alle diverse forme di protezione, **Sez. 3, n. 11912/2020, Travaglino, Rv. 658295-01**, reputa irrilevante la mancata allegazione per la protezione umanitaria di fatti diversi da quelli dedotti per la richiesta di rifugio politico e per quella di protezione sussidiaria, ponendosi in consapevole esplicito contrasto con le precedenti Sez. 1, n. 21123/2019, cit. e con **Sez. 1, n. 07622/2020, cit.** - la cui interpretazione viene considerata «priva di qualsivoglia fondamento normativo e frutto di interpretazione in *malam partem* impredicabile in tema di diritti fondamentali, contraddicendo il basilare dovere del giudice di qualificazione della domanda sulla base degli stessi fatti storici allegati da parte istante». Afferma, infatti, la S.C. che «la necessità di collegare la norma che disciplina la protezione umanitaria ai diritti fondamentali che ne costituiscono il presupposto, impedisce di imprigionare gli interessi protetti ad essa sottesi nella camicia di Nesso di regole rigide e parametri severi, che ne limitino la possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali, sicché l'apertura e la residualità di tale tutela non consentono tipizzazioni, considerato che l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali, col sostegno dell'art. 8 CEDU, promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione umanitaria a, clausola generale di sistema capace di favorire i diritti umani e di radicarne l'attuazione».

1.11. Il dovere di cooperazione istruttoria del giudice e le fonti informative.

Il dovere di cooperazione richiede che il giudice, prima dell'interrogatorio libero, esamini le precedenti dichiarazioni rese dal ricorrente (innanzi alla Questura e nel corso dell'audizione dinanzi alla C.T.) e verifichi, attraverso l'esame delle informazioni acquisite d'ufficio, c.d**.** C.O.I., ove non prodotte dalla difesa, le condizioni relative al Paese d'origine del richiedente asilo. Al riguardo l'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 stabilisce che «*ciascuna domanda è esaminata alla luce di informazioni precise ed aggiornate circa la situazione generale esistente nel paese di origine del richiedente e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati, elaborate dalla Commissione nazionale sulla base dei dati forniti dall'UNHCR e dall'EASO, dal Ministero degli affari esteri, anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale, o comunque acquisite dalla Commissione stessa. La Commissione nazionale assicura che tali informazioni, costantemente aggiornate, siano messe a disposizione delle*

Commissioni territoriali, secondo le modalità indicate dal regolamento da emanare ai sensi dell'art. 38 e siano altresì fornite agli organi giurisdizionali chiamati a pronunciarsi su impugnazioni di decisioni negative». Tale articolo è la trasposizione dell'art. 10, par. 3, lett. *b)*, della direttiva 2013/32/UE, che tuttavia non annoverava tra le organizzazioni abilitate a fornire le informazioni, i Ministeri degli Esteri dei singoli Stati, ma solo organismi internazionali specializzati «*quali l'EASO e l'UNHCR e le organizzazioni internazionali per i diritti umani pertinenti*». L'obbligo di acquisizione di tali informazioni vige solo in riferimento ai fatti esposti ed ai motivi svolti in seno alla richiesta di protezione internazionale, non potendo per contro attivarsi in relazione a fatti non dedotti (**Sez. 1, n. 02355/2020, Nazzicone, Rv. 656724-01**).

Come già affermato da Sez. 1, n. 13897/2019, Pazzi Rv. 654174-01, conforme peraltro alla giurisprudenza costante precedente, l'approfondimento istruttorio deve essere compiuto con riguardo alla situazione socio-politica del Paese d'origine sulla base di un accertamento che deve essere aggiornato al momento della decisione, non potendo fondarsi su informazioni risalenti ma deve essere svolta, anche mediante integrazione istruttoria ufficiosa, all'attualità (**Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-06** e **Sez. 3, n. 22527/2020, Rv. 659409-02,** che aggiunge che le fonti informative devono essere riferite specificamente alle condizioni del singolo paese e non genericamente all'area geografica nel quale il medesimo è collocato). Al riguardo, tuttavia, **Sez. 3, n. 23999/2020, Rubino, Rv. 659522-01**, precisa che l'obbligo del giudice di decidere sulla base di C.O.I. aggiornate «non implica, a pena di nullità, che si tratti di quelle più recenti, salvo che il richiedente deduca che da queste ultime emergano specifici elementi di accresciuta instabilità e pericolosità non considerati in precedenza».

In ogni caso le indicazioni dell'art. 8 del d.lgs. n. 25 del 2008 non hanno carattere esclusivo, ben potendo le informazioni essere tratte da concorrenti canali informativi (**Sez. 1, n. 13253/2020, Fidanzia, Rv. 658089-01,** conforme a Sez. 1. n. 15794/2019, M. Di Marzio, Rv. 654624-03 che afferma che le C.O.I. sono «strumento preferenziale ma non esclusivo» per l'acquisizione di informazioni). In tal senso **Sez. 1, n. 13253/2020, cit.** e **Sez. l, n. 28349/2020, Cinque, Rv. 659802-01** affermano che il giudice può trarre elementi informativi sulla situazione del Paese estero, da «concorrenti canali di informazione, anche via web, le quali, per la capillarità della loro diffusione e la facile accessibilità da parte dei consociati, vanno considerate alla stregua del fatto notorio». Tuttavia, non è stata considerata esauriente a tal fine la consultazione del sito ministeriale *Viaggiare sicuri*, «il cui scopo e funzione non coincidono, se non in parte, con quelli perseguiti nei procedimenti indicati» (**Sez. 1, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-06**). Sono stati invece ritenuti utilizzabili, ai fini di comprovare la condizione del Paese di provenienza del richiedente, le informazioni tratte dai siti delle principali organizzazioni non governative attive nel

settore dell'aiuto e della cooperazione internazionale, come *Amnesty International* e *Medici senza frontiere*. La recente **Sez. 1, n. 28641/2020, Oliva, Rv. 660005 - 01,** precisa, tuttavia, che il ricorso a fonti diverse dalle C.O.I. «è consentito solo in aggiunta a queste e non al loro posto, poiché la *ratio* dell'art. 8, comma 3 del d. lgs. n. 25 del 2008 è ispirata alla necessità di assicurare da un lato l'uniformità del criterio valutativo delle domande di protezione internazionale, che vanno scrutinate in base a notizie precise ed aggiornate sul paese di origine del richiedente, e dall'altra l'autorevolezza della fonte dalla quale le informazioni poste a fondamento del predetto criterio valutativo sono in concreto tratte». Comunque, ove necessario, il giudice non deve fermarsi ad acquisire informazioni generiche sul Paese di provenienza, ma deve acquisire informazioni specifiche in ordine ai fatti allegati dal richiedente, ove il loro accertamento risulti indispensabile al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di una delle forme di protezione (**Sez. 1, n. 11175/2020, Oliva, Rv. 658032-01**).

In coerenza con tale principio, **Sez. 1, n. 13257/2020, Tria, Rv. 658131-02**, in un caso in cui occorreva indagare sulla sussistenza dei presupposti del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, legati al pericolo di compromissione del diritto alla salute del richiedente ove fosse rientrato nel suo Paese di provenienza, afferma la necessità che il giudice indaghi specificamente in ordine alle condizioni del sistema sanitario di tale Paese. **Sez. 1, 08573/2020, Di Florio, Rv. 657778-01** ribadisce il principio, già affermato da Sez. 1, n. 28974/2019, Oliva, Rv. 655565-01, secondo il quale, in un caso in cui sia allegata una persecuzione a sfondo religioso, «il giudice deve effettuare un'indagine specifica su tale aspetto»; **Sez. 1, n. 13932/2020, Fidanzia, Rv. 658240-01** in tema di rifugio politico, afferma, nel caso in cui si deduca che la persecuzione assuma la forma di provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori in sé o attuati in modo discriminatorio, che il giudice del merito deve verificare tutti i fatti pertinenti il paese di origine, comprese le disposizioni legislative o regolamentari, nonché le loro modalità di applicazione, al fine di accertare se vi sia stata la dedotta discriminazione.

Nel caso delle "liti tra privati" la necessità che la cooperazione istruttoria da parte del giudice si esplichi in modo specifico e non generico comporta che l'oggetto dell'indagine debba tendere a verificare, in concreto, se lo Stato di origine sia in grado di offrire alla persona minacciata adeguata protezione (**Sez. 1, n. 06879/2020, Pacilli, Rv. 657476-01**). Particolarmente pregnante deve essere l'obbligo di cooperazione istruttoria del giudice, anche a fronte della mancata esplicita allegazione dei fatti, quando nel corso del giudizio per il riconoscimento del rifugio, emerga un quadro indiziario, ancorché incompleto, che faccia temere che la richiedente sia stata vittima di tratta. In tal caso il giudice non può arrestarsi di fronte al difetto di allegazione (o anche all'esistenza di allegazione contraria), ma deve avvalersi degli

strumenti di cui dispone per conoscerne la vera storia, ricorrendo, in particolare, allo strumento dell'audizione, paradigmaticamente indispensabile, al fine di consentire alla intravista realtà, occultata dalla stessa richiedente, di emergere in sede giurisdizionale (**Sez. 1, n. 24573/2020, Scotti, Rv. 659572-01**).

Specifica e pregnante deve essere la cooperazione istruttoria del giudice nel caso in cui sia dedotta, come ragione di persecuzione, l'orientamento sessuale del richiedente. In tal caso, afferma **Sez. 1, n. 9815/2020, Russo, Rv. 657835 01,** l'allegazione da parte dello straniero della propria condizione di omosessualità impone al giudice di porsi in una prospettiva *dinamica* e non statica, vale a dire che verifichi la sua concreta esposizione a rischio, sia in relazione alla rilevazione di un vero e proprio atto persecutorio - ove nel paese di origine l'omosessualità sia punita come reato e sia prevista una pena detentiva sproporzionata o discriminatoria - sia in relazione alla configurabilità della protezione sussidiaria, che può verificarsi anche in mancanza di una legislazione esplicitamente omofoba, ove il soggetto sia esposto a gravissime minacce da agenti privati e lo Stato non sia in grado di proteggerlo, dovendosi evidenziare che tra i trattamenti inumani e degradanti lesivi dei diritti fondamentali della persona omosessuale non vi è solo il carcere ma vi sono anche gli abusi medici, gli stupri ed i matrimoni forzati, tenuto conto che non è lecito pretendere che la persona tenga un comportamento riservato e nasconda la propria omosessualità.

In tal senso, **Sez. 1, n. 01175/2020, Oliva, Rv. 658032-01**, in tema di protezione sussidiaria, afferma che, quando il richiedente descrive una situazione di rischio per la vita o l'incolumità fisica, che derivi da sistemi di regole non scritte sub statuali, imposte con la violenza e la sopraffazione verso un genere, un gruppo sociale o religioso o semplicemente verso un soggetto o un gruppo familiare nemico, in presenza di tolleranza, tacita approvazione o incapacità a contenere o fronteggiare il fenomeno da parte delle autorità statuali, sul giudice grava un più incisivo e specifico obbligo di informazione e di approfondimento proprio al fine di verificare il grado di diffusione ed impunità dei comportamenti violenti descritti e la risposta delle autorità statuali. Sempre in tema di rifugio politico, **Sez.1, n. 13932/2020, Fidanzia, Rv. 658240-01**, afferma che, particolarmente incisivo e specifico deve essere il dovere di cooperazione da parte del giudice, quando si deduca che la persecuzione assuma la forma di provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari, discriminatori in sé o attuati in modo discriminatorio. A tal fine il giudice deve verificare tutti i fatti pertinenti il paese di origine, comprese le disposizioni legislative o regolamentari, nonché le loro modalità di applicazione, al fine di accertare se vi sia discriminazione.

Nello stesso senso **Sez. n. 14668/2020, Tria, Rv. 658258-01,** in un caso in cui lo straniero aveva allegato di essere fuggito dal paese di origine per sottrarsi alle

violenze e persecuzioni di una comunità antagonista rispetto a quella di appartenenza.

Quanto, poi, ai documenti prodotti dal ricorrente, **Sez. 1, n. 24506/2020, Ariolli, Rv. 659655-01,** afferma che, a seguito della produzione da parte del richiedente di un documento ritenuto palesemente falsificato - circostanza che può essere liberamente apprezzata dal giudice del merito ai fini della valutazione negativa in ordine alla credibilità del richiedente, in quanto fatto sintomatico del tentativo del richiedente di sottrarsi all'accertamento della verità ad opera del giudice, in violazione dei canoni di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. - il giudice non è tenuto ad attivare i suoi poteri di cooperazione istruttoria. In precedenza, invece, Sez. 1, n. 11097/2019, Dolmetta, Rv. 653475-01, se pure nel diverso caso in cui si erano presentati dubbi o contestazioni sull'autenticità di documenti o sulla loro affidabilità, aveva ritenuto che l'attività istruttoria officiosa dovesse essere compiuta utilizzando anche canali diplomatici, rogatoriali ed amministrativi, prima di poterne affermare l'insufficienza.

Il tema dell'esatto e verificabile adempimento da parte del giudice del proprio dovere di cooperazione istruttoria, nei casi in cui ne sussistano i presupposti, ha risvolti, anche sul tema della motivazione dei provvedimenti.

Al riguardo **Sez. 2, n. 09230/2020, Rv. 657701-01** (alla quale hanno fatto seguito in senso conforme **Sez. 1, n. 29147/2020, Oliva, Rv. 660108 - 01**, **Sez. 2, n. 26229/2020, Dongiacomo, Rv. 659681-01**, e **Sez. 3, n. 23999/2020, Rubino, Rv. 659522-01**, conformemente a quanto già affermato da. Sez. 1, Pazzi, n. 13897/2019, Rv. 654174-01), ravvisa la violazione dell'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, oltre che il vizio di motivazione apparente, nella pronuncia che, nel prendere in considerazione la situazione generale esistente nel Paese d'origine dello straniero, si limiti a valutazioni solo generiche o comunque non individui le specifiche fonti informative da cui vengono tratte le conclusioni assunte, considerato che, come afferma in motivazione anche Sez. n. 14283/2019, Rv. 654168-01, «l'effettuazione di tale accertamento, proprio in quanto imposto dalla legge, deve essere poi obiettivamente verificabile (dal richiedente, dall'Amministrazione e dallo stesso giudice dell'impugnazione); e ciò implica che il provvedimento reso debba quantomeno dar conto delle fonti informative consultate: indicazione questa, tanto più necessaria, in quanto consente di affermare (o negare) che l'attività di indagine sia stata effettivamente condotta sulla base di notizie aggiornate, come il richiamato art. 8, comma 3, per l'appunto richiede».

In attuazione di tali principi, **Sez. 1, n. 13255/2020, Fidanzia, Rv. 658130-01**, ha cassato con rinvio la pronuncia di merito che aveva genericamente escluso l'esistenza in Senegal di una situazione di violenza indiscriminata derivante da un conflitto armato in corso, senza indicare in alcun modo la fonte internazionale che aveva consentito di giungere a tale conclusione, mentre **Sez. 2, n. 26229/2020,**

Dongiacomo, Rv. 659681-01, precisa che l'indicazione delle fonti di cui all'art. 8 citato non ha carattere esclusivo, pur non potendosi ritenere sufficiente il riferimento a dati desunti da una fonte riguardante categorie di soggetti, quali i lettori di una testata giornalistica, non comparabili ai richiedenti la protezione internazionale. (Nella specie, la S.C. ha annullato la decisione di merito, che si era limitata a fare riferimento alle "notizie desumibili facilmente da qualunque sito di politica internazionale, come ad es. internazionale.it").

Nel 2019 Sez. 1, n. 13449/2019, Rv. 653887-01, aveva ritenuto insufficiente il semplice richiamo, contenuto nel provvedimento impugnato, «ai più recenti *report* del Ministero degli Esteri», e Sez. 6-1, n. 11312/2019, Terrusi, Rv. 653608-01, aveva giudicato insufficiente il riferimento a fonti internazionali, non meglio identificate.

Riguarda, invece, il tema dei motivi di ricorso per cassazione che mirano a contrastare l'apprezzamento del giudice di merito in ordine alle c.d. fonti privilegiate, **Sez. 1, n. 04037/2020, Oliva, Rv. 657062-01**, che afferma che la censura deve evidenziare, mediante riscontri precisi ed univoci, che le informazioni sulla cui base è stata assunta la decisione, in violazione del cd. dovere di collaborazione istruttoria, sono state oggettivamente travisate, ovvero superate da altre più aggiornate e decisive, dovendosi, in mancanza, dichiarare inammissibile il ricorso. In tal senso anche **Sez. 1, n. 21932/2020, Rossetti, Rv. 659234-01** e **Sez. 1, n. 22769/2020, Amatore, Rv. 659276-01.**

1.12. La valutazione di credibilità.

Sulla credibilità del richiedente asilo, va ricordato che la S.C. afferma, con giurisprudenza costante, che la sua valutazione non è affidata alla mera opinione del giudice, ma è il risultato di una procedimentalizzazione legale della decisione, da compiersi non sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi di quanto narrato, ma secondo la griglia predeterminata di criteri offerta dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007 (**Sez. 3, n. 11925/2020, Vincenti, Rv. 658017-01,** ma già in precedenza, solo tra le più recenti, Sez. 1, n. 15794/2019, M. Di Marzio, Rv. 654624-02).

Era stato poi puntualizzato da Sez. 6-1, n. 20580/2019, Nazzicone, Rv. 654946-01, che l'art. 3 del d.lgs. n 251 del 2007 enuncia alcuni parametri, meramente indicativi e non tassativi, che possono costituire una guida per la valutazione nel merito della veridicità delle dichiarazioni del richiedente, i quali, tuttavia, fondandosi sull'*id quod plerumque accidit*, non sono esaustivi, non precludendo la norma la possibilità di fare riferimento ad altri criteri generali di ordine presuntivo. Con Sez. 1, n. 21142/2919, M. Di Marzio, Rv. 654674-01 era stato poi affermato che le dichiarazioni del

richiedente devono essere sottoposte non solo ad un controllo di coerenza interna ed esterna, ma anche ad una verifica di credibilità razionale della vicenda narrata.

L'indicazione che viene dalla più recente giurisprudenza, esprime la necessità che la valutazione di credibilità del richiedente non sia rivolta «ad una capillare ricerca di eventuali contraddizioni - atomisticamente esaminate insite nella narrazione ….- dovendosi piuttosto effettuare una disamina complessiva della vicenda persecutoria narrata» (**Sez. 1, n. 07546/2020, Solaini, Rv.657584-01),** che deve essere «frutto di una valutazione complessiva di tutti gli elementi», senza che la valutazione negativa sulla credibilità possa «essere motivata soltanto con riferimento ad elementi isolati e secondari o addirittura insussistenti, quando invece viene trascurato un profilo decisivo e centrale del racconto» (**Sez. 1, n. 10908/2020, Oliva, Rv. 658050-01 e Sez. 1 n. 14674/2020, Tria Rv. 658388-01**).

In linea con tale orientamento, **Sez. 3 n. 24183/2020, Di Florio, Rv. 659752-01** afferma che l'art. 3, comma 5, lett. e), del d.lgs. n. 251 del 2007, nella parte in cui prevede che, ai fini della valutazione di credibilità, si deve verificare anche se il richiedente sia "in generale attendibile", va interpretato nel senso che il racconto debba essere considerato credibile "nel suo insieme", attribuendo all'espressione "in generale" utilizzata dalla norma il valore semantico di "complessivamente" o "globalmente", benché non si possa escludere, in astratto, che una specifica incongruenza, per il ruolo della circostanza narrata, possa inficiare del tutto la valutazione di credibilità del ricorrente.

Sez. 1, n. 07546/2020 cit. aggiunge, inoltre che, all'esito del vaglio di credibilità eseguito secondo le regole sopra espresse, quando residuino dubbi rispetto ad alcuni dettagli della narrazione, può trovare applicazione "il principio del beneficio del dubbio", come si desume dall'art. 3 del d.lgs. n. 251 del 2017, letto alla luce della giurisprudenza della Cedu, perché la funzione del procedimento giurisdizionale di protezione internazionale, è quella - del tutto autonoma rispetto alla precedente fase amministrativa - di accertare la sussistenza o meno del diritto del richiedente al riconoscimento di una delle forme di asilo previste dalla legge» (in senso conforme **Sez. 3, n. 22527/2020, Di Florio, Rv. 659409-01**).

Sempre in tema di interpretazione dell'art. 3, comma 5 del d. lgs. n. 251 del 2007 **Sez. 1, n. 06897/2020, Rossetti, Rv. 657477-01** afferma che tale articolo «impone al giudice soltanto l'obbligo, prima di pronunciare il proprio giudizio sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della protezione, di compiere le valutazioni ivi elencate e, in particolare, di stabilire se le dichiarazioni del richiedente siano coerenti e plausibili. Da ciò consegue che:

a) la norma non potrà mai dirsi violata sol perché il giudice del merito abbia ritenuto inattendibile un racconto o inveritiero un fatto;

b) non sussiste un diritto dello straniero ad essere creduto sol perché abbia presentato la domanda di asilo il prima possibile o abbia fornito un racconto circostanziato;

c) il giudice è libero di credere o non credere a quanto riferito secondo il suo prudente apprezzamento che, in quanto tale, non è sindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato».

Sez. 3, n. 21929/2020, Rossetti, Rv.659031-01 afferma, inoltre, che, in tema di protezione internazionale, l'inattendibilità dei fatti narrati dal richiedente è preclusiva di ogni forma di protezione ove cada sulla sua provenienza geografica o sulla sua stessa identità. Quando, per contro, tale inattendibilità investa il vissuto posto a fondamento della domanda di protezione, essa potrà giustificarne il rigetto solo a condizione che il rimpatrio non debba avvenire verso paesi nei quali siano esposte a rischio la vita o l'incolumità fisica del medesimo richiedente; in tal caso, infatti, il principio sovranazionale del "non refoulement", di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, impedirebbe il respingimento anche del richiedente non attendibile, salvo che egli costituisca un pericolo per la sicurezza del paese ospitante o una minaccia per la collettività, ai sensi del comma 2 del citato art. 33.

Sez. 1, n. **29624/2020, Fidanzia, Rv. 660128-01**, afferma che se è vero che il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari deve essere il frutto di autonoma valutazione avente ad oggetto l'esistenza delle condizioni di vulnerabilità che ne integrano i requisiti, non potendo il diniego automaticamente conseguire dal rigetto delle domande di protezione internazionale, tuttavia, la necessità dell'approfondimento da parte del giudice di merito non sussiste se, già esclusa la credibilità del richiedente, non siano state dedotte ragioni di vulnerabilità diverse da quelle dedotte per le protezioni maggiori.

Attiene sempre alla valutazione di credibilità, sia pure su temi specifici, **Sez. 1 n. 5225/2020, Oliva, Rv. 657002-01**, che esclude che possa rientrare nell'ambito della valutazione di credibilità il sindacato sul percorso individuale che il richiedente abbia seguito per abbracciare un determinato credo, nonché il livello di conoscenza dei relativi riti, fondato sul grado delle conoscenze teologiche, poiché la «mutevolezza delle modalità dell'atteggiarsi della fede personale rende il concetto stesso di conoscenza delle pratiche religiose di un determinato culto estremamente vago e, come tale, non idoneo a fondare alcun giudizio oggettivamente apprezzabile». Sulla stessa linea si pone **Sez.1, n. 15219/2020, Rv. 658252-01**, che, specificando tale principio, afferma che in un contesto di ravvisata discriminazione religiosa nel paese di origine, non può essere dato rilievo, ai fini di escludere l'attendibilità della storia personale riferita dal richiedente, al fatto che costui abbia comunque scelto di professare il suo credo o di fare proselitismo, posto che tali attività rientrano nell'ambito della libera esplicazione della personalità umana.

Sez. 2, n. 20385/2020, Varrone, Rv. 659190-01, in un caso in cui il giudice di merito aveva riconosciuto la protezione umanitaria ad un richiedente per ragioni di persecuzione nel paese di origine legate alla sua omosessualità, affermando che, stante l'impossibilità di provare tale condizione, non era possibile sindacare la veridicità del racconto in quanto relativo alla sfera sessuale, ha invece affermato che, ove tali dichiarazioni non siano suffragate da prove, il giudice deve comunque sottoporle ad un controllo di coerenza interna ed esterna e ad una verifica di credibilità razionale, determinandosi altrimenti, la violazione dell'art. 3, comma 5 del d. lgs. n. 251 del 2007. Sempre in tema di credibilità delle dichiarazioni rese da un richiedente sul proprio orientamento sessuale, **Sez. 1 n. 23891/2020, Dolmetta, Rv. 659279-01,** riconfermandone la necessità di verifica ai sensi dell'art. 3, comma 5 del d. lgs. sopra citato, precisa che, «pur considerando l'innegabile margine di discrezionalità che connota tale valutazione, il giudice non può motivarla mediante il richiamo a giudizi che riflettono le sue opinioni o che siano il frutto di sue impressioni o suggestioni». Nella specie, il giudice aveva basato il giudizio di non credibilità del racconto del richiedente dichiaratosi omosessuale, sulla circostanza della mancata dimostrazione da parte sua «di un percorso di consapevolezza sofferta della propria condizione, nonché della mancata instaurazione in Italia di rapporti omosessuali». Sulla stessa linea **Sez. 1, n. 09815/2020, Russo, Rv. 657835-01** che afferma che, ove quale ragione di persecuzione sia allegato il proprio orientamento sessuale, la valutazione di credibilità non può fondarsi su nozioni stereotipate associate all'omosessualità ed in particolare sulla mancata risposta a domande relative a tali nozioni, quali quelle concernenti la conoscenza di associazioni per la difesa dei diritti degli omosessuali. Nello stesso senso anche **Sez. 1, n. 13944/2020, Tria, Rv. 658241-01** che specifica che il giudice in motivazione deve argomentare sulla valutazione di credibilità in modo idoneo a rivelarne la *ratio decidendi.*

Un profilo particolare, è quello posto in evidenza da **Sez. 1, n. 29943/2020, Oliva**, **Rv. 660199 - 02**, quanto ai criteri da seguire per la valutazione di credibilità di una donna che abbia subito violenza di genere. In tale caso, afferma la pronuncia, le mancate risposte della richiedente, possono tradursi in un indizio di scarsa attendibilità del suo narrato, solo nel caso in cui il giudice di merito le abbia posto specifiche domande a chiarimento della storia, alle quali ella non sia stata in grado di rispondere, domande che devono essere contenute negli stretti limiti delle esigenze istruttorie, non potendosi, in caso contrario, richiedere alla vittima un onere di specificazione che finirebbe per tradursi in una sua ulteriore sottoposizione ad una forma di violenza psicologica.

Quanto alla ricorribilità per cassazione della valutazione relativa alla credibilità, la giurisprudenza del 2020, sulla linea di quella del 2019 (Sez. 1, n. 03340/2019, Schirò, Rv. 652549-01 e Sez. 1, n. 21142/2019, M. Di Marzio, Rv. 654674-01) è conforme

nel ritenere che tale valutazione è censurabile solo ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., restando esclusa la possibilità di impugnazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c. per violazione di norme di legge. In tal senso **Sez. 3, n. 11925/2020, cit., Sez. 1, n. 13578/2020, Vella, Rv. 658237-01, Sez. 1 n. 28782/20, Rossetti, Rv. 654674-01.**

1.13. I rapporti tra la valutazione di credibilità ed il dovere del giudice di cooperazione istruttoria.

Una delle questioni interpretative più controverse in giurisprudenza è quella delle ricadute della valutazione negativa di credibilità sul dovere officioso di cooperazione istruttoria del giudice. Una prima linea interpretativa della giurisprudenza di legittimità, che sino al 2020 non ha visto pronunce contrastanti (Sez. 6-1-, n. 16925/2018, Acierno, Rv. 649607-01, Sez 6-1, n. 28862/2018, Terrusi, Rv. 651501-01, Sez. 1, n. 15794/2019, M. Di Marzio, Rv. 654624-01, Sez. 1, n. 33858/2019, Sambito, Rv. 656566-01, **Sez. 2, n. 08367/2020, F. Manna, Rv. 657595-02, Sez. 3, n. 11924/2020, Vincenti, Rv. 658163-01, Sez. 2 n. 16925/2020, Bellini, Rv. 658940-01, Sez. 1 n. 24575/2020, Scotti, Rv. 659573-01**), afferma che il dovere di cooperazione istruttoria non sorge in presenza di dichiarazioni intrinsecamente inattendibili alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva, di talché il giudice di merito deve anzitutto accertare la credibilità soggettiva della versione del richiedente asilo circa l'esposizione a rischio grave alla vita o alla persona e, qualora giudichi le dichiarazioni inattendibili alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui al cit. art. 3, non deve procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria del Paese d'origine, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori. Come afferma, infatti, **Sez. 1 n. 24575/2020, cit**., «il controllo sulla credibilità estrinseca, come desumibile dalla concordanza tra le dichiarazioni ed il quadro culturale, sociale, religioso e politico del paese di provenienza, desumibile dalla consultazione di fonti internazionali meritevoli di credito, assolverebbe alla funzione meramente teorica di accreditare la mera possibilità astratta di eventi non provati riferiti in modo assolutamente non convincente dal richiedente».

Tuttavia, il presupposto di tali pronunce, rappresentato dalla necessità che la valutazione di credibilità preceda, comunque, eventuali approfondimenti istruttori, è stato messo in dubbio dalla recente **Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-04**, che afferma «che il giudice, prima di decidere la domanda nel merito, deve assolvere all'obbligo di cooperazione istruttoria, che non può essere di per sé escluso sulla base di qualsiasi valutazione preliminare di non credibilità della narrazione del richiedente asilo, dal momento che, anteriormente all'adempimento di tale obbligo,

egli non può conoscere e apprezzare correttamente la reale e attuale situazione dello Stato di provenienza e, pertanto, in questa fase, la menzionata valutazione non può che limitarsi alle affermazioni circa il Paese di origine. Ne consegue che solo ove queste ultime risultino immediatamente false, oppure la ricorrenza dei presupposti della tutela invocata possa essere negata in virtù del notorio, l'obbligo di cooperazione istruttoria verrà meno; alle stesse conclusioni, inoltre, dovrà giungersi qualora la difesa del ricorrente non esponga fatti storici idonei a rendere possibile l'esame della domanda, ovvero rinunci espressamente e motivatamente ad una delle possibili forme di protezione». La medesima pronuncia precisa poi (**Rv. 657916-02**) che ancorchè l'obbligo del giudice di cooperazione istruttoria non sorga per il solo fatto che sia stata proposta domanda di protezione internazionale, tuttavia, tale adempimento non può essere escluso solo perché, in base agli indicatori di credibilità soggettiva forniti dall'art. 3 del d.lgs. n. 251 del 2007, le dichiarazioni della parte risultino intrinsecamente inattendibili, poiché, in questo modo, la valutazione di credibilità non atterrebbe più alla prova, ma diverrebbe una condizione di ammissibilità o un presupposto del riconoscimento del diritto o, comunque, si risolverebbe in un giudizio sulla lealtà processuale. Sulla stessa linea **Sez. 3, n. 24010/2020, Di Florio, Rv. 659524-01** che afferma che «il dovere di cooperazione istruttoria del giudice, una volta assolto, da parte del richiedente asilo, il proprio onere di allegazione, sussiste sempre, anche in presenza di una narrazione dei fatti attinenti alla vicenda personale che evidenzi aspetti contraddittori idonei a metterne in discussione la credibilità, poiché è finalizzato al necessario chiarimento di realtà e vicende che presentano una peculiare diversità rispetto a quelle di altri Paesi e che, solo attraverso informazioni acquisite da fonti affidabili, riescono a dare una logica spiegazione alla narrazione. Ne consegue che, in tale fase, prodromica alla decisione di merito, la valutazione di credibilità impeditiva dell'adempimento del detto dovere dovrà limitarsi alle affermazioni circa il Paese di provenienza, venendo meno il menzionato obbligo di cooperazione pure nei casi di evidente contrasto fra le vicende narrate ed i fatti notori riguardanti il Paese in questione, che faccia categoricamente escludere l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 251 del 2007».

1.14. La correlazione tra il giudizio di credibilità effettuato in relazione alle situazioni dedotte a sostegno del riconoscimento delle protezioni maggiori ed il riconoscimento dei presupposti per la protezione umanitaria.

Il primo orientamento illustrato al paragrafo che precede, inaugurato da Sez. 6-1, n. 16925/2018, cit. affermato in relazione alla protezione internazionale, era già stato posto in dubbio nel caso di valutazione dei risvolti del giudizio di non credibilità sui fatti allegati per le protezioni maggiori sui presupposti per il riconoscimento della

protezione umanitaria. Al riguardo, infatti, Sez. 1, n. 10922/2019, Federico, Rv. 653474-01, aveva affermato che il giudizio di scarsa credibilità del ricorrente in relazione alla specifica situazione dedotta a sostegno della domanda di protezione internazionale, non può precludere la valutazione, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, delle diverse circostanze che concretizzino una situazione di vulnerabilità, da effettuarsi su base oggettiva e, se necessario, previa integrazione anche officiosa delle allegazioni del ricorrente, in applicazione del principio di cooperazione istruttoria, in quanto il riconoscimento del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, deve essere frutto di valutazione autonoma non potendo conseguire automaticamente al rigetto delle altre domande di protezione internazionale, attesa la strutturale diversità dei relativi presupposti. In senso conforme a tale pronuncia si segnalano le più recenti Sez. 1, n. 08020/2020, Ghinoy, Rv. 657498-01 e Sez. 1, n. 07985/2020, Acierno Rv. 657565-01. Quest'ultima, in particolare, discostandosi da Sez. 1, n. 11267/19, Scalia, Rv. 653478-01, secondo cui il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma in relazione ad una condizione di vulnerabilità in capo al richiedente, assumendo al riguardo rilievo, in assenza di prove del racconto dell'interessato ed in difetto di sollecitazioni ad acquisizioni documentali, quantomeno la credibilità soggettiva del medesimo, ribadisce come il difetto di intrinseca credibilità sulla vicenda individuale e sulle deduzioni ed allegazioni relative al rifugio politico ed alla protezione sussidiaria, non umanitario estenda i suoi effetti anche alla domanda riguardante il permesso umanitario. Ciò in quanto tale domanda è soggetta ad oneri allegativi e deduttivi in parte diversi, che richiedono un esame autonomo delle condizioni di vulnerabilità, dovendo il giudice attivare, anche su tale domanda, ove non genericamente proposta, il proprio dovere di cooperazione istruttoria».

1.15. Gli oneri di allegazione del richiedente, il rapporto tra valutazione di credibilità e dovere officioso di cooperazione istruttoria nell'ipotesi di protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007.

Deve qui essere segnalato che, in tema di onere di allegazione del richiedente, sulla correlazione tra il giudizio di credibilità della narrazione del richiedente e i doveri istruttori officiosi del giudice, la giurisprudenza della S.C. si era mostrata divisa, in particolare, con riguardo all'ipotesi di protezione sussidiaria di cui all'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007 («minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»).

Sino a tutto il 2018 la prevalente interpretazione giurisprudenziale di legittimità aveva ritenuto che, mentre i presupposti per il rifugio politico e per le ipotesi di protezione sussidiaria di cui alle lett. a) e b) sono connotate dalla necessità che si fornisca una prova legata indispensabilmente alle ricadute soggettive delle condizioni del Paese di provenienza, tale stretta correlazione, nell'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c), può non sussistere nel caso in cui «*il grado di violenza indiscriminata, che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti, raggiunga un livello così elevato da far ritenere presumibile che il rientro dello straniero nel proprio Paese lo possa sottoporre, per la sua sola presenza sul territorio, al rischio di subire concretamente tale-minaccia*» (così Sez. 6-1, n. 25083/2017, De Chiara, Rv. 647042 - 01). Pertanto, il potere-dovere di indagine di ufficio del giudice circa la situazione generale esistente nel paese di origine del richiedente (che va esercitato dando conto, nel provvedimento emesso, delle fonti informative attinte in modo da verificarne l'aggiornamento) non trova ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente stesso riguardo alla propria vicenda personale, sempre che il giudizio di non credibilità non investa il fatto stesso della provenienza dell'istante dall'area geografica interessata alla violenza indiscriminata che fonda forme di protezione.

Proprio partendo da tali considerazioni Sez. 1, n. 14283/2019, Falabella, Rv. 654168-01 aveva affermato che « il potere-dovere di indagine d'ufficio del giudice circa la situazione generale esistente nel paese d'origine del richiedente, non trova ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente stesso riguardo alla propria vicenda personale, sempre che il giudizio di non credibilità non investa il fatto stesso della provenienza dell'istante dall'area geografica interessata alla violenza indiscriminata che fonda tale forma di protezione».

In senso difforme, tuttavia, Sez. 6-1 n. 04892/2019, Lamorgese, Rv. 652755-01 (alla quale ha fatto seguito in termini Sez. 1, n. 15794/2019, M. Di Marzio, Rv. 654624- 02 e Sez. 1, n. 17174/2019, Tria, Rv. 654654-01) aveva ritenuto, invece, che la valutazione di inattendibilità delle dichiarazioni del richiedente, alla stregua degli indicatori di cui all'art. 3 d.lgs. n. 251 del 2007, impedisce di procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria nel Paese di origine, anche nel caso di cui all'art. 14, lett. c).

Secondo questa diversa esegesi, il disposto dell'art. 3 del d.lgs. n. 251/2007 finirebbe per essere irrilevante mentre la valutazione della generale attendibilità del richiedente è prevista dalla legge come centrale per l'assolvimento dell'onere di "cooperazione" previsto a suo carico, sul quale solo è possibile innestare il dovere di cooperazione, non di sostituzione istruttoria del giudice nell'accertamento dei fatti rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale.

Sul punto, si registrano nel 2020 diverse pronunce, a partire da **Sez. 1, n. 10286/2020, Scotti, Rv. 657711-01** (conf. Sez. 1, n. 14283/2019, cit.), che afferma

che «il principio in virtù del quale, quando le dichiarazioni dello straniero sono inattendibili non è necessario un approfondimento istruttorio officioso, se è applicabile ai fini dell'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dello "*status*" di rifugiato o di quelli per il riconoscimento della protezione sussidiaria di cui all'art. 14, lett. a) e b) del d.lgs. n. 251 del 2007, non può invece essere invocato nell'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c), del medesimo decreto, poiché in quest'ultimo caso il dovere del giudice di cooperazione istruttoria sussiste sempre, anche in presenza di una narrazione non credibile dei fatti attinenti alla vicenda personale del richiedente, purché egli abbia assolto il proprio dovere di allegazione». Spiega, infatti, **Sez. 1, n. 13940/2020, Tria, Rv. 658384-02** che lo straniero che chiede il riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007 non ha l'onere di presentare, tra gli elementi e i documenti necessari a motivare la domanda (art. 3, comma 1, del d.lgs. cit.), quelli che si riferiscono alla sua storia personale, salvo quanto sia indispensabile per verificare il Paese o la regione di provenienza, perché, a differenza delle altre forme di protezione, in quest'ipotesi non rileva alcuna personalizzazione del rischio, sicché, una volta che il richiedente abbia offerto gli elementi utili alla decisione, relativi alla situazione nello Stato o nella regione di origine, il giudice deve accertare anche d'ufficio se effettivamente in quel territorio la violenza indiscriminata in presenza di conflitto armato sia di intensità tale da far rischiare a chiunque vi si trovi di subire una minaccia grave alla vita o alla persona, senza che alcuna valutazione di non credibilità, che non riguardi l'indicazione dello Stato o regione di provenienza, possa essere di ostacolo a tale accertamento.

In senso sostanzialmente conforme, anche **Sez. 1 n. 14350/2020, Scordamaglia, Rv. 658256-01, Sez. 1 n. 16122/2020, Acierno, Rv. 658561-01** e **Sez. 1, n. 19224/2020, Acierno, Rv. 658819-02**. Così, inoltre, sembra desumersi anche da quanto affermato da **Sez. 3, n. 11936/2020, Rossetti, Rv. 658019-01**, argomentando "a contrario" rispetto alle diverse ipotesi di cui all'art. 14, lett. a) e lett. b).

D'altra parte, **Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-03**, estende anche alla protezione sussidiaria i principi sopra riportati in tema di rapporto tra l'attività di cooperazione istruttoria e la valutazione di credibilità, affermando che «la protezione sussidiaria, disciplinata dall'art. 14, lett. *c)*, del d.lgs. n. 251 del 2007, ha come presupposto la presenza, nel Paese di origine, di una minaccia grave e individuale alla persona, derivante da violenza indiscriminata in una situazione di conflitto armato, il cui accertamento, condotto d'ufficio dal giudice in adempimento dell'obbligo di cooperazione istruttoria, deve precedere, e non seguire, qualsiasi valutazione sulla credibilità del richiedente, salvo che il giudizio di non credibilità non riguardi le affermazioni circa lo Stato di provenienza le quali, ove risultassero false, renderebbero inutile tale accertamento».

1.16. La procura alle liti per il ricorso per cassazione.

Ai sensi dell'art. art. 35-*bis*, comma 13 del d. lgs. n. 25 del 2008, in materia di protezione internazionale, la procura speciale alle liti per il ricorso per cassazione «*deve essere conferita, a pena di inammissibilità del ricorso, in data successiva alla comunicazione del decreto impugnato, a tal fine il difensore certifica la data di rilascio della procura in suo favore*». Le prime pronunce sul tema sottolineano il rigore con il quale la S.C. interpreta tale principio, ritenendo sempre necessaria l'espressa dichiarazione del difensore in ordine alla data di rilascio della procura, non desumibile da altri elementi. In tal senso **Sez. 1, n. 01043/2020, Ferro, Rv. 656872-01** afferma che la posteriorità della procura rispetto alla comunicazione del decreto impugnato debba essere certificata esclusivamente dal difensore, «titolare di una speciale potestà assertiva *ex lege*, con la conseguenza che non è stata rispondente ai requisiti di cui all'art. 35-*bis*, comma 13, del d.lgs. cit. la procura apposta a margine dell'atto che non indichi la data in cui è stata conferita, non assolvendo alla funzione certificatoria del difensore la sola autentica della firma, né potendo il citato requisito discendere dalla mera inerenza all'atto steso a fianco della sequenza notificatoria». Né, come afferma **Sez. 1, n. 27232/2020, Amatore, Rv. 659975-01,** in un caso analogo, "la certificazione postuma" da parte del difensore, intervenuta solo in sede di deposito della memoria integrativa, successivamente alla comunicazione del decreto impugnato, vale a sanare tale vizio, poiché la certificazione deve intervenire contestualmente all'atto del rilascio della procura speciale, venendo altrimenti meno la funzione certificatoria dell'attestazione. Dichiarano inammissibile il ricorso per la mancanza dell'apposita certificazione del difensore, ma in relazione ad una fattispecie in cui la procura speciale era stata rilasciata su un foglio separato e materialmente congiunto all'atto, **Sez. 6-1, n. 02342/2020, Pazzi, Rv. 656643-01,** alla quale hanno fatto seguito **Sez. 6-1, n. 19164/2020, Falabella, Rv. 659141-01** e **Sez. 1, n. 25447/2020, Ferro, Rv. 659736-01.** Così pure **Sez. 1, n. 20075/2020, Solaini, Rv. 659024-01** che si riferisce al caso di procura rilasciata dal ricorrente al difensore, redatta su foglio separato congiunto al ricorso e riferita genericamente "al procedimento in ogni sua fase e grado, compreso l'eventuale appello e opposizione".

Sez. 1, n. 15211/2020, Oliva, Rv. 658251-01 dichiara inammissibile il ricorso in un caso in cui la procura ad esso relativa, ancorché rilasciata su un foglio materialmente congiunto al medesimo ricorso e recante una data successiva al deposito del decreto impugnato, «non indicava gli estremi di tale provvedimento, né altri elementi idonei ad identificarlo, come il numero cronologico ovvero la data del deposito o della comunicazione, poiché tale procura non soddisfa il requisito della specialità richiesto dall'art. 365 c.p.c.»

Riguarda, invece, il diverso caso di procura speciale rilasciata su foglio separato e non congiunto materialmente all'atto, priva della certificazione della specifica data di rilascio, **Sez. 6-1, n. 12083/2020, Pazzi, Rv. 658209-01.**

Deve essere segnalato che **Sez. 2, n. 28208/2020, Oricchio**, con **ordinanza interlocutoria** ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle S.U., la questione di massima particolare importanza: «se, in tema di protezione internazionale, pur essendo riportata la data della procura *ad litem*, la volontà certificativa del difensore, per quanto la sua autenticazione sia riferita alla sola sottoscrizione del richiedente - con espressioni del tipo "è vera la firma" o "per autentica di sottoscrizione" o altre equipollenti -, possa estendersi anche oltre quanto espressamente dichiarato e, quindi, alla data del rilascio ».

1.17. Casi di improcedibilità del ricorso per cassazione.

In tema di ricorso per cassazione, **Sez. 1 n. 14839/2020, Ferro, Rv. 658390-01** afferma che il ricorrente che agisca ai sensi dell'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 è tenuto ad allegare l'avvenuta comunicazione del decreto impugnato (o la mancata esecuzione di tale adempimento), producendo, a pena d'improcedibilità, copia autentica del provvedimento unitamente alla relazione di comunicazione, munita di attestazione di conformità delle ricevute PEC, fermo restando che il mancato deposito di tale relazione é irrilevante non solo nel caso in cui il ricorso sia comunque notificato entro trenta giorni dalla pubblicazione del decreto (cd. prova di resistenza), ma anche quando essa risulti comunque nella disponibilità della Corte di cassazione, perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita a seguito dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio, sempre che l'acquisizione sia stata in concreto effettuata e che da essa risulti l'avvenuta comunicazione, non spettando alla Corte attivarsi per supplire, attraverso tale via, all'inosservanza della parte al precetto posto dall'art. 369, comma 2, c.p.c.

1.18. Ricorso straordinario per cassazione: la pronuncia di rigetto dell'istanza di sospensiva dell'esecutività del decreto del tribunale.

Sez. 1, n. 11756/2020, Acierno, Rv. 657955-01, afferma che la S.C. non è competente a pronunciarsi sull'istanza di sospensiva dell'esecutività del provvedimento impugnato, poiché l'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 attribuisce tale potere in via esclusiva al giudice che ha adottato il provvedimento impugnato, come già previsto in via generale dall'art. 373, comma 1, c.p.c.; né davanti al giudice di legittimità può essere impugnato il rigetto dell'istanza di sospensiva pronunciato dal giudice di merito, trattandosi di provvedimento non definitivo a contenuto cautelare, in relazione al quale è inammissibile il ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

In senso conforme si esprime anche **Sez. 1 n. 18801/2020, Solaini, Rv. 658814-01.**

1.19. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato.

Diverse pronunce hanno avuto ad oggetto la questione della revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio in tema di protezione internazionale, affermando che anche in tale materia l'istituto è regolato dal principio generale per cui costituisce motivo di revoca dell'ammissione, sia l'avere agito o resistito in giudizio con dolo o colpa grave, sia la rivalutazione giudiziale dell'iniziale giudizio prognostico sulla manifesta infondatezza della pretesa. La specifica previsione di cui all'art. 35 *bis*, comma 17, del d.lgs. n. 25 del 2008 va intesa, pertanto, nel senso che è da ritenere sufficiente, ai fini della revoca, il richiamo operato dal giudice del merito alle ragioni dell'infondatezza della domanda. **(Sez. 6-2, n. 20002/2020, Scarpa, Rv. 659224-01** e, in senso conforme, **Sez. 6-2, n. 27203/2020, Grasso, Rv. 659909-01)**.

S**ez. 6-2, n. 07785/2020, Cosentino, Rv. 657578-01,** precisa, tuttavia, che il rigetto della domanda di protezione internazionale non implica automaticamente la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, la quale postula l'accertamento del presupposto della colpa grave nella proposizione dell'azione, valutazione diversa ed autonoma rispetto a quella afferente alla fondatezza del merito della domanda.

Poiché il ricorrente, nei giudizi di protezione internazionale, è sempre ammesso al patrocinio a spese dello Stato, deve darsi conto del contrasto che si era creato tra Sez. 1, n. 09660/2019, Terrusi, Rv. 653689-01 (alla quale in senso conforme ha fatto seguito Sez. 1 n. 27867/2019, Terrusi, Rv. 655780-01) - secondo cui il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (derivante dal rigetto, dalla dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità dell'impugnazione), ha natura di obbligazione tributaria *ex lege*, con la conseguenza che il relativo provvedimento della S.C. ha natura meramente ricognitiva, essendo irrilevante l'eventuale ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, trattandosi di circostanza che preclude l'esperimento di un'azione di recupero e consistendo l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale nella mera annotazione, a cura della cancelleria, dell'importo nel foglio notizie e nel registro di cui agli artt. 280 e 161 del d.P.R. n. 115 del 2002- e la consolidata precedente giurisprudenza (Sez. 5, n. 22646/2019, D'Aquino, Rv. 655049-01, Sez. 1, n. 9538/2017, Vincenti, Rv. 643826-01; Sez. 1, n. 07368/2017, L. Napolitano, Rv. 643484-01, Sez. 1, n. 13935/2017, Cinque, Rv. 644533-01; Sez. 1, n. 18523/2014, Ghinoy, Rv. 632638-01, secondo cui, nell'ipotesi di ammissione al

patrocinio a spese dello Stato, il rigetto dell'impugnazione precluderebbe la condanna al versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, previsto dall'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, stante la prenotazione a debito in ragione dell'ammissione al predetto beneficio. **Sez. U, n. 04315/2020**, **Lombardo, Rv. 657198-02**, **Rv. 657198-03, Rv. 657198-04, Rv. 657198-05, Rv. 657198-06**, hanno risolto il contrasto nel senso che «l'ulteriore importo del contributo unificato (cd. doppio contributo) che la parte impugnante è obbligata a versare allorquando ricorrano i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, ha natura di debito tributario, in quanto partecipa della natura del contributo unificato iniziale ed è volto a ristorare l'Amministrazione della giustizia dei costi sopportati per la trattazione della controversia; ne consegue che la questione circa la sua debenza è estranea alla cognizione della giurisdizione civile ordinaria, spettando invece alla giurisdizione del giudice tributario» (**Rv. 657198-02**). Pertanto, il giudice dell'impugnazione che emetta una delle pronunce previste dal cit. art. 13, comma 1-*quater* e che è tenuto ad attestare la sussistenza del presupposto processuale per il versamento dell'ulteriore importo quando la pronuncia adottata è inquadrabile nei tipi previsti dalla norma (integrale rigetto, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) può condizionare detta attestazione «all'effettiva debenza del contributo unificato iniziale, che spetta all'Amministrazione giudiziaria accertare, tenendo conto di cause di esenzione o di prenotazione a debito, originarie o sopravvenute, e del loro eventuale venir meno» (**Rv. 657198-05**).

2. I presupposti del riconoscimento dello status di rifugiato.

In tema di rifugio politico **Sez. 1 n. 08230/2020, Ghinoy, Rv. 657585-01 e Sez. 1, n. 29621/2020, Falabella, Rv. 660152-01**, ribadiscono il principio, già affermato dalla costante giurisprudenza (v. da ultimo Sez. 1, n. 13088/2019, Scotti, Rv. 653884-01) in virtù del quale, poiché il d.lgs. n. 251 del 2007 si è avvalso (prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018) della facoltà prevista dall'art. 8 della direttiva 2004/83/CE di non escludere dalla protezione il richiedente straniero, quando il rischio di persecuzione o di danno grave sia limitato a determinate regioni o aree del Paese di origine e appaia ragionevolmente possibile il trasferimento in altre regioni o aree sicure, per valutare la sussistenza delle ragioni ostative al rimpatrio, occorre avere riguardo alla zona del Paese in cui il richiedente potrebbe effettivamente fare ritorno, avuto riguardo alla sua origine o ai suoi riferimenti familiari e sociali, mentre qualora il predetto abbia vissuto in più regioni, occorre effettuare un giudizio comparativo che privilegi il territorio di maggiore radicamento al momento dell'eventuale rimpatrio.

La casistica relativa ai presupposti per il riconoscimento del rifugio politico ha riguardato diversi ambiti. **Sez. 1, n. 18803/2020, Oliva, Rv. 658815-01** in tema di violenza di genere, afferma che tale violenza, "al pari di quella contro l'infanzia", non può essere ricondotta alla categoria del "fatto meramente privato", poiché essa costituisce una delle fattispecie espressamente previste dall'art. 7, comma 2 del d. lgs. n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, sia con riferimento agli "atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale" (cfr. lett. a), che con riguardo, in generale, agli "atti specificamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia"(cfr. lett. f). Quanto alla persecuzione a sfondo religioso, **Sez. 3, n. 08573/2020, Di Florio, Rv. 657778-01**, conformemente a Sez. 1, n. 28974/2019, Oliva, Rv. 655565-01, ha affermato che, quando il richiedente asilo alleghi il timore di essere soggetto nel suo Paese di origine a tale tipo di persecuzione o comunque ad un trattamento inumano o degradante fondato su motivazioni a sfondo religioso, il giudice deve effettuare una valutazione sulla situazione interna del Paese di origine, indagando espressamente l'esistenza di fenomeni di tensione a contenuto religioso, senza che, in direzione contraria, assuma decisiva rilevanza il fatto che il richiedente non si sia rivolto alle autorità locali o statuali per invocare tutela, potendo tale scelta derivare, in concreto, proprio dal timore di essere assoggettato ad ulteriori trattamenti persecutori o umanamente degradanti.

Sez. 1, n. 06879/2020, Pacilli, Rv. 657476-01, identifica nella riduzione in stato di schiavitù derivante da soggetti non statuali una situazione di minaccia di danno grave alla persona o di persecuzione, rilevante ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, che impone al giudice di verificare in concreto se lo Stato di origine sia in grado di offrire alla persona minacciata adeguata protezione (nella specie la S.C. ha ritenuto rilevante la narrazione del richiedente che aveva riferito di essere fuggito dal Paese di origine perché costretto al lavoro fin da piccolo da soggetti privati e di temere, in caso di rimpatrio, di essere rintracciato dalle stesse persone e costretto nuovamente a lavorare per ripagare un debito del padre). Nello stesso senso **Sez. 2, n. 17186/2020, Oliva, Rv. 658967-01,** che precisa che non può attribuirsi alcun rilievo alla liceità o tolleranza di quel trattamento nel Paese di provenienza del richiedente, poiché altrimenti si vanificherebbe l'essenza stessa della tutela internazionale, che è proprio quella di assicurare al richiedente, in fuga dal proprio Paese, la tutela dei suoi diritti inalienabili di persona, tra i quali certamente rientra quello alla libertà personale. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione gravata che aveva rigettato l'istanza del richiedente, il quale deduceva di essere fuggito dal Mali perché trattato come schiavo nel suo villaggio, qualificando gli eventi posti a fondamento dell'istanza come fatti di rilevo locale correlati ad usanze tribali). Ha dato rilievo quale presupposto per il riconoscimento della protezione internazionale, al pericolo di riduzione in schiavitù per il trattamento destinato nel paese di origine del

richiedente a chi si trovi in condizioni di insolvenza **Sez. 1, n. 29142/2020, Bellè, Rv. 660124 - 01,** che ha precisato che tale pericolo nulla ha a che vedere con la migrazione per motivi economici riconducibile al caso in cui l'espatrio sia esclusivamente connesso alla ricerca di una migliore condizione di vita.

È andata arricchendosi nel corso del 2020 la giurisprudenza in tema di persecuzione a causa dell'orientamento sessuale del richiedente. Tale condizione costituisce fattore di individuazione del "particolare gruppo sociale" la cui appartenenza, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. *d)*, del d.lgs. n. 251 del 2007, integra *ex se* una situazione di oggettiva persecuzione idonea a fondare il riconoscimento dello *status* di rifugiato, sussistendo tale situazione quando le persone di orientamento omosessuale sono costrette a violare la legge penale del loro Paese e ad esporsi a gravi sanzioni per poter vivere liberamente la propria sessualità: la circostanza per cui l'omosessualità sia considerata un reato dall'ordinamento giuridico del Paese di provenienza costituisce, di per sé, una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette grandemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare la concessione della protezione richiesta (vedi nell'anno appena trascorso **Sez. 1, n. 11172/2020, Caradonna, Rv. 657909-01**; **Sez. 1, n. 07438/2020, Scotti, Rv. 657482-01**). Tuttavia, per **Sez. 1, n. 09815/2020, Russo, Rv. 657835-01**, il mero fatto di qualificare come reato gli atti omosessuali non costituisce, di per sé, un atto di persecuzione, mentre una pena detentiva che sanzioni taluni atti omosessuali e che effettivamente trovi applicazione nel Paese d'origine deve essere considerata sanzione sproporzionata o discriminatoria, costituendo pertanto atto di persecuzione, come pure accade in caso di legislazione non esplicitamente omofoba, quando il soggetto è esposto a gravissime minacce provenienti da agenti privati senza che lo Stato sia in grado di proteggerlo.

In ogni caso, l'allegazione da parte dello straniero della propria condizione di omosessualità impone al giudice di porsi in una prospettiva *dinamica* e non statica (**Sez. 1, n. 09815/2020, cit.**), nel senso che ha il dovere di accertare se lo Stato di provenienza non possa o non voglia offrire adeguata protezione alla persona omosessuale, ex art. 5, lett. *c)*, del d.lgs. n. 251 del 2007, e dunque se, considerata la concreta situazione del richiedente e la sua particolare condizione personale, questi possa subire, a causa del suo orientamento sessuale, ex art. 8, lett. *d)*, del d.lgs. n. 251 del 2007, una minaccia grave ed individuale alla propria vita o alla persona (**Sez. 1, n. 11172/2020, cit.)**

Quanto alle modalità di raccolta delle dichiarazioni dell'asilante sul proprio orientamento sessuale, **Sez. 1, n. 09815/2020, cit.**, richiede la presenza di un intervistatore competente senza esigere il ricorso ad una perizia, con successiva loro valutazione giudiziale secondo i criteri procedimentali di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 251

del 2007, comparate con C.O.I. aggiornate e pertinenti, potendo essere sufficienti da sole a dimostrare l'appartenenza al gruppo sociale a rischio persecutorio, ovvero la circostanza che nel Paese d'origine il soggetto è stato percepito come tale.

Sez. 2, n. 02097/2020, Gorjan, Rv. 659312-01, quanto all'obiezione di coscienza, conformemente a quanto già ritenuto da Sez. 1 n. 30031/2019, Succio, Rv. 656354-01, afferma che l'interpretazione dell'art. 7, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 251 del 2007, correla la persecuzione alla previsione di sanzioni per il cittadino che si sottrae alla leva obbligatoria solo quando è in atto un conflitto, nel cui ambito si profili la concreta possibilità che il militare sia chiamato a concorrere nella commissione di crimini e violazioni dei diritti umani. Il cittadino straniero, che per tali motivi richieda asilo, ha, pertanto, l'onere di allegare specificamente che il conflitto esistente nelle zone in cui avrebbe presumibilmente espletato il servizio militare è condotto con modalità che implicano violazioni sistematiche dei diritti umani da parte dei militari o comunque l'alta probabilità della commissione di tali violazioni ad opera di questi ultimi.

3. I presupposti del riconoscimento della protezione sussidiaria.

Sez. 3, n. 11936/2020, Rossetti, Rv. 658019-01, nel distinguere l'onere probatorio che grava sul richiedente nelle diverse ipotesi di cui all'art. 14 lett. a) e lett. b), da un lato, e dall'art. 14 lett, c) dall'altro, afferma che, «al fine di ritenere integrate le due fattispecie normative di cui all'art. 14, lettera a) (condanna a morte o all'esecuzione della pena di morte) e lettera b) (tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante), del d.lgs. n. 251 del 2007, è necessario, diversamente da quanto disposto alla lettera c) del medesimo art. 14, che i rischi ai quali sarebbe esposto il richiedente in caso di rientro in patria siano "effettivi" (come richiesto dall'art. 2, comma 1, lett. g), dello stesso decreto) e, cioè, "individuali" o almeno "individualizzati" e non già configurabili in via meramente ipotetica o di supposizione».

Riguarda i presupposti sia del rifugio che della protezione sussidiaria, **Sez. 2, n. 25567/2020, Giannaccari, Rv. 659674-01** secondo cui la circostanza che il cittadino straniero, appartenente ad una minoranza etnica o politica, si astenga dalla partecipazione a manifestazioni o ad altre forme di manifestazioni di dissenso per timore di essere perseguitato o di essere arrestato, non esclude la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, ma costituisce un elemento da valutare ai fini dell'accertamento dell'esistenza, nel paese di provenienza, di discriminazioni e di persecuzioni sulla base dell'etnia e dell'appartenenza politica.

Sez. 1, n. 01359/2020, Marulli, Rv. 658385-01 non esclude che agenti del danno grave per il cittadino straniero possano essere soggetti privati, qualora nel Paese di origine non vi sia un'autorità statale in grado di fornirgli adeguata ed effettiva tutela, con conseguente dovere del giudice di effettuare una verifica officiosa sulla situazione del paese e, quindi, sull'eventuale inutilità di una richiesta di protezione alle autorità locali.

Quanto ai presupposti di cui all'art. 14, lett. b), **Sez. 1 n. 1343/2020, Scordamaglia, Rv. 656759-01** afferma che anche gli atti di vendetta e ritorsione minacciati o posti in essere da membri di un gruppo familiare, che si ritiene leso nel proprio onore a causa di una relazione (nella specie, sentimentale) esistente o esistita con un membro della famiglia, sono riconducibili, in quanto lesivi dei diritti fondamentali sanciti in particolare dagli artt. 2, 3 e 29 Cost. e dall'art. 8 CEDU, all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti e che è onere del giudice verificare in concreto se, in presenza di minaccia di danno grave ad opera di soggetti non statuali, lo Stato di origine del richiedente sia in grado o meno di offrire al soggetto vittima di tali atti un'adeguata protezione.

Sez. 1, n. 23017/2020, Balsamo, Rv. 659237-01, quanto agli atti di violenza domestica - come intesi dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, quali limitazioni al godimento dei diritti umani fondamentali - afferma che possono integrare i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, ex art. 14, lett. b) del d.lgs. n. 251 del 2007, in termini di rischio effettivo di "danno grave" per "trattamento inumano o degradante", qualora risulti che le autorità statuali non contrastino tali condotte o non forniscano protezione contro di esse, essendo frutto di regole consuetudinarie locali.

Afferma che la violenza di genere non può mai essere ridotta a fatto meramente privato e che, quindi, essa può costituire il presupposto sia per la protezione internazionale che per la protezione sussidiaria, **Sez. 1, n. 29943/2020, Oliva**, **Rv. 660199 - 01**. Così, secondo **Sez. 1, n. 06573/2020, Vella, Rv. 657087-01** può rientrare tra i trattamenti inumani e degradanti la coercizione esercitata mediante minaccia su una persona (donna o uomo) finalizzata a contrarre un matrimonio forzato in base a norme consuetudinarie del Paese d'origine, proveniente anche da soggetti diversi dallo Stato, qualora le autorità pubbliche o le organizzazioni che controllano lo Stato, o una sua parte consistente, non possano o non vogliano fornire protezione adeguata. Tale giurisprudenza, in tema di liti tra privati, fa seguito alla prevalente giurisprudenza degli anni precedenti, che, nelle più diverse fattispecie, ha affermato che la provenienza della persecuzione da parte di soggetti privati, sia pure a determinate condizioni, non potesse escludere la configurabilità del rifugio o della protezione sussidiaria (v. solo per il 2019 Sez. 1, n. 26823/2019, Federico, Rv. 655628-01, e Sez. 1 n. 29836/2019, Parise, Rv. 656267-01 in tema di libertà religiosa dello straniero;

Sez. 1, n. 28974/2019, Oliva, Rv. 655565-01, in tema di persecuzione derivante dall'avere ostacolato la pratica dell'infibulazione).

Sez. 1, n. 08930/2020, Scordamaglia, Rv. 657903-01, esclude, invece, non in linea teorica, ma nel caso di specie, la ricorrenza dei presupposti di cui agli artt. 14, lett. a) e b) in un caso in cui era stato dedotto che il danno grave era rappresentato dalla mera difficoltà, allegata dal richiedente, di pagare i suoi creditori nel paese di origine. Tale giurisprudenza si pone in contrasto, tuttavia, con quanto affermato da **Sez. 2 n. 19258/2020, Besso Marcheis, Rv. 659126-01**, che ha escluso la rilevanza ai fini della concessione della protezione internazionale, di una "fatwa" considerata vicenda privata **e con Sez. 2, n. 23281/2020, Manna, Rv. 659378-01,** che ha escluso la rilevanza di liti per ragioni proprietarie o familiari. Entrambe le pronunce si riportano alla motivazione di Sez. 6-1, n. 09043/2019, Lamorgese, Rv. 653794-01, che aveva escluso che le liti tra privati potessero essere addotte come causa di persecuzione o danno grave, nell'accezione offerta dal d.lgs. n. 251 del 2007, trattandosi, per l'appunto, di "vicende private", estranee al sistema di protezione internazionale, non rientrando né nelle forme dello *status* di rifugiato (art. 2, lett. e), né nei casi di protezione sussidiaria (art. 2, lett. g). Ciò in quanto l'art. 5 del cit. decreto individua chi sono - e devono essere - i responsabili della persecuzione o del danno grave, sicché per ricomprendere le c.d. vicende private tra le cause di persecuzione o danno grave, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, occorrerebbe valorizzare oltremisura il riferimento ai «soggetti non statuali» indicati nella lett. c) dell'art. 5. Tuttavia - si argomenta in parte motiva - detti soggetti non statuali sono considerati responsabili della persecuzione o del danno grave solo «se ["può essere dimostrato che…": cfr. art. 6 della direttiva n. 2004/83/CE] i responsabili di cui alle lett. a), e b) [vale a dire lo Stato e le organizzazioni internazionali] non possono o non vogliono fornire protezione», a fronte di atti persecutori e danno grave non imputabili direttamente ai medesimi «soggetti non statuali», ma pur sempre allo Stato o alle menzionate organizzazioni collettive. Pertanto - si conclude - un'interpretazione che, facendo leva sul generico riferimento del legislatore ai «soggetti non statuali», faccia assurgere le controversie tra privati (o la mancata o inadeguata tutela giurisdizionale offerta dal Paese per la risoluzione delle stesse) a cause idonee e sufficienti a integrare la fattispecie persecutoria o del danno grave, verrebbe a porsi in rotta di collisione con il principio secondo cui «i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave» (Considerando 26 della direttiva n. 2004/83/CE).

Quanto all'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c), **Sez. 2, n. 15317/2020, Lombardo, Rv. 658284-01** conferma il principio già espresso da Sez. 6-1, n. 18306/2019, Sambito, Rv. 654719-01**,** secondo il quale la nozione di violenza indiscriminata in

situazioni di conflitto armato, interno o internazionale, in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (sentenza 30 gennaio 2014, in causa C-285/12), deve essere interpretata nel senso che il conflitto armato interno rileva solo se, eccezionalmente, possa ritenersi che gli scontri tra le forze governative di uno Stato e uno o più gruppi armati, o tra due o più gruppi armati, siano all'origine di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione sussidiaria. Il grado di violenza indiscriminata deve aver pertanto raggiunto un livello talmente elevato da far ritenere che un civile, se rinviato nel Paese o nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire detta minaccia. Quanto alle cause ostative al riconoscimento della protezione sussidiaria **Sez. 1, Tria, n. 01033/2020, Rv. 656757-01** afferma che, ai fini dell'affermazione della sussistenza della causa ostativa, ex art. 10, comma 2, lett. b), e 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, alla protezione sussidiaria (o umanitaria) rappresentata dalla commissione da parte del richiedente di un delitto comune (nella specie: omicidio di un parente), il giudice del merito deve fra l'altro tenere conto anche del tipo di trattamento sanzionatorio previsto nel Paese di origine per il reato commesso dal richiedente - anche previo utilizzo dei poteri di accertamento ufficiosi di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 - in quanto il rischio di sottoposizione alla pena di morte nel Paese di provenienza o anche il rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti nelle carceri del proprio paese può avere rilevanza per l'eventuale riconoscimento sia della protezione sussidiaria, in base al combinato disposto dell'art. 2, lett. g), del d.lgs. n. 251 del 2007 con l'art. 14, lett. a) e b) dello stesso d.lgs., sia, in subordine, della protezione umanitaria, in base all'art. 3 CEDU e all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Sempre in tema di cause ostative, **Sez. L. n. 26604/2020, Cinque, Rv. 659628-01** afferma, che la commissione di un grave reato all'estero, rilevante, ai sensi degli artt. 10, comma 2, lett. b), e 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, quale causa ostativa al riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria, non può essere ritenuta sussistente sulla base di una mera prospettazione di parte, ma dev'essere concretamente accertata dal giudice, tenuto a verificare, anche previo utilizzo dei poteri di accertamento ufficiosi di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, da un lato se la contestata violazione di norme di legge nel paese di provenienza provenga dagli organi a ciò istituzionalmente deputati e abbia avuto ad oggetto la legittima reazione dell'ordinamento all'infrazione commessa, non costituendo piuttosto una forma di persecuzione razziale, di genere o politico-religiosa verso il denunciante, dall'altro il tipo di trattamento sanzionatorio previsto nel Paese di origine per il reato commesso dal richiedente, in quanto il rischio di subire torture o trattamenti inumani o degradanti nelle carceri può avere rilevanza per l'eventuale riconoscimento sia della protezione sussidiaria, in base al combinato

disposto dell'art. 2, lett. g), del d.lgs. n. 251 del 2007 con l'art. 14, lett. b), dello stesso d.lgs., sia, in subordine, della protezione umanitaria, in base all'art. 3 CEDU e all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Infine, avuto riguardo alla censurabilità in cassazione dell'accertamento della situazione di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, di cui all'art. 14, lett. c) del d. lgs, n. 251 del 2007 che sia causa per il richiedente di una sua personale esposizione al rischio di un danno grave, **Sez. 2, n. 23942/2020, Rv. 659606-01**, afferma che tale vizio implica un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito, censurabile solo nei limiti consentiti dall'art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.

4. La protezione umanitaria ed i suoi rapporti con le altre forme di protezione.

Nell'anno che sta per concludersi la S.C. ha dato il suo contributo determinante nel rendere effettivo, secondo la previsione costituzionale di cui all'art. 10 comma 3 Cost., il diritto alla protezione internazionale, in un quadro normativo fortemente instabile.

Gli snodi cruciali che si sono evidenziati nella giurisprudenza di legittimità, impegnata in un continuo dialogo con il giudice di primo grado, si colgono in alcuni dei temi fondanti, soprattutto dopo le recenti modifiche dirette alla ridefinizione della fisionomia della protezione umanitaria in rapporto al d.l.. 4 ottobre 2018, n. 113, conv., con modif., dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132 recentemente rivisitato, in parte, per effetto del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv., con modif., dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173.

In via di sintesi , la nuova disciplina limita la revoca o il rifiuto del permesso di soggiorno quando ciò sia incompatibile con il diritto costituzionale italiano e gli obblighi internazionali, ossia tenta di risolvere e superare le obiezioni di incostituzionalità e contrasto con i principi di diritto internazionale che erano state mosse all'indomani dell'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari per effetto del citato d.l. n.113 del 2018, richiamando l'art. 10 comma 3 Cost. che riconosce il diritto di asilo.

Come noto, infatti, la disciplina della protezione umanitaria risultava in parte, contenuta nel d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif., dalla l. n. 132 del 2018, che aveva rivisitato integralmente la materia del permesso di soggiorno per motivi umanitari ricatalogandolo in una serie di fattispecie vincolate definite «casi speciali».

Nel corso del 2020 è entrata in vigore la novella contenuta nel d.l. n. 130 del 2020 che ha introdotto novità importanti in tema di permessi di soggiorno, di controlli alle frontiere, di concessione della cittadinanza, di non refoulement, di procedure dinanzi

alle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, di detenzione amministrativa degli stranieri.

Inoltre, un nuovo sistema di accoglienza, denominato Sistema di accoglienza e integrazione (SAI) prende il posto del SOPROIMI che, a sua volta, aveva preso il posto del sistema SPRAR..

La novella citata ha ridisegnato la protezione umanitaria con l'introduzione del permesso di protezione speciale a salvaguardia della vita privata e familiare dello straniero perimetrando in senso ampio le categorie di permessi che possono convertirsi in permesso di lavoro, oltre a quelle di più estesa casistica per ottenere il permesso per cure mediche ed introducendo la più completa fattispecie legata alla migrazione c.d. ambientale con il nuovo titolo di permesso di soggiorno per calamità e «migranti ambientali».

I successivi sviluppi della giurisprudenza di legittimità ci racconteranno il cammino applicativo di queste nuove fattispecie mentre la S.C. ha affrontato per tutto il 2020 le problematiche legate al regime intertemporale create dal d.l. n. 113 del 2018 (conv. in l. n. 132 del 2018).

In proposito, la giurisprudenza della Corte, anticipando le tematiche legate al permesso di soggiorno per motivi di salute, ha ritenuto che la domanda dell'asilante dovrà essere scrutinata in base alle norme esistenti *ratione temporis* e comporterà il rilascio del permesso di soggiorno «per casi speciali» previsto dall'art. 1, comma 9, del suddetto d.l., della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato, e non del nuovo permesso per motivi di salute introdotto dall'art. 19, comma 2, lett. d) *bis*, del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, come modificato dal citato art. 1 comma 9 del d.l. n. 113 del 2018, convertito dalla l. n. 132 del 2018, avente contenuto e durata più restrittivi (**Sez. 1, n. 23898/2020, Iofrida, Rv. 659571-01**).

Anticipando, inoltre, il nucleo della novella n. 130 del 2020 (che tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale), con **Sez. 2, n. 22832/2020, De Marzo, Rv. 659373-01**. la S.C. ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per la concessione della protezione umanitaria nel caso di un padre convivente di un minore presente sul territorio italiano, senza che, a tal fine, si ponga come preclusiva l'autorizzazione ex art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998, finalizzata alla tutela di un interesse non già del richiedente, bensì essenzialmente del minore, mediante il collegamento tra la vulnerabilità che giustifica la protezione umanitaria e la tutela dei legami familiari di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della CEDU.

Con **Sez. 1, n. 23720/ 2020, Pazzi, Rv. 659278-01** la S.C. nel riportare nell'alveo della protezione umanitaria la tutela dei legami familiari precisa che nell'effettuare il

giudizio di comparazione tra la situazione del richiedente in Italia e la condizione in cui questi verrebbe a trovarsi nel paese di provenienza ove rimpatriato, il giudice, al fine di dare concreta attuazione al diritto alla vita privata e familiare, protetto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, deve tener conto, quale fattore concorrente ma non esclusivo di un'eventuale situazione di vulnerabilità, anche dell'esistenza e della consistenza dei legami familiari del richiedente in Italia, effettuando un bilanciamento tra il pericolo di danno alla vita familiare e l'interesse statale al controllo dell'immigrazione. Nella specie la Corte confermava la pronuncia del giudice di merito che aveva ravvisato una condizione di vulnerabilità per il richiedente asilo che aveva abbandonato un paese in cui non aveva legami socio-culturali ed affettivi di nessun genere, ricongiungendosi alla madre, regolarmente soggiornante in Italia,paese dove invece aveva avviato anche un percorso di integrazione).

Come precisato da **Sez. 1, n. 22052/2020, Amatore, Rv. 659026-01,** deve essere individuata quale condizione di vulnerabilità quella della donna in stato di gravidanza ed anche, conseguentemente, anche la situazione di madre con figlio minore, considerato che l'art. 19, comma 2, lett. d), del d.lgs. n 286 del 1998 prevede il divieto di espulsione per le donne in gravidanza e nei sei mesi successivi al parto e che l'art. 2, comma 11, lett. h) *bis*, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, include tra le persone vulnerabili anche le donne in stato di gravidanza ed i genitori singoli con figli minori,.

Può dirsi, allora, che la giurisprudenza della Corte nel farsi interprete attraverso letture orientate verso l'art. 10 comma 3 Cost. della normativa vigente ha inteso superare una catalogazione rigida delle esigenze umanitarie dando voce alle esigenze di salvaguardia del contenuti minimi dei diritto dell'asilante anche rispetto al diritto alla salute, interpretando in modo ampio l'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998, rispetto al nucleo della protezione umanitaria. Sez. 1, n. 2558/2020, Tria, Rv. 656623 - 01 ha affermato, invero che nei casi in cui *ratione temporis* sia applicabile l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, ai fini del riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, la vulnerabilità del richiedente può anche essere conseguenza di una seria esposizione al rischio di una lesione del diritto alla salute adeguatamente allegata e dimostrata, né tale primario diritto della persona può trovare tutela esclusivamente nell'art. 36 del d. lgs. citato, in quanto la ratio della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona, come quello alla salute, e al contempo di essere posti nella condizione di integrarsi nel paese ospitante anche attraverso un'attività lavorativa, mentre il permesso di soggiorno per cure mediche di cui all'art. 36 si può ottenere esclusivamente mediante specifico visto d'ingresso e pagamento delle spese mediche da parte dell'interessato.

Nell'interpretazione della S.C., la valutazione di vulnerabilità nella più ampia accezione attenta ai valori costituzionali, non va, peraltro, condizionata dall'esistenza di Paesi definiti "sicuri".

In proposito, come noto, il d.l. n.113 del 2018, conv. nella l. n. 132 del 2018, ha introdotto modifiche ai decreti legislativi n. 25 del 2008 e n. 251 del 2007 inserendo nell'impianto normativo l'istituto del "paese di origine sicura", in conformità della Direttiva 2013/32/UE, all'articolo 41, peraltro, non introdotto nel nostro ordinamento a tutto il 2018.

Recentemente il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione di concerto con i Ministri dell'Interno e della giustizia, come previsto dal d.l. n. 113 del 2018 ha individuato tredici Paesi dichiarati di origine sicuri: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina.

La S.C. è intervenuta sul tema con **Sez. 2, n. 19252/2020, Besso Marcheis, Rv. 659111-01** affermando che, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata ed attenta alla tutela del diritto di asilo, indipendentemente, dall'avvenuto inserimento del paese di origine del richiedente nell'elenco dei "cd. paesi di origine sicura" di cui all'art. 1 del d.m. M.A.E. del 4 ottobre 2019, non è preclusa, ai fini della protezione umanitaria, l'indagine ufficiosa sulla zona d'origine laddove il richiedente alleghi l'esistenza della pericolosità di quell'area.

Da un punto di vista processuale va, inoltre, segnalato l'orientamento che, in funzione della natura multilivello degli istituti di protezione dello straniero, valorizza l'esigenza di valutazioni specifiche, in funzione dei diversi presupposti, e individualizzate, di modo che il diniego d'una forma di protezione non possa escludere l'altra.

A riguardo **Sez. 1, n. 7622/2020, M. Di Marzio, Rv. 657464-01**, ha affermato che, le diverse forme di protezione sono caratterizzate da differenti *causae petendi* con la conseguenza che sarà onere del richiedente allegare fatti specifici a seconda della forma di protezione invocata. Ciò sta a significare che i presupposti necessari al riconoscimento della protezione umanitaria devono essere individuati autonomamente rispetto a quelli previsti per le forme di rango primario (rifugiato e sussidiaria) non essendo tra loro sovrapponibili, mentre i fatti storici posti a fondamento della positiva valutazione della condizione di vulnerabilità ben possono essere gli stessi già allegati per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o la concessione della protezione sussidiaria; spetta al giudice qualificare detti fatti ai fini della riconduzione all'una o all'altra forma di protezione previste (**Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-05**).

Si può, quindi, affermare che la decisione sulla domanda di protezione sussidiaria non tenderà ad assorbire quella sulla domanda di protezione umanitaria né in senso

proprio, in quanto non fa venir meno l'interesse del richiedente asilo, né in senso improprio, perché il rigetto della prima non esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulla seconda e non comporta, di per sé, un implicito rigetto della stessa (**Sez. 3, n. 11935/2020, Rossetti, Rv. 658018-01**).

4.1 La condizione di vulnerabilità.

L'autonomia della categoria della protezione umanitaria' esige che la condizione di "vulnerabilità" del richiedente debba essere verificata caso per caso ed in concreto mettendo a confronto la sua vita privata in Italia, con quella che si prospetta in caso di rimpatrio non potendosi tipizzare le categorie soggettive meritevoli di tale tutela che è, invece, atipica e residuale, nel senso che copre tutte quelle situazioni in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento dello "*status*" di rifugiato o della protezione sussidiaria, possano sussistere condizioni di vulnerabilità (**Sez. 3, n. 08571/2020, Di Florio, Rv. 657814-01**).

In particolare, **Sez. 1, n. 01104/2020, Amatore, Rv. 656791-01**, e così anche **Sez. 2, n. 20894/2020, F. Manna, Rv. 659211-01,** hanno affermato che ove sia ritenuta credibile la situazione di eccezionale vulnerabilità allegata dal richiedente, il confronto tra il grado di integrazione raggiunto nel nostro paese e la situazione oggettiva del paese di origine va condotto secondo il principio di «comparazione attenuata», nel senso che quanto più intensa sarà la vulnerabilità accertata in giudizio, tanto più sarà consentito al giudice di valutare con minor rigore il *secundum comparationi*s ed anche con riferimento alla permanenza nel paese di transito, e senza che assuma rilievo la mancata allegazione di fatti diversi da quelli dedotti per la richiesta di rifugio politico e per quella di protezione sussidiaria (**Sez. 3, n. 11912/2020, Travaglino, Rv. 658295-01**).

La vulnerabilità si manifesta anche, secondo la S.C., in una compressione irragionevole di un diritto alla libertà di scelta della compagna di vita e, quindi, nell'ostacolo posto all'aspirazione dell'individuo a formarsi una famiglia laddove sia presente una discriminazione di casta che vieti l'unione tra persone di estrazione sociale diversa, oppure, secondo **Sez. 1, n. 20642/2020, Fidanzia, Rv. 658883-01**, in una situazione di grave povertà che lambisce la carestia purché documentabile da fonti attendibili (**Sez. 3, n. 20334/2020, Rossetti, Rv. 658988 - 01**)

Non rileva, perciò, l'espressa limitazione della domanda ad alcune soltanto delle modalità di protezione possibili, poiché tale perimetrazione non può assumere il significato di una rinuncia tacita alla protezione non richiesta, quando i fatti esposti nell'atto introduttivo siano rilevanti rispetto alla fattispecie non espressamente invocata (**Sez. 3, n. 08819/2020, Travaglino, Rv. 657916-01**).

4.2. Protezione umanitaria e regime probatorio.

La giurisprudenza della S.C., nel soffermarsi sulle regole dell'onere probatorio semplificato a favore del migrante ribadisce, innanzitutto, quell'orientamento secondo il quale il richiedente è tenuto ad allegare i fatti costitutivi del diritto alla protezione richiesta secondo il principio della cooperazione istruttoria, e, ove non impossibilitato, a fornirne la prova, dal momento che la deroga al principio dispositivo si radica in un'allegazione il più possibile facilitata dal dovere di cooperazione istruttoria e di quello di tenere per veri i fatti che lo stesso richiedente non è in grado di provare.

Si è posto, però, alla giurisprudenza di legittimità il problema dello scrutinio di credibilità soggettiva condotto alla stregua dei criteri indicati dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007, rispetto all'impulso probatorio officioso e di come esso debba precedere qualsiasi valutazione sulla credibilità del richiedente. Per il compiuto esame della giurisprudenza di legittimità sulla valutazione delle dichiarazioni del richiedente ed il dovere di cooperazione istruttoria del giudice si rinvia a quanto esposto nei par. 1.12, 1.13 e 1.14.

Giova solo sottolineare che secondo la giurisprudenza della S.C. il giudizio di scarsa credibilità della narrazione del richiedente, relativo alla specifica situazione dedotta a sostegno di una domanda di protezione internazionale, non preclude al giudice di valutare altre circostanze che integrino una situazione di "vulnerabilità" ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, poiché la statuizione su questa domanda è frutto di una valutazione autonoma e non può conseguire automaticamente al rigetto di quella concernente la protezione internazionale (**Sez. 1, n. 08020/2020, Ghinoy, Rv. 657498-01**; **Sez. 1, n. 07985/2020, Acierno, Rv. 657565-01**). Anche il livello di integrazione, ai fini della concessione della protezione umanitaria, va valutato non come necessità di un pieno, irreversibile e radicale inserimento nel contesto sociale e culturale del paese, ma come ogni apprezzabile sforzo d'inserimento nella realtà locale di riferimento, dimostrabile, in ipotesi, attraverso la produzione di attestati di frequenza e di apprendimento della lingua italiana o di partecipazione ad attività di volontariato nonché di contratti di lavoro anche a tempo determinato (**Sez. 3, n. 21240/2020, Pellecchia, Rv. 659030-01**).

4.3. Protezione umanitaria, qualche accenno sul rito applicabile.

Sez. 1, n. 2120/2020, Scotti, Rv. 656808-01, afferma che nella vigenza dell'art. 3, comma 1, lett. d), e comma 4, del d.l. n. 13 del 2017, conv. con modif. dalla l. n. 46 del 2017, nel regime antecedente alla modifica introdotta dall'art. 1, comma 3, lett. a), del d.l. n. 113 del 2018, conv. dalla l. n. 132 del 2018 dato che sulla domanda di protezione umanitaria la competenza per materia fa capo alla sezione specializzata

del tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario ovvero secondo il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis ss. c.p.c., se il ricorrente, per sua scelta, abbia cumulato la domanda di protezione umanitaria con quelle aventi per oggetto lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria, assoggettate allo speciale rito camerale di cui all'art. 35 bis del d.lgs. n. 25 del 2008, egli non può poi dolersi della mancata pronuncia di inammissibilità della domanda di protezione umanitaria, in applicazione del divieto di venire contra factum proprium di cui all'art. 157, comma 3, c.p.c., secondo il quale la nullità non può mai essere opposta dalla parte che vi ha dato causa.

In ogni caso, secondo **Sez. 1, n. 13575/2020, Vella, Rv. 658236-01**, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 3, lett. a), del d.l. n. 113 del 2018 nel caso di proposizione, con un unico ricorso dell'azione finalizzata ad ottenere le protezioni maggiori e di quella volta al riconoscimento della protezione umanitaria comporta la trattazione unitaria di tutte le domande da parte della sezione specializzata del tribunale, in composizione collegiale, secondo il rito camerale previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, stante la profonda connessione, soggettiva e oggettiva, esistente tra le domande, oltre che per la prevalenza della composizione collegiale su quella monocratica, sancita dall'art. 281-nonies c.p.c. ed in attuazione del principio della ragionevole durata del processo.

Ne deriva che l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione dell'organo che abbia privato il ricorrente di un grado di giudizio di merito, impedendogli la deduzione del vizio di composizione del giudice quale motivo d'impugnazione davanti ad altro giudice di merito, determina la rimessione della causa al primo giudice per un nuovo esame della domanda (**Sez. 1, n. 28640/2020, Caradonna, non massimata**).

4.4. Il Regolamento Dublino III.

Come noto, il Regolamento "Dublino III" vincola tutti i Paesi membri dell'Unione europea, esclusa la Danimarca, e, per effetto di accordi ad hoc anche la Norvegia, Svizzera, Islanda e Liechtenstein.

L'obiettivo di detto regolamento è quello di garantire che l'esame della domanda d'asilo di un richiedente competa ad un solo Stato e, pertanto, una volta stabilito quale sia lo Stato competente, è applicato il diritto interno dello Stato in questione.

La CGEU ha più volte richiamato il valore fondante della fiducia reciproca basato sul *mutual trust* tra gli Stati membri, prendendo atto che la costruzione di un sistema comune europeo di asilo incontra in, concreto, un rischio per il richiedente la protezione internazionale nel trasferimento verso uno degli Stati membri nel quale

non sia assicurato il rispetto dei suoi diritti fondamentali (Causa C-163/17, *Abubacarr Jawo contro Bundesrepublik Deutschland*).

Infatti, l'individuazione della sede sul territorio dello Stato che ha preso in carico la richiesta di protezione va interpretata alla luce del diritto di difesa (art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) non solo pieno, ma «effettivo» come si esprime il citato articolo, il che sta a significare che lo straniero deve vedersi garantita una facile accessibilità ai suoi diritti di impugnativa, in linea con l'art. 24 della Costituzione e con l'art. 13 della Cedu.

La S.C., in proposito, ha affermato che il procedimento di determinazione dello Stato membro competente, pur inserendosi nel contesto relativo alla domanda di protezione internazionale, è dotato di una propria autonomia strutturale e funzionale, configurandosi quale procedimento d'ufficio, disciplinato dal Regolamento UE n. 604 del 2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che, all'art. 4, rubricato «Diritto di informazione», prescrive (in particolare nei commi 2 e 3) che l'informazione essenziale sia fornita per iscritto attraverso uno specifico «opuscolo comune», redatto in conformità al medesimo regolamento, funzionale ad informare l'interessato sulle finalità del regolamento e sulle conseguenze dell'eventuale presentazione di un'altra domanda in uno Stato membro diverso, (**Sez. 1, n. 21553/2020, Scordamaglia, Rv. 658981-01**).

Come noto, il criterio di maggiore impatto nei flussi migratori provenienti dai Paesi terzi, ai fini della determinazione della competenza di presa in carico della domanda di asilo, è quello del Paese di primo ingresso irregolare. Tale circostanza ha spinto alcuni Stati, a cercare di sottrarsi alla propria competenza prevenendo l'ingresso dei richiedenti asilo, in aperta violazione del principio di *non refoulement*.

Il correttivo del sistema generale di individuazione dello Stato chiamato a prendere in carico la domanda di protezione internazionale risiede nell'art. 17 del regolamento Dublino III ((Regolamento del Consiglio CEE 26/06/2013 n. 604 art. 17, par. 1) che consente, come noto, ad ogni Stato membro di poter derogare ai criteri di competenza per motivi umanitari e caritatevoli, al fine di consentire all' asilante il ricongiungimento con familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela e di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata in quello o in un altro Stato membro, anche se tale esame non è di sua competenza secondo i criteri vincolanti stabiliti nel regolamento.

In tal caso, esercitata la c.d. "clausola discrezionale", la domanda rimane di competenza della singola Autorità nazionale, che, nel caso dell'Italia, s'identifica con l'Unità di Dublino operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno.

Al descritto meccanismo di deroga il giudice ordinario rimane estraneo ma può esercitare un controllo con la conseguenza che il rifiuto di esercitare tale facoltà,

risolvendosi nella decisione di trasferire il cittadino straniero, può essere contestato in sede giurisdizionale, mediante l'impugnazione di tale decisione, al fine di verificare se l'Amministrazione abbia esercitato la propria discrezionalità in violazione dei diritti soggettivi riconosciuti al richiedente asilo dal regolamento menzionato e, più in generale, dall'impianto normativo euro unitario (**Sez. 1, n. 23724/2020, Pazzi, Rv. 659437-01**).

Tuttavia, come precisato da **Sez. 1, n. 23584/2020, Pazzi, Rv. 659239-01**, nel caso di ripresa in carico dell'asilante da parte dello Stato individuato come competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale il provvedimento dell'Unità Dublino di trasferimento del richiedente potrà essere impugnato davanti al giudice ordinario il quale non potrà, però, annullare il provvedimento dell'Amministrazione sulla base della violazione di norme procedurali verificatasi nel corso della procedimento(nella specie, il tribunale aveva riscontrato la dedotta violazione degli artt. 4 e 5 del reg. Dublino III, rispettivamente, relativi alla omessa comunicazione di informazioni sulla procedura ed all'omesso colloquio con il richiedente), atteso che la competenza ad individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, spetta, in base all'art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 25 del 2008, all'Unità Dublino e che il sindacato del giudice ordinario deve ritenersi limitato al vaglio della sussistenza di carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro designato, che implichino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sempre che tale situazione sia tale da superare l'art. 78 del TFUE).,.

Per converso, secondo **Sez. 1, n. 02119/2020, Lombardo, Rv. 656581-01**, una volta che lo straniero sia stato preso in carico da uno degli Stati membri e, tuttavia, lasci il territorio UE per più di tre mesi (ex art. 19, comma 2, par. 2, del reg. U.E. n. 604 del 2013)la domanda di protezione internazionale si radica ex novo in un nuovo procedimento di determinazione dello Stato competente. Nella specie la S.C. ha annullato con rinvio il provvedimento impugnato che, in relazione ad una domanda di protezione internazionale proposta originariamente in Germania e successivamente riproposta in Italia, aveva ritenuto competente il primo Stato, sull'assunto che quest'ultimo non aveva esercitato la facoltà discrezionale di denegare la propria competenza.

5. L'espulsione amministrativa.

La disciplina dell'espulsione amministrativa dello straniero irregolare è inserita in un complesso quadro normativo di riferimento.

Chi è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera o non ha titolo per rimanervi, può essere destinatario di un provvedimento di espulsione amministrativa (con avvio allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza) disposta dal prefetto ed eseguita dal questore, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria che procede per reati a carico dello straniero espulso «salvo che sussistano inderogabili esigenze processuali» (art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998).

Si tratta di un provvedimento impugnabile davanti al giudice di pace *ex* art. 18 del d.lgs. n. 150 del 2011, che può eseguirsi mediante accompagnamento alla frontiera (art. 13, commi 4 e 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998): misura restrittiva della libertà personale che necessita di convalida da parte del giudice e che, una volta concessa, rende definitivo il provvedimento di espulsione (prima sospeso nella sua efficacia).

Con riguardo al profilo delle garanzie dell'espellendo, nella fase amministrativa, la consolidata giurisprudenza di legittimità, da ultimo riaffermata da Sez. 1, n. 27682/2018, Acierno, Rv. 651119-01, ha escluso l'obbligo di dare preventiva comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento amministrativo di espulsione, ai sensi degli artt. 7 e 8 della l. n. 241 del 1990: l'argomentazione (leggibile, tra le altre, in Sez. 1, n. 28858/2005, Spagna Musso, Rv. 586798-01), valorizza la specialità della procedura espulsiva, ove rilevano sia motivi di ordine di pubblico che di sicurezza dello Stato, e tiene conto, altresì, dei caratteri di celerità e speditezza che ne connotano l'*iter*.

Il decreto di espulsione va tradotto nella lingua propria del destinatario: la mancata traduzione - ribadisce da ultimo **Sez. 6-1, n. 0426/2020, Terrusi, Rv. 657238-01** - comporta la nullità (non l'inesistenza) del provvedimento di espulsione che però, pur potendo esser fatta valere con l'opposizione tardiva, non è deducibile senza limiti di tempo, occorrendo a tal fine verificare se la violazione dell'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 abbia effettivamente determinato un'ignoranza del contenuto dell'atto tale da impedirne l'identificazione e se, *medio tempore*, lo straniero non abbia comunque avuto adeguata conoscenza della natura dell'espulsione e del rimedio proponibile, nel qual caso è da tale momento che dovrà farsi decorrere il termine per la proposizione dell'opposizione tardiva fondata sull'intervenuta nullità. In ogni caso, l'eventuale l'impossibilità di traduzione è condizione necessaria e sufficiente perché il decreto di espulsione risulti immune da vizi di nullità (Sez. 6-1, n. 17558/2010, Salmè, Rv. 614305). Grava, poi, sulla P.A. l'onere di provare l'eventuale conoscenza della lingua italiana o di una delle lingue veicolari da parte del destinatario del provvedimento: l'accertamento compete al giudice di merito il quale, a tal fine, deve valutare gli elementi probatori acquisiti al processo, tra cui assumono rilievo anche le dichiarazioni rese dall'interessato nel cd. foglio-notizie, ove egli abbia dichiarato di conoscere una determinata lingua nella

quale il provvedimento sia stato tradotto (così **Sez. 3, n. 24015/2020, Di Florio, Rv. 659526-02**).

La competenza ad emanare l'atto espulsivo è del prefetto, mentre l'esecuzione deve essere curata dal questore. Come ha precisato Sez. 6-1, n. 18540/2016, Bisogni, Rv. 641171-01, spetta al prefetto stabilire se sussistono le condizioni per concedere, col provvedimento di espulsione, il termine per la partenza volontaria, mentre è il questore che deve indicare, in tale evenienza, le condizioni per la permanenza *medio tempore* dello straniero nel territorio nazionale, oppure, qualora venga disposta l'espulsione immediata, decidere se provvedere all'accompagnamento coattivo immediato, al trattenimento presso il centro di permanenza per i rimpatri o all'intimazione *ex* art. 14, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998. Non vi è pertanto contraddittorietà, secondo la S.C., tra il diniego di concessione di partenza volontaria e la mancata adozione di misure di controllo, che restano applicabili, alternativamente o cumulativamente, dal questore solo nell'ipotesi in cui sia stata accolta dal prefetto la richiesta di rimpatrio volontario.

Quanto ai vizi del decreto prefettizio di espulsione ed alla tempestività della impugnazione del medesimo si rinvia a quanto già esposto nella rassegna precedente.

Passando alle questioni relative alla natura giuridica dell'espulsione amministrativa, è consolidato l'orientamento che riconosce l'obbligatorietà ed il carattere vincolato dell'atto (**Sez. 2, n. 18788/2020, Oliva, Rv. 659123-01**; Sez. 6-1, n. 28860/2018, Terrusi, Rv. 651500-02), escludendosi pertanto qualsivoglia potere discrezionale in capo al prefetto. Il principio è ripetutamente affermato nel caso di reingresso dello straniero nel territorio dello Stato di cui all'art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286 del 1998 (Sez. 6-1, n. 25414/2018, Lamorgese, Rv. 651125-01, conforme a Sez. 6-1, n. 18540/2016, Bisogni, Rv. 641171-01; Sez. 6-1, n. 12976/2016, De Chiara, Rv. 640104-01, Sez. 6-1, n. 8984/2016, Genovese, Rv. 639502-01).

Attesa l'automaticità del provvedimento espulsivo, il giudice innanzi al quale viene impugnato è tenuto unicamente a controllare la sussistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne imponevano l'emanazione (così da ultimo **Sez. 1, n. 18788/2020, Oliva**, cit.; Sez. 1, n. 28860/2018, Terrusi, Rv. 651500-01) i quali consistono nella mancata richiesta, in assenza di cause di giustificazione, del permesso di soggiorno, ovvero nella sua revoca od annullamento o nella mancata tempestiva richiesta di rinnovo che ne abbia comportato il diniego; al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento espulsivo non è invece consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo, poiché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul

decreto di espulsione. Al giudice dell'opposizione al provvedimento di espulsione non è consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno, ovvero ne abbia negato il rinnovo. Tale sindacato spetta, secondo la giurisprudenza di legittimità, unicamente al giudice amministrativo, davanti al quale viene impugnato il provvedimento del questore, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione. Ne consegue che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione del provvedimento del questore, non giustifica la sospensione del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile (**Sez. 2, n. 19788/2020, Oliva, cit.**; conf. Sez. 6-1, n. 15676/2018, Acierno, Rv. 649334-01; Sez. 6-1, n. 12976/2016, De Chiara, Rv. 640104-01).

Poteri giudiziali di accertamento pieno (e non già limitati da un'insussistente discrezionalità amministrativa) sono invece riconosciuti dalla giurisprudenza in tema di valutazione dei presupposti espulsivi per motivi di ordine e sicurezza pubblica di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998come già esposto nella rassegna precedente.

In tema di rapporti tra il decreto di espulsione e la presentazione della domanda di protezione internazionale da ultimo, secondo **Sez. 3, n. 24009/2020, Di Florio, Rv. 659539-01**, la pendenza del relativo giudizio, ove la Commissione territoriale abbia dichiarato l'inammissibilità della domanda proposta, perché reiterata, non produce la sospensione automatica degli effetti della decisione amministrativa, ostandovi l'art. 35-*bis*, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008, che la esclude testualmente. Ne consegue che in sede di opposizione al provvedimento di espulsione, emesso e comunicato contestualmente al provvedimento della Commissione territoriale, non può farsi valere, alcuna efficacia sospensiva derivante dalla concomitanza del procedimento di protezione internazionale.

In tema di vizi del provvedimento espulsivo **Sez. 6-1, n. 7128/2020, Lamorgese, Rv. 657555-01**, ha escluso l'illegittimità del provvedimento di espulsione amministrativa perché privo del termine per la partenza volontaria, potendo incidere tale mancanza sulla misura coercitiva adottata per eseguire l'espulsione, ma non sulla validità del provvedimento espulsivo, o perché non contenga l'informazione circa la facoltà di fare rientro volontario, ostandovi il principio secondo cui detta omessa informazione può essere fatta valere esclusivamente nel giudizio di convalida avverto il provvedimento di accompagnamento coattivo o di trattenimento emesso dal questore, attesa la separazione in due fasi distinte del complessivo procedimento di allontanamento

coattivo dello straniero. Ne consegue l'insussistenza della violazione della direttiva 2008/115/CE in quanto il diritto dell'interessato a contraddire o a difendersi in merito all'alternativa tra partenza volontaria ed esecuzione coattiva dell'espulsione può dispiegarsi nel predetto giudizio di convalida (v., altresì in parte motiva, anche Sez. 6-1, n. 25414/2018, Lamorgese, Rv. 651125-01, conf. Sez. 6-1, n. 18540/2018, Bisogni, Rv. 641169-01).

5.1. I casi d'inespellibilità.

L'istituto dell'espulsione amministrativa si intreccia con la garanzia dell'inespellibilità dello straniero, che ne preclude l'esecuzione coattiva.

Principale causa di inespellibilità è, tranne alcune eccezioni, la presentazione della domanda di protezione internazionale. Sotto il profilo sostanziale, la disciplina europea e nazionale sancisce in via generale il diritto dei richiedenti la protezione internazionale a rimanere nello Stato membro, sia durante il periodo dell'esame amministrativo della loro domanda di protezione (art. 9 della direttiva 2013/32/CE e art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2008), sia durante il periodo di attesa della definizione della fase giurisdizionale (v. artt. 9 e 46 direttiva 2013/32/UE e 35 *bis*, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, quest'ultimo articolo aggiunto dal d.l. n. 13 del 2017 e poi modificato dal d.l. n. 113 del 2018).

Si deve tenere presente che l'art. 35 *bis*, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 stabilisce che la proposizione del ricorso avverso la decisione della Commissione Territoriale determina la sospensione automatica degli effetti del provvedimento impugnato, tranne che in alcuni casi tassativamente indicati alle lett. a), b), c), d) del medesimo comma (quando il ricorrente sia trattenuto in un centro di permanenza per i rimpatri, quando vi sia un provvedimento di inammissibilità della domanda, o quando la domanda sia manifestamente infondata, quando la domanda sia stata presentata dopo che il ricorrente sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli alla frontiera, ovvero fermato in condizioni di soggiorno illegale, al solo scopo di impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento). L'art. 3, comma 2, lett. c), del d.l. n. 113 del 2018, ha poi specificato che la lett. a) riguarda l'ipotesi in cui il ricorso sia proposto da parte di un soggetto «nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento nelle strutture di cui all'art. 10 ter del d.lgs. n. 286 del 1998». In tali casi la sospensiva può tuttavia essere accordata a richiesta del ricorrente in presenza di gravi e circostanziate ragioni, con decreto motivato da assumersi inaudita altera parte entro cinque giorni dal deposito della richiesta.

Ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 5, del d.lgs. n. 25 del 2008 (nel testo introdotto dal d.l. n. 13 del 2017), non è mai sospesa l'efficacia esecutiva del provvedimento

della Commissione Territoriale nei casi in cui questa dichiari, per la seconda volta, inammissibile la domanda reiterata senza addurre elementi nuovi. L'art. 9 del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, ha poi modificato tale comma, precludendo la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento della Commissione Territoriale anche nell'ipotesi in cui l'inammissibilità sia dichiarata per la prima volta, modificando l'articolo nel modo che segue: «la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare, ai sensi del comma 4 non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b), nonché del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 32, comma 1-*bis*. Quando, nel corso del procedimento giurisdizionale regolato dal presente articolo, sopravvengono i casi e le condizioni di cui all'art. 32, comma 1-*bis*, cessano gli effetti di sospensione del provvedimento impugnato già prodotti a norma del comma 3».

Infine, in applicazione dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come riformulato con il d.l. n. 13 del 2017, nel caso in cui sia stata disposta o sia intervenuta in via automatica la sospensione del provvedimento impugnato, questa viene meno se «con decreto anche non definitivo, il ricorso è rigettato».

Si deve peraltro tenere presente che, come *supra* evidenziato, la S.C. ha risposto alle censure di costituzionalità di tale disposizione per contrasto con gli articoli 3, 24 e 111 Cost., da ultimo con Sez. 1, n. 32319/2018, Lamorgese, Rv. 651902-01, dichiarandole manifestamente infondate.

Tanto premesso, la proposizione della domanda di protezione internazionale legittima lo straniero richiedente a permanere nel territorio dello Stato sino alla decisione della Commissione Territoriale sulla stessa, quale unico soggetto deputato a verificarne le condizioni di ammissibilità e fondatezza, con la sola salvezza delle ipotesi di cui all'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008; ne consegue che l'autorità di pubblica sicurezza avanti alla quale lo straniero si presenti per proporre la domanda non è autorizzata a valutarla nel merito ed in ipotesi di delibazione di infondatezza ad attivare il procedimento di espulsione del cittadino straniero (così Sez. 6-1, n. 11309/2019, Terrusi, Rv. 654197-01)).

Da ultimo, **Sez. 3**, **n. 25964/2020, Rubino, Rv. 659589-01**, ha ritenuto affetto da violazione di legge il provvedimento, emesso nell'ambito dell'opposizione a decreto di espulsione, con il quale il giudice di pace, anziché dare atto dell'inespellibilità attuale dell'opponente fino all'esito del giudizio di riconoscimento della protezione internazionale, compia una propria ed autonoma valutazione prognostica negativa desunta dai precedenti penali del richiedente, decidendo immediatamente l'opposizione e reputando non necessaria la verifica dell'esito del giudizio sulla protezione internazionale.

Anche il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 - fattispecie "generale" soppressa dal d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., dalla l. n. 132 del 2018 - rende inefficace, e dunque ineseguibile, il decreto di espulsione precedentemente emesso, il quale, come sancisce Sez. 6-1, n. 21609/2018, Valitutti, Rv. 650345-01, deve essere revocato in autotutela dalla stessa amministrazione e, in caso di inerzia, spetta al giudice di pace adito in sede di opposizione dichiararne la perdita di efficacia. Anche per Sez. 6-1, n. 14268/2014, De Chiara, Rv. 631625-01, il rilascio del menzionato permesso di soggiorno comporta la cessazione di efficacia del precedente decreto di espulsione, che non può più avere esecuzione, ma viene precisato che ciò basta per ritenere cessata la materia del contendere, essendo in questo modo conseguito il risultato cui tende il ricorso avverso il provvedimento espulsivo, senza che possa ritenersi persistente l'interesse all'annullamento del decreto di espulsione, dato che la posizione giuridica dell'interessato resta regolata dal permesso di soggiorno conseguito).

Detto arresto giurisprudenziale si ricollega al più generale indirizzo secondo cui, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 in relazione all'art. 5, par. 1, CEDU (che consente la detenzione di una persona, a fini di espulsione, a condizione che la procedura sia regolare), il giudice, in sede di convalida del decreto di trattenimento dello straniero raggiunto da provvedimento di espulsione, è tenuto a rilevarne *incidenter* la manifesta illegittimità, che può consistere anche nella situazione di inespellibilità dello straniero (così Sez. 6-1, n. 24415/2015, De Chiara, Rv. 637982-01).

Come da ultimo precisato da **Sez. 3, n. 26216/2020, Dell'Utri, Rv. 659856-01**, la regola della non espellibilità dal territorio nazionale del cittadino straniero, convivente con la moglie ed i figli di nazionalità italiana, di cui all'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, subisce deroga al ricorrere delle condizioni di pericolosità sociale del soggetto indicate all'art. 13, comma 1, del medesimo decreto (fattispecie in cui la S.C. ha confermato la decisione del tribunale che aveva rigettato il ricorso avverso il decreto di espulsione proposto dallo straniero, convivente in Italia con moglie e figli di nazionalità italiana, ma resosi responsabile della commissione dei reati di cui agli artt. 582 e 609-*bis* c.p.).

La giurisprudenza di legittimità ha poi enucleato altre ipotesi di inespellibilità. Come chiarito da Sez. 6-1, n. 12713/2016, De Chiara, Rv. 640100-01, può inibire l'esercizio del potere espulsivo, nel caso di scadenza del permesso di soggiorno oltre il limite temporale stabilito nell'art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286 del 1998, il mancato rifiuto esplicito (o per *facta concludentia*) di ricevere l'istanza di rinnovo, ancorché tardivamente proposta, del permesso di soggiorno scaduto, che può integrare una causa di addebitabilità all'Amministrazione della permanenza illegale,

purché lo straniero fornisca la prova del comportamento dilatorio ed ostruzionistico subito. D'altra parte, Sez. 6-1, n. 12713/2016, De Chiara, Rv. 640099-01, ha ritenuto che la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione automatica, che può essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre il ritardo nella presentazione può costituirne solo un indice rivelatore, nel quadro di una valutazione complessiva, della situazione in cui versa l'interessato.

Sez. 1, n. 16486/2019, Bisogni, Rv. 654549-01, ha esteso la garanzia ex art. 31 della Convenzione di New York - che prevede la non espellibilità di un apolide se non nei casi di documentata sussistenza dei motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico - in via analogica anche alle situazioni di apolidia di fatto e/o nelle more del procedimento per accertare lo stato di apolidia, quando la situazione del soggetto emerge chiaramente dalle informazioni o dalla documentazione delle autorità pubbliche competenti dello Stato italiano, di quello di origine o di quello verso il quale può ravvisarsi un collegamento significativo con il soggetto interessato.

Sez. 6-1, n. 10341/2018, De Chiara, Rv. 648280-01, ha invece escluso che costituisca causa di inespellibilità la pendenza di procedimenti penali a carico dello straniero, in quanto l'interesse dello stesso a partecipare al processo ed ad esercitare il suo diritto di difesa (art. 24 Cost.) è comunque tutelato dall'autorizzazione al rientro prevista dall'art. 17 del d.lgs. n. 286 del 1998 (così anche Sez. 1, n. 20693/2019, Oliva, Rv. 654884-01).

Sez. 6-1, n. 16272/2018, Acierno, Rv. 649787-01, ha infine precisato che, ove, in sede di impugnazione del decreto di espulsione prefettizio, il ricorrente alleghi specificamente la pendenza, alla data di emissione del decreto di espulsione, della procedura di emersione dal lavoro irregolare *ex* art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 109 del 2012, è onere del giudice accertare la veridicità di quanto dedotto, ai fini della conseguente applicazione del divieto di espulsione, anche mediante richiesta di informazioni alla p.a. *ex* art. 213 c.p.c. Ne consegue che, in mancanza di tale accertamento, l'ordinanza del giudice di pace che rigetti l'opposizione deve considerarsi illegittima.

Per quanto riguarda i limiti all'espulsione correlati alla tutela dell'unità familiare, si rinvia *infra* al capitolo a ciò specificamente dedicato.

5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative.

Sia nel caso dell'espulsione che nel caso respingimento "differito", il questore può disporre il trattenimento dello straniero in un centro di identificazione ed espulsione (CIE, ora CPR) ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Si tratta di una misura strumentale all'esecuzione del provvedimento di allontanamento che - come ha affermato Sez. 1, n. 06064/2019, Federico, Rv. 653101-01 - costituisce una privazione della libertà personale legittimamente realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge e secondo una modulazione dei tempi rigidamente predeterminata.

In base all'art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, lo straniero attinto da decreto prefettizio di espulsione - non eseguito - che sia in possesso di passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, anziché essere trattenuto, può essere destinatario di una o più delle seguenti misure adottate dal questore con provvedimento motivato comunicato entro quarantotto ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida nelle successive quarantotto ore:

a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza;

b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato;

c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Secondo **Sez. 3, n. 24013/2020, Di Florio, Rv. 6509525-02**, l'art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, ove non prevede un termine alle misure alternative al trattenimento presso il CPR, non viola l'art. 2, Prot. 4, della CEDU, che consente imposizioni necessarie per l'ordine e la sicurezza nazionale «giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica». Dette misure postulano, infatti, una condizione del migrante in procinto di essere rimpatriato, tale da consentire il reiterato controllo previsto (anche in termini di possibile protezione), e sostituiscono quella, ben più afflittiva, del trattenimento, con carattere alternativo rispetto al possibile rimpatrio volontario, per il quale il termine previsto (da 7 a 30 giorni) può essere prorogato soltanto per esigenze dello stesso migrante (nella specie si trattava di misure del ritiro del passaporto e dell'obbligo di firma, per due giorni a settimana, per il tempo strettamente necessario alla rimozione degli impedimenti per l'accompagnamento alla frontiera).

Competente a pronunciarsi sulla convalida del provvedimento del questore di applicazione delle misure alternative presso il CPR è il giudice di pace (per effetto del

d.l. n. 241 del 2004, conv. con modif. in l. n. 271 del 2004), anche con riferimento all'eventuale richiesta di proroga del trattenimento medesimo.

Il procedimento di convalida del trattenimento o delle misure ad essa alternative è analogo a quello della convalida dell'accompagnamento alla frontiera ed è disciplinato dall'art. 14, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 286 del 1998, che fa applicazione dell'art. 13 Cost., con previsione del termine di quarantotto ore dalla richiesta del questore per l'emissione del decreto di convalida del trattenimento, previsto a pena di inefficacia (così Sez. 6-1, n. 03298/2017, Genovese, Rv. 643361-01). Come da ultimo statuito da **Sez. 3, n. 24013/2020, Di Florio, Rv. 659525-01**, si applica il contraddittorio cartolare, non operando la garanzia dell'udienza partecipata necessariamente del difensore perché prevista solo in relazione al trattenimento e all'accompagnamento coattivo alla frontiera. Tale procedura, come statuito da Corte Cost. n. 280 del 2019, non contrasta con gli artt. 13 e 24 Cost., trovando applicazione l'art. 3, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 394 del 1999, in ordine alla traduzione del provvedimento del questore in lingua nota all'interessato, o in una delle lingue veicolari, ed all'avviso della possibilità di beneficiare dell'assistenza del difensore d'ufficio e del patrocinio a spese dello Stato, accompagnato dalla comunicazione, da parte delle questure, con modalità effettivamente compatibili per l'interessato, dei recapiti dei difensori d'ufficio ai quali in concreto rivolgersi ove si intenda esercitare il diritto a presentare memorie o deduzioni al giudice di pace. Il procedimento cartolare in esame è compatibile, altresì, con i principi di cui agli artt. 41 e 48 della CEDU atteso che è applicabile, con le suddette garanzie, ad una fase meramente esecutiva del provvedimento di espulsione e, pertanto, è adottato, in termini meno afflittivi del trattenimento, senza alcuna preclusione del principio del contraddittorio. (in difformità v. Sez. 6-1, n. 02997/2018, Lamorgese, Rv. 647048-01 che, senza fornire una specifica motivazione sul punto, aveva ritenuto necessaria anche per la convalida delle misure alternative al trattenimento la celebrazione dell'udienza prevista dal comma 4 dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998, estendendo le stesse garanzie della comunicazione della data d'udienza e della partecipazione necessaria del difensore, di fiducia o di ufficio nel caso in cui l'interessato ne sia sprovvisto).

Con riferimento alla proroga del trattenimento nel CIE di uno straniero richiedente asilo o protezione internazionale **Sez. 2, n. 18322/2020, Oliva, Rv. 659102-01**, ravvisa l'interesse del cittadino straniero ad ottenere l'annullamento del provvedimento di convalida della proroga del trattenimento disposta dal giudice di pace seguito da provvedimento di respingimento e contestuale trattenimento la cui convalida sia stata cassata dalla Corte Suprema, sia per il diritto al risarcimento derivante dall'illegittima privazione della libertà personale, sia al fine di eliminare ogni impedimento illegittimo al riconoscimento della sussistenza delle condizioni di rientro e soggiorno nel territorio italiano.

Secondo **Sez. 1, n. 13741/2020, Rubino, Rv. 658255-01**, non può essere disposta la proroga del trattenimento di un cittadino straniero presso un CIE quando il provvedimento espulsivo che ne costituisce il presupposto sia stato, ancorché indebitamente, sospeso, dal momento che il sindacato giurisdizionale, pur non potendo avere ad oggetto la validità dell'espulsione amministrativa, deve rivolgersi alla verifica dell'esistenza ed efficacia della predetta misura coercitiva.

6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa.

Nel corso del 2020 la giurisprudenza della S.C. si è mossa nel solco degli orientamenti maturati nel corso del 2019 dando una lettura sempre più attenta ed incisiva degli istituti posti a tutela dell'unità familiare e dei minori in una costante osmosi con il mutamento della realtà sociale.

6.1. Il ricongiungimento familiare.

In tema di tutela dell'unità familiare **Sez. 1, n. 7427/2020, Fidanzia, Rv. 657489-01**, ha affermato che la relazione tra due fratelli, entrambi maggiorenni e non conviventi, non è riconducibile alla nozione di "vita familiare" rilevante a norma dell'art. 8 CEDU, difettando ogni elemento presuntivo dell'esistenza di un legame affettivo qualificato da un progetto di vita in comune, con la conseguenza che, affinché un fratello possa ottenere un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare ad altro fratello o sorella, è necessario il requisito della convivenza effettiva, come previsto dal combinato disposto dell'art. 28 del d.P.R. n. 394 del 1999 e dell'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998.

La Corte, ha osservato in particolare che i fratelli maggiorenni non rientrano quindi nella nozione di famiglia rilevante ai fini del ricongiungimento familiare, tanto è vero che possono ottenere il permesso per motivi familiari solo a norma del combinato disposto dell'art. 28 decreto Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394 e dell'art. 19 comma 2 lett c) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (che impone il requisito della convivenza con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana) o eventualmente a norma dell'art. 3 comma 2° lett. a) del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 (attuativo della direttiva 2004/38/CE) applicabile anche ai cittadini italiani in virtù dell'art. 23 l. cit. - che consente l'ingresso o il soggiorno in territorio comunitario di "ogni altro familiare", qualunque sia la cittadinanza, non definito all'art. 2 comma 1 lett. b) solo se è a carico o convive nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione.

Né, peraltro, può comunque prospettarsi una lesione, nel caso di specie, dell'art. 8 CEDU, che tutela il rispetto della vita familiare occorrendo in ogni caso la prova

rigorosa di legami personali effettivi, ovvero di una concreta condivisione della vita in comune.

Con **Sez. 1, n. 25310/20, Terrusi, Rv. 659575-01**, pronunciandosi in una peculiare ipotesi di richiesta di ricongiungimento familiare, ha affermato che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche alla luce dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell'art. 24 della Carta di Nizza, impone di non escludere che la norma possa essere estesa anche ai minori affidati mediante *kafalah* di tipo negoziale. Trattasi di istituto proprio del diritto islamico che prescinde dallo stato di abbandono del minore, ma si realizza mediante un negozio stipulato tra la famiglia di origine e quella di accoglienza, donde per tale via presenta caratteri comuni con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale. E solo in quanto finalizzato a realizzare l'interesse superiore del minore esso non contrasta con i principi dell'ordine pubblico italiano e neppure con quelli della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, che pure opera espressamente, all'art. 20, comma 3, il riconoscimento quale istituto di protezione del minore della sola *kafalah* giudiziale la quale, diversamente da quella convenzionale, presuppone invece la situazione di abbandono o comunque di grave disagio del minore nel suo ambiente. In tale prospettiva la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l'ingresso in Italia e il ricongiungimento con l'affidatario non può essere esclusa, quindi, in considerazione della natura e della finalità dell'istituto della *kafalah* negoziale, ma pur sempre deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore.

Il diritto al ricongiungimento familiare viene riconosciuto anche nella fase esecutiva del provvedimento di espulsione, come affermato da **Sez. 2, n. 26563/2020, Picaroni, Rv. 659720 -01**, secondo cui anche nel procedimento di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, il giudice è tenuto a verificare l'esistenza del diritto del cittadino straniero al ricongiungimento familiare trattandosi di circostanza ostativa all'esecuzione di detto provvedimento.

6.2. I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana.

La giurisprudenza della S.C. si è posta nel solco di quanto statuito nell'anno precedente in tema di tutela dei legami familiari anche qualora non sia stata proposta formale domanda di ricongiungimento familiare, seppure con valutazione da effettuarsi caso per caso nell'ottica della ricerca di un bilanciamento tra esigenze di ordine pubblico e tutela dell'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU.

Nell'anno in rassegna si segnala **Sez. 3, n. 24908/20, Pellecchia, Rv., 659769-01,** la quale ha ritenuto che, in ragione della tutela riconosciuta ai legami familiari, al fine di riconoscere o negare l'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art. 13 comma 2 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 occorre dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di dette relazioni (ovvero rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc.) oltre che delle difficoltà, conseguenti all'espulsione, dalle quali possa derivare la definitiva compromissione della relazione affettiva.

La concreta valorizzazione di tali elementi viene ritenuta dalla Corte preminente rispetto ad altri (quali la durata del soggiorno e l'integrazione sociale nel territorio nazionale del richiedente) considerati invero "suppletivi" imponendo al giudice di merito una motivazione aderente alle emergenze istruttorie ed al di sopra della sufficienza costituzionale sia sotto il profilo logico che contenutistico.

Tuttavia l'inespellibilità del cittadino straniero in ragione della sussistenza di legami familiari, subisce una deroga, come affermato da **Sez. 3, n. 26216/2020, Dell'Utri, Rv. 659856 - 01,** allorché sussistano ragioni di pericolosità sociale del richiedente ai sensi dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998. Nella specie la Corte confermava la decisione del Tribunale che a sua volta aveva rigettato il ricorso avverso il decreto di espulsione proposto dallo straniero, convivente in Italia con moglie e figli di nazionalità italiana, ma resosi responsabile della commissione dei reati di cui agli artt. 582 e 609 *bis* c.p.

6.3 L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore.

Nell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 il legislatore definisce con chiarezza l'accertamento cui è subordinata la concessione dello speciale permesso di soggiorno. Essa ha ad esclusivo oggetto l'accertamento del pregiudizio («il grave disagio1) sullo sviluppo psico fisico del minore dovuto all'allontanamento coattivo del genitore dal territorio italiano, da valutare mediante il parametro elaborato dall'intervento nomofilattico delle S.U. con le pronunce n. 21799 e 21803 del 2010.

La tutela prevista si fonda proprio sul diritto del minore a non lasciare il territorio italiano. Hanno chiarito le S.U. che deve essere sempre svolta una valutazione prognostica che non richiede l'esistenza di condizioni di emergenza o di circostanze contingenti od eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave con la precisazione che deve trattarsi di situazioni di non lunga ed indeterminabile durata e non caratterizzate da tendenziale stabilità che si concretino

in eventi traumatici e non prevedibili non rientranti nel normale disagio dovuto al rimpatrio di un familiare.

Sez. 6-1, n. 00773/2020, Tricomi, Rv. 656450-01, delimita i presupposti applicativi della norma statuendo che i "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico" del minore, che consentono la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del suo familiare, devono consistere in situazioni oggettivamente gravi, comportanti una seria compromissione dell'equilibrio psicofisico del minore, non altrimenti evitabile se non attraverso il rilascio della misura autorizzativa. Ritiene, pertanto, la Corte che detta normativa non può essere intesa come volta ad assicurare una generica tutela del diritto alla coesione familiare del minore e dei suoi genitori incombendo sul richiedente l'autorizzazione l'onere di allegazione della specifica situazione di grave pregiudizio che potrebbe derivare al minore dall'allontanamento del genitore.

Rilievo preminente nella concessione dell'autorizzazione *de qua* assume la valutazione dell'interesse del minore in relazione alla sua specifica condizione, ovvero tenendo conto dell'età, del suo radicamento nel territorio nazionale e della situazione dei genitori. A riguardo Sez. 1, n. 00277/2020, Rossetti, Rv. 656502 - 01, dopo aver compiuto un'ampia disamina circa i presupposti applicativi dell'art. 31 cit., stabilisce che la valutazione da parte del giudice del merito dei "gravi motivi" richiesti dall'art. 31, comma 3, del d.lgs. 286 del 1998, ai fini del rilascio dello speciale permesso di soggiorno temporaneo in favore degli stranieri che siano genitori di figli minori, costituisce un apprezzamento in fatto insindacabile in sede di legittimità. Afferma inoltre che né l'età prescolare del minore, né il rischio del suo allontanamento dall'Italia, di per sé, possono costituire circostanze sufficienti a ritenere la sussistenza dei detti gravi motivi. Nella fattispecie dedotta in giudizio, la S.C. ha confermato il provvedimento di rigetto della domanda di rilascio del permesso di soggiorno temporaneo, avanzata dai genitori di nazionalità albanese di un minore ancora in età prescolare nato in Italia.

Propone invece una lettura più ampia della norma Sez. 2, n. 18188/2020, Oliva, Rv. 659093 - 01 che, pronunciandosi nel caso in cui una coppia di cittadini albanesi aveva chiesto il rilascio di un permesso di soggiorno, a tempo indeterminato o in subordine a tempo determinato, lamentando i gravi pregiudizi derivanti allo sviluppo psicofisico dei propri figli minori a seguito dell'allontanamento dal territorio nazionale in cui sia il giudice di primo grado che quello d'appello avevano rigettato la domanda, ha invece affermato che va presunta la vulnerabilità dei minori nati in Italia che siano integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici, in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori di età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare, entrambi affermati da questa Corte con Ordinanza n. 4197 del 2018. Aggiungendo che il

giudice di merito è tenuto ad applicare alla posizione dei minori eventualmente coinvolti in provvedimenti di rimpatrio interessanti i loro genitori, o uno di essi, il criterio della comparazione attenuata, in base al quale va ritenuta, sino a prova contraria, la prevalenza della condizione di vulnerabilità del minore rispetto alle norme regolanti il diritto di ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, e va quindi dato primario rilievo al danno che deriverebbe, sulla persona del minore e sulle sue aspettative di vita in Italia, per effetto del rimpatrio in un contesto socio-territoriale con il quale il minore stesso non abbia in concreto alcun rapporto.

Su tale linea interpretativa si pone anche Sez. 1, n. 05938/2020, Scalia, Rv. 657026-01 secondo cui nella valutazione del danno grave per lo sviluppo psico-fisico di minori, ai fini del rilascio dello speciale permesso di soggiorno temporaneo in favore degli stranieri che siano genitori di figli minori, il tribunale per i minorenni non può omettere di tenere in considerazione, unitamente a tutti gli altri requisiti previsti dall'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, anche l'età prescolare dei minori e la disponibilità del genitore richiedente ad occuparsi della loro cura, in ausilio della madre soggiornante impedita temporaneamente a farlo.

In applicazione di tale principio la S.C. cassava con rinvio il decreto impugnato che aveva negato l'autorizzazione de qua ai genitori di due bambini in età pre scolare essendo uno solo il genitore in grado di accudirli.

Puntualizza ulteriormente il perimetro applicativo della norma **Sez. 6-1, n. 15642/2020, Acierno, Rv. 658499-01** secondo cui il permesso di soggiorno di cui all'art. 31, comma 3, in favore del familiare del minore straniero che si trovi in Italia, si fonda sul presupposto che, ai sensi dell' art. 19, comma 2, lett. a), del d. lgs. cit., il minore non può essere espulso principio ritenuto dal legislatore un corollario del preminente interesse del minore, secondo i principi della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 ratificata con l. 27 maggio 1991, ribaditi nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Pertanto la valutazione delle condizioni per il rilascio di detta autorizzazione non può consistere solo nel giudizio sul radicamento del minore sul territorio italiano, il quale si risolverebbe in una grave violazione del divieto di espulsione ma tale considerazione può essere utilizzata solo come elemento integrativo, che concorre alla formulazione del giudizio prognostico, il quale deve fondarsi, indefettibilmente, sull'accertamento, secondo un giudizio probabilistico, del nesso causale tra l'allontanamento coattivo del genitore e i verosimili effetti pregiudizievoli sull'equilibrio psico-fisico del minore. Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva negato la richiesta autorizzazione esclusivamente in base alla ritenuta mancanza di radicamento del minore nel territorio italiano in ragione della tenera età dello stesso senza effettuare alcuna valutazione circa il nesso causale tra l'allontanamento della figura genitoriale priva del

titolo di soggiorno ed i verosimili effetti pregiudizievoli sull'equilibrio psico-fisico del minore dovuti a tale evento.

Da ultimo **Sez. 1, n. 27237/2020, Caradonna, Rv. 658930-01**, segna un ulteriore passaggio nella valutazione dei "gravi motivi". La Corte ha invero affermato che il tribunale per i minorenni nell'effettuare il giudizio prognostico circa le conseguenze alle quali il minore sarebbe esposto a seguito dell'allontanamento dei genitori o dello sradicamento dall'ambiente in cui il minore è nato o vissuto, qualora segua il genitore espulso nel luogo di destinazione, deve considerare anche le ricadute negative che deriverebbero al minore dal mutamento della situazione economica della famiglia conseguente alla perdita del lavoro da parte dei genitori, in quanto il deterioramento di tali condizioni è idoneo ad incidere non solo sul piano economico, ma anche sul piano relazionale ed affettivo del minore. In applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la pronuncia di merito che aveva valutato come la perdita di un lavoro economicamente soddisfacente da parte dei genitori, potesse incidere sui minori non solo dal punto di vista economico, ma anche dal punto di vista relazionale ed affettivo, tenuto conto anche dell'età prescolare dei medesimi nonché del loro radicamento in Italia.

Quanto all'altro presupposto da valutarsi ai fini dell'accoglimento del rilascio del permesso di soggiorno de quo, **nel solco tracciato da Sez. U. n. 15750/2019, Giusti, Rv.** 654215-01, **Sez. 6-1, n. 01563/2020, Sambito, Rv. 654215 - 01** ha statuito che nel giudizio avente ad oggetto l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero, ex art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, la sussistenza di comportamenti del familiare medesimo incompatibili con il suo soggiorno nel territorio nazionale deve essere valutata in concreto e attraverso un esame complessivo della sua condotta, al fine di stabilire, all'esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali inerenti alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale debbano prevalere su quelle derivanti da gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, cui la norma conferisce protezione in via primaria. Nella specie la S.C. cassava il decreto impugnato che aveva negato l'autorizzazione ex art. 31 cit. valutando come condizione ostativa il rinvio a giudizio degli istanti.

Con riguardo ai presupposti del rilascio dell'autorizzazione ex art. 31, comma 3, d.lgs. cit., **Sez. 1, n. 29996/20, Tricomi, Rv. 660133 - 01,** precisa che la temporaneità della stessa non risulta incompatibile con il suo rinnovo, tenuto conto del prioritario interesse del minore mentre risulta incompatibile il rinnovo, inteso come mero differimento del termine di scadenza dell'autorizzazione già riconosciuta, in quanto sganciato dall'accertamento della ricorrenza dei presupposti.

In tema di legittimazione processuale, **Sez. 1, n. 280/2020, Meloni, Rv. . 656619 - 01** ha affermato che nel caso di impugnazione del provvedimento di diniego

dell'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza nel territorio italiano del familiare di minore di nazionalità straniera, ai sensi dell' art. 31 del d. lgs. n. 286 del 1998, legittimato passivo nel relativo procedimento è il solo pubblico ministero presso il giudice che procede. Nella fattispecie dedotta, la S.C. ha cassato senza rinvio il decreto impugnato, rilevando che l'azione non andava proposta nei confronti del ministero dell'Interno, bensì del procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni.

7. Apolidia e cittadinanza.

La fonte principale che definisce l'apolidia è contenuta nell'art. 1 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954 ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 1° febbraio 1962, n. 306 che definisce «apolide» una persona che nessuno Stato considera come suo cittadino nell'applicazione della legislazione nazionale.

Da questa premessa discendono conseguenze fondanti la condizione di apolidia considerato che un individuo privo di qualunque nazionalità non godrebbe dei diritti fondamentali riservati ai cittadini.

La Convenzione citata prevede, perciò, un fulcro di diritti e di garanzie per lo *status* di apolide, quali il diritto a documenti di identità e di viaggio.

Ulteriore strumento pattizio è quello della Convenzione del 1961 di riduzione dell'apolidia attraverso ordinamenti sulla cittadinanza diretti a prevenire la condizione di apolide.

L'Italia ha ratificato le due Convenzioni, in ultimo, con la legge 29 settembre 2015, n. 162 ed ha equiparato, ai fini dell'applicazione della legge italiana sulla cittadinanza, (art. 16, comma 2, legge 5 febbraio 1992, n. 91) il rifugiato all'apolide, con esclusione degli obblighi inerenti al servizio militare.

La citata Convenzione del 1961 pone a carico degli Stati una serie di azioni dirette a prevenire i casi di apolidia che si verificano al momento della nascita o nel corso della vita per i casi di perdita o rinuncia alla nazionalità o nel caso di successione tra Stati.

La legge italiana sulla cittadinanza citata prevede, perciò, che l'apolide possa richiedere l'acquisto della cittadinanza italiana dopo cinque anni di residenza stabile e legale sul territorio,

Infine, altri trattati internazionali come la Dichiarazione universale dei diritti umani del 10 dicembre 1948, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, la Convenzione sull' eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 18 dicembre 1979 contengono specifiche disposizioni sulla nazionalità finalizzate alla prevenzione dell'apolidia, la Convenzione sui diritti del fanciullo e la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 30 agosto 1961.

Con la legge 18 dicembre 2020, n. 173, è stato convertito in legge il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (c.d. decreto immigrazione e sicurezza) che reca una serie di disposizioni urgenti in materia di immigrazione ed apolidia.

In particolare, risulta introdotta la convertibilità del permesso di soggiorno per acquisto della cittadinanza o dello stato di apolide di cui all'art. 11 lettera c) del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394 , ad eccezione dei casi in cui lo straniero fosse precedentemente in possesso di un permesso per richiesta asilo, onde ricondurre la normativa vigente al rispetto più puntuale degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano garantendo che le persone con lo *status* di apolide abbiano sostanzialmente i medesimi diritti dei cittadini stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale con permessi di soggiorno di lunga durata: diritto al lavoro, diritto allo studio, diritto all'iscrizione sanitaria, diritto al ricongiungimento familiare.

La novella n. 130 del 2020 nell'affrontare, da questo punto di vista, il fenomeno dell'apolidia, sempre in via di crescita per effetto dei fenomeni migratori, non è riuscita, tuttavia, a ripensare la nuova sanzione di revoca della cittadinanza introdotta dal d.l. 4 ottobre 2018, n.113 convertito nella legge 1 dicembre 2018, n. 132 (art. 10-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 91, introdotto dall'art. 14, comma 1, lett. d), del d. l. n. 113/2018) che viene a privare della cittadinanza stessa coloro che, avendola acquisita per maggiore età, matrimonio o residenza prolungata, si siano in seguito macchiati di reati considerati gravi.

Non è stato, infatti, approvato l'emendamento che prevedeva l'abrogazione della revoca della cittadinanza italiana prevista nell'art. 10-*bis* della l. n. 91 del 1992 introdotta dall'art. 14, comma 1 lett. d) del d.l. n. 113 del 2018, ancorché la disposizione presentasse delle criticità per sospetta violazione del divieto di privazione della cittadinanza per motivi politici contenuto nell'art. 22 Cost,. nella parte in cui attraverso la revoca, si determina una situazione di apolidia secondo l'art. 10-*bis* della l. n. 91 del 1992 che rinvia, a sua volta, all'art. 4, comma 2, della l. citata. La disposizione in questione sembra, infatti, poco coerente con il divieto di nuova apolidia previsto dall'art 8 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 30 agosto 1961 già citata in premessa.

Si tratterebbe, anche, di un esito non proprio in linea con i criteri elaborati dalla CEDU (CEDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel and Others v. the Netherlands 8 giugno 1976) specie con riferimento alla nota questione del cumulo di sanzioni c.d. amministrative con misure penali in rapporto ad divieto del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Infine, l'articolo 9-*ter* della l. n. 91 del 1992, introdotto dal d. l. n. 113 del 2018 aveva portato da 24 a 48 mesi il termine per la conclusione dei procedimenti di

riconoscimento della cittadinanza per matrimonio (art. 5) e per c.d. naturalizzazione (art. 9), a far data dalla presentazione della istanza. Nel testo originario del d.l. n. 130 del 2020 il termine massimo era stato ridotto a 36 mesi, tuttavia, in sede di conversione, è stato riportato a 24 mesi, prorogabili fino a trentasei.

In linea generale la l. n. 91 del 1992 disciplina l'istituto della concessione della cittadinanza italiana mediante decreto del Presidente della Repubblica, ove si prevedono modalità differenziate in considerazione di specifici requisiti degli aspiranti e graduando il periodo di residenza legale occorrente per legittimare la proposizione della relativa istanza prevedendo all'art. 10 il giuramento di fedeltà come requisito integrativo della fattispecie procedimentale attributiva allo straniero dello *status* di cittadino italiano.

La giurisprudenza della S.C. ha, in proposito affrontato alcune questioni procedurali ed interpretative.

Secondo **Sez. 1, n. 18610/2020, Parise, Rv. 658813-01**, la prestazione del giuramento costituisce l'atto conclusivo del procedimento di cittadinanza, dal quale solo si produce *ex nunc* l'efficacia costitutiva del d.p.r. di conferimento della cittadinanza italiana, ne consegue che nelle ipotesi di acquisto della cittadinanza previsto dall'art. 9 della l. n. 91 del 1992, ai sensi dell'art. 4, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 12 ottobre 1993, n. 572, l'Ufficiale dello Stato civile è tenuto ad esercitare attività di controllo, vincolata e specifica, circa la perdurante sussistenza, in capo al naturalizzando, del requisito della residenza legale nel territorio italiano fino al momento della prestazione del giuramento di cui all'art.10 della l. n. 91 del 1992.

Qualora a quel momento, il requisito sia venuto meno, l'Ufficiale dello Stato civile è tenuto a rifiutare, ai sensi dell'art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, di ricevere la prestazione del giuramento del naturalizzando, in quanto adempimento in contrasto con l'ordinamento Inoltre, nel caso di acquisto per matrimonio dell'apolide o dello straniero con cittadino, secondo lo *ius communicationis* la nullità del matrimonio all'esito del provvedimento con il quale l'Amministrazione accerti l'esistenza dei requisiti previsti dalla legge, può venire meno per effetto dell'iniziativa della stessa Amministrazione che, preso atto della sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio, provveda a rimuovere l'originario provvedimento, poiché l'effetto retroattivo della decisione passata in giudicato concernente il rapporto coniugale, determina l'inesistenza al momento del provvedimento di annullamento del requisito necessario per il riconoscimento della cittadinanza (**Sez. 1, n. 25441/2020, Pazzi, Rv. 659518-01)**.

Per quanto riguarda la cittadinanza che si acquisti per matrimonio con cittadino italiano, è rimasto confermato quell'orientamento secondo il quale rileva soltanto la separazione personale dei coniugi, ma non anche quella di fatto, costituisce

condizione ostativa all'acquisto della cittadinanza italiana mediante matrimonio con un cittadino italiano, come si evince dal tenore testuale della norma in questione che adopera l'espressione «separazione personale», utilizzata anche negli artt. 150, 154 e 155 c.c. prima della modifica intervenuta con il d.lgs. n. 154 del 2013, cogliendosi peraltro la differenza tra «separazione personale » e «separazione di fatto » anche nell'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184 in tema di adozione (**Sez. 1, n. 04819/2020, Ghinoy, Rv. 657001-01).**

La giurisprudenza della S.C. nell' anno in corso è, poi, intervenuta su alcuni aspetti processuali di riconoscimento dello *status* di apolidia, ossia sul tema della competenza territoriale ed i suoi rapporti con il foro erariale.

A riguardo **Sez. 1, n. 25440/2020, Scotti, Rv. 659517-01**, ha affermato che nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento della condizione di apolidia, la competenza va determinata in base al criterio del foro del luogo dove ha sede l'ufficio dell'avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie, senza che assuma rilievo il contenuto degli interessi in gioco o la necessità di porre le parti in una situazione di parità, in quanto così facendo si affiderebbe al giudice una valutazione, riservata invece al legislatore, circa la sussistenza o meno di una ragione per agevolare la difesa dello Stato.

PARTE SECONDA

I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

(coordinata da Stefania Billi e Gian Andrea Chiesi)

CAPITOLO IV

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

SOMMARIO: 1. Proprietà pubblica. - 1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. 2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico) e gli usi civici - 2.1. (Segue) La liquidazione degli usi civici - 3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. - 3.1. (Segue) Le distanze legali - 4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione - 4.1 (Segue) b) la "negatoria servitutis" - 4.1.1. (Segue) Le immissioni - 4.2 (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini. - 5. Comunione di diritti reali. - 5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria - 6. Usufrutto, uso ed abitazione. - 7. Servitù prediali. - 7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. - 8. Tutela ed effetti del possesso. - 8.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi- possessorie.

1. Proprietà pubblica.

L'art. 41, comma 1, Cost. chiarisce che la proprietà è privata o pubblica ed alla regolamentazione di quest'ultima sono altresì dedicate numerose previsioni del codice civile; peraltro, neppure la proprietà privata è del tutto scevra da connotazioni latamente pubblicistiche, se si considera che, dal combinato disposto degli 42, comma 2, Cost. e 832 c.c., essa va esercitata in modo da assicurarne la funzione sociale. Il medesimo concetto è espresso, peraltro, dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, ove, nell'ultimo periodo, si chiarisce che "l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

Siffatta funzionalizzazione della proprietà è resa evidente da **Sez. 2, n. 26714/2020, Varrone, Rv. 659834 - 01**, la quale osserva che i terreni acquisiti al patrimonio degli enti di sviluppo, destinati al servizio pubblico di ridistribuzione della proprietà terriera, per trent'anni dalla prima assegnazione sono assoggettati al regime del patrimonio indisponibile non abrogato dalla l. 10 maggio 1976 n. 346 - e perciò non sono usucapibili, pur se affrancati ai sensi della l. 20 aprile 1976, n. 386 o riscattati ai sensi dell'art. 1 della l. 29 maggio 1967, n. 379, neppure dall'ente assegnante o dai coltivatori diretti o da altri manuali coltivatori della terra, ai quali invece sono alienabili, a norma dell'art. 4 di quest'ultima legge "fino al termine del trentesimo anno dalla data della prima assegnazione". Sostanzialmente nel medesimo senso si

pone **Sez. 2, n. 21137/2020, Oliva, Rv. 659314-01**, chiarendosi ivi che, allorquando lo Stato o altro ente pubblico intervenga nel settore della proprietà, fondiaria o urbana, per assicurare il soddisfacimento di un interesse pubblico primario, quali l'esigenza di redistribuzione della proprietà agraria ovvero l'assicurazione di una casa di abitazione per i cittadini non abbienti oppure, ancora, la ricostruzione post-terremoto, la finalità perseguita assume valenza e prevalente rispetto alla posizione individuale di eventuali soggetti che si pongano in una mera relazione di fatto con la cosa: sicché, il bene immobile interessato dall'intervento pubblico rimane nel patrimonio indisponibile dell'ente e non è usucapibile a vantaggio del privato, sino all'intervenuto completamento dei diversi procedimenti amministrativi finalizzati alla realizzazione dell'interesse pubblico perseguito, configurarsi una reviviscenza dell'interesse individuale rispetto a quello generale solo ove l'intervento progettato non abbia avuto seguito e non si sia realizzato in concreto l'asservimento del bene alla finalità pubblica perseguita, ovvero il bene sia stato abbandonato dall'ente pubblico per un periodo di tempo incompatibile con l'utilizzazione in concreto a fini di pubblica utilità.

Caso peculiare di beni assoggettati a vincolo di destinazione non disponibile dallo Stato è, poi, quello affrontato da **Sez. 2, n. 16434/2020, Picaroni, Rv. 658291-01**, con riferimento ai beni facenti parte della Riserva Fondo lire U.N.R.R.A. ("*United Nations Relief and Rehabilitation Administration*", organizzazione umanitaria internazionale fondata nel 1943, con l'accordo di quarantaquattro paesi allo scopo di fornire aiuto e assistenza immediati ai paesi più colpiti dalla guerra e operante in Europa dal 1944), costituita in attuazione dell'Accordo internazionale 8 marzo 1945: in particolare, nell'accordo stipulato tra il Governo italiano e l'U.N.R.R.A. il 12 novembre 1947 e reso esecutivo con d.lgs. 10 aprile 1948, n. 1019, è stato stabilito l'impiego della Riserva U.N.R.R.A. e cioè di quanto raccolto nel fondo attraverso "i proventi derivanti dalla vendita, affitto o altro trasferimento dei rifornimenti e dei servizi forniti dall'U.N.R.R.A.", per una serie determinata di destinazioni fra le quali l'esecuzione di progetti finalizzati a scopi di assistenza e riabilitazione. Con il successivo d.P.C.M. del 20 ottobre 1994, n. 755, sono stati poi definiti puntualmente i criteri da adottare per la gestione del patrimonio, le modalità per il perseguimento dei fini della Riserva, le aree di intervento, i destinatari dei finanziamenti ed è stata stabilita la rendicontazione all'O.N.U. Orbene, nel rilevare l'esistenza di siffatto vincolo di destinazione, la S.C. ne ha fatto discendere l'insuscettibilità dei beni ad esso assoggettati a rientrare tra i beni patrimoniali che l'art. 6 dello Statuto di autonomia attribuisce alla Regione Valle d'Aosta (così confermando la pronuncia d'appello che, in riforma di quella di primo grado, aveva disatteso la domanda della Regione Valle d'Aosta, mirata ad ottenere l'attribuzione, ai sensi dell'art. 6 dello

Statuto di autonomia, della proprietà di un complesso immobiliare situato nel territorio regionale, parte -per l'appunto - della Riserva Fondo lire U.N.R.R.A.).

La connotazione in senso pubblicistico di un determinato bene pone poi, il problema delle modalità attraverso le quali può procedersi alla dismissione di tale attributo: si occupa della questione **Sez. 2, n. 19814/2020, Oliva, Rv. 659136-01**, con specifico riferimento alla declassificazione dei beni inclusi nel patrimonio indisponibile, la cui destinazione all'uso pubblico derivi da una determinazione legislativa. La S.C. chiarisce, nell'occasione, che la declassificazione deve avvenire in virtù di atto di pari rango e non può, dunque, trarsi da una condotta concludente dell'ente proprietario, postulando la cessazione tacita della patrimonialità indisponibile, così come della demanialità, che il bene abbia subito un'immutazione irreversibile, tale da non essere più idoneo all'uso della collettività, senza che a tal fine sia sufficiente la semplice circostanza obiettiva che detto uso sia stato sospeso per lunghissimo tempo. Ne consegue che, con riguardo agli alloggi costruiti a carico dello Stato per far fronte alle esigenze delle popolazioni colpite da eventi sismici, la cui inclusione nell'ambito del patrimonio indisponibile si ricava dagli artt. da 252 a 255 del Testo Unico delle disposizioni sull'edilizia popolare ed economica, deve escludersi la stessa ipotetica configurabilità di una declassificazione tacita per effetto dell'attività concludente posta in essere dall'ente proprietario, nonché la possibilità che questa abbia anche soltanto innescato la sospensione dell'uso pubblico.

1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione.

Sul versante processuale, molteplici sono state le decisioni che hanno affrontato, sotto vari angoli prospettici, il tema del riparto di giurisdizione in ipotesi di azioni a tutela di beni pubblici.

Anzitutto, **Sez. U, n. 24101/2020, Rubino, Rv. 659449-01,** che, a fronte di un rapporto di affittanza agraria instaurato da un Comune con una cooperativa agricola, volto a consentire, verso il pagamento di un corrispettivo, l'utilizzo di un determinato terreno di proprietà comunale adibito a pascolo, radica in capo al giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla validità e all'efficacia del contratto di transazione, diretto a prevenire le liti in ordine al predetto contratto, qualora sia estranea alla materia del contendere la natura pubblica o privata del terreno, l'amministrazione non abbia utilizzato poteri autoritativi e le parti si siano limitate a domandare al giudice una verifica della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali è sorto l'atto negoziale.

Merita, poi, di essere segnalata **Sez. U, n. 21991/2020, Graziosi, Rv. 659283-01,** la quale, in tema di beni di proprietà degli enti pubblici, chiarisce che l'immobile comunale che, a titolo oneroso, sia stato concesso in uso ad un privato per lo

svolgimento di servizi socio-assistenziali, in mancanza di un provvedimento amministrativo che lo destini a pubblico servizio, appartiene al patrimonio disponibile dell'ente, con la conseguenza che la controversia relativa alla sua restituzione rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto un rapporto privatistico di carattere paritetico riconducibile a quello locatizio.

Sez. U, n. 11126/2020, Falaschi, Rv. 657874-01 ha infine rilevato che, nel rapporto di concessione di derivazione ed utilizzazione di acque pubbliche, i diritti dei privati (che non possono mai essere diritti assoluti) sono acquisiti con la condizione che siano fatte salve le esigenze della collettività, il cui diritto all'uso delle acque pubbliche, sempre latente, può riespandersi in ogni momento; ne consegue che, in seguito alla riespansione del primato della destinazione pubblica dell'acqua, il concessionario non subisce la compressione di un inesistente diritto di proprietà ma soggiace all'obbligo (assunto con la sottoscrizione dell'atto di concessione) di rilasciare l'acqua richiesta a causa del verificarsi di una condizione legittima e accettata, e non può pertanto pretendere alcun indennizzo o risarcimento, ma soltanto l'adeguamento del canone in ragione del ridotto utilizzo, quantitativo e temporale.

2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico) e gli usi civici.

L'istituto della "servitù" trova pacificamente applicazione anche nel campo del diritto "pubblico", sebbene l'esatta identificazione del significato e la delimitazione del contenuto della locuzione "servitù pubbliche" appaiono ancora oggi tutt'altro che univoche, con precipuo riferimento (a) ai relativi elementi costitutivi, (b) all'eventuale autonomia concettuale rispetto all'omologo istituto disciplinato dal codice civile e (c) alle linee di demarcazione dalle fattispecie di cd. "limitazione amministrativa della proprietà". L'elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale è comunque giunta alla conclusione per cui le "servitù pubbliche" (o "servitù d'uso pubblico") possono essere qualificate in termini di vincoli "*lato sensu*" pubblicistici alla (condizione giuridica della) proprietà privata o pubblica, caratterizzati da un'intensa funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici o collettivi (cfr. anche l'art. 825 c.c.), immanente alle differenti matrici e giustificazioni teoriche della demanialità (o della immutabilità di destinazione propria del concetto di patrimonio indisponibile), nonché a situazioni di vantaggio su beni privati aventi caratteristiche oggettive assimilabili a quella dei beni pubblici riconosciute in favore di comunità di cittadini o utenti.

Per ciò che concerne i relativi modi di costituzione, essi vengono comunemente ravvisati - non dissimilmente rispetto a quanto avviene relativamente alle servitù

coattive di diritto privato - nella legge, negli atti amministrativi ablatori, nell'esistenza di una convenzione tra le parti, nell'usucapione e nella sentenza.

L'imposizione di una servitù di uso pubblico per atto della pubblica amministrazione implica la corresponsione, in favore del titolare del fondo servente, della cd. indennità di asservimento, secondo la previsione generale oggi contenuta nell'art. 44 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, quale approdo di una lunga evoluzione legislativa che trova il proprio "*incipit*" nella legge Pisanelli (cfr. gli artt. 45 e 36 della l. 25 giugno 1865, n. 2359).

A tale riguardo, sia pure con riferimento alla servitù di elettrodotto, **Sez. 1, n. 18577/2020, Nazzicone, Rv. 658617-01** ha evidenziato che la determinazione dell'indennità di asservimento, parametrata al valore venale del bene ed attribuita se sia dimostrata l'attualità del deprezzamento nonché l'oggettiva incidenza causale del vincolo, richiede l'applicazione del metodo sintetico-comparativo con obbligo per il giudice, onde non incorrere in violazione di legge, di indicare i dati obiettivi sui quali ha fondato la propria valutazione, vale a dire gli elementi di comparazione utilizzati documentandone la rappresentatività in riferimento ad immobili analoghi e quindi in riferimento ad atti specifici ed identificabili. Quanto, poi, alle specifiche modalità di calcolo, **Sez. 1, n. 18581/2020, Scalia, Rv. 658809-01** ha chiarito che l'indennità di asservimento che spetta al proprietario del fondo gravato dall'imposizione di una servitù di metanodotto e che presuppone un atto legittimo della Pubblica Amministrazione, con conseguente responsabilità indennitaria ex art. 44 del d.P.R n. 327 del 2001, va calcolata in una misura percentuale dell'indennità di espropriazione, essendo destinata a ristorare il pregiudizio attuale ed effettivo derivante al proprietario non espropriato dalla realizzazione dell'opera pubblica, ulteriormente precisando, poi, che dall'accostamento, in via analogica, tra le due indennità consegue che la posta di cui all'art. 33 d.P.R. n. 327 cit. - che in tema di esproprio parziale impone la commisurazione dell'indennità anche alla perdita di valore della porzione residua del fondo - trova applicazione anche rispetto ad un fondo appartenente ad un unico proprietario che si trovi svilito nel suo valore anche quanto alla parte del fondo non attinta dal provvedimento di servitù in ragione della originaria unitarietà del bene.

Non dissimili rispetto alle servitù coattive di diritto privato sono, inoltre, le cause di estinzione: sicché ove la servitù pubblica sia stata costituita su base convenzionale, è anzitutto nel regolamento contrattuale che vanno ricercate le fonti di eventuali cause di cessazione della medesima (ad es.: fissazione di un termine); ove, al contrario, all'origine del vincolo reale vi sia un provvedimento amministrativo, l'eventuale sopravvenienza di ragioni d'interesse pubblico incompatibili con la permanenza del vincolo potrebbe costituire il presupposto per l'esercizio di poteri di autotutela amministrativa (come nel caso si revoca del provvedimento impositivo del vincolo).

Può, infine accadere, che la servitù pubblica ceda il passo al definitivo spossessamento, da parte della P.A., del fondo del privato: è il caso, affrontato, in particolare, da **Sez. 6-1, n. 09547/2020, Mercolino, Rv. 657737-01** avuto riguardo alla domanda di risarcimento del danno, proposta dal proprietario di una strada già assoggettata a servitù di uso pubblico di passaggio, il quale deduca di aver subito la definitiva spoliazione del terreno per effetto dell'illecito spossessamento operato dal comune. In tal caso - osserva la S.C. - il riconoscimento del danno postula la verifica dell'effettiva immutazione della precedente situazione di possesso concernente la detta strada, con la verifica delle concrete modalità di esercizio della servitù pubblica di passaggio, e delle ulteriori residue facoltà, poteri o utilità che sottratte al proprietario rispetto a quelle già perdute per effetto dell'esistenza della servitù: ed infatti, non risultano sufficienti ad affermare l'avvenuta interversione del possesso da parte della P.A. né l'esercizio di facoltà ricomprese nella servitù di uso pubblico (quali l'esercizio di poteri di polizia sulla strada, il servizio di pubblica amministrazione, l'apposizione dei numeri civici sui fabbricati, l'esecuzione di lavori di manutenzione o del manto stradale, etc.) o che non sono di per sé idonee ad incidere sulla situazione possessoria (quali la destinazione a strada pubblica nell'ambito del piano regolatore o l'inclusione della strada nella toponomastica cittadina), né l'apertura di accessi sulla strada a favore di fondi latistanti (riconducibile al comportamento di singoli privati esorbitanti dai limiti della servitù), dovendosi piuttosto accertare le concrete modalità con le quali l'ente pubblico abbia di fatto usurpato il completo possesso *uti dominus* della strada, con conseguente perdita della disponibilità da parte del proprietario (così anche, in passato, Sez. 2, n. 05282/1983, Pierantoni, Rv. 430180-01).

Certamente diversi dalle servitù pubbliche sono gli usi civici, pur essendo innegabile, tuttavia, l'analogo effetto di assoggettamento che ne consegue, con efficacia *erga omens*, a carico della proprietà (pubblica o) privata, in favore del soddisfacimento di un interesse della collettività indifferenziata degli abitanti di un territorio (chiara in tal senso **Sez. 5, n. 02632/2020, Mondini, Rv. 656961-01**).

Osserva, in proposito, **Sez. 3, n. 11276/2020, Guizzi, Rv. 658154-01**, che la possibilità di consentire in favore dei privati, con atto di concessione o con contratto di affitto, il godimento individuale di un terreno demaniale di uso civico, temporaneamente non utilizzato dalla comunità, può avere solo carattere precario e temporaneo, con la conseguenza che il rapporto resta sottratto alle norme speciali in materia agraria relative alla durata, poiché altrimenti resterebbe preclusa alla P.A. la possibilità di condizionarne la continuazione e la rinnovazione alla compatibilità, in concreto, con la destinazione ad uso civico del terreno.

La natura peculiare del diritto di uso civico su di un suolo "colora", inoltre, il regime giuridico delle opere e degli impianti che su di esso siano realizzati senza titolo: chiarisce, infatti, **Sez. 2, n. 09373/2020, San Giorgio, Rv. 657751-02** che,

essendo tali manufatti privi di una propria titolarità giuridica diversa dal suolo sul quale insistono, di quest'ultimo acquisiscono la natura demaniale civica (nell'occasione la S.C. ha cassato la sentenza di merito, nella parte in cui aveva dichiarato la natura demaniale civica di alcuni terreni e non anche delle opere idroelettriche abusivamente realizzate sui terreni medesimi).

2.1. (Segue) La liquidazione degli usi civici.

Come chiarito poc'anzi, i diritti di uso civico su beni privati (cd. in senso stretto) - la cui disciplina risulta essenzialmente condensata nella l. 16 giugno 1927, n. 1766 - comportano, per il proprietario, un vincolo ed un limite al pieno godimento del proprio bene, stante l'obbligo di consentire ai membri di una data comunità di fare proprie specifiche utilità: donde la necessità di provvedere alla loro liquidazione.

In particolare, il procedimento che conduce all'estinzione dei diritti di uso civico si articola in più fasi e, precisamente, (a) nell'accertamento dell'esistenza degli usi civici, (b) nella valutazione dell'estensione e del valore degli stessi e (c) nella liquidazione: la prima fase, condotta da periti nominati dalla Regione, è volta a verificare la presenza dei diritti di uso civico su un dato bene e ad individuarne l'esatto contenuto e rilevanza, sotto il profilo economico, nel territorio; accertata l'esistenza del diritto di uso civico degli usi civici in senso stretto, segue, quindi, la fase della verifica, finalizzata a determinarne l'estensione ed il valore, dovendosi distinguere, secondo quanto previsto dall'art. 4 della l. n. 1766 del 1927, fra "usi essenziali" (legati, cioè, ai bisogni fondamentali della vita) e "usi utili" (aventi una destinazione economico-produttiva, di tipo agricolo o silvo-pastorale); la liquidazione, da ultimo, avviene mediante affrancazione del terreno, che viene liberato dall'uso mediante scorporo ovvero l'imposizione di un canone di natura enfteutica a favore della collettività, da corrispondersi annualmente.

Il progetto di liquidazione degli usi civici, una volta predisposto dai periti, va trasmesso e depositato, a cura della Regione, al Comune o alla associazione agraria del luogo in cui siano situate le terre interessate dal diritto di uso civico; di tale deposito va dato avviso con un bando ed il progetto di liquidazione va notificato agli interessati.

Contro di esso i possessori delle terre su cui sono stati individuati gli usi, il Comune o l'associazione agraria possono proporre opposizione (in mancanza della quale, peraltro, il progetto di liquidazione è dichiarato esecutivo dalla Regione) al Commissario per gli usi civici nel termine di trenta giorni: tale organo - osserva **Sez. 2, n. 17310/2020, Grasso, Rv. 658895-03** - è investito, in virtù di quanto previsto dall'art. 29 della l. n. 1766 del 1927, di compiti amministrativi, nonché della piena giurisdizione in materia di "controversie circa la esistenza, la natura e la estensione"

dei diritti di cui all'art. 1 della l. n. 1766 cit., nel cui alveo si colloca, peraltro, l'"esperimento di conciliazione" previsto dall'art. 29, comma 3, quale evenienza auspicabile, ma non obbligatoria, esperibile "in ogni fase del procedimento" giurisdizionale regolato dal comma 2 della medesima norma. Più in generale **Sez. U, n. 09280/2020, Lombardo, Rv. 657660-01** chiarisce che appartengono alla giurisdizione del Commissario per la liquidazione degli usi civici le controversie che abbiano ad oggetto l'accertamento degli usi civici o di diritti di uso collettivo delle terre ovvero l'accertamento dell'appartenenza di un terreno al "demanio civico"; esulano, invece, da tale giurisdizione tutte le controversie che abbiano ad oggetto l'accertamento dell'appartenenza di un terreno al demanio comunale non destinato all'uso civico (come il demanio stradale), le quali spettano alla giurisdizione del giudice ordinario. Esula, altresì, dalla giurisdizione del Commissario per la liquidazione degli usi civici, per rientrare in quella del G.A., la controversia relativa all'impugnazione di una delibera comunale di approvazione di uno schema di accordo transattivo avente ad oggetto il riconoscimento della natura civica di alcune terre, giacché - osserva **Sez. U, n. 09282/2020, Lombardo, Rv. 657662-01** - il *petitum* sostanziale della lite è in tal caso costituito dalla legittimità amministrativa della delibera, senza che sia proposta alcuna domanda di accertamento della qualità demaniale dei suoli.

Quanto alle regole procedurali applicabili innanzi al Commissario liquidatore, **Sez. 2, n. 17310/2020, Rv. 658895-02** precisa che l'art. art. 31, comma 3, della l. n. 1766 cit., in virtù del quale i commissari per la liquidazione degli usi civici debbono attenersi alle norme dei procedimenti dinanzi al pretore, ha carattere indicativo e programmatico e faculta i commissari a seguire tali norme, meno rigide di quelle del procedimento ordinario, sempre che ciò sia compatibile con il carattere inquisitorio e l'impulso di ufficio del procedimento dinanzi ad essi e con i principi posti dai commi 1 e 4 del medesimo art. 31, i quali dispensano dalla osservanza delle forme della procedura ordinaria, purché prima di provvedere siano sentiti gli interessati e ne siano raccolte sommariamente le osservazioni e le istanze, né ammettono eccezioni di nullità degli atti processuali ulteriori rispetto a quelle relative all'assoluta incertezza delle persone e dell'oggetto dell'atto, del luogo di comparizione o che concernono l'essenza dell'atto. Ne consegue che le parti possono stare dinanzi al Commissario per la liquidazione degli usi civici senza il ministero di difensore e, qualora conferiscano la procura alle liti, non sono strettamente vincolate all'osservanza delle forme prescritte dall'art. 83 c.p.c. Osserva, ulteriormente, **Sez. 2, n. 09373/2020, San Giorgio, Rv. 657751-01** che, nel giudizio di appello in materia di usi civici, la preclusione della facoltà di proporre appello incidentale è determinata esclusivamente dall'inizio dell'udienza di discussione fissata dal presidente, cioè dalla comparizione della parte, atteso che l'art. 4 della l. n. 1078 del 1930 (applicabile

"*ratione temporis*" alla fattispecie) è una norma speciale che prevale sugli artt. 166 e 343 c.p.c., incompatibili con essa. È, poi, inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal P.M. presso il giudice *a quo* avverso la sentenza pronunciata in sede di reclamo dalla corte d'appello, sezione speciale per gli usi civici, atteso che nel procedimento in materia di usi civici, disciplinato dalla l. n. 1078 del 1930, tale organo, pur essendo tenuto ad intervenire, non è titolare di un autonomo diritto d'impugnazione, laddove secondo la regola generale posta dall'art. 72 c.p.c., spetta al pubblico ministero interveniente la titolarità del diritto d'impugnazione soltanto nelle cause che avrebbe potuto proporre, ovvero in quelle altrimenti previste nei commi 3 e 4 di tale norma (così **Sez. 2, n. 06626/2020, Scarpa, Rv. 657467-01**).

3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati.

La tematica delle conformità urbanistiche ha rappresentato fertile terreno di indagine da parte della giurisprudenza di legittimità.

Va anzitutto chiarito che, in tale ambito, la distinzione fra "vincoli conformativi" e "vincoli espropriativi" (comprensivi di quelli "preordinati all'esproprio" e di quelli "sostanzialmente espropriativi", secondo la formula dell'art. 39, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001) origina dalla sentenza n. 55 del 1968 della Corte costituzionale ed ha ricevuto una più precisa definizione nella successiva sentenza n. 179 del 1999 del giudice delle leggi: in via di prima approssimazione il *discrimen* sembrerebbe riposare sul binomio determinatezza/generalità, nel senso che i vincoli espropriativi sono a titolo particolare su beni determinati, mentre quelli conformativi attengono alla generalità o a categorie, determinate anche "per zone territoriali" oppure, ma sempre in via generale, in rapporto a beni o a interessi della pubblica amministrazione (in altri termini, come indicato nella sentenza n. 6 del 1966 della Corte Costituzionale, hanno un carattere "generale e obiettivo").

La differenza tra le due tipologie di vincolo è riproposta espressamente da **Sez. 1, n. 00207/2020, Sambito, Rv. 656617-01** che, in tema di espropriazione per pubblica utilità ed al fine di individuare la qualità edificatoria dell'area (da effettuarsi in base agli strumenti urbanistici vigenti al momento dell'espropriazione), chiarisce che, ove con l'atto di pianificazione si provveda alla zonizzazione dell'intero territorio comunale, o di una sua parte, sì da incidere su di una generalità di beni, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui essi ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo assume carattere conformativo ed influisce sulla determinazione del valore dell'area espropriata mentre, ove si imponga un vincolo particolare, incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, il vincolo è da ritenersi preordinato all'espropriazione e da esso deve prescindersi nella stima dell'area.

La distinzione, peraltro, rileva anche in relazione alla determinazione dell'indennità di espropriazione: così, ad esempio, **Sez. 1, n. 06486/2020, Caradonna, Rv. 657067-01** esclude, a tali fini, la qualità edificatoria dell'area che risulti destinata a pubblici impianti in base a progetti approvati dall'autorità amministrativa, in virtù delle norme di attuazione del p.r.g. che, comportando un vincolo di tipo non ablativo ma conformativo, regolano il territorio comunale con previsione generale e astratta; mentre, più in generale, **Sez. 1, n. 14780/2020, Marulli, Rv. 658245-02** chiarisce che i vincoli conformativi discendono non già dal piano di recupero urbano quanto, piuttosto, dall'accordo di programma, con la conseguenza che la determinazione delle indennità riflette necessariamente le varianti apportate al p.r.g., quale strumento urbanistico generale, proprio a seguito della stipulazione dell'accordo anzidetto.

3.1. (Segue) Le distanze legali.

Nell'ambito delle limitazioni legali al diritto di proprietà dettate dai rapporti di vicinato rilievo preminente assume la disciplina delle distanze tra costruzioni (artt. 873 ss. c.c.), le cui prescrizioni hanno carattere preventivo e trovano applicazione indipendentemente dall'esistenza di un danno (pur avendo **Sez. 6-2, n. 25082/2020, Criscuolo, Rv. 659708-01** specificato, al riguardo, che la violazione della prescrizione sulle distanze tra le costruzioni, attesa la natura del bene giuridico leso, determina un danno in *re ipsa*, con la conseguenza che non incombe sul danneggiato l'onere di provare la sussistenza e l'entità concreta del pregiudizio patrimoniale subito al diritto di proprietà, dovendosi, di norma, presumere, sia pure *iuris tantum*, tale pregiudizio, fatta salva la possibilità per il preteso danneggiante di dimostrare che, per la peculiarità dei luoghi o dei modi della lesione, il danno debba, invece, essere escluso): si tratta di reciproci presupposti di convenienza e sviluppo, non inquadrabili nel concetto di servitù, benché tutelabili per il tramite dell'*actio negatoria*, imprescrittibili (ma suscettibili di cedere di fronte a chi abbia acquisito, anche per il mezzo dell'usucapione, una servitù) e non onerosi.

Come già avvenuto negli anni passati, la disamina dei molteplici arresti con cui la Corte, nel corso del 2020, si è soffermata sulla disciplina delle distanze tra costruzioni, consente di suddividere la materia per macroaree di interesse: da un lato, le decisioni che si sono occupate, perimetrandolo, dell'ambito di applicabilità della normativa in questione, dall'altro le pronunzie che si sono interessate dell'applicazione, in concreto, della normativa sulle distanze tra costruzioni.

Quanto al primo blocco di decisioni, **Sez. 6-2, n. 27586/2020, Tedesco, Rv. 659705-01** chiarisce, anzitutto, che la sopravvenienza di una disciplina meno restrittiva, che può legittimare la costruzione originariamente illecita, non può

consistere in una semplice delibera del consiglio comunale, atteso che questa non è idonea, di per sé, a modificare la disciplina urbanistica, costituendo solo il primo atto di un complesso *iter* amministrativo che si conclude soltanto con l'approvazione regionale della variante del piano regolatore generale. La tematica dello *ius superveniens* è affrontata anche da **Sez. 2, n. 26713/2020, Varrone, Rv. 659725-02**, la quale, muovendo dalla considerazione per cui i regolamenti edilizi in materia di distanze tra costruzioni contengono norme di immediata applicazione, salvo il limite, nel caso di norme più restrittive, dei cosiddetti "diritti quesiti" (per cui la disciplina più restrittiva non si applica alle costruzioni che, alla data dell'entrata in vigore della normativa, possano considerarsi "già sorte") e, nel caso di norme più favorevoli, dell'eventuale giudicato formatosi sulla legittimità o meno della costruzione, trae da tale premessa la conclusione dell'inammissibilità dell'ordine di demolizione di costruzioni che, illegittime secondo le norme vigenti al momento della loro realizzazione, tali non siano più alla stregua delle norme vigenti al momento della decisione salvo, ove ne ricorrano le condizioni, il diritto al risarcimento dei danni prodottisi *medio tempore*, ossia di quelli conseguenti alla illegittimità della costruzione nel periodo compreso tra la sua costruzione e l'avvento della nuova disciplina.

Più in generale, poi: 1) **Sez. 2, n. 22589/2020, Criscuolo, Rv. 659369-02** chiarisce che, in tema di distanze fra le costruzioni, le prescrizioni del piano regolatore, atto complesso risultante dal concorso della volontà del Comune e della Regione, acquistano efficacia di norme giuridiche integrative del codice civile solo con l'approvazione del piano medesimo da parte dell'autorità regionale sicché, qualora uno dei due atti che costituiscono l'atto complesso sia annullato a seguito di ricorso giurisdizionale, il piano regolatore decade con effetto retroattivo e non ha alcuna idoneità a regolare i rapporti in materia di distanze legali, fino a quando non intervenga una sua nuova approvazione e salva l'applicazione delle misure di salvaguardia, dall'altro; 2) **Sez. 2, n. 03043/2020, Sabato, Rv. 657095-01**, invece, ribadisce che per configurare gli estremi di una veduta ai sensi dell'art. 900 c.c., conseguentemente soggetta alle regole di cui agli artt. 905 e 907 c.c. in tema di distanze, è necessario che le cd. *inspectio et prospectio in alienum*, vale a dire le possibilità di "affacciarsi e guardare di fronte, obliquamente o lateralmente", siano esercitabili in condizioni di sufficiente comodità e sicurezza: ne consegue che l'assenza di parapetto su una terrazza di copertura di un edificio costituisce elemento decisivo per escludere che l'opera abbia i caratteri della veduta o del prospetto, anche se essa sia di normale accessibilità e praticabilità da parte del proprietario, laddove la praticabilità può valere invece ai fini della qualificazione della situazione come luce irregolare. Per escludere anche questa seconda configurazione giuridica è necessario accertare, avuto riguardo all'attuale consistenza e destinazione dell'opera, oggettivamente considerata, ed alle sue possibili e prevedibili utilizzazioni da parte

del proprietario, se e quali limitazioni, ancorché diverse e minori di quelle derivanti da un'apertura avente i caratteri della veduta o del prospetto, possano discenderne a carico della libertà del fondo vicino altrui.

Passando, quindi, all'esame degli arresti con cui la S.C. si è interessata, dell'applicazione, in concreto, della normativa sulle distanze, **Sez. 2, n. 26713/2020, Varrone, Rv. 659725-01**, chiarisce, anzitutto, che l'esenzione dall'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 878 c.c. concerne, sia i muri di cinta, qualificati dalla destinazione alla recinzione di una determinata proprietà, dall'altezza non superiore a tre metri, dall'emersione dal suolo nonché dall'isolamento di entrambe le facce da altre costruzioni, sia i manufatti che, pur carenti di alcuni di tali requisiti, siano comunque idonei a delimitare un fondo ed abbiano ugualmente la funzione e l'utilità di demarcare la linea di confine e di recingere il fondo.

La sopravvenienza del permesso di costruire in deroga non legittima, poi, *ex se* l'intervento edilizio, occorrendo, al contrario, che il titolo abilitativo preceda la realizzazione dell'opera: è chiara in tal senso **Sez. 2, n. 18499/2020, De Marzo, Rv. 659171-02**, la quale evidenza che, in materia di controversie tra privati proprietari relative alla violazione delle distanze legali tra le costruzioni, il permesso di costruire in deroga, di cui all'art. 14 del d.P.R. n. 380 del 2001, deve necessariamente precedere, per l'appunto, la realizzazione dell'intervento edilizio e non può indirettamente comportare quale effetto la sanatoria dell'eventuale illecito, tenuto conto del carattere eccezionale del potere derogatorio che deve, pertanto, essere inteso in termini restrittivi, nonché della necessità di proteggere l'affidamento del privato.

La tematica della sopravvenienza riguarda anche un ulteriore aspetto dell'attività edificatoria e, precisamente, il successivo mutamento della destinazione di una costruzione, in origine realizzata ad una distanza conforme a quella contenuta nel regolamento locale: per **Sez. 2, n. 11845/2020, Criscuolo, Rv. 658271-01**, tale mutamento, anche se non accompagnato da modifiche strutturali o aumenti di volumetrie, impone di verificare la perdurante legittimità dell'opera.

Da un punto di vista squisitamente processuale, infine, si registrano diversi interventi della S.C. in materia: (a) **Sez. 2, n. 10069/2020, Cosentino, Rv. 657757-01**, per cui la domanda di demolizione di una costruzione per la generica violazione delle norme in tema di distanze legali non esclude che il giudice, investito della decisione, possa pronunciarsi sulla legittimità dell'opera avuto riguardo alle previste distanze non solo fra costruzioni, ma anche dal confine, nonché a quelle stabilite della normativa cosiddetta antisismica di cui alla l. 25 novembre 1962, n. 1684, senza per questo incorrere in violazione dell'art. 112 c.p.c.; (b) **Sez. 6-2, n. 12325/2020, Giannaccari, Rv. 658461-01**, che riconosce al comproprietario la facoltà di agire a tutela della proprietà comune, al fine di far valere l'osservanza delle distanze legali, senza che sia necessario integrare il contraddittorio nei confronti degli altri

comproprietari; (c) **Sez. 6-2, n. 23074/2020, Giannaccari, Rv. 659403-01** che, a proposito della competenza del giudice di pace, chiarisce che, proposta innanzi a detta A.G. una domanda relativa al rispetto delle distanze legali nella piantagione di alberi (e, dunque, rientrante nella competenza *ratione materiae* dello stesso), ove sia investito, in via riconvenzionale, di una eccezione eccedente la sua competenza per valore o per materia (nella specie, di usucapione, ma al solo fine di paralizzare la domanda attorea), lo stesso deve decidere su entrambe, in quanto l'eccezione riconvenzionale, a differenza della domanda riconvenzionale, non comporta lo spostamento della competenza e la separazione delle cause ai sensi dell'art. 36 c.p.c.; (d) ove, poi, in tema di violazione delle distanze legali, sorga questione tra privati circa la legittimità di una concessione rilasciata in deroga alla relativa disciplina dettata dallo strumento urbanistico, **Sez. 2, n. 18499/2020, De Marzo, Rv. 659171-01** evidenzia che il giudice ordinario deve esercitare un sindacato incidentale sull'atto amministrativo, al solo fine della sua eventuale disapplicazione.; (e) da ultimo, **Sez. 6-2, n. 23184/2020, Giannaccari, Rv. 659404-01,** a proposito di eliminazione delle vedute abusive, chiarisce che ciò può avvenire, non solo, mediante la demolizione delle porzioni immobiliari per mezzo delle quali si realizza la violazione lamentata, ma anche attraverso la predisposizione di idonei accorgimenti che impediscano di esercitare la veduta sul fondo altrui o attraverso l'arretramento della costruzione, che il giudice può disporre, in alternativa alla demolizione, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione, essendo tale decisione contenuta nella più ampia domanda di demolizione.

4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione.

Le azioni riconosciute al proprietario a tutela del proprio diritto sono quattro (rivendicazione, *negatoria servitutis*, regolamento di confini ed apposizione di termini) e ad esse si aggiungono le due azioni di nunciazione (denuncia di nuova opera e di danno temuto) su cui si avrà modo di tornare più avanti.

La fondamentale azione di rivendicazione ha lo scopo di far conseguire al proprietario il possesso definitivo della cosa, con ogni suo incremento ed è, pertanto, esercitata da chi sia proprietario, ma non nel possesso della "*res*".

Caratteristica peculiare della *rei vindicatio* - al di fuori di tale istituto, infatti, la proprietà può essere dimostrata, come tutti i fatti, anche con presunzioni e, quindi, pure attraverso il ricorso alle risultanze catastali (così Sez. 2, n. 07567/2019, Dongiacomo, Rv. 653289-01) - è la prova particolarmente rigorosa (cd. *probatio diabolica*) richiesta all'attore - ovvero al convenuto che, ad una domanda di rilascio o consegna di natura personale opponga, in via di eccezione ovvero riconvenzionale, difese di carattere petitorio (**Sez. 2, n. 00795/2020, Bellini, Rv. 656838-01**) -

dovendo questi risalire ad un titolo originario di acquisto della proprietà, normalmente coincidente con l'usucapione.

La distribuzione dell'onere della prova e la valutazione del materiale probatorio vanno, tuttavia, anche adeguate alle esigenze della controversia: principio già affermato, nel recente passato da Sez. 2, n. 25793/2016, Criscuolo, Rv. 642159-01 (la quale ebbe ad affermare che, nell'azione di rivendicazione, il rigore della prova della proprietà è attenuato se il convenuto riconosca che il bene rivendicato apparteneva un tempo ad una determinata persona, essendo sufficiente in tal caso che il rivendicante dimostri, mediante gli occorrenti atti d'acquisto, il passaggio della proprietà da quella determinata persona fino a lui) ed alla base di quanto osservato dalla più recente **Sez. 2, 20880/2020, Tedesco, Rv. 659183-01,** per la quale, quando il rivendicante, dante causa mediato del convenuto, sostiene che questi si sia impossessato di una parte del suo terreno eccedente quella a suo tempo venduta, al fine di individuare se e dove fosse stata occupata altra parte del terreno, rileva esclusivamente accertare - alla stregua di un apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, se correttamente e congruamente motivato - l'estensione del terreno venduto, stabilendone l'esatta individuazione e collocazione nell'ambito dell'originaria proprietà dell'attore.

Sostanzialmente in applicazione del medesimo principio, **Sez. 2, n. 03852/2020, Scarpa, Rv. 65716-04** chiarisce, ancora, che la presunzione legale di proprietà comune di parti del complesso immobiliare in condominio, che si sostanzia sia nella destinazione all'uso comune della *res*, sia nell'attitudine oggettiva al godimento collettivo, dispensa il condominio dalla prova del suo diritto, ed in particolare dalla cosiddetta *probatio diabolica*: ne consegue che quando un condomino pretenda l'appartenenza esclusiva di uno dei beni indicati nell'art. 1117 c.c., poiché la prova della proprietà esclusiva dimostra, al contempo, la comproprietà dei beni che detta norma contempla, onde vincere tale ultima presunzione è onere dello stesso condomino rivendicante dare la prova della sua asserita proprietà esclusiva, senza che a tal fine sia rilevante il titolo di acquisto proprio o del suo dante causa, ove non si tratti dell'atto costitutivo del condominio, ma di alienazione compiuta dall'iniziale unico proprietario che non si era riservato l'esclusiva titolarità del bene.

4.1. (Segue) b) la "*negatoria servitutis*".

L'azione negatoria ha, invece, lo scopo di tutelare la pienezza del diritto di proprietà sulla cosa, con libertà da pesi o servitù pretesi da altri sulla stessa: l'azione trova ingresso allorché alle molestie provenienti dal terzo corrisponda la pretesa esistenza di un diritto, senza che sia controversa la titolarità del fondo asseritamente servente.

Dei profili processuali inerenti tale azione si è occupata **Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**, chiarendo che, allorché il fondo, nel quale sono state realizzate le opere di cui si chieda la rimozione, appartenga a più soggetti, si determina un'ipotesi di litisconsorzio necessario; ne deriva, in fase di appello, la inscindibilità delle cause, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., e, quindi, la necessità della partecipazione a tale fase di tutte le parti originarie, la quale deve essere verificata dal giudice del gravame preliminarmente ad ogni altra pronuncia, con l'emissione di un eventuale ordine d'integrazione del contraddittorio; in difetto, si determina la nullità, rilevabile di ufficio pure in sede di legittimità, dell'intero processo di secondo grado e della sentenza che lo ha concluso.

4.1.1. (Segue) Le immissioni.

A proposito della regolamentazione dei rapporti di vicinato, discorso a parte merita la disciplina delle immissioni, regolate dall'art. 844 c.c., il cui limite è rappresentato non già dalla normalità dell'esercizio di una determinata attività, quanto dalla normale tollerabilità per chi deve subirla, tenendo conto (a) delle esigenze della produzione e (b) delle condizioni di ambiente (cd. "preuso").

L'azione inibitoria esperibile ai sensi della richiamata disposizione codicistica - secondo l'impostazione granitica della giurisprudenza di legittimità, ribadita nel recente passato da Sez. 2, n. 26882/2019, Oliva, Rv. 655665-01 - ha natura reale, rientra nello schema della *negatoria servitutis* e deve essere proposta contro tutti i proprietari di tale fondo, qualora l'attore miri ad ottenere un divieto definitivo delle immissioni, operante, cioè, nei confronti dei proprietari attuali o futuri del fondo medesimo e dei loro aventi causa, in modo da ottenere l'accertamento della infondatezza della pretesa, anche solo eventuale e teorica relativa al diritto di produrre siffatte immissioni. La medesima azione ha, invece, carattere personale e rientra nello schema dell'azione di risarcimento in forma specifica di cui all'art 2058 c.c., nel caso in cui l'attore miri soltanto ad ottenere il divieto del comportamento illecito dell'autore materiale delle suddette immissioni, sia esso detentore ovvero comproprietario del fondo, il quale si trovi nella giuridica possibilità di eliminare queste ultime senza bisogno dell'intervento del proprietario o degli altri comproprietari del fondo medesimo.

Nell'anno appena trascorso, la tematica delle immissioni ha interessato la S.C. con riferimento all'individuazione del criterio in base al quale ripartire la giurisdizione tra G.O. e G.A., allorché il superamento della soglia di normale tollerabilità consegua ad attività svolte su aree pubbliche ovvero il cui svolgimento è connesso al rilascio di titoli abilitativi da parte della P.A.

Avuto riguardo alla prima evenienza (*i.e.* immissioni acustiche provenienti da aree pubbliche), **Sez. U, n. 21993/2020, Vincenti, Rv. 659163-01** chiarisce che appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la domanda, proposta da cittadini residenti nelle zone interessate, di condanna della P.A. a provvedere, con tutte le misure adeguate, all'eliminazione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle immissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti, atteso che l'inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario, non solo, per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*.

Ugualmente appartiene alla giurisdizione del G.O. la controversia nella quale il privato, previo accertamento della rumorosità, molestia e intollerabilità delle immissioni prodotte dagli aerogeneratori di un parco eolico, nonché degli effetti pregiudizievoli da esse recati alla salute propria e dei suoi familiari e al valore economico della sua proprietà, ne abbia domandato la cessazione o, almeno, la riduzione entro i limiti della tollerabilità, unitamente al risarcimento del danno: ed infatti - osserva **Sez. U, n. 25578/2020, Giusti, Rv. 659460-01** - la domanda, avuto riguardo al "*petitum*" sostanziale, non concerne l'annullamento del provvedimento amministrativo di autorizzazione all'istallazione e gestione dell'impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica (né presuppone l'accertamento della sua illegittimità), ma ha ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi alla salute e di proprietà, sul fondamento della violazione dei limiti di tollerabilità previsti dall'art. 844 c.c.

Interessante, infine, il caso affrontato da **Sez. 3, n. 11105/2020, Fiecconi, Rv. 658079-01**, in tema di immissione di onde elettromagnetiche: in tal caso, infatti, il principio di precauzione - sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale - è assicurato dallo stesso legislatore statale attraverso la regolamentazione contenuta nella l. 22 febbraio 2001, n. 36 e nel d.P.C.M. 8 luglio 2003, che ha fissato i parametri relativi ai limiti di esposizione, ai valori di attenzione e agli obiettivi di qualità, i quali non sono modificabili, neppure in senso restrittivo, dalla normativa delle singole Regioni (cfr. Corte cost., sentenza n. 307 del 2003) ed il cui mancato superamento osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, che è ipotizzabile solo in caso di accertata sussistenza del pericolo della sua compromissione, da ritenersi presuntivamente esclusa quando siano stati rispettati i limiti posti dalla disciplina di settore.

4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini.

Le azioni cd. "di confine" sono due e perseguono, rispettivamente, finalità diverse: mentre l'*actio finium regundorum* si esercita allorché vi sia un'incertezza sul confine ad opera di uno (azione qualificata) ovvero di entrambi (*actio simplex*) i confinanti, l'azione di apposizione di termini viene invece introdotta quando tale incertezza non vi sia e si voglia unicamente apporre un segno visibile ad indicazione del confine tra i fondi. Si tratta, in entrambi i casi, di un *iudicium duplex*, nel senso che entrambe le parti confinanti possono introdurre le due azioni, vantando reciprocamente una posizione di pretesa e di difesa.

Con particolare riferimento all'azione di regolamento di confini, la Corte (**Sez. 6-2, n. 22095/2020, Oliva, Rv. 659399-01**) ne ravvisa il *discrimen* con la rivendica nella circostanza che, mentre quest'ultima presuppone un conflitto di titoli determinato dal convenuto, il quale oppone a suo favore un titolo - anche non negoziale - diverso da quello su cui l'attore fonda la sua istanza, nell'azione di regolamento di confini il conflitto è tra fondi, in quanto il convenuto deduce che, in forza del titolo dedotto dall'attore e del titolo di proprietà del fondo a lui appartenente, il confine è diverso, a nulla rilevando, in presenza di una incertezza del confine per avvenuta usurpazione di parte del terreno, l'effetto recuperatorio di detta domanda che consegua soltanto all'eliminazione del preesistente stato di incertezza sui confini.

Quanto alla determinazione del confine tra due fondi, a norma dell'art. 950 c.c. è ammissibile qualsiasi mezzo di prova; tuttavia, osserva **Sez. 6-2, n. 12322/2020, Giannaccari, Rv. 658460-01**, qualora si tratti di fondi appartenenti originariamente come unico appezzamento ad un solo proprietario, deve necessariamente farsi riferimento agli atti di frazionamento allegati ai contratti di vendita o di divisione, quando dalle misure ivi contenute possono essere desunti elementi idonei ad individuare con esattezza la linea di confine tra le due proprietà; ove, poi, i dati sul confine siano discordanti e gli acquisti siano stati effettuati in tempi diversi, la medesima **Sez. 6-2, n. 12322/2020, Giannaccari, Rv. 658460-02** specifica ulteriormente che deve attribuirsi rilievo al confine indicato nel tipo di frazionamento allegato al titolo di acquisto formatosi e trascritto in epoca più risalente. Ne consegue che nell'indagine diretta all'individuazione del confine tra due fondi riveste importanza fondamentale il tipo di frazionamento allegato ai singoli atti di acquisto ed in essi richiamato con valore vincolante, potendo il giudice ricorrere ad altri mezzi di prova soltanto nel caso in cui le indicazioni desumibili dai rispettivi titoli di provenienza siano mancanti o insufficienti (così **Sez. 6-2, n. 12327/2020, Giannaccari, Rv. 658462-01**).

5. Comunione di diritti reali.

A lungo si è posto il problema dell'individuazione delle norme applicabili ai consorzi di urbanizzazione, istituti atipici con aspetti sia associativi che di realità (derivanti, questi ultimi, dall'osservanza di obblighi *propter rem* o dalle costituzioni di reciproche servitù): la questione, invero, è stata ripetutamente affrontata in sede di legittimità, sotto il profilo dell'applicabilità, alternativamente, delle norme in materia di comunione, condominio o di associazioni non riconosciute: dall'atipicità del rapporto consortile è stata argomentata la necessità di tener conto, anzitutto, dell'atto costitutivo o dello statuto, al fine di rispettare la volontà espressa dai consorziati medesimi sui vari aspetti della disciplina del rapporto, salvo passare, ove questo nulla disponga al riguardo, all'individuazione della normativa più confacente alla regolazione degli interessi implicati dalla controversia. A tale proposito, Sez. 2, n. 27634/2018, Casadonte, Rv. 651029-01 aveva chiarito - con una conclusione in linea con il novellato art. 1117-*bis* c.c., che estende la disciplina del condominio a tutte le fattispecie che registrano la compresenza di parti di proprietà esclusiva e parti di proprietà comuni - che, atteso il nesso funzionale tra i beni di proprietà comune e quelli di proprietà esclusiva, il recesso del consorziato diretto alla liberazione dall'obbligo contributivo, in assenza di specifica previsione statutaria, non è disciplinato dall'art. 1104 c.c., che consente l'"abbandono liberatorio" nella comunione, bensì dall'art. 1118 c.c., che lo vieta nel condominio.

Sez. 6-1, n. 25394/2019, Dolmetta, Rv. 655418-01 ha riproposto l'orientamento meno recente (cfr. anche Sez. 1, n. 09568/2017, Ferro, Rv. 643730-01) che, in assenza di indicazioni provenienti dallo statuto, ricorre alla disciplina della comunione ordinaria: stando a tale ultimo arresto, infatti, i consorzi di urbanizzazione, quali aggregazioni di persone fisiche o giuridiche preordinate alla sistemazione o al miglior godimento di uno specifico comprensorio mediante la realizzazione e la fornitura di opere e servizi, sono figure atipiche disciplinate principalmente dagli accordi tra le parti espressi nello statuto e, solo sussidiariamente, dalla normativa in tema di associazioni non riconosciute e di comunione. Sostanzialmente sulla scia di tale ultimo orientamento si colloca anche la più recente **Sez. 1, n. 22957/2020, Solaini, Rv. 659423-01** la quale precisa che i *quorum* deliberativi delle assemblee consortili (nella specie, di un consorzio di urbanizzazione) sono disciplinati esclusivamente dagli accordi tra le parti espressi nello statuto, non trovando quindi applicazione, in questi casi, le regole legali in materia di comunione (con ciò presupponendo la S.C., in mancanza di regole statutarie, il ricorso a siffatta disciplina piuttosto che a quella condominiale).

Meritano menzione, inoltre, tre pronunzie attraverso le quali la S.C. perimetra i diversi ambiti operativi della disciplina della comunione ordinaria e del condominio,

sia pure in ipotesi di compresenza di unità immobiliari in titolarità esclusiva accanto a porzioni in proprietà comune: a) anzitutto **Sez. 2, n. 21716/2020, Criscuolo, Rv. 659324-01** che chiarisce come il perimento, totale o per una parte che rappresenti i tre quarti dell'edificio condominiale, determini l'estinzione del condominio per mancanza dell'oggetto, in quanto viene meno il rapporto di servizio tra le parti comuni, mentre permane tra gli ex condomini soltanto una comunione *pro indiviso* dell'area di risulta, potendo la condominialità essere ripristinata solo in caso di ricostruzione dell'edificio in modo del tutto conforme al precedente. Ne consegue che, in caso di ricostruzione difforme, la nuova costruzione sarà soggetta esclusivamente alla disciplina dell'accessione e la sua proprietà apparterrà ai comproprietari dell'area di risulta in proporzione delle rispettive quote, ripristinandosi il condominio solo allorché i comunisti individuino gli appartamenti di proprietà esclusiva di ciascuno di essi, con un'operazione negoziale che assume la portata di una vera e propria divisione; b) quindi **Sez. 2, n. 18909/2020, Tedesco, Rv. 659108-02**, donde emerge che la divisione in natura di un fabbricato originariamente oggetto di comunione ereditaria è compatibile con la parallela costituzione di un condominio per l'uso delle parti comuni dell'edificio, ai fini del miglior godimento delle singole cose di proprietà esclusiva; c) infine **Sez. 6-2, n. 10850/2020, Scarpa, Rv. 657892-01**, per cui in tema di condominio di edifici, l'ascensore installato *ex novo*, per iniziativa ed a spese di alcuni condomini, successivamente alla costruzione dell'edificio, non rientra nella proprietà comune di tutti i condomini, ma appartiene a quelli, tra costoro, che l'hanno impiantato, dando luogo ad una particolare comunione parziale, distinta dal condominio stesso; tale è il regime proprietario finché tutti i condomini non decidano, successivamente, di partecipare alla realizzazione dell'opera, con l'obbligo di pagarne *pro quota*" le spese all'uopo impiegate, aggiornate al valore attuale, secondo quanto previsto dall'art. 1121, comma 3, c.c., non assumendo rilievo giuridicamente rilevante, ai fini della natura condominiale dell'innovazione, la circostanza che questa sia stata, di fatto, utilizzata anche a servizio delle unità immobiliari di proprietà di coloro che non avevano inizialmente inteso trarne vantaggio.

5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria.

Sul versante più spiccatamente processuale, **Sez. 6-2, n. 10067/2020, Tedesco, Rv. 658015-02,** risolvendo una questione che ha letteralmente "spaccato" la giurisprudenza di merito, ha affermato che nei giudizi di scioglimento della comunione, la produzione dei certificati relativi alle trascrizioni e iscrizioni sull'immobile da dividere, imposta dall'art. 567 c.p.c. per la vendita del bene pignorato, non costituisce un adempimento previsto a pena di inammissibilità o

improcedibilità della domanda, tenuto conto che, in tali giudizi, l'intervento dei creditori e degli aventi causa dei condividenti è consentito ai soli fini dell'opponibilità delle statuizioni adottate. Ciò vale - prosegue la Corte - anche nel caso in cui si debba procedere alla vendita dell'immobile comune, sebbene le informazioni richieste dal predetto articolo si debbano necessariamente acquisire a tutela del terzo acquirente, ma a tale esigenza sovraintende d'ufficio il giudice della divisione, il quale, nello svolgimento del potere di direzione delle operazioni, può ordinare alle parti la produzione della documentazione occorrente o avvalersi del professionista delegato alla vendita.

Di particolare rilievo, poi, è linea di demarcazione tracciata da **Sez. 2, n. 04014/2020, Casadonte, Rv. 657110-01** a seconda che la divisione dei beni comuni avvenga secondo la disciplina della comunione ordinaria o quella condominiale. Gli artt. 1119 e 1112 c.c. hanno, infatti, una *ratio* diversa e forniscono differenti tutele: il primo contempla una forma di protezione rafforzata dei diritti dei condomini, in omaggio al minor *favor* del legislatore per la divisione condominiale e, conseguentemente, contiene la prescrizione dell'unanimità e la tutela del mero comodo godimento del bene, in relazione alle parti di proprietà esclusiva; il secondo costituisce un'eccezione alla regola generale della divisione della comunione disposta dall'art. 1111 c.c., tutela la destinazione d'uso del bene e, per questo, ammette che la divisione sia richiedibile anche da uno solo dei comproprietari, con la sola subordinazione della stessa alla valutazione giudiziale che il bene, anche se diviso, manterrà l'idoneità all'uso cui è stato destinato.

Quanto, infine, alle modalità di scioglimento della comunione, come le parti possono, con il contratto di divisione, manifestare volontà contraria al sorgere della servitù per destinazione del padre di famiglia a favore e, rispettivamente, a carico dei singoli cespiti componenti il compendio comune e che vengono a ciascuna assegnati, così **Sez. 2, n. 18909/2020, Tedesco, Rv. 659108-02**, già citata in precedenza, *sub* § 4.1.1. di questo Capitolo**,** riconosce analoga possibilità al giudice, specificando come tale potere sia esercitabile nel processo di divisione (anche attraverso la conferma di un progetto di consulente tecnico), purché nei limiti dell'oggetto e, cioè, con riguardo ai beni effettivamente in divisione.

Si rinvia, in ogni caso, al successivo Capitolo V di questa sezione, per l'approfondimento delle specifiche tematiche relative alla comunione dei diritti reali.

6. Usufrutto, uso e abitazione.

La proprietà può essere in vario modo compressa, non solo sulla base di diritti che altri soggetti vantino nei confronti del proprietario, ma anche in virtù di diritti esistenti sulla cosa stessa, esercitabili *erga omnes* e concorrenti con la proprietà: rispetto

a quest'ultima, ovviamente, non hanno il carattere di pienezza ed esclusività (donde la definizione in termini di diritti parziari o limitati), ma ne condividono il carattere reale; sono inoltre caratterizzati, pur nella crescente critica, sul punto, della dottrina, dalla tipicità (si discorre, in proposito, di *numerus clausus* dei diritti reali) e dal diritto di seguito. Si distinguono, sistematicamente, in diritti reali di garanzia e di godimento e tra questi ultimi rientrano le servitù, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione.

Diverse sono state, nel corso dell'anno appena trascorso, le pronunzie in cui la Corte si è occupata del diritto di usufrutto, sia pure intersecando la disciplina relativa a quest'ultimo con la materia successoria.

Così, sotto un primo profilo, **Sez. 2, n. 18211/2020, Tedesco, Rv. 659167-01** si occupa delle conseguenze, ai fini della collazione, della donazione della nuda proprietà di un bene immobile, con riserva di usufrutto congiuntivo in favore del donante medesimo e del coniuge: in tal caso, ove il coniuge muoia prima dell'apertura della successione del donante, il bene donato è soggetto a collazione per imputazione secondo il valore della piena proprietà mentre, ove il coniuge, al contrario, sopravviva al donante, il donatario sarà obbligato a conferire solo il valore della nuda proprietà al tempo dell'apertura della successione.

La successiva **Sez. 6-2, n. 17861/2020, Tedesco, Rv. 658751-01**, poi, si confronta con l'ipotesi del legato in sostituzione di legittima, che abbia ad oggetto il diritto di usufrutto: ove il beneficiario muoia prima di averlo accettato, la facoltà di rinunziarvi, quale potere inerente al rapporto successorio in atto, non esauritosi con il definitivo conseguimento del legato, si trasmette all'erede del legatario, divenuto titolare *iure hereditatis* dell'azione di riduzione; né rileva, in senso contrario, che l'erede medesimo non possa subentrare nel diritto già acquistato dal proprio dante causa, potendo egli comunque scegliere se renderlo definitivo, assumendo su di sé obblighi ed eventuali diritti nascenti dall'estinzione dell'usufrutto ovvero rinunciarvi, in tal modo assolvendo all'onere cui è subordinata l'azione di riduzione.

Dal punto di vista fiscale, inoltre, **Sez. 5, n. 27134/2020, Reggiani, Rv. 659699-01** ha precisato, in tema di ICI-IMU, che l'assimilazione all'abitazione principale delle unità immobiliari non locate, possedute a titolo di proprietà o di usufrutto da cittadini italiani residenti all'estero, prevista dall'art. 1, comma 4-ter, del d.l. 23 gennaio 1993, n. 16, conv., con modif., dalla l. 24 marzo 1993, n. 75, opera solo ai fini della detrazione prevista dall'art. 8, comma 2, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, e non anche dell'esenzione "prima casa" introdotta dall'art. 1 del d.l. 27 maggio 2008, n. 93, conv., con modif., dalla l. 24 luglio 2008, n. 126.

Per quanto attiene, invece, al diritto d'uso, di notevole rilievo è la questione - "classica" della materia condominiale - risolta da **Sez. U, n. 28972/2020, n. 28972, Di Marzio, Rv. 659712-01**: la S.C. ha infatti chiarito che la pattuizione avente ad oggetto l'attribuzione del cd. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile

condominiale, costituente, come tale, parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, idoneo ad incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi. Ne consegue che il titolo negoziale che siffatta attribuzione abbia contemplato implica di verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se, al momento di costituzione del condominio, le parti non abbiano voluto trasferire la proprietà ovvero, sussistendone i presupposti normativi previsti e, se del caso, attraverso l'applicazione dell'art. 1419 c.c., costituire un diritto reale d'uso ex art. 1021 c.c. ovvero, ancora se sussistano i presupposti, ex art. 1424 c.c., per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (ovviamente *inter partes*) di natura obbligatoria. Fermo restando l'approfondimento che ne sarà curato nel successivo Capitolo V di questa sezione, si evidenzia in questa sede come la decisione giunga a composizione di un contrasto consolidatosi nell'ultimo quinquennio tra chi (cfr., da ultimo **Sez. 2, n. 00193/2020, Grasso, Rv. 656828-01**), conformemente alla soluzione prescelta dalla Corte, negava la configurabilità di un diritto d'uso reale atipico, esclusivo e perpetuo (idoneo a privare del tutto di utilità la proprietà e a dar vita ad un diritto reale incompatibile con l'ordinamento) e chi (Sez. 2, n. 02431/2017, Sabato, Rv. 645793-01), al contrario, riteneva tale opzione possibile, specificando, altresì, come tale diritto di "uso esclusivo" non fosse riconducibile al diritto reale d'uso previsto dall'art. 1021 c.c. e, pertanto, oltre a non mutuarne le modalità di estinzione, fosse tendenzialmente perpetuo e trasferibile ai successivi aventi causa dell'unità immobiliare cui accedeva.

7. Servitù prediali.

L'art. 1027 c.c. definisce la servitù come un peso al godimento di un fondo, per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario: vantaggio e correlativa restrizione formano, dunque, due aspetti correlati nel concetto stesso di servitù, tanto da consentire l'identificazione di un fondo servente e di uno dominante.

Sez. 2, n. 18465/2020, Varrone, Rv. 659129-01 precisa che il concetto di *utilitas* è talmente ampio da ricomprendere ogni elemento che, secondo la valutazione sociale, sia legato da un nesso di strumentalità con la destinazione del fondo dominante e si immedesimi obiettivamente nel godimento di questo, in modo tale che la servitù possa soddisfare ogni bisogno di tale fondo, assicurando ad esso una maggiore amenità, abitabilità, anche evitando rumori o impedendo costruzioni che abbiano una destinazione spiacevole o fastidiosa. Il contenuto dell'*utilitas* è

ulteriormente indagato da **Sez. 6-2, n. 16322/2020, Abete, Rv. 658745-01**, la quale osserva che, a norma dell'art. 1064, comma 1, c.c., il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne ed è comprensivo anche degli *adminicula servitutis* - e, cioè, di quelle facoltà accessorie, indispensabili per l'esercizio del diritto e senza le quali proprio l'*utilitas* della servitù non potrebbe ricevere attuazione - la cui modifica non si ripercuote sul vincolo, né sulle modalità di attuazione della servitù medesima, traendone la conseguenza per cui la modifica di tali facoltà non è riconducibile in alcun modo alla disciplina dell'art. 1067, comma 1, c.c., che consente al proprietario del fondo dominante di apportare, alle cose ed opere destinate all'esercizio della servitù, quelle modifiche che ne rendano più agevole o comodo l'esercizio medesimo, ove ciò non si traduca in un apprezzabile aggravio dell'onere che pesa sul fondo servente.

L'applicazione, in concreto, del rapporto tra utilità (per il fondo dominante) e peso (a carico del fondo servente) emerge chiaramente da **Sez. 2, n. 08779/2020, Carrato, Rv. 657698-01**, a proposito della determinazione del luogo di esercizio di una servitù di passaggio coattivo: tale individuazione va compiuta alla stregua dei criteri enunciati dal comma 2 dell'art. 1051 c.c., costituiti dalla maggiore brevità dell'accesso alla via pubblica, sempreché la libera esplicazione della servitù venga garantita con riguardo all'utilità del fondo dominante, e dal minore aggravio del fondo asservito, da valutarsi ed applicarsi contemporaneamente ed armonicamente, mediante un opportuno ed equilibrato loro contemperamento e tenuto presente che, vertendosi in tema di limitazione del diritto di proprietà - resa necessaria da esigenze cui non è estraneo il pubblico interesse - va applicato, in modo ancora più accentuato di quanto avviene per le servitù volontarie, il principio del minimo mezzo; il relativo giudizio compete, in ogni caso, al giudice di merito e si sottrae al sindacato di legittimità se congruamente e logicamente motivato.

La soggezione può consistere in un *pati* o in un *non facere*, salvo, relativamente a quest'ultima prestazione, la possibilità di prevedere, a carico del proprietario del fondo servente, alcuni obblighi di *facere* (cfr., ad es., l'art. 1091 c.c.); requisiti comuni a tutte le servitù sono la vicinanza dei fondi (cd. *vicinitas*), la *perpetua causa*, l'indivisibilità e l'inscindibilità.

In particolare, il principio di indivisibilità ex art. 1071 c.c. comporta, nel caso di frazionamento del fondo dominante, la permanenza del diritto su ogni porzione del medesimo, salve le ipotesi di aggravamento della condizione del fondo servente: tale disciplina, tuttavia, non trova applicazione allorché il fondo dominante non sia stato attribuito a diversi proprietari, ma fatto unicamente oggetto di un frazionamento catastale, di per sé consistente - chiarisce **Sez. 2, n. 17940/2020, Scarpa, Rv. 658945-01** - nella mera redazione di un documento tecnico indicante in planimetria le particelle catastali al fine della voltura in catasto.

Quanto alla fonte costitutiva, le servitù possono essere volontarie o coattive (o legali) a seconda che siano riconducibili ad un atto volitivo delle parti ovvero ad una previsione legislativa, nel senso che, in tale ultimo caso, possono essere costituite anche senza il consenso del titolare del fondo servente, essendo il relativo diritto riconosciuto *ex lege* al titolare del fondo dominante. Ove non apparenti, poi, le servitù volontarie possono costituirsi soltanto per titolo (contratto o testamento) mentre, se apparenti, possono costituirsi anche per usucapione e destinazione del padre di famiglia; quando coattive, in mancanza di accordo tra le parti, possono essere costituite per provvedimento dell'autorità giudiziaria, con cui vengono altresì stabiliti le modalità di esercizio della servitù e l'indennizzo da riconoscere al titolare del fondo servente.

Proprio avuto riguardo all'indennità dovuta dal proprietario del fondo in cui favore è stata costituita la servitù di passaggio coattivo, **Sez. 2, n. 21866/2020, Carrato, Rv. 659377-01** chiarisce che essa non rappresenta il corrispettivo dell'utilità conseguita dal fondo dominante, ma un indennizzo risarcitorio da ragguagliare al danno cagionato al fondo servente, sicché, per la sua determinazione, non può aversi riguardo esclusivamente al valore della superficie di terreno assoggettata alla servitù, dovendosi tenere altresì conto di ogni altro pregiudizio subìto dal fondo servente, in relazione alla sua destinazione, a causa del transito di persone e di veicoli. Costituisce, peraltro, accertamento di fatto, demandato al giudice del merito e sottratto al sindacato della Corte di cassazione, se congruamente ed esattamente motivato, stabilire l'esistenza della interclusione di un fondo per effetto della mancanza di un qualunque accesso sulla via pubblica e dell'impossibilità di procurarselo senza eccessivo dispendio o disagio (interclusione assoluta), ovvero a causa del difetto di un accesso adatto o sufficiente alle necessità di utilizzazione del fondo (interclusione relativa) (così **Sez. 2, n. 00014/2020, Casadonte, Rv. 656331-01**).

Con riferimento, invece, alla costituzione delle servitù volontarie, **Sez. 2, n. 21858/2020, Oliva, Rv. 659376-02** evidenzia che, per configurare la costituzione di una servitù di passaggio a carico di un bene immobile in proprietà comune ed a favore di altro bene immobile in proprietà esclusiva di uno dei comproprietari del primo, è necessario svolgere una indagine in concreto, per verificare se l'esercizio del diritto sul fondo servente da parte del contitolare dello stesso rientri - o meno - nei limiti delle prerogative del comproprietario, perché solo quando tale limite è superato è possibile configurare un diritto "*in re aliena*"; a tal fine è irrilevante, peraltro, che le clausole contrattuali siano state redatte da un tecnico del diritto, quale è il notaio rogante, dovendo tale interpretazione essere condotta tenendo in considerazione la volontà delle parti.

Circa il modo di esercizio della servitù, quando esso non sia regolato dal titolo, il criterio per determinare il contenuto del diritto è dato dal possesso (cfr. art. 1065 c.c.)

e, cioè, dall'esistente situazione di fatto rispetto al godimento che si ha sul fondo servente, valutata sulla base della pratica dell'anno precedente o dell'ultimo godimento (art. 1066 c.c.).

In particolare, **Sez. 2, n. 17940/2020, Scarpa, Rv. 658945-02** osserva che la determinazione delle modalità di attuazione ed esercizio della servitù di passaggio coattivo rientra nelle attribuzioni del giudice di merito, che può scegliere tra le varie ipotesi prospettate in merito dal consulente tecnico, con l'unico limite dell'osservanza dei criteri dettati dal codice civile in relazione alle accertate concrete necessità da soddisfare, curando l'equo contemperamento dell'utilità del fondo dominante e dell'aggravio del fondo servente, ulteriormente precisando che ogni dubbio che residui al riguardo, in ordine alle modalità di esercizio della servitù coattiva (come di quella convenzionale) di passaggio, va risolto alla stregua della medesima legge economica del minimo mezzo.

Avuto riguardo, infine, ai modi di estinzione delle servitù, **Sez. 2, n. 22579/2020, Dongiacomo, Rv. 659387-01** rappresenta che essendo la servitù di passaggio, per sua natura, discontinua, ai fini della prescrizione, non assumono rilievo la visibilità delle opere nei confronti del fondo servente ed il carattere sporadico e non apparente dell'esercizio, se la situazione dei luoghi lo consente: conseguentemente, la S.C. ha cassato la decisione con la quale la corte di merito aveva considerato estinta per prescrizione una servitù di passaggio sulla base della mancata visibilità sul viottolo in terra battuta di segni di calpestio e di passaggio di veicoli destinati a compattare il terreno.

7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù.

La difesa del diritto di servitù è affidata all'azione confessoria, la quale rappresenta il simmetrico della azione negatoria: si tratta di una previsione innovativa rispetto al codice del 1865, che consente a chi pretende di avere il diritto reale sulla cosa altrui di agire nei confronti del proprietario e di chiunque ne contesti l'esercizio.

A tale riguardo **Sez. 6-2, n. 20902/2020, Grasso, Rv. 659309-01** osserva che difetta della legittimazione passiva il soggetto, convenuto in giudizio per la dichiarazione del diritto di servitù di passaggio sul suo terreno, acquisito per usucapione, il quale abbia alienato il proprio fondo prima di aver ricevuto la notifica della citazione in giudizio, pur richiesta dalla controparte prima dell'alienazione del terreno, posto che nei suoi confronti il procedimento notificatorio si perfeziona al momento in cui l'atto è stato da lui ricevuto. Sempre avuto riguardo alla posizione della parte convenuta, poi, specifica ulteriormente **Sez. 2, n. 19555/2020, Fortunato, Rv. 659231-01**, pronunziatasi in tema di domanda volta alla costituzione di una servitù coattiva di passaggio, che l'allegazione del convenuto di non essere

tenuto a subire la servitù in virtù di interclusione del fondo, per effetto di alienazione o di divisione ai sensi dell'art. 1054 c.c. non integra una eccezione in senso proprio, bensì una mera difesa, proponibile, come tale, in ogni fase del giudizio.

Peraltro, **Sez. 6-2, n. 09637/2020, D'Arrigo, Rv. 657741-01** chiarisce che la mera statuizione di accertamento dell'esistenza (o inesistenza) della servitù non costituisce, in difetto di statuizioni di condanna, titolo esecutivo per richiedere al giudice dell'esecuzione misure idonee a far cessare impedimenti, turbative o molestie.

8. Tutela ed effetti del possesso.

Numerose le pronunce della S.C. relativamente al possesso utile ai fini dell'usucapione.

Trattandosi di modo di acquisto della proprietà a titolo originario, la giurisprudenza di legittimità richiede, per il suo compiersi, il compimento di atti diretti in maniera non equivoca a manifestare sul bene un *animus* corrispondente a quello del proprietario: tali principi, assolutamente pacifici, sono stati ribaditi da **Sez. 6-2, n. 06123/2020, Cosentino, Rv. 657277-01,** la quale chiarisce che ai fini della prova degli elementi costitutivi dell'usucapione - il cui onere grava su chi invoca la fattispecie acquisitiva - la coltivazione del fondo non è sufficiente, perché non esprime in modo inequivocabile l'intento del coltivatore di possedere, occorrendo, invece, che tale attività materiale, corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, sia accompagnata da univoci indizi, i quali consentano di presumere che essa è svolta *uti dominus*. Aggiunge, inoltre, la Corte, che costituisce accertamento di fatto, rimesso al giudice del merito, la valutazione, caso per caso, dell'intero complesso dei poteri esercitati su un bene, non limitandosi a considerare l'attività di chi si pretende possessore, ma considerando anche il modo in cui tale attività si correla con il comportamento concretamente esercitato del proprietario.

Consegue da quanto precede - evidentemente - il principio affermato nel recente passato da Sez. 2, n. 27411/2019, Dongiacomo, Rv. 655670-01, per cui la presunzione di possesso utile *ad usucapionem*, di cui all'art. 1141 c.c., non opera quando la relazione con il bene non consegua ad un atto volontario di apprensione, ma derivi da un iniziale atto o fatto del proprietario-possessore, come nell'ipotesi della mera convivenza nell'immobile con chi possiede il bene; in tal caso, la detenzione può mutare in possesso soltanto con un atto di interversione, consistente in una manifestazione esteriore, rivolta contro il possessore, affinché questi possa rendersi conto dell'avvenuto mutamento, da cui si desuma che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui ed abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio. Così - chiarisce **Sez. 3, n. 26521/2020, Iannello, Rv. 659860 - 01** - qualora un contratto di enfiteusi stipulato in luogo di un precedente

affitto agrario sia affetto da nullità, nondimeno esso può valere a fondare il possesso utile per l'usucapione del bene, ogni qualvolta il rapporto instauratosi da lì in avanti tra l'*accipiens* e la *res tradita* sia sorretto dall'*animus rem sibi habendi*, ossia dalla riferibilità del potere di fatto esercitato sul fondo alla pretesa titolarità di un diritto reale, anziché ai diritti derivanti da un mero rapporto obbligatorio.

Di particolare interesse, inoltre, la precisazione svolta da **Sez. 2, n. 27513/2020, Giannaccari, Rv. 659689-01** a proposito dell'inefficacia, nel giudizio petitorio avente ad oggetto l'accertamento dell'avvenuto acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale per usucapione, del giudicato formatosi sulla domanda possessoria: ed infatti - osserva nell'occasione la S.C. - il possesso utile ad usucapire ha requisiti che non vengono in rilievo nei giudizi possessori, ove l'accoglimento della domanda prescinde dall'accertamento della legittimità del possesso ed offre, piuttosto, tutela ad una mera situazione di fatto, che ha i caratteri esteriori dei diritti sopra menzionati.

Oltre ad essere pubblico e pacifico, il possesso *ad uscapionem* deve essere ininterrotto e continuato.

L'aspetto relativo al difetto di continuità è stato affrontato da **Sez. 2, n. 13156/2020, Oliva, Rv. 658421-01**, la quale precisa che, ove tale difetto risulti *ex actis* dalla produzione della parte che quella continuità invochi, il giudice, anche se l'interruzione non sia stata dedotta dalla controparte e pur in contumacia della stessa, deve rigettare la domanda o l'eccezione, giacché, in tal caso, non giudica *ultrapetita* in violazione dell'art. 112 c.p.c., rilevando un fatto che avrebbe dovuto essere eccepito ad iniziativa della controparte, bensì si limita a constatare il difetto, risultante dagli atti del giudizio fornitigli dalla parte interessata, di una delle condizioni necessarie all'accoglimento della domanda o dell'eccezione.

8.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.

La tutela del possesso è affidata alle azioni di reintegrazione e manutenzione (rispettivamente disciplinate dagli artt. 1168 e 1170 c.c.), nonché alle azioni di nunciazione o quasi-possessorie (denuncia di nuova opera e di danno temuto, disciplinate dagli artt. 1171 e 1172 c.c.) - che, in realtà, spettano non solo al possessore, ma anche al proprietario ed al titolare di altro diritto reale di godimento.

La struttura del procedimento, nell'uno come nell'altro caso, è modellata sulla falsariga di quello disegnato dagli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. e, in particolare, dei procedimenti cautelari a giudizio di merito solo eventuale (cfr. l'art. 669-*octies* c.p.c.): in tal senso, dunque, la novella legislativa apportata con il d.l. n. 35 del 2005, conv. con mod. dalla l. n. 80 del 2005 ha profondamente inciso sulla originaria struttura

bifasica del procedimento possessorio, come delineata da Sez. U, n. 01984/1998, Vella, Rv. 512984-01, rendendola solo eventualmente tale.

Prendendo le mosse dalle azioni possessorie, queste sono esperibili anche nei confronti della pubblica amministrazione, con devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario, allorché il comportamento della medesima non si ricolleghi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali (così Sez. U, n. 29087/2019, Sambito, Rv. 655801-01). Consegue da tale principio, allora, la devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo dell'azione possessoria con cui si denunci un contegno della pubblica amministrazione consistente nell'attuazione di un piano urbanistico esecutivo (PUE) approvato dall'autorità comunale, risolvendosi la tutela possessoria invocata - osserva **Sez. U, n. 09281/2020, Lombardo, Rv. 657661-01** - nella richiesta di controllo della legittimità del potere amministrativo esercitato con il provvedimento di approvazione di detto piano.

La Corte si è occupata della materia con specifico riferimento all'ambito condominiale ed alla legittimazione, attiva come passiva, dell'amministratore di condominio, avendo **Sez. 2, n. 25782/2020, Giannaccari, Rv. 659677-01** chiarito che, così come va riconosciuta la legittimazione attiva dell'amministratore - in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 1130, n. 4), c.c. - ad esercitare l'azione di reintegrazione nel possesso, allo stesso modo deve riconoscersi la sua legittimazione passiva, qualora un'azione relativa alle parti comuni venga svolta nei confronti del condominio e si tratti di compiere atti conservativi sui beni di proprietà comune del condominio. Al contrario, osserva **Sez. 2, n. 25014/2020, Bellini, Rv. 659671-01**, la proposizione di una domanda diretta alla estensione della proprietà comune mediante declaratoria di appartenenza al condominio di un'area adiacente al fabbricato condominiale, siccome acquistata per usucapione, implicando non solo l'accrescimento del diritto di comproprietà, ma anche la proporzionale assunzione degli obblighi e degli oneri ad esso correlati, esorbita dai poteri deliberativi dell'assemblea e dai poteri di rappresentanza dell'amministratore, il quale può esercitare la relativa azione solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascun condomino. Entrambe le pronunzie si collocano, a ben vedere, nel più ampio dibattito, dottrinario come giurisprudenziale, circa l'ambito entro il quale va riconosciuta, a seguito di Sez. U, n. 18331/2010, Elefante, Rv. 614419-01, un'autonoma legittimazione processuale all'amministratore di condominio, senza l'intervento - preventivo o successivo, a seguito di ratifica - dell'assemblea.

Per quanto attiene alle azioni di nunciazione, invece, la novella del 2005 ha solo previsto l'eventualità della fase di merito, ma non ha mutato la struttura originaria del

procedimento, la cui fase cautelare termina con l'ordinanza di accoglimento o rigetto del giudice monocratico o del collegio in caso di reclamo, mentre il successivo processo di cognizione richiede un'autonoma domanda di merito.

Con specifico riferimento alla denuncia di nuova opera, **Sez. 2, n. 22589/2020, Criscuolo, Rv. 659369-01**, evidenzia come il difetto dei requisiti della mancata ultimazione dell'opera e del mancato decorso di un anno dall'inizio dei lavori, se osta all'adozione di provvedimenti provvisori e urgenti nella fase preliminare di natura cautelare, non interferisce, al contrario, sulla successiva ed autonoma fase di merito, nonché sulla proponibilità della relativa domanda, qualora si tratti di azione di natura petitoria e non meramente possessoria.

Ove le azioni di nunciazione siano proposte nei confronti della P.A. **Sez. U, n. 19667/2020, Di Marzio, Rv. 658851-02,** in perfetta linea di continuità con Sez. U, n. 30009/2019, De Stefano, Rv. 656069-01, chiarisce, infine, che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario qualora l'attore denunci attività materiali dell'amministrazione che possano recare pregiudizio a beni di cui egli si assume proprietario o possessore e, in relazione al *petitum* sostanziale della sottostante pretesa di merito, la domanda risulti diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo e non si lamenti l'emissione di atti o provvedimenti ricollegabili all'esercizio di poteri discrezionali spettanti alla P.A. Conseguentemente la S.C. ha ravvisato la giurisdizione del G.A. in relazione ad una denuncia di nuova opera esperita da un privato nei confronti di una società, risultata concessionaria di opera pubblica all'esito di una procedura di *project financing*, relativamente al "se" ed al "come" dell'opera da realizzarsi, consistente nell'edificazione, a ridosso dell'abitazione dell'originario attore, di un'autostazione di pullman con tettoia.

CAPITOLO V

COMUNIONE E CONDOMINIO

(DI VITTORIO CORASANITI - VALERIA PIRARI)[1]

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le parti comuni nel condominio di edifici. - 3. Il godimento della cosa comune. - 4. Le innovazioni. - 5. La responsabilità del condominio. - 6. Il regolamento di condominio. - 7. La ripartizione delle spese condominiali. - 8. L'amministratore. Premessa. - 8.1. La nomina e la revoca dell'amministratore. - 8.2. La legittimazione processuale dell'amministratore di condominio e l'onere della prova. - 9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari. - 9.1. Il funzionamento. - 9.2. Le determinazioni dell'assemblea. - 9.3. L'impugnazione.

1. Premessa.

Nel corso del 2020 la S.C. è più volte intervenuta in materia condominiale, affrontando alcune delle principali problematiche, sia sostanziali che processuali, che con maggiore frequenza si pongono in rapporto all'istituto giuridico del condominio, talvolta operando significative specificazioni di principi già elaborati nella precedente produzione giurisprudenziale, talaltra sviluppando nuovi profili alla luce della novella introdotta con la l. 11 dicembre 2012, n. 220, recante "Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici".

2. Le parti comuni nel condominio di edifici.

L'art. 1117 c.c., norma che introduce la disciplina codicistica del condominio, individua, con elencazione non tassativa, i beni che sono presuntivamente di proprietà e godimento comune in relazione alla loro funzione e al collegamento strutturale con le unità immobiliari di proprietà esclusiva costituenti il condominio.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il presupposto perché si instauri un diritto di condominio su un bene comune è costituito dalla relazione di accessorietà strumentale e funzionale che collega i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva agli impianti o ai servizi di uso comune, rendendo il godimento del bene comune strumentale al godimento del bene individuale e non suscettibile di autonoma utilità, come avviene invece nella comunione (Sez. 2, n. 04973/2007, Trombetta, Rv. 596943-01).

---

[1] Vittorio Corasaniti ha redatto i paragrafi 1, 2, 3, 6 e 7, mentre Valeria Pirari ha redatto i paragrafi 4, 5 e da 8 a 9.3.

Sicchè, giusta Sez. 2, n. 00884/2018, Scarpa, Rv. 647073-01, la disciplina del condominio degli edifici è ravvisabile ogni qual volta sia accertato in fatto un rapporto di accessorietà necessaria che lega alcune parti comuni - quali quelle elencate in via esemplificativa dall'art. 1117 c.c. - ad unità o porzioni di proprietà individuale, delle quali le prime rendono possibile l'esistenza stessa o l'uso.

Circa l'ambito di operatività della previsione normativa da ultimo richiamata, mette conto segnalare che, secondo le coordinate enucleate da Sez. 2, n. 04881/1993, Paolella, Rv. 482042-01, successivamente ribadite da Sez. 6-2, n. 17022/2019, Scarpa, Rv. 654613-01, la presunzione legale di condominialità stabilita dall'art. 1117 c.c. è applicabile anche quando non si tratti di parti comuni di uno stesso edificio, bensì di edifici limitrofi ed autonomi, oggettivamente e stabilmente destinate alla conservazione, all'uso od al servizio di detti immobili, ancorché insistenti sull'area appartenente al proprietario di uno solo degli stessi; la presunzione è tuttavia invocabile solo se l'area e gli edifici siano appartenuti ad una stessa persona - o a più persone pro indiviso - nel momento della costruzione della cosa o del suo adattamento o trasformazione all'uso comune, mentre, nel caso in cui l'area sulla quale siano state realizzate le opere destinate a servire i due edifici sia appartenuta sin dall'origine ai proprietari di uno solo di essi, questi ultimi acquistano per accessione la proprietà esclusiva delle opere realizzate sul loro fondo, anche se poste in essere per un accordo intervenuto tra tutti gli interessati ovvero con il contributo economico dei proprietari degli altri stabili.

Premesso che, secondo **Sez. 2 n. 03852/2020, Scarpa, Rv. 657106-03**, la comproprietà delle parti comuni dell'edificio indicate nell'art 1117 c.c. sorge nel momento in cui più soggetti divengono proprietari esclusivi delle varie unità immobiliari che costituiscono l'edificio, sicché per effetto della trascrizione dei singoli atti di acquisto di proprietà esclusiva - i quali comprendono "pro quota", senza bisogno di specifica indicazione, le parti comuni - la situazione condominiale è opponibile ai terzi dalla data dell'eseguita formalità, va rimarcato che il criterio dell'attitudine funzionale del bene al servizio o al godimento collettivo ha orientato le pronunce della S.C. in diverse fattispecie concrete.

E così, secondo **Sez. 2, n. 23316/2020, Fortunato, Rv. 659381-01,** in materia di condominio, il cortile, salvo titolo contrario, ricade nella presunzione di condominialità ai sensi dell'art. 1117 c.c., essendo destinato prevalentemente a dare aria e luce allo stabile comune, senza che la presunzione possa essere vinta dalla circostanza che ad esso si acceda solo dalla proprietà esclusiva di un condomino, in quanto l'utilità particolare che deriva da tale fatto non incide sulla destinazione tipica del bene e sullo specifico nesso di accessorietà del cortile rispetto all'edificio condominiale.

Sempre con riguardo al cortile condominiale, **Sez. U., n. 28972/2020, Di Marzio, Rv. 659712-01**, ha chiarito che la pattuizione avente ad oggetto l'attribuzione del cd. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di esso, costituente, come tale, parte comune dell'edificio, è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del "*numerus clausus*" dei diritti reali e della tipicità di essi, atteso che essa mira alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, idoneo ad incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c. Pertanto, il titolo negoziale che siffatta attribuzione abbia contemplato impone di verificare, nel rispetto dei criteri di ermeneutica applicabili, se, al momento di costituzione del condominio, le parti non abbiano voluto trasferire la proprietà ovvero, sussistendone i presupposti normativi previsti e, se del caso, attraverso l'applicazione dell'art. 1419 c.c., costituire un diritto reale d'uso ex art. 1021 c.c. ovvero, ancora se sussistano i presupposti, ex art. 1424 c.c., per la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo in contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e perpetuo (ovviamente *inter partes*) di natura obbligatoria.

E ancora, in tema di aree esterne adibite a parcheggio, precisa **Sez. 6-2, n. 18796/2020, Scarpa, Rv. 659217-01**, che la speciale normativa urbanistica, dettata dall'art. 41-*sexies* della l. n. 1150 del 1942, introdotto dall'art. 18 della l. n. 765 del 1967, si limita a prescrivere, per i fabbricati di nuova costruzione, la destinazione obbligatoria di appositi spazi a parcheggi in misura proporzionale alla cubatura totale dell'edificio, determinando, mediante tale vincolo di carattere pubblicistico, un diritto reale d'uso sugli spazi predetti a favore di tutti i condomini dell'edificio, senza imporre all'originario costruttore alcun obbligo di cessione in proprietà degli spazi in questione; pertanto, ove manchi un'espressa riserva di proprietà o sia stato omesso qualsiasi riferimento, al riguardo, nei singoli atti di trasferimento delle unità immobiliari, le aree in questione, globalmente considerate, devono essere ritenute parti comuni dell'edificio condominiale, ai sensi dell'art. 1117 c.c., con conseguente legittimazione dell'amministratore di condominio ad esperire, riguardo ad esse, le azioni contro i singoli condomini o contro terzi dirette ad ottenere il ripristino dei luoghi e il risarcimento dei danni, giacché rientranti nel novero degli atti conservativi, al cui compimento l'amministratore è autonomamente legittimato ex art. 1130, n. 4, c.c.

Afferma, poi, **Sez. 2 n. 09383/2020, Grasso, Rv. 657705-01**, che la natura del sottotetto di un edificio è, in primo luogo, determinata dai titoli e, solo in difetto di questi ultimi, può presumersi comune, se esso risulti in concreto, per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, oggettivamente destinato, anche solo potenzialmente, all'uso comune o all'esercizio di un servizio di interesse comune; il sottotetto può considerarsi, invece, pertinenza dell'appartamento sito all'ultimo piano

solo quando assolva all'esclusiva funzione di isolare e proteggere dal caldo, dal freddo e dall'umidità, e non abbia dimensioni e caratteristiche strutturali tali da consentirne l'utilizzazione come vano autonomo.

Merita segnalare, peraltro, che il criterio dell'attitudine funzionale e strutturale del bene al servizio o al godimento collettivo è stato assunto quale parametro qualificante di demarcazione nella figura del c.d. condominio parziale, laddove secondo **Sez. 2, n. 00791/2020, Scarpa, Rv. 656837-01**, la fattispecie del condominio parziale, che rinviene il fondamento normativo nell'art. 1123, comma 3, c.c., è automaticamente configurabile "ex lege" tutte le volte in cui un bene risulti, per le sue obbiettive caratteristiche strutturali e funzionali, destinato oggettivamente al servizio e/o al godimento, in modo esclusivo, di una parte soltanto dell'edificio in condominio, rimanendo, per l'effetto, oggetto di un autonomo diritto di proprietà e venendo meno il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria di tutti i condomini su quel bene; ne consegue che i partecipanti al gruppo non hanno il diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose di cui non hanno la titolarità e la composizione del collegio e delle maggioranze si modifica in relazione alla titolarità delle specifiche parti oggetto della concreta delibera da adottare.

Da ultimo, la rilevanza del rapporto di servizio tra le parti comuni è stata evidenziata anche nell'ipotesi di perimento dell'edificio condominiale, in relazione alla quale, osserva **Sez. 2 n. 21716/2020, Criscuolo, Rv. 659324-01**, il perimento, totale o per una parte che rappresenti i tre quarti dell'edificio condominiale, determina l'estinzione del condominio per mancanza dell'oggetto, in quanto viene meno il rapporto di servizio tra le parti comuni, mentre permane tra gli ex condomini soltanto una comunione *pro indiviso* dell'area di risulta, potendo la condominialità essere ripristinata solo in caso di ricostruzione dell'edificio in modo del tutto conforme al precedente.

Nel corso del 2020, peraltro, la S.C. ha affrontato, in materia condominiale, anche alcune rilevanti questioni di carattere processuale.

Segnatamente, in relazione all'onere probatorio in tema di azione di rivendica di parti comuni riconducibili all'art. 1117 c.c., di particolare interesse è quanto affermato da **Sez. 2 n. 03852/2020, Scarpa, Rv. 657106-04**, secondo cui la presunzione legale di proprietà comune di parti del complesso immobiliare in condominio, che si sostanzia sia nella destinazione all'uso comune della *res*, sia nell'attitudine oggettiva al godimento collettivo, dispensa il condominio dalla prova del suo diritto, ed in particolare dalla cosiddetta *probatio diabolica*. Ne consegue che, quando un condomino pretenda l'appartenenza esclusiva di uno dei beni indicati nell'art. 1117 c.c., poiché la prova della proprietà esclusiva dimostra, al contempo, la comproprietà dei beni che detta norma contempla, onde vincere tale ultima presunzione è onere dello stesso condomino rivendicante dare la prova della sua asserita proprietà esclusiva, senza che

a tal fine sia rilevante il titolo di acquisto proprio o del suo dante causa, ove non si tratti dell'atto costitutivo del condominio, ma di alienazione compiuta dall'iniziale unico proprietario che non si era riservato l'esclusiva titolarità del bene. La medesima pronuncia, puntualizza, altresì, che l'individuazione delle parti comuni (nella specie, i cortili o qualsiasi area scoperta compresa tra i corpi di fabbrica, che serva a dare luce e aria agli ambienti circostanti o sia destinata a spazi verdi, zone di rispetto, parcheggio di autovetture) operata dall'art. 1117 c.c. non si limita a formulare una mera presunzione di comune appartenenza a tutti i condomini, vincibile con qualsiasi prova contraria, potendo essere superata soltanto dalle opposte risultanze di quel determinato titolo che ha dato luogo alla formazione del condominio per effetto del frazionamento dell'edificio in più proprietà individuali (**Sez. 2 n. 03852/2020, Scarpa, Rv. 657106-02**).

Sul tema, poi, delle azioni a tutela dei diritti reali su cose o parti dell'edificio, chiarisce **Sez. 6-2, n. 23190/2020, Criscuolo, Rv. 659405-01**, che le azioni reali nei confronti dei singoli condomini o contro terzi e dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela dei diritti reali su cose o parti dell'edificio condominiale, che esulino dal novero degli atti meramente conservativi, possono essere esperite dall'amministratore solo previa autorizzazione dell'assemblea, ex art. 1131, comma 1, c.c. (nella specie, la S.C. ha ritenuto necessaria l'autorizzazione, avendo il condominio agito per la demolizione di un fabbricato non costruito a distanza).

Infine, con riferimento alla condizione di procedibilità delle "controversie in materia di condominio", di cui all'art. art. 71 *quater* disp. att. c.c., ha chiarito **Sez. 6-2, n. 10846/2020, Scarpa, Rv.657890-01** (la quale ritornerà utile, sia pure a fini diversi, in prosieguo), che, ai sensi del comma 3 della menzionata disposizione, l'amministratore di condominio è legittimato a partecipare alla procedura di mediazione obbligatoria solo previa delibera assembleare di autorizzazione, non rientrando tra le sue attribuzioni, in assenza di apposito mandato, il potere di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione. Ne consegue che la predetta condizione di procedibilità non può dirsi realizzata qualora l'amministratore partecipi all'incontro davanti al mediatore sprovvisto della previa delibera assembleare, da assumersi con la maggioranza di cui all'art. 1136, comma 2, c.c., non essendo in tal caso possibile iniziare la procedura di mediazione e procedere al relativo svolgimento, come suppone il comma 1 dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010.

3. Il godimento della cosa comune.

La norma regolatrice della materia è costituita dall'art. 1102 c.c., dettata in tema di comunione, ma applicabile anche al condominio in forza del richiamo operato dall'art. 1139 c.c.

Tale disposizione, nel permettere a ciascun partecipante di servirsi della cosa comune e di apportarvi anche le modificazioni necessarie per il migliore godimento, pone come condizione limitativa il divieto di alterarne la destinazione e il divieto di impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso, secondo il loro diritto. Osservati questi limiti, ogni singolo partecipante può trarre dalla cosa comune le utilità che la stessa e in grado di fornire ed apportarvi, a sue spese, tutte quelle modificazioni suscettibili del migliore godimento di essa.

Trattasi di previsione avente portata generale, ma non inderogabile, come chiarito da Sez. 2, n. 02114/2018, Carrato, Rv. 647302-01, secondo cui i suddetti limiti possono anche essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, o da delibere assembleari adottate con il *quorum* prescritto dalla legge, fermo restando che non è consentita l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni.

Ribadisce **Sez. 2, n. 18038/2020, Scarpa, Rv. 658947-01**, che la nozione di pari uso della cosa comune, cui fa riferimento l'art. 1102 c.c., non va intesa nel senso di uso identico e contemporaneo, dovendo ritenersi conferita dalla legge a ciascun partecipante alla comunione la facoltà di trarre dalla cosa comune la più intensa utilizzazione, a condizione che questa sia compatibile con i diritti degli altri. Ne consegue che qualora sia prevedibile che gli altri partecipanti alla comunione non faranno un pari uso della cosa comune, la modifica apportata alla stessa dal condomino deve ritenersi legittima, atteso che, in una materia in cui è prevista la massima espansione dell'uso, il limite al godimento di ciascuno dei condomini è dato dagli interessi altrui, i quali, pertanto, costituiscono impedimento alla modifica, solo se sia ragionevole prevedere che i loro titolari possano volere accrescere il pari uso cui hanno diritto.

Nella menzionata pronuncia, peraltro, si specifica che la destinazione della cosa comune - che, a norma dell'art. 1102 c.c., ciascun partecipante alla comunione non può alterare, divenendo altrimenti illecito l'uso del bene - dev'essere determinata attraverso elementi economici, quali gli interessi collettivi appagabili con l'uso della cosa, elementi giuridici, quali le norme tutelanti quegli interessi ed elementi di fatto, quali le caratteristiche della cosa. In particolare, in mancanza di accordo unanime o di deliberazione maggioritaria circa l'uso delle parti comuni, la destinazione di queste ultime, rilevante ai fini del divieto di alterazione ex art. 1102 cit., può risultare anche dalla pratica costante e senza contrasti dei condomini e, cioè, dall'uso ultimo voluto

e realizzato dai partecipanti alla comunione, che il giudice di merito deve accertare (così **Sez. 2, n. 18038/2020, Scarpa, Rv. 658947-03**).

Qualora il "miglior uso" della cosa comune per il maggior godimento del bene di proprietà travalichi il perimetro di operatività dell'art. 1102 c.c. in ambito condominiale, si è in presenza di un utilizzo illegittimo.

Sotto questo profilo, osserva **Sez. 6-2, n. 05060/2020, Scarpa, Rv. 657264-01**, che è illegittima l'apertura di un varco praticata nel muro perimetrale dell'edificio condominiale da un comproprietario al fine di mettere in comunicazione un locale di sua proprietà esclusiva, ubicato nel medesimo fabbricato, con altro immobile, pure di sua proprietà, ma estraneo al condominio, comportando tale utilizzazione la cessione del godimento di un bene comune in favore di soggetti non partecipanti al condominio, con conseguente alterazione della destinazione, giacché in tal modo viene imposto sul muro perimetrale un peso che dà luogo a una servitù, per la cui costituzione è necessario il consenso scritto di tutti i condomini. Né è possibile ipotizzare la costituzione di un vincolo pertinenziale tra il muro perimetrale e l'unità immobiliare di proprietà esclusiva esterna al condominio, per atto proveniente dal solo titolare di quest'ultima, giacché detto vincolo postula che il proprietario della cosa principale abbia la piena disponibilità della cosa accessoria - sì da poterla validamente destinare, in modo durevole, al servizio od all'ornamento dell'altra - mentre il muro perimetrale è oggetto di proprietà comune.

E ancora, secondo **Sez. 2, n. 20543/2020, De Marzo, Rv. 659204-01**, in presenza di un edificio strutturalmente unico, su cui insistono due distinti ed autonomi condomini, è illegittima l'apertura di un varco nel muro divisorio tra questi ultimi, volta a collegare locali di proprietà esclusiva del medesimo soggetto, tra loro attigui, ma ubicati ciascuno in uno dei due diversi condomini, in quanto una simile utilizzazione comporta la cessione del godimento di un bene comune, quale è, ai sensi dell'art. 1117 c.c., il muro perimetrale di delimitazione del condominio (anche in difetto di funzione portante), in favore di una proprietà estranea ad esso, con conseguente imposizione di una servitù per la cui costituzione è necessario il consenso scritto di tutti i condomini.

In ogni caso, chiarisce **Sez. 2, n. 04439/2020, De Marzo, Rv. 657111-01**, qualora uno dei condomini, senza violare i limiti di cui all'art. 1102 c.c., faccia uso della cosa comune, la mera mancanza delle concessioni o autorizzazioni amministrative non può essere invocata dal condominio quale fonte di risarcimento del danno, riflettendosi tale carenza esclusivamente nei rapporti tra il privato e la pubblica amministrazione, salvo che si deduca e dimostri che, in concreto, l'inosservanza di una norma ordinata a garantire parametri di sicurezza si sia tradotta nel pregiudizio degli interessi perseguiti dalla normativa in materia condominiale.

Sul versante processuale, si segnala che secondo **Sez. 2, n. 02002/2020, Scarpa, Rv. 656855-01**, la domanda azionata da un condomino in base al disposto dell'art. 1102 c.c., ed avente quale fine il ripristino dello "*status quo ante*" di una cosa comune illegittimamente alterata da altro condomino, ha natura reale, in quanto si fonda sull'accertamento dei limiti del diritto di comproprietà su un bene. Essa, dunque, rientra nel novero delle azioni relative ai diritti autodeterminati, individuati sulla base del bene che ne forma l'oggetto, nel senso che la relativa "*causa petendi*" s'identifica con lo stesso diritto di comproprietà sul bene comune. Ne consegue che non vi è diversità di domande, agli effetti degli artt. 183 e 345 c.p.c., ove a fondamento della domanda di rimozione delle opere si ponga dapprima il difetto della preventiva autorizzazione dell'assemblea condominiale e poi si deducano i generali criteri di cui all'art. 1102 c.c.; né incorre nel vizio di extrapetizione il giudice che, dedotta in lite l'illegittimità dell'uso particolare del bene comune, ex art. 1102 c.c., accolga la domanda ritenendo che l'opera arrechi pregiudizio al decoro architettonico dell'edificio condominiale, trattandosi di limite legale compreso nel principio generale dettato da tale norma e che perciò deve guidare l'indagine giudiziale sulla verifica delle condizioni di liceità del mutamento d'uso.

Da ultimo, sempre sul versante processuale, ma con specifico riferimento al tema della regolamentazione dell'uso della cosa comune, merita segnalare **Sez. 2, n. 18038/2020, Scarpa, Rv. 658947-02,** secondo cui la previsione, ad opera dell'art. 1105, comma 4, c.c. del ricorso, da parte di ciascun partecipante, all'autorità giudiziaria per adottare gli opportuni provvedimenti in sede di volontaria giurisdizione (inclusi gli atti di conservazione), preclude al singolo partecipante alla comunione di rivolgersi al giudice, in sede contenziosa, per ottenere provvedimenti di gestione della "res", ai fini della sua amministrazione nei rapporti interni tra i comunisti; ne consegue che non è consentito il ricorso all'A.G. per ottenere determinazioni finalizzate al "migliore godimento" delle cose comuni, ovvero l'imposizione di un regolamento contenente norme circa l'uso delle stesse, spettando unicamente al gruppo l'espressione della volontà associativa di autorganizzazione contenente i futuri criteri di comportamento vincolanti per i partecipanti alla comunione. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva proceduto, in sede contenziosa, alla determinazione giudiziale delle superfici delle mura perimetrali dell'androne, utilizzabili dai proprietari dei locali terranei del condominio per apporvi delle vetrine espositive).

4. Le innovazioni.

L'art. 1120 c.c., nella formulazione previgente alle modifiche apportate dalla l. n. 220 del 2012, stabiliva che i condomini potessero deliberare innovazioni dirette al

miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento delle cose comuni e che fossero vietate quelle che potessero "recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato", che ne alterassero il decoro architettonico o che rendessero talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino.

Successivamente all'entrata in vigore della novella del 2012 e dunque a decorrere dal 18 giugno 2013, trova, invece, applicazione il nuovo testo dell'art. 1120, a mente del quale i condomini, con la maggioranza indicata dal comma 2 dell'art. 1136 c.c., possono disporre le innovazioni che, nel rispetto della normativa di settore, riguardino: 1) le opere e gli interventi volti a migliorare la sicurezza e la salubrità degli edifici e degli impianti; 2) le opere e gli interventi previsti per eliminare le barriere architettoniche, per il contenimento del consumo energetico degli edifici e per realizzare parcheggi destinati a servizio delle unità immobiliari o dell'edificio, nonché per la produzione di energia mediante l'utilizzo di impianti di cogenerazione, fonti eoliche, solari o comunque rinnovabili da parte del condominio o di terzi che conseguano a titolo oneroso un diritto reale o personale di godimento del lastrico solare o di altra idonea superficie comune; 3) l'installazione di impianti centralizzati per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino alla diramazione per le singole utenze, ad esclusione degli impianti che non comportano modifiche in grado di alterare la destinazione della cosa comune e di impedire agli altri condomini di farne uso secondo il loro diritto. E' rimasto, invece, inalterato il divieto di innovazioni che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, che ne alterino il decoro architettonico o che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino.

La nozione di "innovazione" si è nutrita, nell'anno in rassegna, di precisazioni importanti, funzionali alla risoluzione di questioni afferenti all'assetto proprietario o alle conseguenze pregiudizievoli, che hanno tratto spunto da fattispecie concrete ricorrenti (si pensi alla realizzazione di una canna fumaria o all'installazione "ex novo" di un ascensore).

Va innanzitutto chiarito che, secondo **Sez. 2, n. 18928/2020, Varrone, Rv. 659186-01**, costituisce innovazione lesiva del decoro architettonico dell'edificio condominiale, come tale vietata, non soltanto quella che ne alteri le linee architettoniche, ma anche quella che comunque si rifletta negativamente sull'aspetto armonico di esso, a prescindere dal pregio estetico che possa avere l'edificio, spettando la relativa valutazione al giudice di merito, senza che possa essere sindacata in sede di legittimità, a meno che non siano presenti vizi di motivazione.

Quando dunque si verifichi un'alterazione della fisionomia architettonica dell'edificio condominiale (come in caso di realizzazione di una canna fumaria

apposta sulla facciata), il pregiudizio economico risulta conseguenza normalmente insita nella menomazione del decoro architettonico, che, costituendo una qualità del fabbricato, in sé meritevole di salvaguardia, è tutelata dalle norme che ne vietano l'alterazione (in tal senso, **Sez. 2, n. 25790/2020, Scarpa, Rv. 659623-01**).

Secondo **Sez. 6-2, n. 10850/2020, Scarpa, Rv. 657892-01**, costituisce innovazione, ad esempio, l'ascensore installato "e*x novo*", successivamente alla costruzione dell'edificio, per iniziativa e a spese di alcuni condomini, il quale, appartenendo soltanto a coloro che l'hanno realizzato e non a tutti i condomini, dà luogo ad una particolare comunione parziale che contempla soltanto questi ultimi, finché coloro che ne sono rimasti esclusi non decidano, successivamente, di partecipare alla realizzazione dell'opera con assunzione dell'obbligo di pagarne "*pro quota*" le spese all'uopo impiegate e aggiornate al valore attuale, secondo quanto previsto dall'art. 1121, comma 3, c.c., essendo giuridicamente irrilevante, ai fini della natura condominiale del manufatto, la circostanza che questo sia stato, di fatto, utilizzato anche a servizio delle unità immobiliari di proprietà di coloro che non avevano inizialmente inteso trarne vantaggio.

In applicazione della vecchia disciplina, infine, **Sez. 2, n. 23741/2020, Scarpa, Rv. 659391-01**, ha chiarito che l'innovazione vietata, la cui valutazione è rimessa al giudice di merito, si caratterizza in particolare per l'intervenuta sensibile menomazione dell'utilità ritraibile dalla parte comune, la cui sussistenza incide sulle maggioranze richieste per l'estrinsecazione della volontà condominiale. Alla stregua di tale principio, si è dunque sostenuto che i condomini, seppur titolari di un fondo configurato come dominante nell'ambito di una servitù costituita per la fruizione di un servizio condominiale, possono decidere di modificare il servizio (nella specie, spostando l'ubicazione dell'autoclave, dell'elettropompa e della cisterna della riserva dell'impianto idrico) con le maggioranze richieste dall'art. 1136 c.c., non costituendo oggetto della delibera la rinunzia della servitù, la cui estinzione consegue eventualmente ad essa quale effetto legale tipico della nuova situazione di fatto venutasi a creare tra i fondi per il venir meno dei requisiti oggettivi che caratterizzano la servitù, salvo che la trasformazione del servizio non richieda l'unanimità per altre ragioni, derivanti appunto dalle regole in materia di innovazioni vietate.

5. La responsabilità del condominio.

Il condominio è custode delle parti comuni e di quelle che, indipendentemente dall'assetto proprietario, sono funzionalmente asservite alle proprietà esclusive.

A questo proposito, **Sez., 6-2, n. 07044/2020, Scarpa, Rv. 657285-01**, ha chiarito che il condominio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, è in particolare obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché tali cose non

rechino pregiudizio ad alcuno, sicché risponde ex art. 2051 c.c. dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini, ancorché tali danni siano causalmente imputabili anche al concorso del fatto di un terzo, prospettandosi in tal caso la situazione di un medesimo danno provocato da più soggetti per effetto di diversi titoli di responsabilità, che dà luogo ad una situazione di solidarietà impropria. Nondimeno, la conseguenza della corresponsabilità in solido, ex art. 2055 c.c., comporta che la domanda del condomino danneggiato vada intesa sempre come volta a conseguire per l'intero il risarcimento da ciascuno dei coobbligati, in ragione del comune contributo causale alla determinazione del danno.

6. Il regolamento di condominio.

Secondo l'art. 1138 c.c., è prescritta l'adozione di un regolamento condominiale quando il numero dei condomini sia superiore a dieci. Il regolamento, che costituisce espressione dell'autonomia organizzativa nel condominio, deve contenere le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione.

Il regolamento condominiale si distingue dal regolamento contrattuale, che postula una "convenzione" intervenuta tra tutti i condomini in via contestuale ovvero mediante adesione di tutti gli acquirenti, attraverso i loro "atti di acquisto", ad un testo di regolamento predisposto dall'originario proprietario alienante.

Spiega **Sez. 6-2, n. 24957/2020, Dongiacomo, Rv. 659703-01**, che il regolamento di condominio cosiddetto contrattuale, quali ne siano il meccanismo di produzione ed il momento della sua efficacia, si configura, dal punto di vista strutturale, come un contratto plurilaterale, avente cioè pluralità di parti e scopo comune; ne consegue che l'azione di nullità del regolamento medesimo è esperibile non nei confronti del condominio (e, quindi, dell'amministratore), carente di legittimazione in ordine ad una siffatta domanda, ma da uno o più condomini nei confronti di tutti gli altri, versandosi in una situazione di litisconsorzio necessario (in applicazione di tale principio, la S.C. ha condiviso la decisione della Corte di merito che, una volta escluso che il riscontro della eventuale nullità del regolamento costituisse l'oggetto di un accertamento incidentale - nel qual caso non sarebbe stata imposta la necessaria partecipazione di tutti i condomini - aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado per la mancata partecipazione al giudizio di tutti i condomini).

Chiarisce, inoltre, **Sez. 2, n. 03058/2020, Dongiacomo, Rv. 657097-02**, che la clausola con la quale gli acquirenti di un'unità immobiliare di un fabbricato assumono l'obbligo di rispettare il regolamento di condominio che contestualmente incaricano

il costruttore di predisporre non può valere quale approvazione di un regolamento allo stato inesistente, in quanto è solo il concreto richiamo nei singoli atti di acquisto ad un determinato regolamento già esistente che consente di ritenere quest'ultimo come facente parte *per relationem* di ogni singolo atto, sicché quello predisposto dalla società costruttrice in forza del mandato ad essa conferito non è opponibile agli acquirenti.

7. La ripartizione delle spese condominiali.

L'art. 1123, comma 1, c.c. stabilisce il criterio generale di ripartizione delle spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza. Secondo la predetta disposizione, tali spese sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione.

Premesso, dunque, che la disciplina legale di ripartizione delle spese per la conservazione e per il godimento delle parti comuni è, in linea di principio, derogabile (così, da ultimo, Sez. 2, n. 04844/2017, Orilia, Rv. 643057-02), chiarisce **Sez. 2, n. 06735/2020, Scarpa, Rv. 657132-02**, che per l'atto di approvazione delle tabelle millesimali e per quello di revisione delle stesse, è sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, comma 2, c.c., ogni qual volta l'approvazione o la revisione avvengano con funzione meramente ricognitiva dei valori e dei criteri stabiliti dalla legge; viceversa, la tabella da cui risulti espressamente che si sia inteso derogare al regime legale di ripartizione delle spese, ovvero approvare quella "diversa convenzione", di cui all'art. 1123, comma 1, c.c., rivelando la sua natura contrattuale, necessita dell'approvazione unanime dei condomini.

Di particolare interesse, sul tema della ripartizione delle spese condominiali, è quanto affermato da **Sez. 6-2, n. 20006/2020, Scarpa, Rv. 659225-01**, secondo cui, qualora la ripartizione sia avvenuta soltanto con l'approvazione del rendiconto annuale dell'amministratore, ai sensi dell'art. 1135, comma 1, n. 3, c.c., l'obbligazione dei condomini di contribuire al pagamento delle stesse sorge soltanto dal momento della approvazione della delibera assembleare di ripartizione, che i condomini assenti o dissenzienti non potranno impugnare per ragioni di merito, perché non è consentito al singolo condomino rimettere in discussione, al momento del bilancio consuntivo, i provvedimenti della maggioranza che, tradottisi in delibere, avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnati.

Quanto, poi, alle spese di manutenzione straordinaria di un edificio condominiale, afferma **Sez. 6-2, n. 18793/2020, Scarpa, Rv. 659215-01**, che ai fini dell'insorgenza del relativo debito di contribuzione, deve farsi riferimento

all'approvazione della delibera assembleare che determini l'oggetto dell'appalto da stipulare con l'impresa prescelta, ovvero le opere da compiersi e il prezzo dei lavori, fissando gli elementi costitutivi fondamentali dell'opera nella loro consistenza quantitativa e qualitativa, non rilevando l'esistenza di una deliberazione programmatica e preparatoria.

Sul diverso versante della ripartizione delle spese per le parti comuni tra venditore ed acquirente dell'immobile, di particolare interesse, per il periodo in rassegna, è quanto argomentato da **Sez. 2, n. 21860/2020, Scarpa, Rv. 659363-01**, secondo cui il previgente art. 63, comma 2, disp. att. c.c. - ora, in forza della l. n. 220 del 2012, art. 63, comma 4, disp. att. c.c. - delinea a carico dell'acquirente un'obbligazione solidale, non *propter rem*, ma autonoma, in quanto costituita *ex novo* dalla legge esclusivamente in funzione di rafforzamento dell'aspettativa creditoria del condominio su cui incombe, poi, l'onere di provare l'inerenza della spesa all'anno in corso o a quello precedente al subentro dell'acquirente.

Per quel che concerne, invece, l'annoso tema delle spese di gestione dell'impianto centralizzato di riscaldamento, **Sez. 2, n. 18131/2020, Scarpa, Rv. 658905-01**, ha precisato che il condomino autorizzato a rinunziare all'uso del riscaldamento centralizzato e a distaccare le diramazioni della sua unità immobiliare dall'impianto comune rimane obbligato a pagare le sole spese di conservazione di quest'ultimo - quali, ad esempio, quelle di sostituzione della caldaia - perché l'impianto centralizzato è comunque un accessorio di proprietà comune, al quale egli potrà, in caso di ripensamento, riallacciare la propria unità immobiliare; qualora tuttavia, in seguito ad un intervento di sostituzione della caldaia, il mancato allaccio non sia espressione della volontà unilaterale di rinuncia o distacco, ma una conseguenza dell'impossibilità tecnica di fruire del nuovo impianto, che non consente neppure un futuro collegamento, egli non può essere più considerato titolare di alcun diritto di comproprietà su tale impianto e perciò non deve più partecipare ad alcuna spesa ad esso relativa.

In ultimo con riferimento alle spese di potatura degli alberi che insistono su suolo oggetto di proprietà esclusiva di un solo condomino, chiarisce **Sez. 2, n. 22573/2020, Scarpa, Rv. 659367-01**, che sono tenuti a contribuirvi tutti i condomini, allorché si tratti di piante funzionali al decoro dell'intero edificio e la potatura stessa avvenga per soddisfare le relative esigenze di cura del decoro stesso (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata per l'omesso esame del vincolo di destinazione imposto dal comune al costruttore circa il congruo numero di alberature da mettere a dimora, al fine di verificare se gli alberi oggetto di abbattimento e di reimpianto concorressero, in virtù del detto vincolo, a costituire il decoro architettonico dell'edificio).

8. L'amministratore. Premessa.

L'art. 1129 c.c., nella formulazione attualmente vigente, prevede che quando i condomini siano più di otto, la nomina dell'amministratore, se l'assemblea non vi provvede, è fatta dall'autorità giudiziaria su ricorso di uno o più condomini o dell'amministratore dimissionario e che la sua revoca può essere deliberata, in ogni momento, dall'assemblea, con la stessa maggioranza prevista per la sua nomina oppure con le modalità previste dal regolamento di condominio, o può essere disposta dall'autorità giudiziaria, su richiesta di ciascun condomino, nei casi previsti dall'art. 1131 c.c., se non viene reso il conto della gestione, o in caso di gravi irregolarità, tra le quali rientrano gli inadempimenti tipizzati nella medesima disposizione in ragione della loro gravità. Il procedimento nell'ambito del quale vengono accertati i presupposti della revoca è quello camerale di cui agli artt. 737 e ss. c.c.

Le attribuzioni dell'amministratore sono descritte dall'art. 1130 c.c., a mente del quale questi è tenuto, tra le altre cose, a convocare l'assemblea per l'approvazione del rendiconto e ad eseguirne le deliberazioni, a curare l'osservanza del regolamento, a disciplinare l'uso delle cose comuni, a riscuotere i contributi ed erogare le spese occorrenti per la manutenzione ordinaria, a compiere gli atti conservativi delle parti comuni, a conservare la documentazione contabile e a fornirne copia al condomino che ne faccia richiesta, e dall'art. 1130-*bis*, quanto alla redazione del rendiconto condominale.

A quest'ultimo proposito, **Sez. 6-2, n. 15996/2020, Scarpa, Rv. 658788-01**, ha stabilito che gli artt. 1129, comma 2, c.c. e 1130-*bis* c.c., come novellati dalla l. n. 220 del 2012, prevedono la facoltà dei condomini di ottenere l'esibizione di registri e documenti contabili condominiali in qualsiasi tempo, non necessariamente in sede di rendiconto annuale e di approvazione del bilancio da parte dell'assemblea, sempreché l'esercizio del diritto di accesso non si risolva in un intralcio all'amministrazione, ponendosi in contrasto con il principio della correttezza ex art. 1175 c.c.; al condomino istante - il quale non è tenuto a specificare le ragioni della richiesta - fa capo l'onere di dimostrare che l'amministratore non gli abbia consentito l'esercizio della facoltà in parola.

L'art. 1131 c.c., invece, rubricato "rappresentanza", stabilisce che "nei limiti delle attribuzioni stabilite (dall'articolo 1130) o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea, l'amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi" (comma 1), che "può essere convenuto in giudizio per qualunque azione concernente le parti comuni dell'edificio" e "a lui sono notificati i provvedimenti dell'autorità amministrativa che si riferiscono allo stesso oggetto" (comma 2), che "qualora la

citazione o il provvedimento abbia un contenuto che esorbita dalle attribuzioni dell'amministratore, questi è tenuto a darne senza indugio notizia all'assemblea dei condomini" (comma 3) e che "l'amministratore che non adempie a quest'obbligo può essere revocato ed è tenuto al risarcimento dei danni".

8.1 La nomina e la revoca dell'amministratore.

Nel caso di condominio minimo, ossia di condominio costituito da due soli condomini, ancorché titolari di quote diseguali, l'approvazione di deliberazioni che, come quella della nomina dell'amministratore, richiedono, sotto il profilo personale, un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti ai sensi dell'art. 1136, comma 2, c.c., la volontà assembleare è validamente espressa con la partecipazione di entrambi i condomini e la decisione unanime, non potendosi ricorrere al criterio maggioritario (**Sez. 6-2, n. 16337/2020, Scarpa, Rv. 658749-01**).

Una volta che l'amministratore sia stato nominato, l'accettazione da parte sua della documentazione condominiale consegnatagli dal precedente non costituisce, ad avviso di **Sez. 6-2, n. 15702/2020, Scarpa, Rv. 658785-01**, prova idonea del debito nei confronti di quest'ultimo da parte dei condomini per l'importo corrispondente al disavanzo tra le rispettive poste contabili, spettando pur sempre all'assemblea l'approvazione del conto consuntivo, onde confrontarlo con il preventivo, ovvero valutare l'opportunità delle spese affrontate d'iniziativa dell'amministratore, sicché la sottoscrizione del verbale di consegna della documentazione, apposta dal nuovo amministratore, non integra una ricognizione di debito fatta dal condominio in relazione alle anticipazioni di pagamenti ascritte al precedente amministratore e risultanti dalla situazione di cassa registrata (negli stesso termini, **Sez. 6-2, n. 05062/2020, Scarpa, Rv. 657266-01**).

Quanto infine alla revoca dell'amministratore condominiale, il relativo procedimento, ad avviso di **Sez. 6-2, n. 04696/2020, Scarpa, Rv. 657259-01**, riveste carattere eccezionale ed urgente, oltre che sostitutivo della volontà assembleare, ed è ispirato dall'esigenza di assicurare una rapida ed efficace tutela ad una corretta gestione dell'amministrazione condominiale, a fronte del pericolo di grave danno derivante da determinate condotte dell'amministratore. Tali essendo le caratteristiche del giudizio, non è pertanto ammissibile l'intervento adesivo nello stesso del condominio ovvero di altri condomini rispetto a quello istante, atteso che uniche parti legittimate a parteciparvi e contraddirvi sono il ricorrente e l'amministratore, con la conseguenza che gli effetti del regolamento delle spese ex art. 91 c.p.c. devono esaurirsi nel rapporto tra costoro.

8.2 La legittimazione processuale dell'amministratore di condominio e l'onere della prova.

Come noto, l'art. 71-*quater* disp. att. c.c. disciplina le modalità con le quali deve essere avviata e condotta la mediazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010, nelle controversie in materia condominiale, ossia quelle derivanti dalla violazione o dalla errata applicazione delle disposizioni del libro III, titolo VII, capo II, c.c. e degli artt. da 61 a 72 delle suddette disp. att. c.c., prevedendo, al comma 3, la legittimazione a parteciparvi dell'amministratore e le relative condizioni.

A questo riguardo, **Sez. 6-2, n. 10846/2020, Scarpa, Rv. 657890-01** (già citata *supra*, *sub* § 2), ha chiarito che, ai sensi di quest'ultima disposizione, l'amministratore di condominio è legittimato a partecipare alla procedura di mediazione obbligatoria soltanto previa delibera assembleare di autorizzazione, non rientrando tra le sue attribuzioni, in assenza di apposito mandato, il potere di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione, con la conseguenza che la condizione di procedibilità delle "controversie in materia di condominio" non può dirsi realizzata qualora l'amministratore partecipi all'incontro davanti al mediatore sprovvisto della previa delibera assembleare, da assumersi con la maggioranza di cui all'art. 1136, comma 2, c.c., non essendo in tal caso possibile iniziare la procedura di mediazione e procedere al relativo svolgimento, come suppone il comma 1 dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Tale principio è in linea con altro espresso da **Sez. 6-2, n. 10846/2020, Scarpa, Rv. 657890-02** (già citata *supra*, *sub* § 2), secondo cui non rientra tra le attribuzioni dell'amministratore il potere di pattuire con i condomini morosi dilazioni di pagamento o accordi transattivi, spettando all' assemblea il potere di approvare una transazione riguardante spese d'interesse comune, ovvero di delegare l'amministratore a transigere, fissando gli eventuali limiti dell'attività dispositiva negoziale affidatagli.

Avviato il processo nel quale si sia costituito il condominio, il mutamento della persona dell'amministratore in corso di causa non ha immediata incidenza sul rapporto processuale, che, in ogni caso, sia dal lato attivo che da quello passivo, resta riferito al condominio, il quale opera, nell'interesse comune dei partecipanti, attraverso il proprio organo rappresentativo unitario, senza bisogno del conferimento dei poteri rappresentativi per ogni grado e fase del giudizio. Pertanto, ferma l'inefficacia della procura conferita da chi, alla data di costituzione in giudizio, sia già cessato dalla carica di amministratore di un condominio, perché dimissionario o sostituito con altra persona dall'assemblea, l'eventuale morte o cessazione del potere di rappresentanza dell'amministratore del condominio già costituito in giudizio a mezzo di procuratore possono comportare conseguenze, a norma dell'art. 300 c.p.c., soltanto se e quando l'evento sia stato dichiarato in udienza, ovvero sia notificato alle

altre parti dal procuratore costituito, proseguendo altrimenti il rapporto processuale senza soluzione di continuità (in tal senso, **Sez. 2, n. 27302/2020, Scarpa, Rv. 659726-01**).

Come si è detto, i poteri di rappresentanza processuale dell'amministratore, sia dal lato attivo, sia passivo, sono correlati, ai sensi dell'art. 1131 c.c., alle attribuzioni stabilite dall'art. 1130 c.c. e ai poteri conferitigli dal regolamento condominiale.

Sulla base di ciò, l'amministratore del condominio può resistere all'impugnazione della delibera assembleare riguardante parti comuni e può gravare la relativa decisione del giudice senza necessità di autorizzazione o ratifica dell'assemblea, tenuto conto dei poteri demandatigli dalla suddetta disposizione, giacché l'esecuzione e la difesa delle deliberazioni assembleari rientra fra le attribuzioni proprie dello stesso (**Sez. 2, n. 23550/2020, Abete, Rv. 659389-01**); può agire o resistere in giudizio per ottenere che un condomino non adibisca la propria unità immobiliare ad attività vietata dal regolamento condominiale contrattuale (nella specie, attività alberghiera), senza la necessità di una specifica deliberazione assembleare assunta con la maggioranza prevista dall'art. 1136, comma 2, c.c., la quale è richiesta soltanto per le liti attive e passive esorbitanti dalle incombenze proprie dell'amministratore stesso, essendo tenuto a curare l'osservanza del regolamento di condominio ex art. 1130, comma 1, n. 1, c.c. (**Sez. 2, n. 21562/2020, Tedesco, Rv. 659320-01**); ha infine legittimazione passiva nelle cause in cui sia esercitata azione nei confronti del condominio in relazione alle parti comuni e si tratti di compiere atti conservativi sui beni di proprietà comune, stante il riconoscimento allo stesso, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 1130, n. 4), c.c., della legittimazione attiva ad esercitare l'azione di reintegrazione nel possesso (**Sez. 2, n. 25782/2020, Giannaccari, Rv. 659677-01**).

Ad avviso di **Sez. 6-2, n. 18796/2020, Scarpa, Rv. 659217-01** (cfr. *supra*, *sub* § 2), va considerato atto conservativo, per il quale può riconoscersi la legittimazione autonoma dell'amministratore, ai sensi dell'art. 1130, n. 4, c.c., ad esempio, l'azione esperita contro i singoli condomini o contro i terzi per il ripristino dei luoghi e per il risarcimento del danno a tutela di spazi adibiti a parcheggio, globalmente considerati, quando questi non siano contemplati negli atti di trasferimento delle unità immobiliari, in quanto mancanti di espressa riserva di proprietà o di alcun altro riferimento, e costituiscano perciò parti comuni dell'edificio condominiale. Come già evidenziato (cfr. *supra*, *sub* § 2), ad avviso della Corte, infatti, la speciale normativa urbanistica, dettata dall'art. 41-sexies della l. n. 1150 del 1942, introdotto dall'art. 18 della l. n. 765 del 1967, si limita a prescrivere, per i fabbricati di nuova costruzione, la destinazione obbligatoria di appositi spazi a parcheggi in misura proporzionale alla cubatura totale dell'edificio, determinando, mediante tale vincolo di carattere pubblicistico, un diritto reale d'uso sugli spazi predetti a favore di tutti i condomini

dell'edificio, senza imporre all'originario costruttore alcun obbligo di cessione in proprietà degli spazi in questione.

Per contro, proprio in ragione della correlazione tra attribuzioni, legali o convenzionali, e rappresentanza, la legittimazione dell'amministratore non può essere riconosciuta, né in caso di azioni personali, né reali che esulino dai limiti della propria competenza senza essere autorizzato dall'assemblea o in certi casi da ciascun condomino.

Secondo **Sez. 2, n. 03846/2020, Besso Marcheis, Rv. 657104-01**, in particolare, l'amministratore non è legittimato a promuovere l'azione di responsabilità, ai sensi dell'art. 1669 c.c., nei confronti del costruttore, a tutela dell'edificio nella sua unitarietà, non potendo la sua legittimazione estendersi, in difetto di mandato rappresentativo dei singoli condomini, anche alla proposizione delle azioni risarcitorie, in forma specifica o per equivalente, relative ai danni subiti dai condomini nei rispettivi immobili di proprietà esclusiva, né, secondo **Sez. 6-5, n. 23190/2020, Criscuolo, Rv. 659405-01** (già citata, *supra*, *sub* § 2), può esercitare, nei confronti dei singoli condomini o contro terzi, azioni reali dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela dei diritti reali su cose o parti dell'edificio condominiale, che esulino dal novero degli atti meramente conservativi (come in caso di azione esercitata dal condominio per ottenere la demolizione di un fabbricato non costruito a distanza), le quali possono essere da lui esperite soltanto previa autorizzazione dell'assemblea, ex art. 1131, comma 1, c.c. (negli stessi termini, **Sez. 2, n. 21533/2020, Bellini, Rv. 659375-01**, secondo cui l'autorizzazione dell'assemblea ex art. 1131, primo comma, c.c., richiede l'adozione con la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136 c.c.).

Va infine considerato che, a seconda dell'oggetto della causa, la legittimazione ad agire o resistere in giudizio non soltanto non può essere riconosciuta all'amministratore, ma neppure all'assemblea dei condomini.

E' il caso, ad esempio, della domanda diretta alla estensione della proprietà comune mediante declaratoria di appartenenza al condominio di un'area adiacente al fabbricato condominiale, siccome acquistata per usucapione, la quale, implicando non solo l'accrescimento del diritto di comproprietà, ma anche la proporzionale assunzione degli obblighi e degli oneri ad esso correlati, esorbita dai poteri deliberativi dell'assemblea e dai poteri di rappresentanza dell'amministratore, il quale può esercitare la relativa azione solo in virtù di un mandato speciale rilasciato da ciascun condomino (vedi, **Sez. 2, n. 25014/2020, Bellini, Rv. 659671-01**).

Allo stesso modo, l'azione di nullità del regolamento condominiale c.d. contrattuale è esperibile non nei confronti del condominio (e quindi dell'amministratore), carente di legittimazione, ma da uno o più condomini nei confronti di tutti gli altri, versandosi in una situazione di litisconsorzio necessario, in

quanto esso, quali ne siano il meccanismo di produzione ed il momento della sua efficacia, si configura, dal punto di vista strutturale, come un contratto plurilaterale, avente cioè pluralità di parti e scopo comune (in applicazione di tale principio, la S.C. ha condiviso la decisione della Corte di merito che, una volta escluso che il riscontro della eventuale nullità del regolamento costituisse l'oggetto di un accertamento incidentale - nel qual caso non sarebbe stata imposta la necessaria partecipazione di tutti i condomini -, aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado per la mancata partecipazione al giudizio di tutti i condomini) (in tal senso, **Sez. 6-2, n. 24957/2020, Dongiacomo, Rv. 659703-01**, già citata, *supra, sub* § 6).

Per gli stessi motivi, infine, **Sez. 6-2, n. 04697/2020, Scarpa, Rv. 657260-01** evidenzia che non va proposta nei confronti dell'amministratore di condominio, ma nei confronti di tutti i condomini, quali legittimati passivi, in situazione di litisconsorzio necessario, la domanda di accertamento negativo della qualità di condomino, atteso che questa inerisce all'inesistenza del rapporto di condominialità ex art. 1117 c.c. e che la definizione della vertenza postula, perciò, una decisione implicante una statuizione in ordine a titoli di proprietà confliggenti fra loro, suscettibile di assumere valenza solo se, ed in quanto, data nei confronti di tutti i soggetti, asseriti partecipi del preteso condominio in discussione (in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che, a fronte di una domanda di accertamento negativo dell'appartenenza ad un condominio di alcune unità immobiliari, aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado, con rimessione della causa al giudice di prime cure, per non aver quest'ultimo disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i condomini).

Instaurato il giudizio in cui sia parte il condominio nella persona dell'amministratore, infine, quando vi sia stata opposizione a decreto ingiuntivo per il pagamento di contributi per spese, il condominio soddisfa l'onere probatorio su esso gravante con la produzione del verbale di assemblea condominiale in cui sono state approvate le spese, nonché dei relativi documenti, sicché il giudice emetterà una sentenza favorevole qualora l'amministratore dimostri che il credito preteso sussiste, è esigibile e che il condominio ne è titolare (in tal senso, **Sez. 6-2, n. 15696/2020, Scarpa, Rv. 658784-01**; conforme Sez. 2, n. 07569/1994, Corona, Rv. 48778501).

9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari.
9.1 Il funzionamento.

L'assemblea dei condomini è l'organo deliberativo del condominio che provvede, ai sensi dell'art. 1135 c.c., all'adozione di decisioni in merito alla conferma dell'amministratore e alla sua retribuzione, all'approvazione del preventivo delle spese occorrenti e alla ripartizione tra condomini, all'approvazione del rendiconto

annuale e all'impiego del residuo attivo e alle opere di manutenzione straordinaria e alle innovazioni, oltre alle questioni elencate negli articoli precedenti.

La costituzione dell'assemblea e la validità delle sue deliberazioni sono disciplinate invece dal successivo art. 1136 c.c.

In proposito, **Sez. 2, n. 25558/2020, Bellini, Rv. 659673-01**, ha precisato che la regola posta dall'art. 1136, comma 3, c.c., secondo la quale la deliberazione assunta dall'assemblea condominiale in seconda convocazione è valida se riporta un numero di voti che rappresenti il terzo dei partecipanti al condominio e almeno un terzo del valore dell'edificio, va intesa nel senso che, coloro che abbiano votato contro l'approvazione non devono rappresentare un valore proprietario maggiore rispetto a coloro che abbiano votato a favore, atteso che l'intero art. 1136 c.c. privilegia il criterio della maggioranza del valore dell'edificio quale strumento coerente per soddisfare le esigenze condominiali.

In caso di condominio minimo, invece, costituito da un proprietario esclusivo di un'unità immobiliare e altri comproprietari "*pro indiviso*" delle restanti unità immobiliari comprese nell'edificio, il funzionamento dell'assemblea, secondo **Sez. 6-2, n. 15705/2020, Scarpa, Rv. 658742-01**, non è regolato dal principio di maggioranza, atteso che i medesimi comproprietari, con riguardo all'elemento personale supposto dall'art. 1136 c.c., esprimono comunque un solo voto, ancorché abbiano designato distinti rappresentanti, con la conseguenza che, ove non si raggiunga l'unanimità, è necessario adire l'autorità giudiziaria, ai sensi degli artt. 1105 e 1139 c.c.

L'assemblea viene convocata con le modalità di cui all'art. 66, disp. att. c.c., il quale nella formulazione introdotta con la l. n. 220 del 2012, stabilisce, al comma 3, che l'avviso di convocazione debba contenere specifica indicazione dell'ordine del giorno e debba essere notificato almeno cinque giorni prima della data fissata per l'adunanza.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 24041/2020, Scarpa, Rv. 659608-01**, ogni condomino ha infatti il diritto di intervenire all' assemblea e deve, quindi, essere messo in condizione di poterlo fare, con la conseguente necessità che l'avviso di convocazione, previsto dall'art. 66, comma 3, disp. att. c.c. nel testo vigente "*ratione temporis*", quale atto unilaterale recettizio, sia, non solo, inviato, ma anche ricevuto nel termine ivi stabilito di almeno cinque giorni prima della data fissata per l'adunanza, avendo riguardo alla riunione dell'assemblea in prima convocazione.

La mancata comunicazione a taluno dei condomini dell'avviso di convocazione dell'assemblea condominiale, in quanto vizio procedimentale, comporta, invero, l'annullabilità della delibera condominiale, con la conseguenza che la legittimazione a domandare il relativo annullamento spetta, ai sensi degli artt. 1441 e 1324 c.c., unicamente al singolo avente diritto pretermesso, sul quale grava l'onere di dedurre

e provare, in caso di contestazione, i fatti dai quali l'omessa comunicazione risulti (vedi **Sez. 2, n. 06735/2020, Scarpa, Rv. 657132-01**, già citata *supra, sub* § 9.1).

Tuttavia, il condomino regolarmente convocato, secondo **Sez. 2, n. 10071/2020, Giannaccari, Rv. 657758-01**, non può impugnare la delibera per difetto di convocazione di altro condomino, in quanto l'interesse a far valere un vizio che renda annullabile una deliberazione dell' assemblea, non può ridursi al mero interesse alla rimozione dell'atto, ovvero ad un'astratta pretesa di sua assoluta conformità al modello legale, ma deve essere espressione di una sua posizione qualificata, diretta ad eliminare la situazione di obiettiva incertezza che quella delibera genera quanto all'esistenza dei diritti e degli obblighi da essa derivanti.

9.2 Le determinazioni dell'assemblea.

Le attribuzioni dell'assemblea, oltre a quanto stabilito negli artt. precedenti, sono contenute nell'art. 1135 c.c., che richiama, tra le altre materie, la conferma dell'amministratore e la sua eventuale retribuzione, l'approvazione del preventivo e della ripartizione delle spese, l'approvazione del rendiconto annuale e le opere di manutenzione straordinaria e le innovazioni.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 14300/2020, Abete, Rv. 658439-01**, l'assemblea condominiale ben può altresì deliberare la nomina di una commissione di condomini deputata ad assumere determinazioni di competenza assembleare. Tuttavia, le determinazioni di tale commissione, per essere vincolanti anche per i dissenzienti, ex art. 1137, comma 1, c.c., devono essere approvate, con le maggioranze prescritte, dall'assemblea medesima, non essendo le funzioni di quest'ultima suscettibili di delega (nella specie l'assemblea, demandata ad una commissione ristretta di condomini la scelta e la nomina del tecnico cui affidare l'incarico di accertare quali fossero le opere di manutenzione straordinaria necessarie per la buona conservazione dei fabbricati e di redigere il computo metrico dei lavori, nonché il capitolato d'appalto, aveva poi approvato le indicazioni così emerse con una propria successiva delibera di recepimento).

Sui confini dei poteri attribuiti all'assemblea in caso di condominio parziale, **Sez. 2, n. 00791/2020, Scarpa, Rv. 656837-01** (già citata *supra*, *sub* § 2), dopo averne fornito la descrizione, stabilendo che esso è fondato sull'art. 1123, comma 3, c.c. ed è automaticamente configurabile *ex lege* tutte le volte in cui un bene risulti, per le sue obbiettive caratteristiche strutturali e funzionali, destinato oggettivamente al servizio e/o al godimento, in modo esclusivo, di una parte soltanto dell'edificio in condominio, rimanendo, per l'effetto, oggetto di un autonomo diritto di proprietà e venendo meno il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria di tutti i condomini su quel bene, ha stabilito che i partecipanti al gruppo non hanno il

diritto di partecipare all'assemblea relativamente alle cose di cui non hanno la titolarità e la composizione del collegio e delle maggioranze si modifica in relazione alla titolarità delle specifiche parti oggetto della concreta delibera da adottare.

L'assemblea, come si è detto, ha una competenza essenziale in ordine all'insorgenza dell'obbligo, in capo ai condomini, di contribuire al pagamento delle spese condominiali.

A questo riguardo **Sez. 6-2, n. 20006/2020, Scarpa, Rv. 659225-01** (già citata *supra*, *sub* § 7) ha infatti stabilito che, qualora la ripartizione delle spese condominiali sia avvenuta soltanto con l'approvazione del rendiconto annuale dell'amministratore, ai sensi dell'art. 1135, n. 3, c.c., l'obbligazione dei condomini di contribuire al pagamento delle stesse sorge soltanto dal momento della approvazione della delibera assembleare di ripartizione, che i condomini assenti o dissenzienti non potranno impugnare per ragioni di merito, perché non è consentito al singolo condomino rimettere in discussione, al momento del bilancio consuntivo, i provvedimenti della maggioranza che, tradottisi in delibere, avrebbero dovuto essere tempestivamente impugnati.

In caso di spese di manutenzione straordinaria dell'edificio condominiale, inoltre, deve sempre farsi riferimento all'approvazione della delibera assembleare che determini l'oggetto dell'appalto da stipulare con l'impresa prescelta, ovvero le opere da compiersi e il prezzo dei lavori, fissando gli elementi costitutivi fondamentali dell'opera nella loro consistenza quantitativa e qualitativa, non rilevando l'esistenza di una deliberazione programmatica e preparatoria (in tal senso, **Cass. 6-2, n. 18793/2020, Scarpa, Rv. 659215-01**, già citata *supra*, *sub* § 7).

La Corte si è infine occupata delle maggioranze assembleari richieste sia nell'ipotesi di assegnazione di parti comuni (nella specie di una caldaia) in proprietà esclusiva ad alcuni condomini, sia di installazione di un ripetitore sul tetto dello stabile condominiale (per una rapida riflessione sul punto, si rinvia anche al Capitolo IV di questa sezione).

Nel primo caso, la deliberazione condominiale, ad avviso di **Sez. 2, n. 06090/2020, Carrato, Rv. 657126-01**, richiede l'unanimità dei consensi, incidendo sulla pregressa comproprietà originaria *ex lege* di parti comuni e comportando l'esclusione dal vincolo reale di alcuni dei condomini.

Nel secondo caso, invece, occorre distinguere. **Sez. U., n. 08434/2020, Cosentino, Rv. 657604-01**, ha innanzitutto premesso, sul punto, che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore o altro impianto tecnologico, con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia

attraverso un contratto ad effetti personali e che la riconduzione del contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito.

Qualora le parti abbiano inteso attribuire a tale accordo effetti reali, prosegue la medesima **Sez. U., n. 08434/2020, Cosentino, Rv. 657604-02**, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie, il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficiaria dell'impianto installato sul lastrico solare, può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventi proprietario della costruzione. In tal caso, anche quando il diritto di superficie sia temporaneo, è richiesta l'approvazione di tutti i condomini.

Ove, al contrario, le parti abbiano inteso attribuire all'accordo effetti obbligatori, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione, con il quale il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Tale contratto è, invece, soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dagli artt. 1599 c.c. e 2643, n. 8, c.c. e, ove stipulato da un condominio per consentire a terzi l'installazione del ripetitore sul lastrico solare del fabbricato condominiale, richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni (cfr. anche **Sez. U., n. 08434/2020, Cosentino, Rv. 657604-03**).

Le Sezioni Unite, nell'esprimere tali principi, hanno in premessa chiarito, nella parte motiva, che la collocazione di un ripetitore sul tetto dello stabile condominiale può astrattamente costituire innovazione, essendo questa caratterizzata dalla idoneità ad alterare l'entità materiale del bene e ad operarne la trasformazione anche soltanto della sua destinazione o della sua consistenza materiale o della sua utilizzabilità per fini diversi ed essendo il ripetitore idoneo a far perdere parzialmente la destinazione al calpestio del lastrico, così superando quelle opinioni dottrinali che escludono aprioristicamente la natura di innovazione del ripetitore in ragione della sua inidoneità ad incidere sulla consistenza materiale del tetto o sulla sua utilità o uso consentito ai condomini. La qualificabilità in termini di "innovazione" di tale impianto, secondo la Corte, non deriva, invero, dalla struttura dell'opera realizzata, ma dalla sua destinazione o meno all'uso comune: l'art. 1120 c.c. opera infatti soltanto

quando l'*immutatio loci* derivante dall'ancoraggio dell'impianto al lastrico solare sia realizzata su disposizione, a spese e nell'interesse del condominio, in quanto destinato all'uso comune, mentre quando detta installazione avviene su disposizione, a spese e nell'interesse del terzo cessionario del godimento del lastrico, la vicenda deve essere vista nella prospettiva dell'approvazione di un atto di amministrazione (il contratto con il terzo) ai sensi dell'art. 1108, comma 3, c.c. e non di un'innovazione.

9.3 L'impugnazione.

Ai sensi dell'art. 1137 c.c., le deliberazioni assunte dall'assemblea sono obbligatorie per tutti i condomini e, se contrarie alla legge o al regolamento di condominio, possono essere impugnate da ogni condomino assente, dissenziente o astenuto, davanti all'autorità giudiziaria, nel termine di 30 giorni decorrente dalla data della deliberazione per i dissenzienti o gli astenuti ovvero dalla data della comunicazione della deliberazione per gli assenti.

In merito alla competenza, **Sez. 2, n. 28508/2020, Scarpa, Rv. 660061 - 01**, ha ribadito l'uniforme orientamento di questa Corte, secondo cui l'art. 1137, comma 2, c.c., nel riconoscere ad ogni condomino assente, dissenziente o astenuto la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria avverso le deliberazioni dell'assemblea del condominio, non pone una riserva di competenza assoluta ed esclusiva del giudice ordinario, e, quindi, non esclude la compromettibilità in arbitri di tali controversie, le quali, d'altronde, non rientrano in alcuno dei divieti sanciti dagli artt. 806 e 808 c.p.c.

Quanto al termine di impugnazione, **Sez. 6-2, n. 19714/2020, Scarpa, Rv. 659220-01**, in linea con un risalente insegnamento della stessa Corte (cfr. Sez. 2, n. 01082/1964, Corduas, Rv. 301546-01; Sez. 2, n. 02155/1966, Pratis, Rv. 324211-01) ha chiarito che è affetta da nullità la clausola del regolamento di condominio che stabilisce un termine di decadenza di quindici giorni per chiedere all'autorità giudiziaria l'annullamento delle delibere dell'assemblea, atteso che l'ultimo comma dell'art. 1138 c.c. vieta che con norme regolamentari siano modificate le disposizioni relative alle impugnazioni delle deliberazioni condominiali di cui all'art. 1137 c.c..

La legittimazione ad agire, attribuita dall'art. 1137 c.c. ai condomini assenti e dissenzienti, non è subordinata alla deduzione ed alla prova di uno specifico interesse diverso da quello alla rimozione dell'atto impugnato, essendo l'interesse ad agire, richiesto dall'art. 100 c.p.c. quale condizione dell'azione di annullamento anzidetta, costituito proprio dall'accertamento dei vizi formali di cui sono affette le deliberazioni (in tal senso, **Sez. 2, n. 17294/2020, Casadonte, Rv. 658893-01**).

L'interesse ad agire sussiste anche quando la relativa azione sia volta esclusivamente alla rimozione della delibera assembleare, ove il vizio abbia carattere meramente formale e la delibera impugnata non abbia *ex se* alcuna incidenza diretta

sul patrimonio dell'attore, sicché la domanda giudiziale appartiene alla competenza residuale del tribunale, non avendo ad oggetto la lesione di un interesse suscettibile di essere quantificato in una somma di denaro per il danno ingiustamente subito ovvero per la maggior spesa indebitamente imposta (vedi **Sez. 6-2, n. 15434/2020, Dongiacomo, Rv. 658730-01**).

Il sindacato dell'autorità giudiziaria sulle delibere assembleari, secondo **Sez. 6-2, n. 05061/2020, Scarpa, Rv. 657265-01**, è limitato ad un riscontro di legittimità della decisione, avuto riguardo all'osservanza delle norme di legge o del regolamento condominiale ovvero all'eccesso di potere, inteso quale controllo del legittimo esercizio del potere di cui l' assemblea medesima dispone, non potendosi invece estendere al merito e al controllo della discrezionalità di cui tale organo sovrano è investito, sicché ragioni attinenti alla opportunità ed alla convenienza della gestione del condominio possono essere valutate soltanto in caso di delibera che arrechi grave pregiudizio alla cosa comune, ai sensi dell'art. 1109, comma 1, c.c. La sostituzione della delibera impugnata con altra adottata dall'assemblea in conformità della legge, infine, facendo venir meno la specifica situazione di contrasto fra le parti, determina la cessazione della materia del contendere, analogamente a quanto disposto dall'art. 2377, comma 8, c.c. dettato in tema di società di capitali, a condizione che la nuova deliberazione abbia un identico contenuto, e che cioè provveda sui medesimi argomenti, della deliberazione impugnata, ferma soltanto l'avvenuta rimozione dell'iniziale causa di invalidità (cfr. **Sez. 6-2, n. 10847/2020, Scarpa, Rv. 657891-01**).

CAPITOLO VI

SUCCESSIONI E DONAZIONI

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. Apertura della successione, delazione ereditaria, indegnità a succedere e rappresentazione. - 2. L'accettazione di eredità e la sua rinuncia. - 3. Il beneficio d'inventario. - 4. La petizione di eredità e la successione legittima. - 5. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. - 6. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite. - 7. Il testamento. - 8. La divisione ereditaria. - 9. La collazione. - 10. Le donazioni.

1. Apertura della successione, delazione ereditaria, indegnità a succedere e rappresentazione.

In tema di acquisto della qualità di erede, Sez. 6-3, n. 12987/2020, Porreca, Rv. 658232-01, ha chiarito che, nell'ipotesi di interruzione del processo per morte di una delle parti in corso di giudizio, i chiamati all'eredità, pur non assumendo, per il solo fatto di aver ricevuto e accettato la notifica come eredi, la suddetta qualità, hanno l'onere di contestare, costituendosi in giudizio, l'effettiva assunzione di tale condizione soggettiva, chiarendo la propria posizione, e il conseguente difetto di legittimazione, in quanto, dopo la morte della parte, la legittimazione passiva, che non si trasmette per mera delazione, deve essere individuata dall'istante allo stato degli atti, cioè nei confronti dei soggetti che oggettivamente presentino un valido titolo per succedere, qualora non sia conosciuta, o conoscibile con l'ordinaria diligenza, alcuna circostanza idonea a dimostrare la mancanza del titolo.

Con riguardo all'indegnità a succedere, **Sez. 6-2, n. 19045/2020, Dongiacomo, Rv. 658793-01**, ha affermato che la formazione o l'uso consapevole di un testamento falso è causa d'indegnità a succedere, se colui che viene a trovarsi nella posizione d'indegno non provi di non aver inteso offendere la volontà del *de cuius*, perché il contenuto della disposizione corrisponde a tale volontà e il *de cuius* aveva acconsentito alla compilazione della scheda da parte dello stesso nell'eventualità che non fosse riuscito a farla di persona, ovvero che il *de cuius* aveva la ferma intenzione di provvedervi per evitare la successione *ab intestato*.

In ordine alla rappresentazione, **Sez. 2, n. 02914/2020, San Giorgio, Rv. 657093-02**, ha precisato che la formulazione dell'art. 467 c.c., secondo la quale la rappresentazione fa subentrare i discendenti nel luogo e nel grado dell'ascendente, deve intendersi non già nel senso che i discendenti siano titolari dei medesimi diritti del rappresentato, ma, piuttosto, nel senso che gli stessi vengano a trovarsi nella medesima posizione e nel medesimo grado del rappresentato solo ai fini della misura

della delazione ereditaria, la quale avviene, peraltro, direttamente nei confronti dei rappresentanti, che mantengono una posizione autonoma rispetto al rappresentato.

2. L'accettazione di eredità e la sua rinuncia.

Secondo **Sez. 6-2, n. 19711/2020, Grasso, Rv. 659219-01**, ai sensi dell'art. 475 c.c., si ha accettazione espressa dell'eredità ogni qualvolta il chiamato assuma il titolo di erede in una scrittura privata, trattandosi di autonomo negozio giuridico unilaterale e non recettizio, che conserva appieno la sua validità, ancorché, per effetto della mancata registrazione in base al r.d.l. 27 settembre 1941, n. 1015, sia stata colpita da nullità la distinta convenzione, eventualmente contenuta nello stesso documento.

Inoltre, **Sez. 2, n. 12646/2020, Cosentino, Rv. 658276-01**, ha confermato l'orientamento tradizionale di Sez. 2, n. 03529/1969, D'Amico, Rv. 343691-01, per il quale un chiamato all'eredità può acquistare la qualità di erede per accettazione espressa o tacita dell'eredità anche dopo il decorso del termine di prescrizione decennale del diritto di accettare l'eredità di cui al comma 1 dell'art. 480 c.c., quando nessuno degli interessati sollevi tempestivamente l'eccezione di prescrizione.

Ad avviso di **Sez. 6-2, n. 15690/2020, Tedesco, Rv. 658781-01**, l'immissione in possesso dei beni ereditari non comporta accettazione tacita dell'eredità, poiché non presuppone necessariamente, in chi la compie, la volontà di accettare, cionondimeno, se il chiamato nel possesso o compossesso anche di un solo bene ereditario non forma l'inventario nel termine di tre mesi decorrenti dal momento di inizio del possesso, viene considerato erede puro e semplice; tale onere condiziona, non solo, la facoltà di accettare con beneficio d'inventario, ma anche quella di rinunciare all'eredità in maniera efficace nei confronti dei creditori del "*de cuius*".

Per **Sez. 6-2, n. 15663/2020, Criscuolo, Rv. 658738-01**, l'atto di accettazione dell'eredità, in applicazione del principio *semel heres, semper heres*, è irrevocabile e comporta in maniera definitiva l'acquisto della qualità di erede, la quale permane non solo qualora l'accettante intenda revocare l'atto di accettazione in precedenza posto in essere, ma anche nell'ipotesi in cui questi compia un successivo atto di rinuncia all'eredità. La regola della retroattività della rinuncia deve, infatti, essere riferita esclusivamente all'eventualità nella quale, nelle more tra l'apertura della successione e la data della rinuncia, il chiamato non abbia ancora posto in essere atti idonei ad accettare l'eredità, e non anche al diverso caso nel quale nelle more sia intervenuta l'accettazione dell'eredità.

Sez. 2, n. 20878/2020, Criscuolo, Rv. 659182-01, ha affermato, inoltre, che, per aversi accettazione tacita di eredità, non basta che un atto sia compiuto dal chiamato all'eredità con l'implicita volontà di accettarla, ma è necessario, altresì, che si tratti di atto che egli non avrebbe diritto di porre in essere, se non nella qualità di erede.

Pertanto, poiché il pagamento di un debito del *de cuius*, che il chiamato all'eredità effettui con danaro proprio, non è un atto dispositivo e, comunque, suscettibile di menomare la consistenza dell'asse ereditario - tale, cioè, che solo l'erede abbia diritto a compiere - ne consegue che, rispetto ad esso, difetta il secondo dei suddetti requisiti, richiesti in via cumulativa e non disgiuntiva per l'accettazione tacita. Pertanto, la S.C. ha escluso che il pagamento, ad opera di uno dei chiamati all'eredità, di una sanzione pecuniaria elevata nei confronti del *de cuius*, per contravvenzione al codice della strada, possa intendersi alla stregua di un atto di accettazione tacita, trattandosi di atto meramente conservativo e compatibile, in tesi, con un'ipotesi di adempimento del terzo ex art. 1180 c.c.

Secondo **Sez. 3, n. 25885/2020, Olivieri, Rv. 659588-01**, a seguito della notifica dell'atto di riassunzione nei confronti dei chiamati all'eredità, che consente la ripresa del processo senza che occorra alcun accertamento in ordine all'accettazione espressa o tacita dell'eredità, la parte evocata in riassunzione può assumere un contegno di non contestazione (o di espressa ammissione) circa la propria qualità di erede, il che esonera la parte attrice dall'onere di dimostrare il fatto incontroverso, oppure può negare tale qualifica e, dunque, la titolarità del rapporto controverso, attraverso una mera difesa da esercitarsi tempestivamente rispetto alle preclusioni formatesi con la definizione del *thema decidendum* all'esito della fase di trattazione; in tal caso, il giudice dovrà verificare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di colui che afferma la qualità di erede, anche valutando, attraverso un ragionamento presuntivo, il comportamento, processuale ed extraprocessuale, tenuto dal chiamato.

In ambito tributario, **Sez. 5, n. 23989/2020, Condello, Rv. 659481-01**, ha affermato che, nell'ipotesi in cui il chiamato all'eredità abbia impugnato un atto di accertamento emesso nei suoi confronti nella qualità di erede dell'originario debitore, senza contestare l'assunzione di tale qualità e, quindi, il difetto di titolarità passiva della pretesa, ma censurando nel merito l'accertamento compiuto dall'Amministrazione finanziaria, deve ritenersi che lo stesso abbia posto in essere un'attività non altrimenti giustificabile se non con la veste di erede, trattandosi di un comportamento che esorbita dalla mera attività processuale conservativa del patrimonio ereditario.

Con riferimento all'azione ex art. 524 c.c., **Sez. 6-2, n. 15664/2020, Criscuolo, Rv. 658739-01**, ha precisato che questa è ammissibile unicamente ove i creditori abbiano richiesto, ai sensi dell'art. 481 c.c., la fissazione di un termine entro il quale il chiamato dichiari se accetta o rinuncia all'eredità quando non sia ancora maturata la prescrizione del diritto di accettare l'eredità ex art. 480 c.c. In caso contrario, si finirebbe per rimettere impropriamente in termini i creditori, anche con evidente pregiudizio dei successivi accettanti che confidano nella decorrenza di un termine prescrizionale per l'azione dei creditori inferiore a quello ordinario decennale.

In particolare, **Sez. 6-2, n. 05994/2020, Criscuolo, Rv. 657272-01**, ha chiarito che, per l'impugnazione della rinuncia ereditaria ai sensi dell'art. 524 c.c., il presupposto oggettivo è costituito unicamente dal prevedibile danno ai creditori, che si verifica quando, al momento dell'esercizio dell'azione, i beni personali del rinunziante appaiono insufficienti a soddisfare del tutto i suoi creditori; ove dimostrata da parte del creditore impugnante l'idoneità della rinuncia a recare pregiudizio alle sue ragioni, grava sul debitore provare che, nonostante la rinuncia, il suo residuo patrimonio è in grado di soddisfare il credito dell'attore.

Infine, per **Sez. 5, n. 15871/2020, Russo, Rv. 658407-01**, il chiamato all'eredità, che abbia ad essa validamente rinunciato, non risponde dei debiti tributari del *de cuius*, neppure per il periodo intercorrente tra l'apertura della successione e la rinuncia, neanche se risulti tra i successibili *ex lege* o abbia presentato la dichiarazione di successione (che non costituisce accettazione) in quanto, avendo la rinuncia effetto retroattivo ex art. 521 c.c., egli è considerato come mai chiamato alla successione e non deve più essere annoverato tra i successibili.

3. Il beneficio d'inventario.

Secondo **Sez. 2, n. 20531/2020, Tedesco, Rv. 659179-01**, l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario limita al valore dei beni ricevuti la responsabilità dell'erede per i debiti ereditari, ma di per sé non impedisce che, entro i limiti dell'eredità, i creditori ereditari agiscano direttamente contro di lui e sui suoi beni.

Peraltro, per **Sez. 2, n. 29252/2020, Tedesco, Rv. 659948 - 01**, l'erede beneficiato risponde dei debiti ereditari e dei legati non solo *intra vires hereditatis*, e cioè non oltre il valore dei beni a lui pervenuti a titolo di successione, ma, altresì, *cum viribus hereditatis*, ovvero con esclusione della responsabilità patrimoniale in ordine a tutti gli altri suoi beni che, pertanto, i creditori ereditari e i legatari non possono aggredire. Siffatta limitazione di responsabilità assume rilievo già nella fase antecedente l'esecuzione forzata, precludendo ogni misura anche cautelare sui beni propri dell'erede, vale a dire sui beni diversi da quelli a lui provenienti dalla successione.

Sez. 2, n. 20531/2020, Tedesco, Rv. 659179-02, ha affermato, poi, che l'erede, il quale abbia accettato con beneficio di inventario e che sia convenuto dal creditore del *de cuius* che faccia valere per intero la sua pretesa, se vuole contenere *intra vires* l'estensione e gli effetti della pronuncia giudiziale, deve fare valere tale sua qualità - mediante una difesa che si configura in termini di eccezione in senso lato, invocabile liberamente anche nel giudizio di appello e rilevabile pure d'ufficio dal giudice - nel

giudizio di cognizione; in mancanza, la pronuncia giudiziale costituisce un titolo non più contestabile in sede esecutiva.

Infine, ad avviso di **Sez. 1, n. 26567/2020, Vella, Rv. 659744-01**, in tema di concordato preventivo avente natura liquidatoria, ove nel corso dell'esecuzione della procedura sopravvenga la morte del debitore concordatario, è applicabile, in via analogica, l'art. 12 l. fall., con la conseguenza che la procedura prosegue nei confronti dei suoi eredi, benché costoro abbiano accettato con beneficio d'inventario ovvero, nel caso previsto dall'art. 528 c.c., nei confronti del curatore dell'eredità giacente.

4. La petizione di eredità e la successione legittima.

Innanzitutto, **Sez. 6-2, n. 20024/2020, Criscuolo, Rv. 659228-01**, ha chiarito che, in tema di divisione dell'asse ereditario, qualora l'erede convenuto, in forza di un titolo giuridico preesistente e indipendente rispetto alla morte del *de cuius*, chieda l'adempimento dei diritti di credito da questo vantati verso altro coerede, può esperire l'azione di petizione dell'eredità che, ai sensi dell'art. 533 c.c., consente di chiedere sia la quota dell'asse ereditario sia il suo valore, assumendo natura di azione di accertamento o funzione recuperatoria. Pertanto, ha ritenuto che la domanda riconvenzionale con la quale si rivendica la qualità di unico erede, per rappresentazione, della madre del *de cuius*, deceduta dopo questo, postuli l'accertamento, fra l'attivo ereditario, anche di crediti allo stesso appartenuti, giacenti su conti correnti intestati alla ascendente, nei confronti di altro coerede per le somme delle quali quest'ultimo si sia illegittimamente appropriato prima della sua morte.

Inoltre, **Sez. 2, n. 22192/2020, Tedesco, Rv. 659330-01**, ha confermato l'indirizzo di Sez. 2, n. 07276/2006, Colarusso, Rv. 587734-01, per cui, in tema di successione legittima, il rapporto di parentela con il *de cuius*, quale titolo che, a norma dell'art. 565 c.c., conferisce la qualità di erede, deve essere provato tramite gli atti dello stato civile. Tuttavia, ove essi manchino o siano andati distrutti o smarriti ovvero, ancora, sia stata omessa la registrazione di un atto, la prova dei fatti oggetto di registrazione - quali la nascita, la morte o il matrimonio - può essere data con qualsiasi mezzo, ai sensi dell'art. 452 c.c.

5. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata.

Di rilievo sono state alcune decisioni che hanno riguardato i presupposti per l'esercizio dell'azione di riduzione ed alcuni profili processuali che la concernono.

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 02914/2020, San Giorgio, Rv. 657093-03**, ha affermato che il legittimario totalmente pretermesso, proprio perché escluso dalla successione, non acquista per il solo fatto dell'apertura della successione, ovvero semplicemente per la morte del *de cuius*, la qualità di erede, né la titolarità dei beni ad altri attribuiti,

potendo conseguire i suoi diritti solo dopo l'utile esperimento delle azioni di riduzione o di annullamento del testamento e, quindi, dopo il riconoscimento dei suoi diritti di legittimario.

Inoltre, per **Sez. 6-2, n. 15706/2020, Fortunato, Rv. 658786-01**, l'azione di riduzione non spetta collettivamente ai legittimari, ma ha carattere individuale e compete in via autonoma al singolo erede che ritenga lesa la sua quota individuale di legittima. L'accertamento della lesione e della sua entità non deve farsi con riferimento alla quota complessiva riservata a favore di tutti i legittimari, ma solo riguardo alla quota di coloro che abbiano proposto la domanda. Il giudizio non assume, pertanto, carattere inscindibile neppure nell'ipotesi in cui la domanda sia rivolta verso più eredi, che non acquistano la qualità di litisconsorti necessari.

In aggiunta a ciò, **Sez. 6-2, n. 04694/2020, Tedesco, Rv. 657257-01**, ha precisato che l'azione di riduzione proposta contro un soggetto che è legittimario al pari dell'attore implica che il convenuto abbia ricevuto una donazione o debba beneficiare di una disposizione testamentaria per la quale venga ad ottenere, oltre la rispettiva legittima, che è anche a suo favore intangibile, qualcosa di più, che contribuisce a privare, in tutto o in parte, della legittima il legittimario attore. In tal caso, il convenuto con l'azione di riduzione non deve proporre alcuna domanda o eccezione per contenere la riduzione nei limiti di quanto eventualmente sopravanzi a quello che gli compete come legittimario, conseguendo siffatto risultato dall'applicazione delle norme di legge, senza che rilevi minimamente che la riduzione, così operata, non sia sufficiente a reintegrare la legittima dell'attore.

Pertanto, secondo **Sez. 2, n. 17926/2020, Tedesco, Rv. 658943-02**, la ricostruzione dell'intero patrimonio del defunto, mediante la riunione fittizia di ciò che è stato donato in vita a quello che è rimasto al momento della morte, e l'imputazione della quota del legittimario di quanto egli ha ricevuto dal defunto, costituiscono i necessari antecedenti dell'azione di riduzione; ne consegue che le richieste volte all'esatta ricostruzione sia del *relictum*, sia del *donatum,* mediante l'inserimento di altri beni, non costituiscono domande, ma deduzioni che attengono ai presupposti dell'azione di riduzione e, come tali, da ritenere implicitamente contenute nella domanda introduttiva.

Sez. 2, n. 17926/2020, Tedesco, Rv. 658943-01, ha chiarito, quindi, che la sussistenza di oneri di deduzione a carico del legittimario che agisce in riduzione non implica la necessità di precisare nella domanda l'entità monetaria della lesione, occorrendo, piuttosto, che la richiesta di riduzione di disposizioni testamentarie o donazioni sia giustificata alla stregua di una rappresentazione patrimoniale tale da rendere verosimile, anche sulla base di elementi presuntivi, la sussistenza della lesione di legittima.

Alla luce di questo approccio, **Sez. 2, n. 18199/2020, Criscuolo, Rv. 659096-02**, ha affermato che, in tema di azione di riduzione, l'omessa allegazione nell'atto introduttivo di beni costituenti il *relictum* e di donazioni poste in essere in vita dal *de cuius*, anche in vista dell'imputazione *ex se*, ove la loro esistenza emerga dagli atti di causa ovvero costituisca oggetto di specifica contestazione delle controparti, non preclude la decisione sulla domanda di riduzione, dovendo il giudice procedere alle operazioni di riunione fittizia prodromiche al riscontro della lesione, avuto riguardo alle indicazioni complessivamente provenienti dalle parti, nei limiti processuali segnati dal regime delle preclusioni per l'attività di allegazione e di prova. Ne consegue che, qualora il silenzio serbato in citazione sull'esistenza di altri beni relitti ovvero di donazioni sia dovuto al convincimento della parte dell'inesistenza di altre componenti patrimoniali da prendere in esame, ai fini del riscontro della lesione della quota di riserva, il giudice non può solo per questo addivenire al rigetto della domanda, che è, invece, consentito se, all'esito dell'istruttoria, e nei limiti segnati dalle preclusioni istruttorie, risulti indimostrata l'esistenza della dedotta lesione.

Infatti, per **Sez. 2, n. 18199/2020, Criscuolo, Rv. 659096-01**, nel caso di esercizio dell'azione di riduzione, il legittimario, ancorché abbia l'onere di precisare entro quali limiti sia stata lesa la sua quota di riserva, indicando gli elementi patrimoniali che contribuiscono a determinare il valore della massa ereditaria nonché, di conseguenza, quello della quota di legittima violata, senza che sia necessaria all'uopo l'indicazione in termini numerici del valore dei beni interessati dalla riunione fittizia e della conseguente lesione, può, a tal fine, allegare e provare, pure ricorrendo a presunzioni semplici, purché gravi precise e concordanti, tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, ed in quale misura, sia avvenuta la lesione della riserva.

Con riferimento al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione per lesione di legittima, ad avviso di **Sez. 6-2, n. 04709/2020, Criscuolo, Rv. 657261-01**, indipendentemente dalla circostanza che essa sia indirizzata verso disposizioni testamentarie o donazioni, i frutti dei beni da restituire vanno riconosciuti al legittimario leso con decorrenza dalla domanda giudiziale e non dall'apertura della successione, presupponendo detta azione - avente carattere personale ed efficacia costitutiva - il suo concreto e favorevole esercizio, affinché le disposizioni lesive perdano efficacia e poiché è solo da tale momento che la presunzione di buona fede cessa di caratterizzare il possesso del beneficiario sui beni ricevuti.

Nell'eventualità che la successione legittima si apra su un *relictum* insufficiente a soddisfare i diritti dei legittimari alla quota di riserva, avendo il *de cuius* fatto in vita donazioni che eccedono la disponibile, **Sez. 2, n. 16535/2020, Tedesco, Rv. 658294-01**, ha rilevato che la riduzione delle donazioni pronunciata su istanza del legittimario ha funzione integrativa del contenuto economico della quota ereditaria di cui il legittimario stesso è già investito *ex lege*, determinando il concorso della

successione legittima con la successione necessaria. Pertanto, la circostanza che il legittimario, nel chiedere l'accertamento della simulazione di atti compiuti dal *de cuius*, abbia fatto riferimento alla quota di successione *ab intestato* non implica che egli abbia inteso far valere i suoi diritti di erede piuttosto che quelli di legittimario, qualora dall'esame complessivo della domanda risulti che l'accertamento sia stato comunque richiesto per il recupero o la reintegrazione della quota di legittima lesa.

In questa ottica, **Sez. 2, n. 16535/2020, Tedesco, Rv. 658294-02**, ha precisato che il principio secondo cui il legittimario che propone l'azione di riduzione ha l'onere di indicare e comprovare tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, e in quale misura, sia avvenuta la lesione della sua quota di riserva, non può essere applicato qualora il *de cuius* abbia integralmente esaurito in vita il suo patrimonio con donazioni. In questo caso, infatti, il legittimario non ha altra via, per reintegrare la quota riservata, se non quella di agire in riduzione contro i donatari, essendo, quindi, la compiuta denuncia della lesione già implicita nella deduzione della manifesta insufficienza del *relictum*.

Sez. 3, n. 01593/2020, Cricenti, Rv. 656640-01, ha chiarito, poi, che, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria, il credito derivante da legittima, stante la sua natura litigiosa, sorge al momento dell'apertura della successione e non quando l'erede necessario lo faccia giudizialmente valere.

Va segnalata, altresì, **Sez. 2, n. 29924/2020, Fortunato, Rv. 659983 - 01**, per la quale, in tema di lesione della legittima, il criterio cronologico di riduzione previsto dall'art. 559 c.c. per le donazioni non può operare ove si sia in presenza non già di donazioni successive, ma di più donazioni coeve, per le quali non sarebbe possibile stabilire quale di esse sia anteriore rispetto alle altre, trovando applicazione il citato art. 559 solo se le varie donazioni sono state stipulate lo stesso giorno con atti distinti e se i vari rogiti risultano predisposti in ore diverse, sempre che l'orario emerga dai medesimi rogiti; in particolare, alcuna certezza riguardo all'anteriorità delle singole donazioni può trarsi dal numero di repertorio assegnato a ciascun atto redatto lo stesso giorno, né in base alla data della loro registrazione. In mancanza di siffatte indicazioni, nessuno dei donatari è in grado di reclamare una priorità del suo titolo (a meno che risulti altrimenti e con certezza che l'uno abbia preceduto l'altro), e non resta che fare ricorso alla riduzione proporzionale stabilita dall'art. 558 c.c. per le disposizioni testamentarie.

Infine, in tema di legato in sostituzione di legittima, **Sez. 6-2, n. 17861/2020, Tedesco, Rv. 658751-01**, ha affermato che, ove detto legato abbia ad oggetto il diritto di usufrutto ed il beneficiario muoia prima di averlo accettato, la facoltà di rinunziarvi, quale potere inerente al rapporto successorio in atto, non esauritosi con il definitivo conseguimento del legato, si trasmette all'erede del legatario, divenuto titolare *iure hereditatis* dell'azione di riduzione; né rileva, in senso contrario, che l'erede

medesimo non possa subentrare nel diritto già acquistato dal proprio dante causa, potendo egli comunque scegliere se renderlo definitivo, assumendo su di sé obblighi ed eventuali diritti nascenti dall'estinzione dell'usufrutto ovvero rinunciarvi, in tal modo assolvendo all'onere cui è subordinata l'azione di riduzione.

6. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite.

Con riguardo al diritto di uso ed abitazione del coniuge, **Sez. 6-2, n. 12042/2020, Tedesco, Rv. 658454-01**, ha confermato l'orientamento di Sez. 2, n. 04088/2012, Giusti, Rv. 622040-01, per il quale il diritto di abitazione, che la legge riserva al coniuge superstite (art. 540, comma 2, c.c.), può avere ad oggetto soltanto l'immobile concretamente utilizzato prima della morte del "*de cuius*" come residenza familiare. Il suddetto diritto, pertanto, non può mai estendersi ad un ulteriore e diverso appartamento, autonomo rispetto alla sede della vita domestica, ancorché ricompreso nello stesso fabbricato, ma non utilizzato per le esigenze abitative della comunità familiare.

7. Il testamento.

Il testamento ha rappresentato pure nel 2020 uno dei principali argomenti trattati nell'ambito delle successioni.

Secondo **Sez. 2, n. 04449/2020, Carrato, Rv. 657113-01**, il *dies a quo* di decorso del termine di prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento del testamento olografo per incapacità del testatore, ex art. 591 c.c., va individuato in quello di compimento di un'attività diretta alla concreta realizzazione della volontà del *de cuius* - come la consegna o l'impossessamento dei beni ereditati o la proposizione delle azioni giudiziarie occorrenti a tale scopo - anche da parte di uno solo dei chiamati all'eredità e senza che sia necessario eseguire tutte le disposizioni del testatore. Ne consegue che, in caso di istituzione di un erede universale, non occorre che questi dimostri, al fine predetto, di avere disposto a titolo esclusivo dei beni costituenti l'intero *universum ius defuncti*. Pertanto, non può escludersi che integri gli estremi di una condotta esecutrice, sia pure parzialmente, delle disposizioni testamentarie, quella con la quale l'erede abbia continuato a percepire, dopo la morte del *de cuius*, il canone di locazione di un immobile commerciale facente parte del compendio ereditario.

Con riferimento alla capacità di fare testamento, per **Sez. 2, n. 06079/2020, Oliva, Rv. 657124-02**, l'amministrazione di sostegno si configura come cd. sostitutiva o mista, laddove presenta caratteristiche affini alla tutela, poiché l'amministrato, pur non essendo tecnicamente incapace di compiere atti giuridici, non è comunque in grado di determinarsi autonomamente in difetto di un intervento, appunto

sostitutivo ovvero di ausilio attivo, dell'amministratore; viene, invece, definita amministrazione puramente di assistenza quando si avvicina alla curatela, in relazione alla quale l'ordinamento non prevede i divieti di ricevere per testamento e donazione. Ne discende che, nel caso dell'amministrazione di mera assistenza, il beneficiato è pienamente capace di disporre del suo patrimonio, anche per testamento e con disposizione in favore dell'amministratore di sostegno, a prescindere dalla circostanza che tra i due soggetti, amministratore e beneficiato, sussistano vincoli di parentela di qualsiasi genere, o di coniugio, ovvero una stabile condizione di convivenza.

In materia di vizi del testamento, **Sez. 6-2, n. 09364/2020, Tedesco, Rv. 657707-02**, ha chiarito che la pronuncia di annullamento del testamento ha efficacia retroattiva e comporta il ripristino della situazione giuridica al momento della apertura della successione, con delazione, quindi, in favore del successibile *ex lege*, come se il testamento non fosse esistito. Prima che sia pronunziato l'annullamento è comunque valido l'atto di disposizione compiuto dall'erede legittimo.

Inoltre, **Sez. 6-2, n. 09364/2020, Tedesco, Rv. 657707-01**, ha confermato l'indirizzo di Sez. 2, n. 12124/2008, Mazziotti Di Celso, Rv. 603424-01, per il quale la completa indicazione della data, composta di giorno, mese ed anno, costituisce un requisito essenziale di forma dell'atto anche nel caso in cui, in concreto, l'omissione sia irrilevante rispetto al regolamento d'interessi risultante dalle disposizioni testamentarie.

Nella stessa ottica, **Sez. 2, n. 16079/2020, Carrato, Rv. 658477-01**, ha affermato che, ai fini della validità di una disposizione testamentaria, non è necessario che il beneficiario sia indicato nominativamente, essendo sufficiente che lo stesso sia determinabile in base ad indicazioni desumibili dal contesto complessivo della scheda testamentaria nonché da elementi ad essa estrinseci, come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore, dovendosi improntare l'operazione ermeneutica alla valorizzazione del criterio interpretativo di conservazione previsto dall'art. 1367 c.c., da ritenersi applicabile anche in materia testamentaria.

In relazione a questo profilo, **Sez. 6-2, n. 10065/2020, Tedesco, Rv. 657760-01**, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, 11195/2012, Mazzacane, Rv. 623129-01, per cui l'art. 590 c.c., nel prevedere la possibilità di conferma od esecuzione di una disposizione testamentaria nulla da parte degli eredi, presuppone, per la sua operatività, l'oggettiva esistenza di una disposizione testamentaria che sia comunque frutto della volontà del *de cuius*, sicché detta norma non trova applicazione in ipotesi di accertata sottoscrizione apocrifa del testamento, la quale esclude in radice la riconducibilità di esso al testatore.

In aggiunta a ciò, **Sez. 2, n. 28602/2020, Tedesco, Rv. 659839-01**, ha precisato che la legittimazione al negozio di conferma o di convalida, anche sotto forma di esecuzione volontaria, della disposizione testamentaria nulla sussiste solo in capo a

chi dall'accertamento giudiziale della invalidità trarrebbe un vantaggio che si sostanzi nel riconoscimento di diritti (o di maggiori diritti) oppure nell'accertamento della inesistenza di determinati obblighi testamentari; essa non ricorre, quindi in capo al legatario con riferimento al testamento che lo gratifica, rispetto al quale egli è portatore di un interesse opposto all'invalidità del testamento stesso, con la conseguenza che questi, solo qualora sia divenuto erede dell'erede onerato, potrà proseguire l'impugnativa del testamento già proposta dal proprio dante causa o iniziarla autonomamente, senza trovare alcuna preclusione nel conseguimento del legato.

Secondo **Sez. 2, n. 11472/2020, Criscuolo, Rv. 658265-01**, che segue Sez. 2, n. 01260/1987, Pierantoni, Rv. 450771-01, l'art. 681 c.c. prevede che la revocazione totale o parziale di un testamento può essere a sua volta revocata, ma sempre con le forme previste dall'art. 680 c.c., ovvero con un nuovo testamento o con un atto ricevuto da notaio. Peraltro, la detta disposizione, che disciplina la sola revocazione espressa della precedente revoca di un testamento, disponendo in tal caso la reviviscenza delle disposizioni revocate, non preclude al testatore la possibilità di revocare tacitamente la precedente revocazione espressa, nei limiti in cui la revoca tacita sia desumibile dalla redazione di un successivo testamento, le disposizioni del quale siano incompatibili con quelle precedenti, ponendosi, al più, un problema di interpretazione in ordine alla volontà complessiva del testatore di fare rivivere o meno le disposizioni già revocate.

Con riferimento alla tematica dei patti successori, **Sez. 2, n. 18198/2020, Criscuolo, Rv. 659095-01**, ha chiarito che l'atto *mortis causa*, rilevante agli effetti di cui all'art. 458 c.c., è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia. In relazione al primo profilo, l'attribuzione deve concernere l'"*id quod superest"* e, in relazione al secondo, deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione.

Inoltre, per **Sez. 2, n. 18197/2020, Tedesco, Rv. 659094-01**, l'esistenza di un patto successorio istitutivo non deve necessariamente risultare dal testamento, quale motivo determinate della disposizione, o da atto scritto, essendo, al contrario, ammissibile qualunque mezzo di prova, trattandosi di dimostrare un accordo che la legge considera illecito.

Sez. 2, n. 05520/2020, Bellini, Rv. 657119-01, si è occupata della figura dell'esecutore testamentario, confermando Sez. 2, n. 04663/1982, Nocella, Rv.

422616-01, per cui l'esecutore testamentario, mentre è titolare *iure proprio* delle azioni, relative all'esercizio del suo ufficio, che trovano il loro fondamento e il loro presupposto sostanziale nel suo incarico di custode e di detentore dei beni ereditari ovvero nella gestione, con o senza amministrazione, della massa ereditaria, è soltanto legittimato processuale, a norma dell'art. 704 c.c., per quanto riguarda le azioni relative all'eredità e, cioè, a diritti ed obblighi che egli non acquista o assume per sé, perché ricadenti direttamente nel patrimonio ereditario, pur agendo in nome proprio. In tale ultima ipotesi, nella quale non è investito della legale rappresentanza degli eredi del *de cuius*, ma agisce in nome proprio, l'esecutore testamentario assume la figura di sostituto processuale, atteso che resiste a tutela di un diritto del quale sono titolari gli eredi, ma la sua chiamata in giudizio è necessaria ad integrare il contraddittorio.

Con riguardo ai legati, **Sez. 6-2, n. 06125/2020, Criscuolo, Rv. 657278-01**, ha affermato che, in tema di distinzione tra erede e legatario, ai sensi dell'art. 588 c.c., l'assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale (*institutio ex re certa*), qualora il testatore abbia inteso chiamare l'istituito nell'universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli, individuati, beni, così che l'indagine diretta ad accertare se ricorra l'una o l'altra ipotesi si risolve in un apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, se congruamente motivato (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva interpretato come disposizione a titolo universale l'attribuzione testamentaria di beni determinati, valorizzando sia il fatto che al beneficiato fosse stata assegnata la generalità dei beni mobili, oltre che la quota di un immobile, sia le peculiari espressioni allo stesso riservate dal testatore, attestanti un trattamento, sul piano del riconoscimento affettivo, differente rispetto a quello destinato agli altri soggetti indicati nel testamento).

In aggiunta a ciò, secondo **Sez. 6-2, n. 15661/2020, Criscuolo, Rv. 658737-01**, la disposizione testamentaria con la quale il testatore abbia lasciato ad un legatario le somme risultanti a credito su un conto corrente bancario al momento della sua morte è un legato di specie; per converso, il legato di somme di denaro, senza indicazione di un conto specifico, va qualificato legato di genere, con conseguente applicazione dell'art. 653 c.c. Infatti, solo nel primo caso è evidente l'intenzione del *de cuius* di attribuire non un generico ammontare numerario, ma, piuttosto, il diritto ad esigere il capitale e gli interessi presenti su un conto in un determinato momento.

Con una pronuncia di carattere processuale, **Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380-02**, ha chiarito che la legittimazione all'azione di accertamento dell'inefficacia di un contratto stipulato dal *de cuius* compete anche al legatario di una cosa determinata sul quale incomba il danno giuridico derivante dall'incertezza circa

l'efficacia del negozio e nel relativo giudizio, instaurato nei confronti del terzo contraente, l'erede, subentrato nel contratto stipulato dal dante causa, è litisconsorte necessario, qualora, in base alla finalità del giudizio stesso, quale emergente dal *petitum* in concreto formulato dall'attore, non sia possibile adottare una pronuncia idonea a produrre gli effetti giuridici voluti senza la sua partecipazione.

Inoltre, **Sez. 6-2, n. 25077/2020, Tedesco, Rv.** 659908-01, ha precisato che l'interesse del successibile *ex lege* ad impugnare il testamento olografo può essere disconosciuto, qualora costui non dia prova dell'inesistenza in vita di altri eredi legittimi di grado poziore in termini di evidente probabilità, ancorché non di oggettiva certezza.

Infine, per **Sez. 2, n. 22191/2020, Tedesco, Rv. 659329-01**, l'irreperibilità del testamento olografo, di cui si provi l'esistenza in un certo tempo, mediante la produzione di una copia informale, è equiparabile alla sua distruzione e, pertanto, ingenera una presunzione di revoca dello stesso, non scalfita dal mancato disconoscimento della conformità all'originale - rilevante solo una volta che sia superata la detta presunzione -, rispetto alla quale grava su chi vi ha interesse l'onere di provare che esso "fu distrutto, lacerato o cancellato da persona diversa dal testatore" oppure che costui "non ebbe intenzione di revocarlo". Tale prova, salvo che la scomparsa sia dovuta a chi agisce per la ricostruzione del testamento medesimo, può essere data con ogni mezzo, dimostrando l'esistenza dell'olografo al momento della morte ovvero che esso, seppur scomparso prima della morte del testatore, sia stato distrutto da un terzo o sia andato perduto fortuitamente o, comunque, senza alcun concorso della volontà del testatore ovvero, ancora, che la distruzione del testamento da parte di costui non era accompagnata dall'intenzione di togliere efficacia alle disposizioni ivi contenute.

8. La divisione ereditaria.

Nel corso dell'anno vi sono state varie pronunce riguardanti i profili processuali della divisione.

Pertanto, **Sez. 6-2, n. 10067/2020, Tedesco, Rv. 658015-02**, ha rilevato che, nei giudizi di scioglimento della comunione, la produzione dei certificati relativi alle trascrizioni e iscrizioni sull'immobile da dividere, imposta dall'art. 567 c.p.c. per la vendita del bene pignorato, non costituisce un adempimento previsto a pena di inammissibilità o improcedibilità della domanda, tenuto conto che, in tali giudizi, l'intervento dei creditori e degli aventi causa dei condividenti è consentito ai soli fini dell'opponibilità delle statuizioni adottate. Ciò vale anche nel caso in cui si debba procedere alla vendita dell'immobile comune, sebbene le informazioni richieste dal predetto articolo si debbano necessariamente acquisire a tutela del terzo acquirente,

ma a questa esigenza sovraintende d'ufficio il giudice della divisione il quale, nello svolgimento del potere di direzione delle operazioni, può ordinare alle parti la produzione della documentazione occorrente o avvalersi del professionista delegato alla vendita.

Inoltre, secondo **Sez. 6-2, n. 10067/2020, Tedesco, Rv. 658015-01**, le statuizioni contenute nella sentenza non definitiva possono essere riformate o annullate solo in sede d'impugnazione, non con la sentenza definitiva successivamente resa.

Sempre in ambito processuale, **Sez. 2, n. 02914/2020, San Giorgio, Rv. 657093-04**, ha chiarito che, in un giudizio di divisione ereditaria, ove gli attori coeredi chiedano la divisione della massa ereditaria da calcolare a seguito di collazione dei beni donati al coerede convenuto e, in subordine, la riduzione della donazione per lesione della quota di legittima, non può essere considerata nuova e, pertanto, inammissibile, la domanda subordinata qualora solo in appello si deduca l'assenza di *relictum* - e, quindi, la loro totale pretermissione - che consentirebbe agli appellanti di proporla senza essere tenuti ad accettare previamente l'eredità con beneficio di inventario.

Sez. 2, n. 01635/2020, Criscuolo, Rv. 656848-01, ha affermato che, nei procedimenti di divisione giudiziale, le spese occorrenti allo scioglimento della comunione vanno poste a carico della massa, in quanto effettuate nel comune interesse dei condividenti, trovando, invece, applicazione il principio della soccombenza e la facoltà di disporre la compensazione soltanto con riferimento alle spese che siano conseguite ad eccessive pretese o inutili resistenze alla divisione.

Con riguardo agli oneri istruttori gravanti sulle parti, **Sez. 2, n. 17122/2020, Besso Marcheis, Rv. 658953-01**, ha precisato che il coerede, convenuto in giudizio per il pagamento di un debito ereditario per l'intero, che eccepisca l'esistenza di altri coeredi, nonché la divisione *pro quota* del debito ereditario, ha l'onere di provarne l'esistenza, la consistenza numerica (agli effetti della eccepita divisione del debito in proporzione della rispettiva quota ereditaria), il titolo alla successione e la stessa qualifica di eredi.

Con una interessante decisione che ha collegato fra loro vari istituti di diritto successorio, **Sez. 2, n. 00139/2020, Scarpa, Rv. 656824-01**, ha rilevato che, per il combinato disposto degli artt. 469 e 726 c.c., la divisione ereditaria, quando vi è rappresentazione, avviene per stirpi, procedendosi alla formazione di tante porzioni, una volta eseguita la stima, quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti, mentre non è prevista l'ulteriore formazione di altrettante subporzioni all'interno di ciascuna stirpe, sempre che non si formi al riguardo un accordo fra tutti i partecipanti. Una volta, poi, che sia stabilito con sentenza quali siano i beni da dividere e, formate le porzioni, quanti siano gli eredi o le stirpi condividenti, le statuizioni relative

all'appartenenza alla massa di detti beni ed alla loro concreta attribuzione diventano irrevocabili ed irretrattabili, ove non impugnate, formandosi su di esse il giudicato.

In questa direzione, ad avviso di **Sez. 2, n. 00139/2020, Scarpa, Rv. 656824-02**, il principio riguardante la natura unitaria del giudizio di divisione va riferito all'intera comunione ereditaria che venga sciolta nei modi e nelle forme di legge, ma non si estende alle ipotesi di divisione di singoli beni ereditari, nelle quali non venga fatta alcuna questione che possa in qualsiasi modo incidere circa la divisione degli altri beni ereditari e, in particolare, circa l'eventuale appartenenza ad alcune parti, o altro titolo diverso da quello ereditario, di taluni beni apparentemente rientranti nell'eredità. In questo caso, ciascuna divisione, anche se collegata con la successiva, ha una propria autonomia processuale mentre, sul piano del diritto sostanziale, ai fini della efficacia preclusiva di eventuali giudicati, assume rilievo il contenuto delle domande espresso nel "*petitum*" effettivamente richiesto nei diversi giudizi.

Sempre con riferimento al giudizio civile, **Sez. 6-2, n. 12675/2020, Grasso, Rv. 658463-01**, ha affermato che, in tema di mandato di assistenza e rappresentanza in giudizio, il decesso dell'assistito non preclude il diritto del difensore di pretendere dalla controparte, quale coerede dell'assistito, le competenze maturate nei confronti del *de cuius*; trattandosi di un debito della massa, infatti, al difensore creditore non è opponibile il rapporto interno tra *de cuius* ed eredi, restando irrilevante nei suoi confronti che l'esecuzione del contratto si sia posta in contrasto con l'interesse degli eredi o di uno degli eredi dell'assistito.

Inoltre, **Sez. 2, n. 05527/2020, Criscuolo, Rv. 657121-01**, ha confermato l'indirizzo di Sez. 2, n. 00857/1999, Paolini, Rv. 522832-01, per il quale, nel giudizio di divisione ereditaria di un bene riscontrato non divisibile, le migliorie apportate da uno dei condividenti vengono a fare parte dello stesso per il principio dell'accessione, con la conseguenza che di esse deve tenersi conto ai fini della stima del bene medesimo, nonché della determinazione delle quote e della liquidazione dei conguagli.

Sez. 6-2, n. 05993/2020, Criscuolo, Rv. 657271-01, ha precisato, poi, che, nel giudizio di scioglimento della comunione ereditaria, la stima per la formazione delle quote di beni in comunione va effettuata al tempo della divisione, avendo riguardo ad ogni elemento incidente sul valore di mercato, sicché, qualora *lite pendente* sia disposta un'espropriazione per pubblica utilità su immobili della massa comune, occorre tenere conto, tra le componenti da dividere, del diritto di credito all'indennità di espropriazione in luogo del bene non più in proprietà dei condividenti.

Per ciò che concerne i poteri del giudice, **Sez. 2, n. 18909/2020, Tedesco, Rv. 659108-03**, ha rilevato che, in tema di scioglimento della comunione, come le parti possono, con il contratto di divisione, manifestare volontà contraria al sorgere della servitù per destinazione del padre di famiglia a favore e, rispettivamente, a carico dei

singoli cespiti componenti il compendio comune e che vengono a ciascuna assegnati, analogo potere è esercitabile dal giudice, nel processo di divisione (anche attraverso la conferma di un progetto di consulente tecnico), purché nei limiti dell'oggetto e, cioè, con riguardo ai beni effettivamente in divisione.

In questa ottica, per **Sez. 2, n. 18909/2020, Tedesco, Rv. 659108-02**, la divisione in natura di un fabbricato originariamente oggetto di comunione ereditaria è compatibile con la parallela costituzione di un condominio per l'uso delle parti comuni dell'edificio, ai fini del miglior godimento delle singole cose di proprietà esclusiva.

Con riguardo all'eventualità che vengano in rilievo più masse ereditarie, **Sez. 2, n. 18910/2020, Oricchio, Rv. 659124-01**, ha chiarito che, in tema di giudizio divisorio avente ad oggetto masse plurime ereditarie provenienti da titoli diversi, la divisione unitaria può avvenire per effetto del consenso comunque manifestato dai condividenti, mentre quello tra essi che la contesti deve risultare portatore di un concreto ed effettivo interesse leso da tale tipo di procedimento unitario divisionale.

Secondo **Sez. 2, n. 15764/2020, Tedesco, Rv. 658287-01**, il principio di autonomia delle comunioni derivanti da diverso titolo è applicabile anche quando esse riguardino i medesimi beni e intercorrano fra le stesse persone, dovendo anche in questo caso i diritti del singolo essere regolati nell'ambito di ciascuna massa, senza possibilità, salvo diverso accordo, di essere soddisfatti con l'attribuzione di beni facenti parte dell'altra massa.

Sez. 6-2, n. 17862/2020, Tedesco, Rv. 659010-01, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, n. 15105/2000, Cioffi, Rv. 542051-01, per il quale nella divisione ereditaria non si richiede necessariamente, in sede di formazione delle porzioni, una assoluta omogeneità delle stesse, ben potendo, nell'ambito di ciascuna categoria di beni immobili, mobili e crediti da dividere, taluni di essi essere assegnati per l'intero ad una quota ed altri, sempre per l'intero, ad altra quota, salvi i necessari conguagli, giacché il diritto dei condividenti ad una porzione in natura di ciascuna delle categorie di beni in comunione non consiste nella realizzazione di un frazionamento quotistico delle singole entità appartenenti alla stessa categoria, ma nella proporzionale divisione dei beni compresi nelle tre categorie degli immobili, mobili e crediti, dovendo evitarsi un eccessivo frazionamento dei cespiti in comunione che comporti pregiudizi al diritto preminente dei coeredi e dei condividenti in genere di ottenere in sede di divisione una porzione di valore proporzionalmente corrispondente a quello della massa ereditaria o, comunque, del complesso da dividere. Pertanto, nell'ipotesi in cui nel patrimonio comune vi siano più immobili da dividere, il giudice del merito deve accertare se l'anzidetto diritto del condividente sia meglio soddisfatto attraverso il frazionamento delle singole entità immobiliari oppure attraverso l'assegnazione di interi immobili ad ogni condividente, salvo conguaglio.

In tema di spese inerenti all'eredità, **Sez. 2, n. 17938/2020, Criscuolo, Rv. 658944-01**, ha affermato che le spese per le onoranze funebri rientrano tra i pesi ereditari che, sorgendo in conseguenza dell'apertura della successione, costituiscono, unitamente ai debiti del defunto, il passivo ereditario gravante sugli eredi, ex art. 752 c.c., sicché colui che ha anticipato tali spese ha diritto di ottenerne il rimborso da parte dei coeredi, purché essi non abbiano manifestato una volontà contraria alla sua attività gestoria. Il mancato dissenso, tuttavia, non giustifica anche il rimborso di spese incongrue ed eccessive, non potendosi ritenere che il coerede abbia l'onere di manifestare una volontà contraria anche sul *quantum*, con la conseguenza che il giudice del merito, nella quantificazione delle spese da rimborsare a chi le ha anticipate, è tenuto a verificare quale sia la somma congrua alla luce delle tariffe praticate da altre agenzie per lo stesso servizio.

Ulteriore provvedimento di rilievo è **Sez. 2, n. 29247/2020, Criscuolo, Rv. 659977 - 01**, per il quale la deduzione per migliorie e spese ex art. 748 c.c. spetta anche al donatario nudo proprietario che provi di avere migliorato il bene donatogli dal *de cuius* con riserva di usufrutto, non essendo giustificabile il conferimento in collazione di un valore accresciuto a spese del conferente.

Sempre **Sez. 2, n. 29247/2020, Criscuolo, Rv. 659977 - 02**, ha aggiunto che la pretesa del donatario di dedurre migliorie e spese a norma dell'art. 748 c.c. non integra domanda riconvenzionale, ma semplice eccezione, non ampliando il contenuto del giudizio divisorio, atteso che il patrimonio del donante non può comprendere quanto realizzato sul bene dal donatario.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 26356/2020, Tedesco, Rv. 659684-01**, nel procedimento di scioglimento della comunione, ove si proceda mediante attribuzione diretta delle quote ai condividenti, non occorre attendere il passaggio in giudicato della sentenza che definisca le contestazioni insorte rispetto al progetto di divisione, giacché, in tal caso, diversamente dall'ipotesi di assegnazione con sorteggio, la formazione delle parti e la loro distribuzione sono distinguibili solo dal punto di vista logico mentre, sul piano operativo, rappresentano due aspetti di una medesima operazione, essendo la porzione formata in funzione del condividente cui va attribuita.

9. La collazione.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 02914/2020, San Giorgio, Rv. 657093-01**, la collazione postula l'accettazione dell'eredità anche nella ipotesi di rappresentazione, non esistendo una diversificazione legislativamente prevista, nell'ambito dell'istituto della collazione, in ragione del fatto che l'obbligato sia il discendente diretto o colui che

succede per rappresentazione, tant'è che la rubrica dell'art. 740 c.c. fa riferimento alle donazioni fatte all'ascendente dell'erede, presupponendo, dunque, tale qualifica.

Inoltre, **Sez. 2, n. 18211/2020, Tedesco, Rv. 659167-01**, ha precisato che, in tema di donazione di immobile con riserva di usufrutto, qualora il donante abbia donato la nuda proprietà, riservandosi l'usufrutto per sé e per il coniuge, vita natural durante e con reciproco diritto di accrescimento (cd. usufrutto congiuntivo), se il coniuge muore prima dell'apertura della successione del donante, il bene donato è soggetto a collazione per imputazione secondo il valore della piena proprietà; ove il coniuge, al contrario, sopravviva al donante, il donatario sarà obbligato a conferire solo il valore della nuda proprietà al tempo dell'apertura della successione.

In ambito processuale, **Sez. 2, n. 18468/2020, Criscuolo, Rv. 659168-01**, ha confermato l'indirizzo espresso da Sez. 2, n. 22885/2010, Goldoni, Rv. 615538-01, per cui l'azione di divisione ereditaria e quella di riduzione sono fra loro autonome e diverse, perché la prima presuppone la qualità di erede e l'esistenza di una comunione ereditaria che si vuole sciogliere, mentre la seconda implica la qualità di legittimario leso nella quota di riserva ed è diretta alla reintegra in essa, indipendentemente dalla divisione; ne consegue che la domanda di divisione e collazione non può ritenersi implicitamente inclusa in quella di riduzione sicché, una volta proposta la domanda di riduzione, quelle di divisione e collazione, avanzate nel corso del giudizio di primo grado con le memorie ex art. 183 c.p.c., sono da ritenersi nuove e, come tali, inammissibili, ove la controparte abbia sul punto rifiutato il contraddittorio.

Nella stessa ottica, va menzionata **Sez. 2, n. 28196/2020, Tedesco, Rv. 659836-01**, per la quale, mentre la riduzione sacrifica i donatari nei limiti di quanto occorra per reintegrare la legittima lesa ed è, quindi, imperniata sul rapporto fra legittima e disponibile, la collazione, nei rapporti indicati nell'art. 737 c.c., pone il bene donato, in proporzione della quota ereditaria di ciascuno, in comunione fra i coeredi che siano il coniuge o discendenti del *de cuius*, donatario compreso, senza alcun riguardo alla distinzione fra legittima e disponibile. Nondimeno, il rilievo che la collazione può comportare, di fatto, l'eliminazione di eventuali lesioni di legittima, consentendo agli eredi legittimi di conseguire nella divisione proporzioni uguali, non esclude che il legittimario possa contestualmente esercitare l'azione di riduzione verso il coerede donatario, atteso che solo l'accoglimento di tale domanda assicura al legittimario leso la reintegrazione della sua quota di riserva con l'assegnazione di beni in natura, privando i coeredi della facoltà di optare per l'imputazione del relativo valore. Al contempo, e in modo speculare, deve riconoscersi che l'azione di riduzione, una volta esperita, non esclude l'operatività della collazione con riguardo alla donazione oggetto di riduzione, fermo restando che, mentre la collazione, ove richiesta in via esclusiva, comporta il rientro del bene donato nella massa, senza riguardo alla distinzione fra legittima e disponibile, nel caso di concorso con l'azione di riduzione

essa interviene in un secondo tempo, dopo che la legittima sia stata reintegrata, al fine di redistribuire l'eventuale eccedenza, e cioè l'ulteriore valore della liberalità che esprime la disponibile.

10. Le donazioni.

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 03858/2020, Scarpa, Rv. 657108-01**, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, n. 11304/1994, Catalano, Rv. 489470-01, secondo cui, ai fini del riconoscimento del modico valore di una donazione, l'art. 783 c.c. non detta criteri rigidi ai quali ancorare la relativa valutazione, dovendosi essa apprezzare alla stregua di due elementi di valutazione la ricorrenza dei quali, involgendo un giudizio di fatto ed imponendo il contemperamento di dati analitici, è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, se non ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.: quello obiettivo, correlato al valore del bene che ne è oggetto, e quello soggettivo, per il quale si tiene conto delle condizioni economiche del donante. Ne consegue che l'atto di liberalità, per essere considerato di modico valore, non deve mai incidere in modo apprezzabile sul patrimonio del donante.

Inoltre, **Sez. 2, n. 09379/2020, De Marzo, Rv. 657703-01**, ha affermato che la donazione indiretta si identifica con ogni negozio che, pur non avendo la forma della donazione, sia mosso da un fine di liberalità e abbia l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario, sicché l'intenzione di donare emerge solo in via indiretta dal rigoroso esame di tutte le circostanze del singolo caso, nei limiti in cui siano tempestivamente e ritualmente dedotte e provate in giudizio (nella specie, la S.C. ha escluso che la donazione indiretta fosse dimostrata dalla dazione di denaro effettuata all'unico scopo di acquisto di un immobile da parte del destinatario, non potendo trarsi conferma dell'*animus donandi* dalla sola dichiarazione, resa dall'*accipiens*, che il corrispettivo della compravendita era stato pagato dai genitori dell'ex coniuge).

Secondo **Sez. 2, n. 28993/2020, Gorjan, Rv. 659729-01**, in tema di donazione modale, la risoluzione per inadempimento dell'onere non può avvenire *ipso iure*, senza valutazione di gravità dell'inadempimento, in forza di clausola risolutiva espressa, istituto che, essendo proprio dei contratti sinallagmatici, non può estendersi al negozio a titolo gratuito, cui pure acceda un *modus*.

Infine, con una pronuncia che emerge per la sua complessità e particolarità, **Sez. 2, n. 04589/2020, Cricenti, Rv. 657133-01**, ha precisato che l'accordo con il quale una parte si obbliga a tenere indenne l'altra da ogni pretesa fiscale (nel caso in esame, relativa ad un immobile assegnato in forza di un accordo divisorio) ha natura di accollo interno, rilevante esclusivamente tra i privati stipulanti e non verso l'Amministrazione finanziaria, non avendo effetto sull'individuazione del soggetto

passivo, sul rapporto fra contribuente e P.A. o sul potere impositivo di quest'ultima. Esso è, pertanto, valido e la controversia che lo riguarda è devoluta alla giurisdizione ordinaria. Tale accordo, diversamente dall'intesa che trasferisca l'onere dell'imposta, regolandone i presupposti in modo difforme dalla legge, non è nullo, in quanto non viola il divieto, prescritto dall'art. 27 del d.P.R. del 26 ottobre 1972, n. 643, di patti dispositivi del tributo, atteso che si limita a ripartirne le conseguenze economiche, senza incidere sull'obbligazione originaria o porre in essere una successione nel lato passivo della medesima (come si evince dall'art. 8 della l. 27 luglio 2000, n. 212 che prevede come l'obbligazione tributaria possa estinguersi mediante accollo non liberatorio). Inoltre, il negozio in esame è legittimo perché comunque dotato di una causa, ancorché variabile, e, non essendo riconducibile allo schema della donazione diretta (ma, eventualmente, di quella indiretta, ove non vi sia uno scambio con un corrispettivo), non deve neppure rispettare i requisiti di forma per essa stabiliti.

PARTE TERZA

OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E RESPONSABILITA'

(coordinata da Dario Cavallari e Giovanni Fanticini)

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Buona fede e correttezza nel "contatto sociale qualificato". - 3. "Contatto sociale", responsabilità professionale e danni cagionati al terzo. - 4. Il "contatto sociale" della CONSAP ed in tema di amministrazione straordinaria. - 5. Omessa o tardiva trasposizione di direttive europee, obbligazione *ex lege*, criterio liquidatorio, *compensatio lucri cum damno* e deducibilità del *factum superveniens in sede di legittimità*. - 6. Riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile *ex lege*. - 7. Adempimento secondo diligenza, rapporti con correttezza e buona fede (anche con "funzione integrativa") e causa concreta. - 8. La buona fede nella fase attuativa del rapporto: conformazione della riduzione equitativa della penale e rapporti con l'abuso del diritto (anche ai fini del recesso). - 9. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale. - 10. La remissione. - 11. Compensazione giudiziale e ragione creditoria prescritta. - 12. Compensazione c.d. atecnica o impropria. - 13. La compensazione fallimentare. - 14. Compensazione ed esecuzione forzata. - 15. Novazione e rapporti con il passivo fallimentare e la notifica della cartella di pagamento. - 16. Locazione e novazione. - 17. Novazione e contratto d'agenzia. - 18. Transazione novativa.

1. Premessa.

Nel corso del 2020 la S.C. ha posto alla base di rilevanti decisioni in merito alle obbligazioni il principio di correttezza e buona fede, quale espressione del generale principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Quanto innanzi è emerso con particolare riferimento non solo ai limiti dell'esercizio abusivo del diritto, alla stregua appunto del parametro della correttezza e della buona fede, ma anche in merito al "contatto sociale qualificato" ed alla relativa responsabilità oltre che in ordine all'adempimento secondo diligenza.

Il principio in considerazione, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, ha costituito altresì limite alla parcellizzazione della domanda giudiziale.

Sono stati altresì ulteriormente vagliati i rapporti tra la compensazione, l'indebito oggettivo e l'eccezione di compensazione nonché definiti i confini della novazione ed il modo d'atteggiarsi dell'obbligazione *ex lege* dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di direttive europee.

2. Buona fede e correttezza nel "contatto sociale qualificato".

Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede. La responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge difatti da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex* art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.

Statuendo nei termini di cui innanzi **Sez. U, 08236/2020, Cosentino, Rv. 657613-01,** ancorché ai fini della risoluzione di una questione di giurisdizione, conferma il contatto sociale qualificato quale fonte dell'obbligazione.

La S.C., difatti, ritiene necessario mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla P.A. per effetto della lesione dell'affidamento del privato, riconducendola al paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato. Il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta infatti una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività. Tale dovere si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva. Le Sezioni Unite riconoscono quindi l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro. Ne consegue che, mutuando Cons. St. n. 57/2018, «da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di

correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*».

Nella fattispecie di cui innanzi vi è quindi un *quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere*; non si tratta della generica "responsabilità del passante", ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione ed il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima.

Sulla scorta dei rilievi di cui innanzi le dette Sezioni Unite ritengono di dover valorizzare - generalizzandone gli esiti oltre il mero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione - l'orientamento che connota la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo *status* della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni «in conformità dell'ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del c.c.

In linea con la ricostruzione di cui innanzi, **Sez. 2, n. 29711/2020, Abete, Rv. 660023 - 01,** ribadisce il principio per il quale la c.d. responsabilità "da contatto sociale", soggetta alle regole della responsabilità contrattuale pur in assenza d'un vincolo negoziale tra danneggiante e danneggiato, è configurabile non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico conferitogli da altri, nuoccia a terzi, come conseguenza riflessa dell'attività così espletata, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta, imposta dalla legge allo specifico fine di tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, tanto più ove il fondamento normativo della responsabilità si individui nel riferimento dell'art. 1173 c.c. agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico (conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 11642/2012, Scaldaferri, Rv. 623269-01).

Del detto orientamento, peraltro, come evidenziato dalla stessa citata **Sez. U, 08236/2020, Cosentino, Rv. 657613-01,** si rinviene traccia nella precedente giurisprudenza di legittimità ed in particolare in Sez. 1, n. 00157/2003, Benini, Rv. 559551-01, i cui principi sono stati ripresi e sviluppati (oltre che da Sez. U, n. 17586/2015, Frasca, Rv. 636105-01) anche da Sez. 1, n. 14188/2016, Valitutti, Rv. 640485-01, successivamente da Sez. 1, n. 25644/2017, Valitutti, 646005-01, con

riferimento ad ipotesi di contratto di appalto pubblico divenuto inefficace per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte dell'organo di controllo.

Il contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex* art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c., opera dunque, anche nei rapporti con la P.A. e nella materia contrattuale

Esso, ha proseguito, Sez. 3, n. 24071/2017, Olivieri, Rv. 645832-01, prescrive un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l'adempimento dell'obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di interessi ulteriori della parte contraente, estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato

In materia di contratti pubblici, in particolare, l'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e *tamquam non esset* per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. a dover corrispondere il risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario.

Tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto ed origina dalla violazione dei doveri di buona fede e correttezza.

In questi termini si era già espressa Sez. 1, n. 24438/2011, Forte F., Rv. 620472-01, per la quale, nella fattispecie di cui innanzi, l'Amministrazione, avendo indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima, ha provocato la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo ma assimilabile a un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione stessa.

Muovendo dalla ricostruzione di cui innanzi della fonte della responsabilità da contatto sociale, fondante nel dovere di correttezza e buona fede, Sez. 1, n. 19775/2018, Cirese., Rv. 649953-01, ha confermato che il risarcimento del danno dovuto all'appaltatore necessita di essere parametrato non già alla conclusione del contratto bensì al c.d. interesse contrattuale negativo che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante. Quest'ultimo, però, deve essere riferito ad altre occasioni di contratto che la parte allega di avere perso e non deve intendersi alla stregua di mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito.

Per converso, sempre muovendo dalla ricostruzione di cui innanzi, Sez. 1, n. 15707/2018, Di Marzio, Rv. 649278-01, in tema di sollecitazione al pubblico risparmio, ha ritenuto di natura aquiliana la responsabilità per violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta di prodotti

finanziari. Tali regole, difatti, sono volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti ed a consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, non essendo ancora configurabile, al momento dell'emissione del prospetto, un contatto sociale con i futuri eventuali investitori.

3. "Contatto sociale", responsabilità professionale e danni cagionati al terzo.

Il notaio che, nell'autenticazione di una procura speciale a vendere preparatoria del successivo contratto traslativo, violi il dovere di diligenza qualificata impostogli ai fini dell'identificazione del soggetto che rilascia detta procura, può essere chiamato a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale, in applicazione dei principi in tema di cd. contatto sociale qualificato, anche dei danni cagionati al terzo interessato all'acquisto in conseguenza di tale negligente identificazione. Il contratto d'opera professionale finalizzato al rilascio della procura speciale, benché formalmente concluso fra il notaio e il futuro venditore ed avente ad oggetto un negozio unilaterale, è difatti fonte di obblighi di protezione pure nei confronti dell'aspirante compratore, il quale va qualificato come "terzo protetto dal contratto"

Sez. 3, n. 07746/2020, Guizzi, Rv. 657617-01, conclude nei termini di cui innanzi all'esito dell'applicazione dei principi della responsabilità da cd. "contatto sociale qualificato", nonché dell'efficacia protettiva, verso il terzo, del contratto corrente *inter alios*.

Nella specie ricorrono difatti i presupposti già delineati dalla giurisprudenza di legittimità per l'"applicazione del disposto dell'art. 1218 c.c. oltre i confini propri del contratto", giacché essa "si giustifica considerando che quando l'ordinamento impone a determinati soggetti, in ragione della attività (o funzione) esercitata e della specifica professionalità richiesta a tal fine dall'ordinamento stesso" (e tale è il caso, appunto, dell'attività notarile), "di tenere in determinate situazioni specifici comportamenti, sorgono a carico di quei soggetti, in quelle situazioni previste dalla legge, obblighi (essenzialmente di protezione) nei confronti di tutti coloro che siano titolari degli interessi la cui tutela costituisce la ragione della prescrizione di quelle specifiche condotte" (Sez. 1, n. 11648/2012, Scaldaferri, Rv. 623269-01). In particolare, la S.C. "ha ravvisato la sussistenza della responsabilità in esame in una varietà di casi accomunati dalla violazione di obblighi di comportamento, preesistenti alla condotta lesiva, posti dall'ordinamento a carico di determinati soggetti", come tipicamente accade "nell'ambito dell'esercizio di attività professionali cd. protette", vale a dire "riservate dalla legge a determinati soggetti, previa verifica della loro specifica idoneità, e sottoposte a controllo nel loro svolgimento" (Sez. 1, 11648/2012, cit.). Tale è, tipicamente, anche quella notarile, tanto che il suo esercizio è stato ritenuto fonte di obblighi di protezione anche nei confronti di soggetti che,

pur non conferendo al notaio alcun incarico, risentano un danno conseguente ad attività dallo stesso svolte che siano preparatorie della stipulazione di futuri contratti, successivamente conclusi senza neppure ricorrere all'ausilio di quello stesso professionista (Sez. 2, n. 09320/2016, Scarpa, Rv. 639919-01, concernente le cd. "relazioni notarili", prodromiche alla conclusione di contratti di mutuo bancario).

La citata **Sez. 3, n. 07746/2020, Guizzi, Rv. 657617-01**, dopo aver fatto riferimento anche alla figura dal "terzo protetto dal contratto" (già enunciata, in passato, dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento al contratto di opera professionale, cfr. Sez. 3, n. 14488/2004, Segreto, Rv. 575702-01; Sez. 3, n. 11503/1993, Nicastro, Rv. 484431-01), fa applicazione nella specie del principio per cui in materia di responsabilità contrattuale anche "quando sia dedotto l'inesatto adempimento dell'obbligazione al creditore istante spetta la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore la prova dell'esatto adempimento, quale fatto estintivo della propria obbligazione" (in merito, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 00082/2015, Stalla, Rv. 634361-01).

4. Il "contatto sociale" della CONSAP ed in tema di amministrazione straordinaria.

In tema di amministrazione straordinaria, l'azione di responsabilità promossa nei confronti del commissario straordinario per inosservanza dei doveri di perizia connessi all'espletamento dell'incarico professionale è soggetta al termine di prescrizione decennale stabilito dall'art. 2946 c.c., venendo in rilievo una forma di responsabilità contrattuale derivante dalla violazione di obblighi legali in una situazione di contatto qualificato.

Statuisce nei termini di cui innanzi **Sez. 1, n. 10093/2020, Vella, Rv. 657710-01**, per la quale, quindi, non vi è motivo di discostarsi dal consolidato orientamento di legittimità per cui l'azione di responsabilità contro il curatore revocato, prevista dall'art. 38 legge fall. - norma richiamata, per il commissario straordinario, dagli artt. 199, l.fall. e 36 del d.lgs. 270 del 199999 - ha natura contrattuale, in considerazione della natura del rapporto (equiparabile *lato sensu* al mandato) e del suo ricollegarsi alla violazione degli obblighi posti dalla legge a carico dell'organo concorsuale, sicché essa è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, a decorrere dal giorno della sostituzione del curatore revocato (in termini si vedano: Sez. 2, n. 25687/2018, Scarpa, Rv. 650833-02; Sez. 3, n. 16589/2019, Cigna, non massimata, e, in precedenza Sez. 3, n. 08716/1996, Finocchiaro, Rv. 499941-01; Sez. 1, n. 01507/2000, Losavio, Rv. 533713-01, proprio in tema di amministrazione straordinaria, Sez. 1, n. 05044/2001, Plenteda, Rv. 545586-01).

Parimenti, l'azione volta ad ottenere la restituzione delle somme erroneamente confluite nel fondo "rapporti dormienti", istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 1, comma 343, della l. n. 266 del 2005, è correttamente proposta nei confronti della CONSAP s.p.a., cui è affidata la gestione delle relative domande, perché tale società, quale mandataria senza rappresentanza del ministero, ha contatti diretti con i richiedenti, fonte di responsabilità da contatto sociale della società nei confronti di questi ultimi.

Sez. 1, n. 06475/2020, Scalia, Rv. 657084-01, conclude nei termini di cui innanzi evidenziando che la responsabilità da contatto sociale è una peculiare forma di responsabilità contrattuale che insorge da un rapporto che si instaura tra due soggetti o per un obbligo legale oppure quale conseguenza di un altro rapporto contrattuale instauratosi tra soggetti diversi rispetto a quelli del "contatto sociale".

5. Omessa o tardiva trasposizione di direttive europee, obbligazione *ex lege*, criterio liquidatorio, *compensatio lucri cum damno* e deducibilità del *factum superveniens in sede di legittimità*.

In tema di illecito eurounitario dello Stato, alle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia spetta il risarcimento del danno per tardiva trasposizione dell'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva 2004/80/CE, che impone agli Stati membri, con riguardo ai cittadini UE e con riferimento ai fatti verificatisi nei rispettivi territori, di riconoscere alle stesse vittime un indennizzo "equo ed adeguato". Esso, pertanto, è ricondotto allo schema della responsabilità "contrattuale" per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria, in quanto nascente non da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. bensì da un illecito *ex contractu*, cioè dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente. Il criterio parametrico basilare per la sua valutazione e liquidazione, al di là dell'eventuale sussistenza di un maggior pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale, è costituito dall'ammontare dell'indennizzo che la vittima avrebbe avuto *ab origine* come bene della vita garantito dall'obbligo di conformazione del diritto nazionale a quello unionale.

Per converso, prosegue sempre **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-02,** il diritto all'indennizzo *ex* art. 12, paragrafo 2, citato, che è prestazione indennitaria stabilità dalla legge come effetto dell'attuazione di obblighi derivanti dalla partecipazione dello stato all'UE, prescinde dalla ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito, il quale, nel sistema della responsabilità civile, di fonte sia contrattuale che aquiliana, si pone invece come indefettibile presupposto per la liquidazione del danno.

Dall'ammontare riconosciuto alle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia a titolo di risarcimento del danno per la tardiva trasposizione dell'art. 12 della

citata direttiva dev'essere però detratta la somma loro corrisposta, in quanto vittime di detti reati, quale indennizzo *ex* l. n. 122 del 2016 (e successive modifiche).

Trova difatti applicazione, chiarisce la stessa **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-03,** l'istituto della *compensatio lucri cum damno* in ragione della *regola settoriale che ne ripropone direttamente gli effetti (comma* 1*, lett. e, e-bis, dell'art.* 12 *della citata l. n.* 122*) e della circostanza per la quale sia l'obbligo risarcitorio che quello indennitario, gravanti in capo al medesimo soggetto, trovano la loro comune "conseguenza immediata e diretta" nel fatto generatore del reato, fulcro intorno al quale si muove proprio la disciplina della Direttiva che ha dato origine all'obbligo dello Stato di darne attuazione, ed assolvono alla comune funzione omnicomprensiva, compensativa/risarcitoria, di garantire comunque alla vittima un ristoro per le conseguenze pregiudizievoli, morali e materiali, patite a seguito del crimine, non altrimenti risarcite dal reo.*

La citata **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-04,** conferma poi che quella di *compensatio lucri cum damno* è un'eccezione in senso lato, vale a dire non l'adduzione di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato ma una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice, il quale, per determinarne l'esatta misura del danno risarcibile, può fare riferimento, per il principio dell'acquisizione della prova, a tutte le risultanze del giudizio (in senso conforme, *ex plurimis*, **Sez. 3, n. 24177/2020, Moscarini, Rv. 659529-01**, e Sez. 6-3, n. 20111/2014, De Stefano, Rv. 632976-01).

La S.C. nella fattispecie innanzi evidenziata , caratterizzata da azione di risarcimento danni per illecito eurounitario dello Stato a causa di mancata o tardiva trasposizione dell'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva 2004/80/CE, ritiene infine deducibile la sopravvenuta erogazione del beneficio di cui alla l. n. 122 del 2016, in forza del presupposto provvedimento amministrativo di riconoscimento, operando essa quale ridimensionamento del quantum debeatur in applicazione dell'istituto della compensatio lucri cum damno (**Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-05**).

La Corte argomenta quanto da ultimo evidenziato ritenendo, alla luce del *principio della durata ragionevole del processo (art.* 111 *Cost.), garante del canone dell'economia processuale, deducibile nel giudizio di legittimità il factum superveniens in quanto equiparabile allo ius superveniens, se idoneo ad incidere sull'oggetto della causa sottoposta all'esame del giudice di merito, allorché il contenuto della situazione giuridica controversa abbia avuto una definitiva modificazione a seguito di provvedimento della P.A. e non si ponga questione alcuna di accertamento del fatto medesimo, con il conseguente superamento dei imiti di prova della documentazione del fatto sopravvenuto rispetto a quanto previsto dall'art.* 372 *c.p.c.* (*si vedano, ancorché in tema di sopravvenienza del provvedimento ablatorio in pendenza del giudizio avente ad oggetto il risarcimento danni da illegittima occupazione di un bene da parte della P.A., Sez.,* 1*, n.* 02341/1982*, Gualtieri, Rv.* 420224-01*, e la successiva sostanzialmente conforme Sez.* 1*, n.* 02546/1983*, Bologna, Rv.* 427411-01*).*

In tema di fonti dell'obbligazione e di natura della relativa responsabilità per l'inadempimento, la S.C. conferma quindi l'orientamento, già ribadito nel 2019, per il quale il diritto al risarcimento dei danni per omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, va ricondotto allo schema della responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria (sul punto si veda altresì **Sez. 6-3, n. 13283/2020, Tatangelo, Rv. 13283-01**, con particolare riferimento alle direttive in materia di retribuzione della formazione dei medici specializzandi ed ai rapporti con l'azione di indebito arricchimento).

Tale responsabilità, ha difatti già statuito Sez. 3, n. 30502/2019, Cricenti, Rv. 655837-01, nella specie, con riferimento alle le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi, dovendosi considerare il comportamento omissivo dello Stato come antigiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno e dovendosi ricondurre ogni obbligazione nell'ambito della ripartizione di cui all'art. 1173 c.c., va inquadrata nella figura della responsabilità "contrattuale", in quanto nascente non dal fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente. Sicché, il diritto al risarcimento del relativo danno è soggetto all'ordinario termine decennale di prescrizione (in tal senso, tra le alte, anche la conforme precedente Sez. 3, n. 10813/2011, Frasca, Rv. 617336-01). Sempre in fattispecie in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi, ne consegue, peraltro, come ribadito da Sez. 3, n. 20099/2019, Dell'Utri, Rv. 655029-01, essendo lo Stato italiano l'unico responsabile di detto inadempimento e, dunque, l'esclusivo legittimato passivo in senso sostanziale, la non configurabilità di una responsabilità, neppure solidale, delle Università presso le quali la specializzazione venne acquisita. Con l'ulteriore conseguenza che l'atto interruttivo della prescrizione proveniente dal medico specializzato ed indirizzato soltanto all'Università non è idoneo a interrompere la prescrizione nei confronti della Presidenza del Consiglio, posto che viene rivolto erroneamente ad un debitore estraneo al rapporto controverso (in senso sostanzialmente conforme la precedente Sez. 3, n. 23558/2011, Barreca, Rv. 620311-01, la quale ne ha tratto l'ulteriore conseguenza per la quale l'eccezione di prescrizione sollevata dall'Università evocata in giudizio non può giovare all'Amministrazione statale anch'essa convenuta).

6. Riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile *ex lege*.

In tema di responsabilità dei liquidatori e degli amministratori di società in liquidazione per imposte sul reddito delle persone giuridiche, a seguito di liquidazione del patrimonio in epoca anteriore alla formale messa in liquidazione della società, il credito dell'Amministrazione finanziaria ha natura civilistica e trova titolo autonomo, riconducibile agli artt. 1176 e 1218 c.c., rispetto all'obbligazione fiscale vera e propria, costituente mero presupposto della responsabilità stessa, ancorché da accertarsi con atto motivato - e ricorribile - da notificare ai sensi dell'art. 60 d.P.R. n. 600 del 1973. Ne consegue che l'Ufficio, per poter pretendere il pagamento in via sussidiaria nei confronti del liquidatore, deve provare di aver iscritto i relativi crediti quantomeno in ruoli provvisori.

Statuendo nei detti termini **Sez. 5, n. 15377/2020, Dell'Orfano, Rv. 658555-01,** si pone nel solco interpretativo seguito da Sez. 6-5, n. 17020/2019, Gori, Rv. 654398-01, per la quale la responsabilità dei liquidatori e degli amministratori per le imposte non pagate con le attività della liquidazione, prevista dall'art. 36 del d.P.R. n. 602 del 1973, trova la sua fonte in un'obbligazione civile propria *ex lege* in relazione agli artt. 1176 e 1218 c.c. Sicché, non avendo natura strettamente tributaria, a carico dei predetti non vi è alcuna successione o coobbligazione nei debiti tributari per effetto della cancellazione della società dal registro delle imprese.

In merito Sez. 5, n. 11968/2012, Cirillo, Rv. 623331-01, aveva già precisato che il processo tributario iniziato in relazione alle imposte sui redditi nei confronti di una società non può proseguire, una volta che questa si sia estinta per cancellazione dal registro delle imprese, ad opera o nei confronti dell'ex-liquidatore o degli ex-amministratori, poiché essi non sono successori, e neppure coobbligati della stessa. Ciò in quanto l'azione di responsabilità prevista dall'art. 36 del d.P.R. n. 602 del 1973, è esercitabile, nei confronti del primo di tali soggetti, solo se i ruoli in cui siano iscritti i tributi della società possano essere posti in riscossione e se sia acquisita legale certezza che i medesimi non siano stati soddisfatti con le attività della liquidazione, e, nei confronti degli ex-amministratori, alle condizioni della sussistenza di attività nel patrimonio della società e della distrazione di esse a fini diversi dal pagamento delle imposte dovute, e, quindi, in entrambi i casi, sulla base di un titolo autonomo dall'obbligazione fiscale, di natura civilistica, *ex* artt. 1176 e 1218 c.c., ancorché accertabile nelle forme del procedimento e del processo tributario (con conseguente inammissibilità, nella specie, del ricorso per cassazione proposto dall'ex-liquidatore di una società a responsabilità limitata già cancellata dal registro delle imprese).

7. Adempimento secondo diligenza, rapporti con correttezza e buona fede (anche con "funzione integrativa") e causa concreta.

Nel 2020 la S.C. ha ribadito che la buona fede oggettiva o correttezza, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio.

Sez. 3, n. 08494/2020, Scarano, Rv. 657807-01, in particolare, prosegue evidenziando che l'avvocato è tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata, di cui al combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c., e della buona fede oggettiva o correttezza, da intendersi nei termini di cui innanzi. Sicché, l'impegno imposto dall'obbligo di buona fede, dovendo essere correlato alle condizioni del caso concreto, alla natura del rapporto e alla qualità dei soggetti coinvolti, è da valutarsi alla stregua della causa concreta dell'incarico conferito al professionista che, a tale stregua, è pertanto tenuto a fornire le necessarie informazioni al cliente, anche per consentirgli di valutare i rischi insiti nell'iniziativa giudiziale. Ne consegue che l'omessa comunicazione al cliente dell'interruzione del processo e della possibilità di riassunzione, fino a far decorrere il relativo termine massimo con conseguente estinzione del giudizio, costituisce fonte di responsabilità professionale del difensore. Nella specie, l'ordinanza in oggetto, ha considerato esente da critiche la sentenza che, ritenuta l'omessa comunicazione fonte di responsabilità, aveva rigettato la domanda risarcitoria per l'assenza di prova del danno conseguenza dell'omissione (in merito si vedano, sempre in tema di responsabilità professionale dell'avvocato: Sez. 3, n. 19520/2019, Valle, Rv. 654569-01; Sez. 6-3, n. 04790/2014, De Stefano, Rv. 630405-01; Sez. 3, n. 18360/2010, Lanzillo, Rv. 614291-01).

Sempre in tema di buona fede oggettiva, in funzione integrativa del contenuto del contratto, **Sez. 3, n. 03494/2020, Valle, Rv. 656900-01**, ribadisce che essa impone alle parti di porre in essere comportamenti comunque rientranti, secondo la legge, gli usi e l'equità, nello spettro complessivo della prestazione pattuita. Ne consegue la responsabilità professionale del notaio che, ancorché abbia autenticato le firme della dichiarazione di vendita di una vettura, non comunichi al venditore, che li abbia richiesti, i dati anagrafici dell'acquirente, pur avendo il potere di rilasciare copia ed estratti dei documenti a lui esibiti e non necessariamente depositati e nonostante venga in rilievo un atto soggetto a pubblicità mobiliare (ai sensi dell'art. 2683, n. 3, c.c.), la conservazione della cui copia, per quanto informale, rispondeva a prassi già in uso, costantemente osservata e successivamente trasfusa in atto normativo, la l. n. 246 del 2005 (sempre in termini di buona fede oggettiva in

funzione integrativa del contenuto del contratto, si vedano anche Sez. 3, n. 20106/2009, Urban, Rv. 610222-01, e Sez. 1, n. 17642/2012, Di Virgilio, Rv. 624747-01, in tema di fideiussione).

8. La buona fede nella fase attuativa del rapporto: conformazione della riduzione equitativa della penale e rapporti con l'abuso del diritto (anche ai fini del recesso).

Ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola - come sembra indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento - ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa. Deve difatti intendersi che la lettera dell'art. 1384 c.c., impiegando il verbo "avere" all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto (**Sez. 3, n. 11908/2020, Rubino, Rv. 658162-01**, conforme a Sez. 1, n. 21994/2012, Di Amato, Rv. 624244-01).

Sempre con riferimento alla fase attuativa del rapporto, **Sez. 2, n. 10324/2020, Giannaccari, Rv. 658010-01**, chiarisce che qualora un contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto, atteso che la mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito. Tale sindacato, da parte del giudice di merito, deve pertanto essere esercitato in chiave di contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici. In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sentenza gravata che, anche alla luce del concreto atteggiarsi del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto, aveva ritenuto affetta da nullità la clausola contrattuale che rimetteva l'esercizio del diritto di recesso all'unilaterale, successiva e non previamente conoscibile volontà del predisponente.

Con particolare riferimento al *factoring,* per **Sez. 3, n. 03319/2020, Guizzi, Rv. 656894-01,** il debitore ceduto che, reso edotto della cessione, non abbia avvertito il *factor* dell'inesistenza di crediti per i quali il cedente abbia ricevuto anticipazioni, non è tenuto al risarcimento dei danni subiti dal cessionario poiché, a fronte della mera comunicazione dell'avvenuta cessione, il suo comportamento inerte non viola il principio di correttezza e buona fede, non sussistendo a suo carico - neanche nel caso in cui abbia accettato la cessione - un obbligo di informazione che ne aggravi la posizione. Il medesimo cessionario, invece, può pretendere di essere risarcito dal detto debitore ove questi, dopo avere garantito allo stesso *factor* l'esistenza e la validità di tali crediti, ne abbia leso l'affidamento, omettendo di avvisarlo *sua sponte* di circostanze sopravvenute ostative alla loro realizzazione.

La statuizione di cui innanzi si pone sostanzialmente nell'ottica fatta propria da Sez. 3, n. 03184/2016, Esposito, Rv. 638945-01, per la quale l'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito, trattandosi di una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale, sicché, il ceduto non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario, se non contesta il credito, pur se edotto della cessione, né il suo silenzio può costituire conferma di esso, perché, per assumere tale significato, occorre un'intesa tra le parti negoziali cui il ceduto è estraneo.

Circa il contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto.

Nell'applicazione applicazione della citata norma, prosegue **Sez. 1, n. 01184/2020, Nazzicone, Rv. 656876-01**, è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (a titolo esemplificativo, perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, ancora una volta a titolo esemplificativo, modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui (in tema di abuso del diritto contrattuale e buona fede si veda, *ex plurimis*, Sez. L, n. 15885/2018, Negri Della Torre, Rv. 649311-01).

9. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale.

Il mero ritardo nell'esercizio del diritto, pur imputabile al titolare ed idoneo a far ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non costituisce violazione della buona fede e non può essere causa di esclusione della tutela giudiziaria, salvo che dal ritardo possa desumersi una rinunzia tacita.

Nel riaffermare il principio di cui innanzi, **Sez. L, n. 01888/2020, Blasutto, Rv. 656694-01**, ha ritenuto tempestiva, e non contraria alla buona fede, l'impugnazione giudiziale di licenziamento proposta due giorni prima della scadenza del termine di prescrizione quinquennale (in termini conformi Sez. 1, n. 23382/2013, De Chiara, Rv. 628554-01, per la quale, in difetto di deduzione e prova della rinunzia tacita, è legittima la revoca dell'affidamento intimata dalla banca pur dopo avere a lungo tollerato gli sconfinamenti dai relativi limiti da parte del correntista).

Circa i rapporti tra principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale l'orientamento di cui innanzi mostra adesione alla giurisprudenza di legittimità, con particolare riferimento alla tematica della parcellizzazione della domanda giudiziale.

Sul punto si vedano, limitando i riferimenti alle statuizioni del 2020, Sez. 3, n. 08530/2020, De Stefano, Rv. 657812-01, Sez. 3, n. 04003/2020, Sestini, Rv. 656906-01, Sez. 6-3, n. 00337/2020, D'Arrigo, Rv. 656587-01, e Sez. 2, n. 29638/2020, Falaschi, Rv. 660116 - 02.

Per la prima delle quattro citate statuizioni, difatti, il danneggiato, che non dimostri di avervi un interesse oggettivamente valutabile, non può, in presenza di un unitario fatto illecito lesivo di cose e persone, frazionare la tutela giudiziaria, agendo separatamente per il risarcimento dei danni patrimoniali e di quelli non patrimoniali, poiché tale condotta aggrava la posizione del danneggiante-debitore e causa ingiustificato aggravio del sistema giudiziario. In particolare, non integrano un interesse oggettivamente valutabile ed idoneo a consentire detto frazionamento, di per sé sole considerate, né la prospettata maggiore speditezza del procedimento dinanzi ad uno anziché ad altro dei giudici aditi, in ragione della competenza per valore sulle domande risultanti dal frazionamento, né la semplice ricorrenza di presupposti processuali più gravosi per l'azione relativa ad una delle componenti del danno, soprattutto in caso di intervalli temporali modesti.

Parimenti, le domande concernenti diversi e distinti diritti di credito relativi a un medesimo rapporto di durata tra le parti che siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, possono essere proposte in separati processi solo ove l'attore risulti assistito da un oggettivo interesse alla tutela processuale frazionata. Nella specie, la citata **Sez. 6-3, n. 00337/2020,** ha ritenuto non meritevole di tutela la scelta dell'attore di frazionare il suo credito al fine di adire il giudice di pace, così da ottenere

una decisione più rapida, trattandosi di condotta che aveva alterato la competenza per valore sulla domanda e, quindi, sottratto la controversia al suo giudice naturale.

Il giudicato di rigetto della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento preclude invece la proposizione di una nuova domanda di risoluzione fondata su altri inadempimenti conosciuti o conoscibili alla data di proposizione della prima domanda e non fatti valere con essa.

La seconda della tre statuizioni innanzi indicate (**Sez. 3, n. 04003/2020, Sestini, Rv. 656906-01)** ha sancito tale principio in fattispecie relativa ad affitto di fondo rustico ove il concedente aveva chiesto la risoluzione del contratto per inadempimento, deducendo l'intervenuto abusivo frazionamento del fondo ad opera dell'affittuario, nonostante tale condotta fosse conoscibile già al momento dell'introduzione di un precedente giudizio di risoluzione per degli ulteriori inadempimenti dello stesso affittuario, definito con sentenza di rigetto favorevole a quest'ultimo e passata in giudicato.

La parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo e si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale (*ex plurimis*, Sez. U, n. 04090/2017, Di Iasi, Rv. 623269-01; Sez. 2, n. 17993/2018, D'Ascola, Rv. 649387-01; Sez. 2, n. 20714/2018, Besso Marcheis, Rv. 650013-01; Sez. 3, n. 06591/2019, Dell'Utri, Rv. 653251-01; Sez. U, n. 23726/2007, Morelli, 599316-01).

Nel ribadire quanto innanzi, la citata **Sez. 2, n. 29638/2020, Falaschi, Rv. 660116 - 01,** ha ritenuto che, nella specie, la sentenza del giudice di pace, anche se pronunciata secondo equità, fosse appellabile in virtù dell'espressa previsione contenuta nell'art. 339, comma 3 c.p.c., che include, appunto, tra i casi di appellabilità, anche la violazione di norme Costituzionali (si veda, in termini, Sez. 6-2, n. 15398/2019, Orilla, Rv. 654137-01).

10. La remissione.

La remissione del debito, quale causa di estinzione delle obbligazioni, esige che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco e un comportamento tacito, pertanto, può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito solo se è privo di alcun'altra giustificazione razionale.

Ne consegue, per **Sez. 3, n. 28439/2020, Rossetti, Rv. 659863-01**, i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi

sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio possa fondarsi su altra causa, diversa dalla volontà della società di rinunciare al credito. Nella specie, la citata ordinanza ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva escluso che la mera omissione dell'indicazione d'un credito nel bilancio finale di liquidazione potesse ritenersi indice certo della volontà di rinunciarvi.

Ancora più in generale, l'eccezione di estinzione del credito per rinunzia al diritto e, in particolare, per remissione del debito, rientra nel novero di quelle che possono essere proposte soltanto dalle parti non potendo il giudice rilevarle d'ufficio. Nei termini di cui innanzi il principio è ribadito da **Sez. 2, n. 29920/2020, Oricchio, Rv. 660118 - 01**.

Nei medesimi termini si veda altresì Sez. L, n. 01110/1999, Picone, Rv. 523085-01, per la quale, l'eccezione di cui innanzi non è peraltro ammissibile se proposta per la prima volta in grado di appello con la conseguenza che, qualora il giudice dichiari l'estinzione del credito per remissione sebbene la relativa eccezione non sia stata ritualmente proposta nel giudizio di primo grado si è in presenza di un *error in procedendo* che, quale ragione della cassazione della sentenza impugnata, rende logicamente irrilevante l'esame di tutte le altre censure.

11. Compensazione giudiziale e ragione creditoria prescritta.

L'art. 1243 c.c. stabilisce i presupposti sostanziali ed oggettivi del credito opposto in compensazione, ossia la liquidità, inclusiva del requisito della certezza, e l'esigibilità. Nella loro ricorrenza, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione legale, a decorrere dalla sua coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda, mentre, se il credito opposto è certo ma non liquido, perché indeterminato nel suo ammontare, in tutto o in parte, egli può provvedere alla relativa liquidazione, se facile e pronta, e quindi può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale sino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, oppure può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccepito in compensazione (Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-02).

Il principio secondo cui la compensazione può operare anche relativamente ad una ragione creditoria già prescritta è applicabile anche alla compensazione giudiziale, in quanto la regola generale contenuta nell'art. 1242, comma 2, c.c., che postula la prevalenza del diritto alla compensazione rispetto alla prescrizione nel caso in cui il relativo termine non sia spirato nell'arco temporale di coesistenza di crediti e debiti, si fonda sul principio di ragionevolezza e di buona fede nella disciplina dei rapporti negoziali e rappresenta una declinazione di quello, generale, secondo il quale quando

due persone sono obbligate l'una verso l'altra i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti.

Statuendo nei termini di cui innanzi **Sez. 3, n. 07018/2020, Di Florio, Rv. 657469-01**, intenzionalmente supera il precedente difforme di Sez. 3, n. 23078/2005, De Nanni, Rv. 587950-01, per il quale il detto principio, invece, non sarebbe applicabile alla compensazione giudiziale, potendo questa aver luogo soltanto *ope iudicis*, con la conseguenza che l'effetto dell'estinzione dei due debiti dal giorno della loro coesistenza non può verificarsi.

Con riferimento più generale all'eccezione di compensazione, **Sez. 6-2, n. 28469/2020, Dongiacomo, Rv. 659998 - 01**, ribadisce che l'applicabilità delle disposizioni degli articoli 1241 e ss. c.c. (riguardanti l'ipotesi della compensazione in senso tecnico-giuridico) postula l'autonomia dei rapporti dai quali nascono contrapposti crediti delle parti, mentre quando i rispettivi crediti e debiti abbiano origine da un unico rapporto si tratta di accertare semplicemente le reciproche partite di dare e avere, e a ciò il giudice può procedere senza che sia necessaria l'eccezione di parte o la proposizione della domanda riconvenzionale, purché tale accertamento si fondi su circostanze tempestivamente dedotte in giudizio, in quanto diversamente si verificherebbe un - non consentito - ampliamento del *thema decidendum* (in senso conforme Sez. L, n. 11030/2006, Monaci, Rv. 590795-01, che, nella specie, ha cassato la sentenza di merito in quanto solo in secondo grado la Regione aveva chiesto, con ampliamento del *thema decidendum*, che il giudice provvedesse al conteggio delle poste passive esistenti tra essa e il medico convenzionato che chiedeva il riconoscimento di competenze arretrate, sulla base dell'unico rapporto di convenzionamento esistente tra il professionista e la ASL).

12. Compensazione c.d. atecnica o impropria.

Quando tra due soggetti i rispettivi debiti e crediti hanno origine da un unico - ancorché complesso - rapporto, non vi è luogo ad una ipotesi di compensazione "propria", bensì ad un mero accertamento di dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza, cui il giudice può procedere senza che siano necessarie l'eccezione di parte o la domanda riconvenzionale, che postulano invece, l'autonomia dei rapporti ai quali i crediti si riferiscono. In applicazione di tale principio, la Sez. 3, n. 16800/2015, Armano, Rv. 636862-01, ha ritenuto che, correttamente, nel giudizio di merito fosse stato d'ufficio compensato il credito vantato dal locatore-attore, avente ad oggetto il risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale per violazione della clausola di non rimozione delle addizioni effettuate dal conduttore, con quello vantato dal convenuto-locatario ed inerente l'indennità per l'eseguita addizione.

Tale accertamento, che si sostanzia in una compensazione "impropria" o "atecnica", pur producendo risultati analoghi a quelli della compensazione "propria", non è sottoposto alla relativa disciplina tipica, sia processuale sia sostanziale, ivi compresa quella contenuta nell'art. 1248 c.c., riguardante l'inopponibilità al cessionario, da parte del debitore che abbia accettato puramente e semplicemente la cessione, della compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente. Nei termini di cui innanzi Sez. 2, n. 04825/2019, Abete, Rv. 652692-01. Nella specie, veniva in rilievo il caso di una dipendente che aveva dato in garanzia il proprio TFR per ottenere un prestito da una società la quale, dopo le dimissioni della lavoratrice, aveva chiesto il versamento del detto TFR al datore di lavoro che, però, aveva rifiutato, eccependo, in parziale compensazione, il suo credito verso la medesima dipendente avente ad oggetto l'indennità di mancato preavviso da essa dovuta perché dimessasi in tronco. La S.C., enunciando il principio di cui innanzi, ha cassato la decisione di appello che, applicando l'art. 1248 c.c., aveva accolto la domanda della società cessionaria (in tema di c.d. compensazione impropria o atecnica si veda altresì, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 18498/2006, Scarano, Rv. 593967-01).

Nel solco interpretativo di cui innanzi si pone Sez. 1, n. **24325/2020, Scarano, Rv. 659653-01**, per la quale in tema di rapporti tra il credito dell'agricoltore a titolo di contributi dell'Unione europea conseguenti alla Politica agricola comune (Pac), ed i debiti dello stesso per prelievo supplementare relativo alle quote latte, è ammissibile la cd. compensazione impropria o atecnica, a condizione che il controcredito sia certo e liquido secondo la valutazione dei giudici di merito, incensurabile in sede di legittimità, a tal fine valorizzando l'unitarietà del rapporto, in base al quale il regime delle quote latte è parte integrante del sistema Pac, il cui corretto funzionamento complessivo postula l'effettività del recupero delle somme dovute dai produttori di latte che abbiano superato i limiti nazionali, mediante la previa verifica del Registro nazionale previsto dalla legge, nel quale sono inseriti i debiti e crediti dell'agricoltore, la cui compensazione è connaturata al sistema della Pac, come configurato dal diritto dell'Unione, la cui primazia all'interno degli Stati membri postula l'interpretazione conforme delle norme nazionali.

13. La compensazione fallimentare.

Il credito da equo indennizzo *ex* art. 79 l.fall., pur collegato al contratto di affitto di azienda, diviene certo soltanto a seguito dell'esercizio del diritto di recesso da parte del curatore, successivamente alla dichiarazione di fallimento, sicché, per **Sez. 1, n. 10869/2020, Vella, Rv. 658123-01**, non è suscettibile di compensazione ai sensi dell'art. 56 l.fall. con i contrapposti crediti, norma che postula la preesistenza dei crediti da compensare rispetto all'apertura della procedura concorsuale.

In merito preme ricordare che circa i rapporti con il fallimento, il terzo *in bonis* non può eccepire, *ex* art. 56, comma 2, l.fall., la compensazione tra un proprio debito verso il fallito con un credito, scaduto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, di cui, però, il primo sia divenuto titolare, per atto di cessione tra vivi, dopo l'apertura del concorso. Nei termini di cui innanzi si era già espressa Sez. 1, n. 09528/2019, Campese, Rv. 653688-01, laddove la precedente Sez. L, n. 10025/2010, Bandini, Rv. 613492-01, aveva chiarito che la disposizione contenuta nell'art. 56 della l.fall. rappresenta una deroga al concorso, a favore dei soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'anteriorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. Le stesse esigenze poste a base della citata norma giustificano l'ammissibilità anche della compensazione giudiziale nel fallimento, per la cui operatività è necessario che i requisiti dell'art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia, quando la compensazione viene eccepita. Il citato art. 56, quale unico limite per la compensabilità dei debiti verso il fallito-creditore, prevede altresì l'anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. La compensazione fallimentare (come aveva chiarito Sez. 1, n. 09678/2000, Celentano, Rv. 538713-01) è pertanto applicabile non solo quando il credito del terzo non è ancora scaduto alla data della dichiarazione di fallimento ma anche quando tale scadenza riguardi il credito del fallito; conseguentemente, poiché il credito del socio escluso a seguito della dichiarazione di fallimento, relativo alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, diviene liquido ed esigibile al momento della delibera di esclusione successiva alla dichiarazione di fallimento ma rinviene il suo fondamento causale nella costituzione del vincolo sociale (antecedente al fallimento), deve ritenersi ammessa la compensazione dei contrapposti crediti del socio e della società essendo il debito di quest'ultima debito verso il fallito e non verso la massa.

14. Compensazione ed esecuzione forzata.

Con l'opposizione *ex* art. 615 c.p.c. il debitore esecutato può opporre in compensazione al creditore procedente un controcredito certo (cioè, definitivamente verificato giudizialmente o incontestato) oppure un credito illiquido di importo certamente superiore (la cui entità possa essere accertata, senza dilazioni nella procedura esecutiva, nel merito del giudizio di opposizione) anche nell'ipotesi di espropriazione forzata promossa per il credito inerente al mantenimento del coniuge separato, non trovando applicazione, in difetto di un "credito alimentare", l'art. 447, comma 2, c.c.

Nei termini di cui innanzi sostanzialmente statuisce **Sez. 3, n. 09686/2020, Porreca, Rv. 657716-01**, laddove Sez. 3, n. 30323/2019, Rossetti, Rv. 656147-01, già aveva chiarito che nel giudizio di opposizione all'esecuzione, è consentito al debitore dedurre in compensazione un suo controcredito, anche se illiquido, ma di importo certamente superiore al credito opposto, la cui sussistenza ed entità potrà essere accertata dal giudice dell'esecuzione; quest'ultimo, peraltro, in tale eventualità, non potrà disporre la sospensione dell'esecuzione nelle more del giudizio medesimo.

15. Novazione e rapporti con il passivo fallimentare e la notifica della cartella di pagamento.

La pronuncia di Sez. 1, n. 25028/2020, Nazzicone, Rv. 659731-01, chiarisce che ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare di somme iscritte a ruolo, l'eventuale notifica della cartella di pagamento (ovvero di altro atto di riscossione coattiva) da parte dell'agente della riscossione nei confronti della società *in bonis* successivamente fallita, non produce effetto novativo della natura del credito, il quale resta assoggettato alla sua specifica disciplina anche in ordine al regime prescrizionale, sicché qualora sia prevista una prescrizione più breve di quella ordinaria, non si rende applicabile il termine decennale di cui all'art. 2953 c.c., salvo che in presenza di un accertamento divenuto definitivo per il passaggio in giudicato di una sentenza.

16. Locazione e novazione.

In tema di locazione, non è sufficiente ad integrare novazione del contratto la variazione della misura del canone o del termine di scadenza, trattandosi di modificazioni accessorie, essendo invece necessario, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, che ricorrano gli elementi dell'*animus* e della *causa novandi* (*ex plurimis*: Sez. 3, n. 14620/2017, D'Arrigo, Rv. 644645-01; Sez. 3, n. 11672/2007, D'Amico, Rv. 596711-01; Sez. 3, n. 05673/2010, Finocchiaro, Rv. 611737-01).

Nel ribadire il principio, **Sez. 3, n. 22126/2020, Iannello, Rv. 659241-01**, ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto novato il rapporto locativo sebbene le parti avessero pattuito modifiche soltanto accessorie, come la previsione della risoluzione in caso di ritardato pagamento, il prolungamento della durata del rapporto e la misura dell'aggiornamento del canone.

17. Novazione e contratto d'agenzia.

In tema di contratto di agenzia, **Sez. L, n. 17572/2020, Negri Della Torre, Rv. 658545-01**, ribadisce che il conferimento dell'incarico di riscossione all'atto della stipula del contratto fa presumere - attesa la natura corrispettiva del rapporto - che il

compenso per tale attività sia compreso nella provvigione pattuita, che va riferita al complesso dei compiti affidati, mentre essa va separatamente compensata se il relativo incarico sia conferito nel corso del rapporto e costituisca una prestazione accessoria ulteriore rispetto a quella originariamente prevista dal contratto, a meno che non risulti accertata la volontà delle parti di procedere ad una novazione che, prevedendo nuovi obblighi a carico dell'agente, lasci invariati quelli del preponente (in termini conformi si vedano, *ex plurimis*: Sez. L, n. 22892/2008, Stile, Rv. 604789-01, e Sez. L, n. 07481/2000, De Matteis, Rv. 537250-01)

18. Transazione novativa.

La transazione ad esecuzione differita è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in base al principio generale emergente dall'art. 1467 c.c., in quanto l'irresolubilità della transazione novativa stabilita in via eccezionale dall'art. 1976 c.c. è limitata alla risoluzione per inadempimento, e l'irrescindibilità della transazione per causa di lesione, sancita dall'art. 1970 c.c., esaurisce la sua *rati*o sul piano del sinallagma genetico (**Sez. 2, n. 04451/2020, Carbone, Rv. 657114-01**).

Già Sez. 2, n. 09125/1993, Corona, Rv. 483595-01, aveva statuito che la disposizione dell'art. 1976 c.c., che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione della transazione per inadempimento quando il rapporto preesistente è stato estinto per novazione, a meno che non sia stato diversamente stabilito dalle parti, comportando una eccezione ai principi generali della risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive, nei quali il venir meno del sinallagma funzionale, qualunque ne sia la causa, comporta sempre la caducazione del contratto, non può essere estesa ai casi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, per eccessiva onerosità o per l'accertata inesistenza della condizione presupposta (in tema si veda anche Sez. 1, n. 01105/1956, Arras, Rv. 881119-01).

CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO IN GENERALE

(DI FRANCESCO CORTESI)

SOMMARIO: 1. I requisiti del contratto: la causa. Contratti atipici e meritevolezza dell'interesse. - 1.1. L'oggetto e la sua determinazione. - 1.2. Forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*. 2. I contratti per adesione. 3. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: l'applicazione delle regole ermeneutiche. - 3.1. Minuta e puntuazione. - 3.2. Contenuto del contratto ed individuazione degli obblighi delle parti. - 3.3. Contenuto del contratto ed effetti nei confronti dei terzi. 4. La buona fede nell'esecuzione del contratto. 5. La clausola penale e la caparra. 6. Il contratto concluso dal rappresentante. 7. La nullità e la simulazione. - 7.1. La nullità per contrarietà a norme imperative. - 7.2. Nullità e simulazione: aspetti processuali. 8. L'inadempimento e i rimedi caducatori. - 8.1. Gravità dell'inadempimento e fattispecie di risoluzione stragiudiziale - 8.2. Il diritto di recesso - 8.3. Rimedi caducatori ed eccezione di inadempimento: profili processuali.

1. I requisiti del contratto: la causa. Contratti atipici e meritevolezza dell'interesse.

In linea con la propria ormai costante giurisprudenza che attribuisce rilevanza - ai fini della qualificazione del contratto e della conseguente individuazione della disciplina applicabile - alle forme convenute dalle parti per la realizzazione dei rispettivi interessi, la Suprema Corte ha reso alcune decisioni di rilievo concernenti ipotesi atipiche di fattispecie previste dall'ordinamento, delle quali ha evidenziato la peculiarità del relativo regolamento.

Così **Sez. 3, n. 08881/2020, Fiecconi, Rv. 657839-01**, ha affermato che la vendita al pubblico incanto di cosa ricevuta in pegno, nel cui regolamento d'asta le parti abbiano escluso la possibilità per l'acquirente di invocare la garanzia per i vizi della cosa venduta, configura una forma di autotutela privata esecutiva; tale "forma atipica" della fattispecie di cui all'art. 2797 c.c. - la cui praticabilità è desumibile dalla previsione dell'ultimo comma, che consente alle parti di convenire "forme diverse" da quelle prescritte dai commi precedenti - resta, in ogni caso, distinta dall'espropriazione forzata, sicché alla stessa non si applicano le ulteriori previsioni che riguardano quest'ultima.

La Corte ha precisato, al riguardo, che il patto di esclusione della garanzia deve considerarsi lecito e meritevole di tutela, in ossequio al principio di autonomia privata *ex* art. 1322 c.c., ferma restando la necessità di riconoscere al compratore i rimedi che gli spettano in caso di vendita di *aliud pro alio*, caratterizzata dalla mancanza in capo alla *res* delle qualità necessarie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale.

Affronta invece il tema della vendita cd. con patto marciano - mediante il quale le parti stabiliscono che, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore

possa vendere il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito - **Sez. 3, n. 00844/2020, Cricenti, Rv. 656813-01**. In questo caso, osserva la Corte, non si incorre nel divieto di patto commissorio, poiché lo scopo perseguito dalle parti ricalca la funzione del pegno irregolare *ex* art. 1851 c.c., essendo ispirato alla medesima *ratio* di evitare approfittamenti del creditore in danno del debitore, e la relativa clausola è lecita, sempreché sia stato previsto che la stima avvenga in tempi certi e con modalità che consentano di assicurare una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici.

Sez. 3, n. 09256/2020, Guizzi, Rv. 657635-01, prende invece in esame il contratto atipico di "prestito d'uso d'oro", che assimila al mutuo in considerazione del correlato obbligo di restituzione del *tantundem*, nonché per la sua funzione di finanziamento.

La decisione rileva, conseguentemente, che l'eventuale recesso del garante per fideiussione delle obbligazioni nascenti da tale contratto produce effetto liberatorio qualora alla data del recesso risulti essere stata adempiuta dal debitore garantito l'obbligazione principale di restituzione dell'oro utilizzato; ovvero, a seguito della c.d. "opzione d'acquisto", quella alternativa di pagamento dell'equivalente in denaro dell'oro trattenuto.

1.1. L'oggetto e la sua determinazione.

Le decisioni più rilevanti rese in materia di oggetto del contratto concernono il requisito della determinabilità di cui all'art. 1346 c.c..

In tema di vendita immobiliare, **Sez. 2, n. 16078/2020, Carrato, Rv. 658476-01,** ha dato continuità al consolidato principio (si veda al riguardo, fra le altre, Sez. 2, n. 11237/2016, Orilia, Rv. 640046-01) secondo cui detto requisito è soddisfatto dall'inequivocabile identificazione dell'immobile tramite l'indicazione dei confini o di altri dati oggettivi, incontrovertibilmente idonei allo scopo e tali da impedire, perciò, che rimangano margini di dubbio sull'identità dello stesso; di tale principio, la decisione ha fatto governo con riferimento al contratto preliminare, affermando che, in funzione dell'adottabilità della pronuncia *ex* art. 2932 c.c., occorre avere riguardo all'indicazione e descrizione degli elementi identificativi dell'immobile, restando irrilevanti eventuali successive modifiche dei relativi dati catastali, che restano elementi esterni non incidenti sulla relativa identificazione.

Dando continuità a tali principi, **Sez. 2, n. 28275/2020, Criscuolo, Rv. 655688-01**, ha evidenziato che, in caso di offerta non formale di una prestazione che abbia ad oggetto la consegna di cose specifiche, il rifiuto del creditore è legittimo solo se, all'esito di una valutazione comparativa della condotta delle parti, risulti che esso sia improntato alla verifica del rispetto del principio della buona fede; in tal senso,

pertanto, non è sufficiente limitarsi a riscontrare che non vi è identità fra i beni offerti dal debitore e quelli dovuti per contratto.

In termini non dissimili, e con riferimento al tipo dell'appalto, **Sez. 2, n. 00133/2020, Falaschi, Rv. 653656-01**, ha ritenuto non necessaria una specificazione dell'opera in tutti i suoi particolari, essendo sufficiente la fissazione dei relativi elementi fondamentali; di conseguenza, eventuali deficienze ed inesattezze riguardanti taluni elementi costruttivi non importano alcuna nullità, ove non impediscano l'agevole individuazione dell'opera, nella sua consistenza qualitativa e quantitativa, mediante il ricorso ai criteri generali della buona tecnica costruttiva ed alle cd. regole d'arte, le quali devono adeguarsi alle esigenze e agli scopi cui l'opera è destinata.

La possibilità di determinare l'oggetto del contratto ricorrendo ad elementi esterni al relativo documento - da tempo pacificamente ammessa - è oggetto di specifiche considerazioni da parte di **Sez. 2, n. 01626/2020, Criscuolo, Rv. 656846-01**, che la esclude laddove l'oggetto sia stato individuato dalle parti *per relationem* in un atto destinato a formare parte integrante dell'accordo negoziale; in tal caso, infatti, è la volontà delle parti a limitare la possibilità di avvalersi di elementi esterni diversi dall'atto specificamente richiamato in contratto e destinato a formarne parte integrante, con l'ulteriore conseguenza che, ove si tratti di contratto per il quale è prevista la forma scritta a pena di nullità, ogni pretesa fondata sullo stesso postula necessariamente la produzione in giudizio dell'atto integrativo.

1.2. Forma ad substantiam e forma ad probationem.

In relazione ai contratti per i quali è prevista dalla legge la forma scritta *ad substantiam*, **Sez. 3, n. 00525/2020, Cricenti, Rv. 656582-01,** ha specificato che eventuali accordi modificativi delle clausole originarie sono soggetti al medesimo onere formale soltanto ove essi riguardino gli elementi essenziali del contratto; tali accordi hanno dunque forma libera - e possono così essere stipulati anche verbalmente - quando concernono profili esecutivi del contratto, come nel caso in cui riguardino le modalità di pagamento del corrispettivo.

Laddove, invece, il contratto soggetto ad onere formale presenti un collegamento con un contratto a forma libera, occorre che anche quest'ultimo, per la sua validità, rivesta la forma del primo; **Sez. 2, n. 26693/2020, Oliva, Rv. 659686-01**, ha specificato, al riguardo, che per le ipotesi di cd. collegamento funzionale (caratterizzato dal nesso di reciproca interdipendenza dei due negozi, le cui vicende ne condizionano la rispettiva validità ed efficacia) è necessario che tutte le obbligazioni che formano il sinallagma siano documentate per iscritto, seppur in diversi documenti o in contesti comunque separati.

Sugli stessi temi del collegamento negoziale e del patto aggiunto al contratto soggetto ad oneri formali, merita poi specifica menzione **Sez. U, n. 06459/2020, Giusti, Rv. 657212-01**, relativa al *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare, che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante.

Al riguardo, le Sezioni Unite, intervenute a risoluzione di contrasto, hanno premesso che al tradizionale orientamento (inaugurato da Sez. 2, n. 05663/1988, Anglani, Rv. 460201-01) che prescrive, per tale patto, la forma scritta a pena di nullità, si era contrapposto, in tempi più recenti, un indirizzo che riteneva sufficiente, a fronte di un patto concluso oralmente, la dichiarazione unilaterale scritta contenente l'impegno del fiduciario a trasferire al fiduciante (ovvero ad un terzo da questo indicato) la proprietà immobiliare dedotta in contratto, esattamente individuata, in esplicita attuazione del *pactum fiduciae* (Sez. 3, n. 10633/2014, Rubino, Rv. 630670-01).

A composizione del contratto è stata condivisa quest'ultima impostazione.

Muovendo dal rilievo dell'assimilabilità del *pactum fiduciae*, quale atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario, al mandato senza rappresentanza, le Sezioni Unite hanno infatti osservato che lo stesso ha la funzione non di propiziare un effetto reale (che si è già prodotto), ma di conformarlo all'assetto degli interessi delle parti; tale assetto si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio, cosicché il contratto che fonda l'obbligo fiduciario non soggiace all'onere di forma scritta previsto dall'art. 1350 c.c., e, quando sia provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento che grava sul fiduciario.

Sez. 2, n. 01439/2020, Fortunato, Rv. 656867-01, concerne invece il rapporto fra oneri formali e clausola compromissoria; secondo tale pronuncia, quando la clausola compromissoria sia contenuta in un preliminare di compravendita, essa sopravvive anche ove non riprodotta nel definitivo, trattandosi di negozio autonomo ad effetti processuali, con funzione distinta da quella del preliminare cui accede. Pertanto, le parti possono porre nel nulla detta clausola solo mediante una manifestazione di volontà specificamente diretta a tale effetto.

Infine, in tema di forma scritta *ad probationem*, **Sez. 2, n. 18489/2020, Varrone, Rv. 659120-02**, ha specificato che l'eventuale mancanza di sottoscrizione del documento contrattuale da parte di uno dei contraenti può essere sostituita dall'inequivocabile manifestazione della volontà di questo di avvalersi del contratto documentato dalla scrittura incompleta, in particolare mediante la produzione della stessa in giudizio o l'intervenuta accettazione della medesima fatta allo scopo di avvalersi dei suoi effetti negoziali.

2. I contratti per adesione.

Sulla disciplina dei contratti per adesione si segnalano due pronunzie di rilievo.

In materia di clausole vessatorie, **Sez. 6-2, n. 09738/2020, Fortunato, 658014-01**, ha ritenuto inefficace una clausola derogatoria della competenza territoriale contenuta nelle condizioni di contratto predisposte unilateralmente da un committente per tutti i rapporti con le imprese appaltatrici, e ciò quantunque fosse emerso che l'accordo era stato preceduto dallo svolgimento di trattative sull'ammontare del compenso e sui termini di pagamento.

La Corte ha ritenuto che l'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie non sia necessaria soltanto quando il contratto sia stato concluso all'esito di una trattativa che ha avuto ad oggetto tali specifiche pattuizioni; pertanto, la parte che ne assuma l'efficacia non può limitarsi ad allegare che il contratto sia stato oggetto di negoziazione, essendo necessaria l'assicurazione di "una contrattualità effettiva e non formale" al contraente più debole.

Sez. 4, n. 04190/2020, Negri Della Torre, Rv. 656930-01, ha invece preso in esame l'ipotesi di un patto aggiunto ad un contratto di agenzia avente carattere vessatorio, escludendone la necessità di specifica approvazione per iscritto, sul rilievo del fatto che il relativo regolamento negoziale non era riferito ad una platea indifferenziata di soggetti, ma solo agli agenti interessati, né risultava predisposto a mezzo di moduli o formulari.

3. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: l'applicazione delle regole ermeneutiche.

Il ruolo del giudice nell'interpretazione del contratto, funzionale alla qualificazione dello stesso e, soprattutto, all'esatta individuazione del contenuto delle prestazioni che ne sono oggetto, ha costituito materia per alcune pronunzie di particolare interesse.

Fra queste, mette conto citare anzitutto **Sez. U, n. 08434/2020, Cosentino, 657604-01.**

Nella fattispecie, le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunziarsi sulla questione di massima di particolare importanza circa la necessità del consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108, comma 3, c.c., per l'approvazione del contratto con il quale il condominio conceda una superficie comune in godimento ad un terzo, dietro corrispettivo, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (quali, nel caso in esame, quelli necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile).

In tal senso, e per i profili che qui occupano, la pronunzia muove dall'esigenza di appurare se un tale contratto costituisca, sul bene concesso in godimento, un diritto

reale - con il che si renderebbe necessario il prescritto consenso unanime - ovvero un mero diritto personale.

Al quesito le Sezioni Unite hanno risposto osservando che il programma negoziale può astrattamente essere perseguito mediante entrambe le forme contrattuali, e hanno rilevato che la riconduzione dell'operazione concretamente dedotta in giudizio all'una o all'altra categoria rappresenta, per l'appunto, una questione di interpretazione contrattuale.

A tale riguardo, la decisione enuclea i criteri ermeneutici rilevanti, apportando anche indicazioni metodologiche in punto al corretto ricorso agli stessi: segnala, infatti, che il *nomen juris* adottato dalle parti è in sé non determinante "ma nemmeno del tutto trascurabile nel processo interpretativo", ed evidenzia la necessità di tener conto anche di ulteriori elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo in forma unitaria o con canoni periodici, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; infine, sottolinea la possibile rilevanza di elementi extratestuali, come la forma dell'atto (rappresentando espressamente che la stipulazione per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto a effetti reali) e il comportamento delle parti, ad esempio laddove consistito nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari pur se il diritto di utilizzazione della superficie sia stato concesso per una durata infranovennale.

Il rapporto fra criteri ermeneutici viene affrontato anche da **Sez. 3, n. 10825/2020, Di Florio, Rv. 657966-01**, concernente l'interpretazione del contratto di assicurazione; in tale ambito, caratterizzato dalla necessità che le clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile, ad eventuali espressioni polisense il giudice non può attribuire uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri interpretativi, fra i quali, in particolare, il criterio dell'interpretazione *contra auctorem* di cui all'art. 1370 c.c..

Alla corretta applicazione delle regole ermeneutiche fa riferimento anche **Sez. 3, n. 17615/2020, De Stefano, Rv. 658686-01**, nell'affrontare il tema della presupposizione; richiamato, infatti, l'insegnamento reso da Sez. U, n. 09909/2018, D'Ascola, Rv. 648129-01, secondo cui tale fattispecie ricorre quando una determinata situazione di fatto o di diritto può ritenersi implicitamente tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante il negozio, la Corte ha osservato che anche ai fini dell'individuazione di tale elemento "esterno" al contratto occorre aver riguardo al significato proprio del medesimo, alla

stregua dei criteri legali d'interpretazione, che assumono valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale.

Un significativo riferimento a detti criteri è infine contenuto in **Sez. 2, n. 09379/2020, De Marzo, Rv. 657703-01**, inerente ai rapporti fra vendita e donazione indiretta; la sentenza, dopo aver premesso che in quest'ultimo contratto - concluso senza il rispetto delle forme previste per la donazione, ma mosso da un fine di liberalità mediante l'arricchimento gratuito del beneficiario - *l'animus donandi* emerge solo in via indiretta dall'esame di tutte le circostanze del singolo caso, ha evidenziato che occorre in proposito fare ricorso ai criteri ermeneutici per selezionare gli elementi che di tale *animus* siano univocamente significativi.

La Corte ha pertanto cassato la sentenza d'appello che aveva riconosciuto in una vendita una donazione indiretta in base al fatto che la dazione del denaro era stata effettuata quale mezzo per l'unico e specifico fine dell'acquisto dell'immobile, osservando che tale circostanza, in sé considerata, vale a distinguere la donazione indiretta dell'immobile da quella diretta del denaro elargito, ma non a significare la certa sussistenza dell'intento liberale nello schema apparente della vendita.

3.1. Minuta e puntuazione.

Il corretto ricorso ai criteri ermeneutici ha consentito anche una più netta demarcazione dei confini fra il perfezionamento dell'accordo e il mero raggiungimento di intese prodromiche allo stesso, definite dagli interpreti come minute o puntuazioni del contratto, e caratteristiche dei cd. contratti a formazione progressiva.

Si segnalano, al riguardo, due decisioni.

Con la prima di esse, **Sez. 2, n. 02204/2020, Dongiacomo, 656858-01**, la Corte ha precisato che nella nozione di minuta o puntuazione del contratto possono rientrare tanto i documenti che contengono intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi tra le parti (cd. puntuazione di clausole), quanto quelli dai quali derivi la predisposizione completa di un accordo negoziale, ancorché in funzione preparatoria del medesimo (cd. puntuazione completa di clausole).

Il primo caso denota una presunzione iniziale di mancato accordo, salva la dimostrazione concreta che l'accordo tra le parti ha ad oggetto solo le clausole documentate, mentre nel secondo caso è invece integrata una presunzione semplice di perfezionamento contrattuale, superabile dalla prova contraria del fatto che le parti non volessero effettivamente raggiungere un accordo.

In entrambi i casi, ha osservato la Corte, in presenza di un documento sottoscritto dalle parti e contenente la regolamentazione (parziale o completa) di un assetto di interessi negoziale, la parte che intenda superare tali presunzioni è tenuta

ad evidenziare il fondamento del proprio assunto sulla base dell'intenzione manifestata dalle parti nella scrittura, così come interpretata secondo i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

Con la seconda decisione - **Sez. 3, n. 13610/2020, Dell'Utri, 658503-01 -** la Corte ha invece affermato che nei contratti a formazione progressiva il momento perfezionativo coincide di regola con quello in cui tra le parti sia raggiunto l'accordo sugli elementi costitutivi, sia principali che secondari, salvo che le parti abbiano inteso considerare il contratto già definitivamente formato per l'ininfluenza dei punti ancora da definire. In tal caso, la minuta assurge a prova del contratto perfezionato qualora contenga l'indicazione dei suoi elementi essenziali e risulti che le parti abbiano voluto vincolarsi definitivamente anche in base al loro comportamento successivo, univocamente inteso a dare esecuzione all'accordo risultante dalla puntuazione.

3.2. Contenuto del contratto ed individuazione degli obblighi delle parti.

Non di minore importanza è la produzione giurisprudenziale che, in punto all'esatta individuazione dei rispettivi diritti ed obblighi negoziali, fa riferimento all'integrazione del contratto in base alle conseguenze che ne derivano secondo la legge o in conformità al principio di buona fede.

Sotto il primo profilo, **Sez. 6-3, n. 09997/2020, Rossetti, Rv. 657746-01,** ha confermato la decisione di merito nella parte in cui aveva affermato la responsabilità contrattuale del ristoratore per le ustioni procurate ad un cliente dalla pietanza bollente accidentalmente rovesciatagli addosso da un cameriere. Con la decisione, la Corte ha ritenuto che nel contratto di ristorazione (così come, del resto, in quello d'albergo o di trasporto), sull'erogatore della prestazione grava anche l'obbligo di garantire l'incolumità fisica dell'avventore, quale effetto naturale del negozio *ex* art. 1374 c.c. che deriva dalla necessaria applicazione dell'art. 32 Cost. anche ai rapporti fra privati.

Ancora, **Sez. 3, n. 09714/2020, Olivieri, Rv. 657767-01,** ha ritenuto che fra gli obblighi che sorgono a carico del personale di un centro di assistenza disabili per lo svolgimento di attività di terapia occupazionale va fatto rientrare anche quello di sorvegliare l'assistito in modo adeguato alle sue condizioni, onde prevenire eventi dannosi a suo carico, in quanto obbligo rientrante nel novero delle prestazioni necessarie a proteggere il soggetto disabile e dunque a salvaguardare la sua incolumità; in tal senso, la prova liberatoria dell'impossibilità oggettiva non imputabile, richiesta dall'art. 1218 c.c., non può essere fornita deducendo l'asserita eccezionalità di quelle ipotesi di rischio alle quali si intende provvedere proprio attraverso la prestazione contrattuale.

Con riferimento al secondo profilo, **Sez. 3, n. 08494/2020, Scarano, Rv. 657806-01**, ha osservato che la buona fede oggettiva, oltre che regola di comportamento ed interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio.

Su tale base, la sentenza ha ritenuto che l'avvocato sia obbligato a fornire al cliente le informazioni necessarie a consentirgli, se del caso, di valutare i rischi insiti nell'iniziativa giudiziale, con la conseguenza che l'omessa comunicazione all'assistito dell'interruzione del processo e della possibilità di riassunzione, al punto da fare decorrere il relativo termine massimo ed estinguere il giudizio, costituisce fonte di responsabilità per il professionista.

In termini non dissimili, **Sez. 3, n. 03694/2020, Valle, Rv. 656900-01,** ha poi individuato il contenuto degli obblighi del notaio, facendo ancora una volta riferimento alla buona fede integrativa.

La Corte, in particolare, ha ritenuto la responsabilità professionale del notaio che, dopo aver autenticato le firme della dichiarazione di vendita di una vettura, non aveva comunicato al venditore i dati anagrafici dell'acquirente, quantunque di ciò richiesto e munito del potere di rilasciare copia ed estratti dei documenti a lui esibiti; in questo caso, infatti, la buona fede oggettiva imponeva al professionista di porre in essere comportamenti comunque rientranti "nello spettro complessivo della prestazione pattuita".

Sullo stesso, specifico, tema, **Sez. 3, n. 25865/2020, Cirillo F.F.M., Rv. 659786-01**, ha tuttavia specificato che l'ambito di responsabilità del notaio non può giungere a ricomprendere eventuali ipotesi di omessa informazione circa il merito dell'operazione economica in relazione alla quale egli abbia espletato le proprie attività; pertanto, ove richiesto di procedere alla stipula di un mutuo ipotecario funzionalmente collegato ad una vendita immobiliare, il notaio non è tenuto ad accertare la ragionevole possibilità di soddisfazione del credito in sede espropriativa per la banca mutuante, a fronte dell'inadempimento del mutuatario, avuto riguardo al valore effettivo del bene ipotecato rispetto a quello dichiarato.

3.3. Contenuto del contratto ed effetti nei confronti dei terzi.

L'esatta individuazione del contenuto del contratto assume rilievo anche in relazione agli effetti che ne possono derivare nei confronti dei terzi.

Può trattarsi, anzitutto, di effetti che concernono soggetti "protetti dal contratto", legittimati ad invocare una responsabilità risarcitoria a carico della parte che non abbia correttamente eseguito le prestazioni da ritenersi esigibili a suo carico, in applicazione dei principi in tema di cd. contatto sociale.

A questo proposito, va segnalata **Sez. 3, n. 07746/2020, Guizzi, Rv. 657617-01**, inerente agli obblighi professionali del notaio richiesto di autenticare una procura a vendere.

Con tale decisione, la Corte ha affermato che il difetto di diligenza nell'identificazione del soggetto che rilascia la procura, in vista del successivo contratto traslativo, espone il professionista ad una responsabilità anche nei confronti dell'aspirante compratore, pur se formalmente estraneo al contratto d'opera; infatti, nel predisporre un atto prodromico ad una successiva stipulazione, il notaio pone in essere un comportamento fonte di obblighi ai sensi dell'art. 1375 c.c. anche nei confronti del predetto terzo, titolare dell'interesse la cui tutela ha costituito la ragione del ricorso ai suoi poteri certificativi.

La natura di "terzi protetti dal contratto" è stata invece esclusa da **Sez. 3, n. 14258/2020, Guizzi, Rv. 658316-01,** con riferimento ai congiunti di un paziente deceduto presso una struttura psichiatrica a causa dell'omessa vigilanza da parte del personale, i quali avevano formulato domanda di risarcimento dei danni patiti *iure proprio* per la lesione del rapporto parentale.

La Corte ha escluso la natura contrattuale del diritto risarcitorio, osservando che il rapporto negoziale è intercorso solo tra la struttura ed il ricoverato, e che i congiunti non possono essere qualificati come "terzi protetti" in difetto di una stretta connessione fra l'interesse del quale essi sono portatori e quello regolato sul piano della programmazione negoziale. L'obbligo risarcitorio della struttura, pertanto, potrà al più essere inquadrato nell'ambito della responsabilità da fatto illecito.

4. La buona fede nell'esecuzione del contratto.

Al tema della buona fede nell'esecuzione del contratto sono dedicate numerose pronunzie.

Si tratta, in particolare, di decisioni che - collocandosi nel solco dei principi affermati dalla Suprema Corte negli ultimi anni, quanto al contenuto del dovere di buona fede ed alla sua riconducibilità al criterio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. - hanno preso in esame le conseguenze della relativa violazione nell'ottica della complessiva valutazione del comportamento delle parti, coessenziale ai giudizi che traggono origine da un inadempimento.

Richiamando quanto affermato, in punto all'operatività del principio di buona fede nei rapporti fra intermediario finanziario ed investitore, da Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01, in particolare quanto al diritto dell'intermediario di opporre l'eccezione di buona fede ad una domanda di "nullità selettiva" del risparmiatore che sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, con ingiustificato sacrificio economico a danno del primo, **Sez. 1, n. 10505/2020,**

Scotti, Rv. 657894-01, ha specificato che in tal caso le cedole *medio tempore* riscosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto di un'eventuale azione di ripetizione di indebito (nelle specie, *ob causam finitam*), né quali frutti civili che l'*accipiens* è tenuto a restituire, ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore.

Le conseguenze risarcitorie della violazione del dovere di buona fede sono poi prese in considerazione da **Sez. 3, n. 10549/2020, Olivieri, Rv. 658016-02**.

La Corte, dopo aver ribadito che tale condotta può integrare diretta violazione degli obblighi contrattuali, comportando il risarcimento del danno patrimoniale di cui all'art. 1223 c.c., l'ha ritenuta sussistente nell'illegittimo esercizio del diritto di recesso da parte del concedente, idoneo a ledere l'incolpevole aspettativa del concessionario ad una maggiore durata del rapporto, ingenerata dalla precedente richiesta di controparte di realizzare ulteriori investimenti, sì da consentire anche il riconoscimento del lucro cessante per mancato utile, commisurato al fatturato che la concessionaria avrebbe realizzato se tale aspettativa fosse stata soddisfatta.

Il principio di buona fede rileva anche nella concreta determinazione delle conseguenze dell'inadempimento.

Sez. 3, n. 11908/2020, Rubino, Rv. 658162-01, ha infatti statuito che il giudice, nell'esercizio del suo potere di riduzione della penale, non deve valutare l'interesse del creditore esclusivamente al momento della stipulazione della clausola (come parrebbe indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento), ma altresì con riguardo al successivo momento dell'inadempimento; anche nella fase attuativa del rapporto, infatti, trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, cui l'istituto della riduzione si conforma, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 c.c., comporti anche di tener conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto.

Ancora, **Sez. 2, n. 10324/2020, Giannaccari, Rv. 658010-01**, ha sottolineato come il principio di buona fede debba fungere da criterio per valutare se l'esercizio della facoltà di recesso *ad nutum*, attribuita in contratto ad una delle parti, sia stato legittimamente effettuato.

Secondo la Corte, infatti, la mancanza della buona fede nell'esecuzione del contratto può rivelare un abuso del diritto, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali esso è stato conferito; in tal senso, il giudice di merito è dunque tenuto a contemperare i diritti e gli interessi delle parti in causa, in una prospettiva di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici.

Infine, sul tema - ampiamente visitato dalla giurisprudenza degli ultimi anni - del dovere di buona fede in pendenza di condizione, **Sez. 2, n. 18464/2020, Criscuolo, Rv. 659103-01**, ha precisato che nel contesto di un preliminare di compravendita

immobiliare sottoposto alla condizione risolutiva del mancato rilascio del permesso di costruire secondo le attese potenzialità edificatorie, entrambe le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede; non è solo il promittente alienante, pertanto, a dover porre in essere tutti gli atti necessari per l'ottenimento del permesso, ma anche il promittente acquirente deve improntare la sua condotta a favorire la conservazione del contratto.

5. Clausola penale e caparra.

Due decisioni di rilievo hanno riguardato l'esercizio del potere di *reductio ad aequitatem* della clausola da parte del giudice del merito.

Sez. 6-2, n. 11439/2020, Falaschi, Rv. 658210-01, ha osservato che detto potere, in quanto volto a tutelare l'interesse generale dell'ordinamento ad assicurare l'equilibrio contrattuale, può essere esercitato officiosamente anche quando la penale è prevista a favore della P.A. da disposizioni di capitolati generali, recepite nel contratto stipulato con il privato, la cui disapplicazione - per contrasto con il precetto inderogabile dettato dall'art. 1384 c.c. - postula tuttavia che sia stata dimostrata l'eccessività della penale.

Sez. 2, n. 17715/2020, Bellini, Rv. 658941-01, ne ha invece esclusa l'applicazione per l'ipotesi di caparra confirmatoria, sia in considerazione del carattere eccezionale dell'art. 1384 c.c., che ne preclude l'applicazione analogica, sia per la differenza strutturale fra la penale e tale istituto; esso, infatti, quantunque assolva alla funzione di liquidare preventivamente il danno da inadempimento, svolge l'ulteriore funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento.

Desta infine interesse, per i suoi profili concernenti la disciplina del mutuo bancario, **Sez. 3, n. 09237/2020, Cricenti, Rv. 657782-01**.

Tale pronunzia riguarda infatti l'ipotesi in cui, nell'ambito del tipo negoziale in questione, la funzione della penale sia assolta dalla previsione di interessi di mora.

La Corte, dopo aver premesso che questi ultimi vanno necessariamente assoggettati alla disciplina antiusura - con conseguente necessario contenimento del saggio entro i limiti del tasso-soglia di cui all'art. 2 della l. n. 108 del 1996, successivamente ribadito da **Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-01, -** ha ritenuto che tanto non vada tuttavia esteso alla pattuizione concernente gli interessi corrispettivi; questi ultimi, infatti, pur avendo l'analoga funzione remunerativa del mutuante, non coesistono nell'attuazione del rapporto con gli interessi moratori, che ad essi succedono, sostituendoli dopo la scadenza del termine per la restituzione della somma, mantenendo la loro autonomia e la conseguente non cumulabilità ai fini del calcolo del loro ammontare.

6. Il contratto concluso dal rappresentante.

In tema di rappresentanza, si segnalano due pronunzie di particolare rilievo.

Sez. 6-2, n. 15454/2020, Casadonte, Rv. 658732-01, ha affermato il principio in base al quale, nell'ipotesi di contratto concluso dal rappresentante, ove il rappresentato contesti l'esistenza del relativo potere in capo a colui che ha agito in suo nome, spetta al terzo contraente - il quale pretenda di addossare sul rappresentato gli effetti del contratto concluso a suo nome - la prova dell'esistenza di tale potere.

Per l'ipotesi di contratto concluso in difetto di poteri, **Sez. 3, n. 13855/2020, Guizzi, Rv. 658302-01,** ha poi specificato che, ove il contratto sia soggetto ad onere formale *ad probationem tantum*, la relativa ratifica da parte del falso rappresentato può avvenire anche in modo tacito, purché risultante da atti scritti; la Corte ha pertanto ritenuto la transazione intervenuta fra una compagnia di assicurazione ed il *falsus procurator* del danneggiato validamente ratificata da una quietanza sottoscritta da quest'ultimo, contenente abdicazione a qualsivoglia iniziativa giudiziale relativa all'evento dannoso e seguita dalla riscossione di una somma "a saldo" documentata dalla ricevuta di versamento di una banca.

7. La nullità e la simulazione: la nullità per contrarietà a norme imperative.

Il tema della nullità cd. virtuale è stato affrontato da due pronunzie che hanno riguardato ipotesi nelle quali la contrarietà a norme imperative concerneva singole clausole, e non l'intero contratto.

Sez. 3, n. 00525/2020, Cricenti, Rv. 656582-02, si è richiamata al principio, affermato - fra le altre - da Sez. U, n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600330-01, in base al quale la violazione di disposizioni inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità unicamente ove non sia altrimenti stabilito dalla legge; su tale presupposto, la pronunzia ha ritenuto che l'esito invalidante vada escluso sia quando risulti indicata una differente forma di invalidità (quale, ad esempio, l'annullabilità), sia quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi.

Nella specie, pertanto, la Corte ha confermato la sentenza d'appello che aveva rigettato la domanda di nullità del contratto di vendita di un immobile per violazione delle disposizioni antiriciclaggio di cui alla l. n. 231 del 2007, stante il dedotto pattuito pagamento del prezzo in contanti, ritenendo non applicabile l'art. 1418 c.c. poiché l'infrazione contestata era sanzionata in via amministrativa.

Alla nullità parziale per contrarietà a norme imperative è poi dedicata **Sez. 1, n. 09140/2020, Falabella, Rv. 657637-01**, che ha riguardato l'ipotesi di clausole anatocistiche contenute in un contratto di conto corrente concluso prima dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000.

Con tale decisione, la Corte ha osservato che, dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, del d.lgs. n. 342 del 1999, dette clausole sono radicalmente nulle e non può dunque procedersi al giudizio di comparazione previsto dall'art. 7, comma 2, della citata delibera al fine di verificare se le nuove pattuizioni abbiano o meno comportato un peggioramento di quelle previgenti; pertanto, la valida introduzione, in tali contratti, di una nuova clausola di capitalizzazione degli interessi ne impone l'espressa pattuizione, formulata nel rispetto dell'art. 2 della delibera.

Sez. 2, n. 17959/2020, Varrone, Rv. 658946-01, ha invece riguardato l'ipotesi del cd. reato in contratto, ovvero del contratto stipulato per effetto diretto di una condotta criminosa, costituito - nella specie - da una vendita immobiliare conclusa dalla vittima di un fatto estorsivo.

La Corte ha ritenuto che in tali casi sussista non già una mera annullabilità del contratto per vizio del consenso, bensì una sua radicale nullità, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, che discende dalla violazione di disposizioni di ordine pubblico; le esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, ed in particolare l'inviolabilità del patrimonio e della libertà personale, trascendono, in queste ipotesi, quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti, perseguite dalla disciplina che regola, sul piano negoziale, gli effetti di un consenso viziato.

7.1. Nullità e simulazione: aspetti processuali.

Di particolare interesse, al solito, è il nucleo di pronunzie che hanno riguardato il rilievo officioso della nullità del contratto, nel solco dei principi affermati per la prima volta, al riguardo, dalla nota Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 635507-01.

Sez. 2, n. 20870/2020, Cosentino, Rv. 659207-01, sgombra il campo dall'ipotesi che con tale decisione le Sezioni Unite abbiano svincolato la deduzione della nullità contrattuale dalle ordinarie preclusioni processuali, non solo assertive ma anche istruttorie; vi si afferma, infatti, che la pronunzia ha consentito di interpretare l'art. 101, comma 2, c.p.c. in termini che consentono alle parti di proporre domande di nullità e spiegare la conseguente attività probatoria sino alla precisazione delle conclusioni, ma soltanto alla condizione che vi sia stata una previa rilevazione officiosa di tale nullità. In tal senso, precisa la Corte, la deroga chiarisce i suoi limiti, sì da non travolgere le regole processuali.

Per l'ipotesi nella quale il rilievo officioso della nullità sia operato dal giudice d'appello, in conseguenza di un'eccezione sollevata per la prima volta in sede di gravame, **Sez. 6-1, n. 19161/2020, Falabella, Rv. 658837-01,** ha ritenuto che - ferma la procedibilità del rilievo per il caso di nullità cd. di protezione - non sussista alcuna violazione dell'art. 112 c.p.c. ove l'eccezione proposta per la prima volta in sede

d'appello sia qualificabile come eccezione in senso lato, e dunque ammissibile a norma dell'art. 345, comma 2, c.p.c.

Sez. 2, n. 02670/2020, Abete, Rv. 657090-02, ha invece riguardato i limiti alla proponibilità dell'*actio nullitatis* da parte del terzo, con riferimento all'interesse ad agire; nella specie, la Corte ha osservato che, mentre per i contraenti l'interesse deve ritenersi sussistente *in re ipsa*, in dipendenza dell'attitudine del contratto di cui è invocata la nullità ad incidere nella loro sfera giuridica, il terzo ha l'onere di dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse alla declaratoria di nullità, per la configurazione del quale, nel caso di specie, è stata ritenuta appagante l'allegazione dell'esistenza di un contratto collegato, avvinto a quello principale dalla prospettiva unificatrice della cd. causa in concreto.

In relazione alla simulazione, invece, le pronunzie di maggior rilievo concernono il tema della prova.

Circa la prova dell'accordo simulatorio, **Sez. 2, n. 12639/2020, De Marzo, Rv. 658274-01,** ha ritenuto che, ove tale ultimo sia ipotizzato nel rapporto fra l'emittente ed il destinatario di una quietanza, la stessa possa evincersi dal fatto che la quietanza non corrisponde ad una determinazione unilaterale del creditore, apparendo invece destinata a rendere ostensibile ai terzi l'attestazione dell'avvenuto pagamento.

In tal modo, infatti, la quietanza riflette una programmazione negoziale, vale a dire un accordo tra creditore e debitore, diretta a porre in essere solo apparentemente il negozio confessorio.

Sullo stesso specifico tema, **Sez. 2, n. 17740/2020, Falaschi, Rv. 658942-01,** ha affermato che nell'ipotesi in cui la prova della simulazione assoluta del contratto sia stata ricavata dall'esame di elementi documentali, quali la controdichiarazione, mentre siano stati *aliunde* evinti i fini pratici contingenti perseguiti dalle parti (ad esempio attraverso un'indagine presuntiva), quest'ultimo elemento assume unicamente il carattere di riscontro esterno del convincimento attinto circa la nullità del negozio, sicché la relativa contestazione non giova a sovvertire il giudizio di sussistenza dell'accordo simulatorio, poiché non ne intacca la *ratio decidendi*.

Infine, per lo specifico settore delle locazioni immobiliari, Sez. 3, n. 09672/2020, Positano, Rv. 657846-01, ha ritenuto ammissibile la prova testimoniale nell'ambito del giudizio volto a far valere l'illiceità dell'accordo dissimulato che preveda un canone superiore rispetto a quello risultante dal contratto registrato quando vi sia un principio di prova per iscritto (ex art. 2724, comma 1, n. 1, c.c.) che conferisca alla testimonianza riscontro probatorio documentale presuntivo.

8. L'inadempimento e i rimedi caducatori: gravità dell'inadempimento e fattispecie di risoluzione stragiudiziale.

In ordine ai criteri che sovraintendono alla valutazione di non scarsa importanza dell'inadempimento, nell'ottica della pronunzia risolutoria del contratto, **Sez. 1, n. 10496/2020, Iofrida, Rv. 658048-01**, ha specificato che nei contratti sinallagmatici il giudice deve tener conto del complessivo comportamento delle parti, dell'economia generale del rapporto e del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto; su quest'ultimo criterio, in particolare, si fonda una valutazione di proporzionalità dell'inadempimento, alla quale il giudice deve necessariamente procedere avendo riguardo alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse della parte non inadempiente all'esatta e tempestiva prestazione.

Sullo stesso tema, **Sez. 1, n. 08212/2020, Federico, Rv. 657629-01,** ha fatto buon governo - in materia di intermediazione finanziaria - della regola, più volte affermata dalla giurisprudenza di legittimità, in base alla quale la valutazione di gravità dell'inadempimento *ex* art. 1455 c.c. va sempre commisurata all'interesse che la parte adempiente aveva o avrebbe potuto avere alla regolare esecuzione del negozio; su tale base, infatti, la Corte ha cassato la sentenza d'appello che aveva escluso l'importanza dell'inadempimento dell'intermediario - consistito nella violazione degli obblighi informativi concernenti le caratteristiche di rischiosità dell'investimento - in quanto, a distanza di alcuni anni, i risparmiatori avevano effettuato un nuovo ordinativo del medesimo prodotto finanziario.

Alcune sentenze hanno poi riguardato l'operatività dei meccanismi di risoluzione stragiudiziale.

Fra le decisioni di maggior rilievo si segnala **Sez. 2, n. 00787/2020, Tedesco, Rv. 656836-01**, in tema di clausola risolutiva espressa.

La pronunzia, pur ribadendo che in tal caso la valutazione di gravità dell'inadempimento, tale da legittimare la risoluzione del contratto, è compiuta *ex ante* dalle parti, ha precisato che la condizione essenziale dell'inadempimento, in sé considerato, difetta radicalmente ove prevista a carico del promissario acquirente di un immobile oggetto di contratto preliminare di vendita da parte di un soggetto che non sia proprietario del bene; a detta fattispecie, infatti, non si applica l'art. 1479, comma 1, c.c. poiché, indipendentemente dalla conoscenza - da parte del promissario compratore - dell'altruità del bene, il promittente venditore può adempiere all'obbligo di procurargliene l'acquisto fino alla scadenza del termine per stipulare il contratto definitivo.

Il promissario acquirente non può così considerarsi inadempiente se, nonostante la maturazione del termine previsto per la stipula del definitivo, il promittente

venditore non sia ancora proprietario del bene; in tale situazione, pertanto, quest'ultimo non può avvalersi della clausola risolutiva espressa eventualmente pattuita per il caso di inutile decorso del termine.

In tema di diffida ad adempiere, **Sez. 1, n. 08943/2020, Falabella, Rv. 657906-02,** ha specificato che la fissazione al debitore di un termine per l'adempimento inferiore ai quindici giorni trova fondamento solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 1454, comma 2, c.c., ovvero allorché ricorra una specifica previsione derogatoria o quando il termine abbreviato sia congruo rispetto alla natura del contratto o agli usi.

Nella specie, la Corte ha pertanto cassato la sentenza impugnata che aveva attribuito rilievo, ai fini della valutazione di congruità del termine ridotto, al fatto che sulla base di una propria precedente missiva il debitore era già risultato inadempiente e non aveva contestato il termine assegnatogli per adempiere.

8.1. Il diritto di recesso.

Le pronunzie di maggior rilievo in punto al recesso quale conseguenza dell'altrui inadempimento si appuntano sulle distinzioni fra detto istituto - ove previsto dalla legge o dal regolamento contrattuale - ed il più generale rimedio risolutorio.

Sez. 6-1, n. 22429/2020, Dolmetta, Rv. 659009-01, contiene importanti indicazioni sui requisiti per l'operatività del diritto di recesso nell'ambito dei cd. impegni di garanzia, intesi - secondo il riferimento ad ipotesi di amplissimo riscontro nella pratica - come obblighi di garanzia di risultato, dei quali fanno parte, ad esempio, la garanzia per evizione (artt. 1483 ss. c.c.), quella della *veritas nominis* in ipotesi di cessione dei crediti (art. 1266 c.c.) ovvero, nel contesto degli obblighi di fonte negoziale, la garanzia di buon funzionamento cui si riferisce l'art. 1512 c.c.

In tali casi, ha precisato la Corte, il recesso opera su un piano meramente obiettivo, indipendentemente dalla prova dell'inadempimento, avuto riguardo al fatto che la garanzia opera a prescindere dalla colpa di chi abbia promesso il risultato non raggiunto; pertanto, laddove una delle parti di un contratto preliminare si sia impegnata ad assicurare un determinato risultato inerente al bene oggetto di pattuizione, è legittimo il recesso dell'altra parte sulla sola base del previsto fatto oggettivo.

Due pronunzie si innestano, invece, sull'ormai annosa questione della compatibilità strutturale e funzionale fra i due rimedi, inizialmente risolta - in senso negativo - da Sez. U, n. 00553/2009, Travaglino, Rv. 606608-01, cui tuttavia ha fatto seguito un atteggiamento tutt'altro che univoco da parte della giurisprudenza della Suprema Corte.

Nel solco della decisione delle Sezioni Unite si colloca **Sez. 6-2, n. 21971/2020, Oliva, Rv. 659397-01**, secondo cui occorre aver rilievo alla disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso, all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto ed all'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento.

Si attesta, invece, nel senso della compatibilità fra i due rimedi **Sez. 2, n. 08048/2020, Criscuolo, Rv. 657606-01**, ove il principio assunto a riferimento è quello (affermato da Sez. 2, n. 00882/2018, Giusti, Rv. 646669-02) in base al quale la parte non inadempiente che abbia agito per l'esecuzione del contratto può, in sostituzione dell'originaria pretesa, legittimamente domandarne il recesso nel corso del giudizio, senza incorrere nelle preclusioni derivanti dalla proposizione dei *nova*, poiché tale modificazione dell'originaria istanza costituisce legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento; di tale principio, la sentenza ritiene di dover fare applicazione anche nel caso in cui la parte abbia agito in origine per la risoluzione del contratto, atteso "il carattere alternativo del recesso *ex* art. 1385 c.c. rispetto all'ordinaria azione di risoluzione".

8.2. Rimedi caducatori ed eccezione di inadempimento: profili processuali.

Le considerazioni inerenti al rapporto fra risoluzione e recesso introducono l'ultimo tema in esame, concernente i profili processuali che contraddistinguono l'operatività di tali rimedi, nonché dell'*exceptio inadempleti contractus* volta a paralizzarli.

In relazione alla domanda di risoluzione del contratto, **Sez. 2, n. 19513/2020, Abete, Rv. 659132-01,** ha osservato che essa non deve necessariamente risultare da un'espressa petizione, ben potendo essere implicitamente contenuta in un'altra domanda, eccezione o richiesta, sia pure di diverso contenuto, che la presupponga; nella specie, la Corte ha pertanto escluso che, nell'ambito di una compravendita immobiliare, la domanda di ripetizione degli acconti già versati contenesse implicitamente quella di risoluzione, trattandosi di richiesta compatibile con la domanda di riduzione del corrispettivo, avuto riguardo al fatto che era stata lamentata la presenza di vizi in capo alla cosa venduta.

Circa i rapporti fra azione di risoluzione e domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione stragiudiziale del contratto, **Sez. 2, n. 23193/2020, Criscuolo, Rv. 659406-01,** ha affermato che nella proposizione di una domanda di risoluzione di diritto per l'inosservanza di una diffida ad adempiere può ritenersi implicita, in quanto di contenuto minore, anche quella di risoluzione giudiziale di cui all'art. 1453 c.c.; non altrettanto può dirsi, invece, nell'ipotesi inversa, poiché la sola proposizione della domanda di risoluzione giudiziale preclude l'esame di quella di

risoluzione di diritto, salvo che i fatti su cui la prima si fonda siano stati allegati in funzione di un proprio effetto risolutivo.

Sul tema delle eccezioni, la Corte ha affermato che laddove la parte inadempiente deduca la non imputabilità dell'inadempimento si è in presenza non già di una mera difesa, ma di un'eccezione in senso lato; conseguentemente, ha specificato **Sez. 6-3, n. 12980/2020, Iannello, Rv. 658372-01**, si tratta di questione rilevabile d'ufficio e non soggetta alla decadenza *ex* art. 167 c.p.c., sempreché il fatto emerga dagli atti, dai documenti o dalle altre prove ritualmente acquisite al processo.

Sez. 2, n. 12714/2020, De Marzo, Rv. 658892-01, ha svolto considerazioni non dissimili quanto all'eccezione di inadempimento, osservando che essa può essere dedotta per la prima volta in sede giudiziale, quand'anche non sia stata sollevata in precedenza per rifiutare motivatamente l'adempimento chiesto dalla controparte, non ponendo l'art. 1460 c.c. alcuna limitazione temporale o modale alla sua esperibilità, salva l'ipotesi di termini differenziati di adempimento, né essendo l'esercizio della facoltà di sospendere l'esecuzione del contratto, a fronte del grave inadempimento della controparte, subordinato ad alcuna condizione.

Laddove, infine, la domanda di risoluzione sia stata respinta, non è precluso all'interessato il diritto di agire per l'esatto adempimento del contratto; **Sez. 2, n. 12637/2020, San Giorgio, Rv. 658273-01**, ha affermato, in proposito, che il divieto posto sul punto dall'art. 1453 c.c. non ha più ragion d'essere, giacché rimane in vita il vincolo contrattuale facendo risorgere l'interesse all'esecuzione della prestazione, con inizio di un nuovo termine di prescrizione del diritto di chiedere l'adempimento.

Quando, tuttavia, sull'infondatezza della pretesa risolutoria si è formato il giudicato, la parte non inadempiente non può proporre una nuova domanda di risoluzione fondata su altri inadempimenti, conosciuti o conoscibili alla data di proposizione della prima domanda e non fatti valere con essa; sul punto, **Sez. 3, n. 04003/2020, Sestini, Rv. 656906-01,** ha infatti rilevato che il giudicato sulla domanda copre il dedotto e il deducibile.

CAPITOLO IX

I SINGOLI CONTRATTI

(DI STEFANIA BILLI E STEFANO PEPE)[1]

SOMMARIO: 1. Il contratto di appalto privato. - 1.1. Rapporti tra le ipotesi di responsabilità contrattuale e extracontrattuale. - 1.2. La responsabilità verso terzi. - 2. Profili del contratto di assicurazioni e questioni interpretative. - 2.1 Vizi del sinallagma e aspetti processuali. - 2.2 Disciplina della prescrizione. - 2.3. L'assicurazione obbligatoria r.c.a. - 3. Il comodato. - 3.1. Il comodato, aspetti processuali. - 4. I contratti agrari. - 5. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie. - 6. La locazione: differenza tra affitto e locazione, aspetti sostanziali e processuali. - 6.1. Locazione e la novazione del rapporto, presupposti. - 6.2. Il sinallagma contrattuale. 6.3. Indennità di avviamento. - 6.4. Le obbligazioni del locatore. - 6.5. Le obbligazioni del conduttore, restituzione della cosa locata. - 6.6. Locazione non abitativa: la *denuntiatio*, presupposti. - 6.7. La risoluzione per inadempimento del conduttore, risarcimento danno per il locatore, quantificazione. - 6.8. Locazione di immobile ad uso non abitativo, affitto di azienda: differenze - 7. Il mandato. - 8. La mediazione. - 9. La transazione. - 10. Il trasporto. - 11. La vendita: premessa. - 11.1. I diversi tipi - 11.2. I vizi e le difformità. - 11.3. Il concorso dei danni e altri profili processuali. - 11.4. Il contratto preliminare. - 12. Il giuoco e la scommessa.

1. Il contratto di appalto privato.

Con riferimento ai requisiti del contratto di appalto privato la Corte (**Sez. 2, n. 00133/2020, Falaschi, Rv. 656356-01**) si è occupata dei limiti di determinatezza dell'oggetto che esso deve contenere. Nella fattispecie il Tribunale di Ascoli Piceno aveva rigettato la domanda proposta da un soggetto volta ad ottenere la risoluzione del contratto di appalto stipulato con un appaltatore per inadempimento di quest'ultimo all'obbligazione di realizzazione dei muri di sostegno come contrattualmente previsto. A fondamento della decisione il giudice di primo grado rilevava che nessuna obbligazione di realizzazione dei muri di sostegno poteva ritenersi sorta in capo all'appaltatore per non essere l'oggetto del contratto sul punto fornito del necessario requisito della determinatezza e/o determinabilità, giacché dalla lettura del contratto non veniva individuata né la collocazione né la conformazione di siffatte pareti.

La Corte d'Appello confermava la sentenza di primo grado e la relativa sentenza veniva cassata dalla Corte di cassazione sul rilievo che dal contratto era evincibile l'oggetto dell'appalto.

---

[1] Stefania Billi ha redatto i paragrafi 2, 3, 8, 9, 13, 14 e Stefano Pepe i paragrafi 1, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12.

In proposito, il Collegio ha osservato che per la determinazione dell'oggetto del contratto di appalto non è necessario che l'opera sia specificata in tutti i suoi particolari, ma è sufficiente che ne siano fissati gli elementi fondamentali. Ne consegue che le eventuali deficienze ed inesattezze riguardanti taluni elementi costruttivi non costituiscono causa di nullità del contratto quando non siano rilevanti ai fini della realizzazione dell'opera e consentano una agevole individuazione della stessa, nella sua consistenza qualitativa e quantitativa, mediante il ricorso ai criteri generali della buona tecnica costruttiva e alle cosiddette regole d'arte, le quali devono adeguarsi alle esigenze e agli scopi cui l'opera e destinata. Alla stregua di tali principi, nella specie, ai fini dell'identificazione dell'oggetto della prestazione non era indispensabile che le parti indicassero, in modo completo e dettagliato, la distanza dal fabbricato dei muri e l'entità dello sbancamento del terreno, risultando sufficiente l'accordo delle parti sugli elementi essenziali in merito alla collocazione (confini nord ed est del fabbricato) e alla conformazione dei muri di sostegno idonei a consentire in modo inequivoco l'identificazione dell'obbligazione.

Con riferimento alla diversa fase dell'esecuzione del contratto di appalto privato merita di essere segnalata la sentenza **Sez. 2, n. 10452/2020, San Giorgio, Rv. 657792-01,** che ha fornito l'interpretazione dell'art. 1665 c.c. e, quindi, ne ha delimitato l'ambito operativo.

In particolare, la Corte nel confermare la sentenza di merito impugnata censurata, ha affermato che, in tema di appalto, ai sensi dell'art. 1665, quarto comma, c.c., occorre distinguere tra atto di «consegna» e atto di «accettazione» dell'opera: la consegna costituisce un atto puramente materiale che si compie mediante la messa a disposizione del bene a favore del committente, mentre l'accettazione esige che il committente esprima (anche per *facta concludentia*) il gradimento dell'opera stessa, con conseguente manifestazione negoziale che comporta effetti ben determinati, quali l'esonero dell'appaltatore da ogni responsabilità per i vizi e le difformità dell'opera ed il conseguente suo diritto al pagamento del prezzo. L'art. 1665 c.c., prosegue il Collegio, poi, pur non enunciando la nozione di accettazione tacita dell'opera, indica i fatti e i comportamenti dai quali deve presumersi la sussistenza dell'accettazione da parte del committente e, in particolare, al quarto comma, prevede come presupposto dell'accettazione (da qualificare come tacita) la consegna dell'opera al committente (alla quale è parificabile l'immissione nel possesso) e come fatto concludente la ricezione senza riserve da parte di quest'ultimo, anche se non si sia proceduto alla verifica.

Alla luce di tali premesse, precisato che la valutazione di tali circostanze costituisce una *quaestio facti*, rimessa alla valutazione del giudice di merito, la Corte ha affermato che la Corte d'Appello investita della questione aveva ritenuto configurabile quale accettazione dell'opera non già la mera circostanza della presa in

consegna della stessa, «*sebbene tale circostanza unita a quella dell'avvenuto pagamento da parte della committenza della somma dovuta, ivi compreso lo svincolo delle somme ritenute a garanzia*».

1.1. Rapporti tra le ipotesi di responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

Ai fini dell'individuazione dell'ambito applicativo delle norme che disciplinano le ipotesi di responsabilità nel caso di contratto di appalto privato appare opportuno segnalare, con riferimento alla portata dell'art. 1669 c.c., la **Sez. 2, n. 00777/2020, Scalisi, Rv. 656833-02**.

Con tale pronuncia la Corte ha analizzato diversi aspetti della disciplina di cui alla norma sopra indicata.

In particolare, il Collegio ha, dapprima, affermato che l'azione di responsabilità prevista dall'art. 1669 c.c. configura una responsabilità extracontrattuale di ordine pubblico, sancita per finalità d'interesse generale, ed è esperibile contro ogni costruttore, per tale intendendosi chi abbia costruito l' immobile sotto la propria responsabilità, senza che abbia rilievo la specifica identificazione del rapporto giuridico (appalto o contratto d'opera) in base al quale la costruzione è stata effettuata.

La Corte ha, poi, osservato che configurano gravi difetti dell'edificio, *ex* art. 1669 c.c. anche le carenze costruttive dell'opera - da intendere anche come singola unità abitativa - che pregiudicano o menomano in modo grave il normale godimento e/o la funzionalità e/o l'abitabilità della medesima, come, allorché, la realizzazione è avvenuta con materiali inidonei e/o non a regola d'arte ed, anche, se incidenti su elementi secondari ed accessori dell'opera (quali impermeabilizzazione, rivestimenti, infissi, pavimentazione, impianti, etc.), purché tali da compromettere la sua funzionalità e l'abitabilità ed eliminabili solo con lavori di manutenzione, ancorché ordinaria, e, cioè, mediante opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici o che mediante opere che integrano o mantengono in efficienza gli impianti tecnologici installati.

Infine, nella medesima sentenza si è affermato che il *dies a quo* della decadenza del termine di un anno per la denuncia del pericolo di rovina o di gravi difetti della costruzione di un immobile, previsto dall'art. 1669 c.c. a pena di decadenza dall'azione di responsabilità contro l'appaltatore, decorre dal giorno in cui il committente consegua un apprezzabile grado di conoscenza oggettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera - nel caso di specie individuato nella data del deposito della relazione del consulente, nominato in sede di accertamento tecnico preventivo - non essendo sufficienti, viceversa, manifestazioni di scarsa rilevanza e semplici sospetti; accertamento che è rimesso al giudice di merito.

Sempre con riferimento all'art. 1669 c.c. la S**ez. 2, n. 20877/2020, Dongiacomo Rv. 659208-01**, ha, poi, precisato, che la garanzia da esso prevista può essere esercitata, non solo dal committente contro l'appaltatore, ma anche dall'acquirente contro il venditore che abbia costruito l'immobile sotto la propria responsabilità, allorché lo stesso venditore abbia assunto una posizione di diretta responsabilità nella costruzione dell'opera nei confronti dei terzi e degli stessi acquirenti e sempre che si tratti di difetti gravi che pregiudichino il grave godimento o la funzionalità dell'immobile.

In particolare, la Corte ha precisato che la circostanza che il venditore sia anche il costruttore del bene compravenduto non vale ad attribuirgli le veste di appaltatore nei confronti dell'acquirente con la conseguenza che quest'ultimo non acquista la qualità di committente nei confronti del primo. L'acquirente, pertanto, non può esercitare l'azione per ottenere l'adempimento del contratto d'appalto e l'eliminazione dei difetti dell'opera a norma degli artt. 1667 e 1668 c.c., spettando tale azione, di natura contrattuale, esclusivamente al committente nel contratto d'appalto. Il Collegio ha, poi, precisato che tuttavia le argomentazioni sopra riportate non valgono per l'azione prevista dall'art. 1669 c.c., di natura extracontrattuale, che opera non solo a carico dell'appaltatore ed a favore del committente, ma anche a carico del costruttore ed a favore dell'acquirente. Tale conclusione poggia sulla considerazione che la norma indicata, prevedendo un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale sancita per ragioni e finalità di interesse generale, si applica, nonostante la *sedes materiae* non soltanto ai rapporti tra committente e appaltatore ma anche a quelli tra l'acquirente ed il costruttore-venditore, pur in mancanza, tra essi, di un formale contratto d'appalto, con la conseguenza che il predetto costruttore non può ritenersi sollevato dalla responsabilità verso l'acquirente qualora l'opera sia stata eseguita (in tutto o in parte), su suo incarico, da un terzo. Il venditore di unità immobiliari che ne curi direttamente la costruzione, ancorché i lavori siano stati appaltati ad un terzo, risponde, quindi, nei confronti degli acquirenti, dei gravi difetti, a norma dell'art. 1669 c.c., indipendentemente dall'identificazione del contratto con essi intercorso.

Ancora, con riferimento alla portata dell'art. 1669 c.c. sempre la Se**z. 2, n. 18289/2020, Bellini, Rv. 659099-02,** ha affermato ha ritenuto che il bacino idrico si debba qualificare come bene immobile destinato per sua natura a lunga durata, per ciò disciplinato dall'art. 1669 c.c., quanto alla responsabilità in caso di pericolo di rovina o di presenza di gravi difetti. Precisa la Corte che le cose immobili indicate dalla suddetta norma si possono identificare, in relazione alle indicazioni generali previste dall'art. 812 c.c., nelle costruzioni incorporate al suolo non a scopo transitorio e negli altri beni che vengono reputati immobili, quali mulini ed edifici galleggianti, saldamente assicurati alla riva o all'alveo e destinati a esserlo in modo permanente. Con la medesima sentenza la Corte ha provveduto a delimitare

l'applicabilità al contratto di appalto privato delle norme che disciplinano la responsabilità dell'appaltatore e, in particolare, del vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore ed il progettista e direttore dei lavori, nel caso in cui i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente. La Corte ha affermato che in simili ipotesi la concorrente responsabilità dei soggetti sopra indicati trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale.

In ordine ai profili di responsabilità connessi con l'esecuzione del contratto di appalto va, poi, segnalata, la **Sez. 1, n. 05144/2020, Scalia, Rv. 657082-01,** con la quale la Corte ha affermato che tra gli obblighi dell'appaltato rientra, nell'appalto pubblico e privato e senza necessità di una specifica pattuizione, il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Alla luce di tale principio, la Corte ha concluso che la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, restando la sua responsabilità esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali.

Con specifico riferimento alla responsabilità in capo al direttore dei lavori, la Corte **Sez. 2, n. 02913/2020, Giannaccari, Rv. 657092-01,** ha riaffermato un principio già sancito nel 2013 (Sez. 2, n. 10728/2008, De Julio, Rv. 603056-01), secondo il quale il direttore dei lavori, pur prestando un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, è chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche e deve utilizzare le proprie risorse intellettive e operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *diligentia quam* in concreto. In ragione di tali principi la Corte ha affermato che rientrano, pertanto, nelle obbligazioni del direttore dei lavori, l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti

costruttivi. In conclusione, non si sottrae a responsabilità il professionista che ometta di vigilare e di impartire le opportune disposizioni al riguardo, nonché di controllarne l'ottemperanza da parte dell'appaltatore e, in difetto, di riferirne al committente.

1.2. La responsabilità verso terzi.

Con **Sez. 3, n. 12882/2020, Rossetti, Rv. 658296-01,** la Corte si è occupata della fattispecie in cui alcuni soggetti avevano convenuto in giudizio il Comune di Pattada esponendo che quest'ultimo, a seguito di espropriazione di parte di un loro fondo, aveva realizzato la relativa opera pubblica arrecando un danno alla parte di terreno non espropriata e ciò, anche, in ragione della errata progettazione dell'opera. Gli attori chiedevano, pertanto, la condanna dell'ente locale al risarcimento dei danni subiti, eccependo, al contrario, il Comune che la responsabilità dei danni andava ascritta all'impresa cui erano stati appaltati i lavori di realizzazione dell'impianto, ed a quella cui l'appaltatore aveva subappaltato parte di essi.

Il Tribunale di Sassari accolse la domanda attorea nei confronti delle due società appaltatrici, e la rigettò nei confronti del Comune.

La Corte d'Appello di Cagliari, in riforma della sentenza di primo grado, condannava al risarcimento del danno, in solido con gli altri obbligati, anche il Comune di Pattada.

La Corte di cassazione nel rigettare il ricorso ha affermato che i giudici di secondo grado avevano correttamente individuato una condotta colposa da parte del Comune. In particolare, la Corte ha affermato che se la realizzazione di un'opera arreca a terzi danni provocati non da una malaccorta esecuzione, bensì da un vizio del progetto fornito dal committente, sussiste la concorrente responsabilità risarcitoria dell'appaltatore e del committente stesso. La concorrente responsabilità si fonda sul principio che il primo è tenuto al risarcimento quando, con la diligenza professionale *ex* art. 1176, comma 2, c.c., si sarebbe potuto avvedere del vizio progettuale e non l'abbia fatto; il secondo è sempre obbligato al risarcimento dei terzi danneggiati per aver ordinato l'esecuzione di un progetto malamente concepito.

2. Profili del contratto di assicurazione e questioni interpretative.

Nel corso dell'anno gli interventi di legittimità sul contratto di assicurazione si sono rivelati particolarmente utili anche per meglio definire il contenuto dello scambio sinallagmatico. In proposito, infatti, **Sez. 3, n. 14595/2020, Gorgoni, Rv. 658318-01**, è partita dal principio consolidato per cui in tale contratto la corrispettività e l'equilibrio sinallagmatico sono costituiti dallo scambio della promessa di pagare l'indennità da parte dell'assicuratore a fronte del versamento del corrispettivo, mentre la misura del premio non entra nello scambio privatistico,

perché è condizionata da fattori esogeni derivanti dalla considerazione del rischio medio calcolato sulla base di elementi probabilistici in relazione ad una massa di rischi omogenei e non di quello del singolo contratto. Tale premessa ha costituito l'occasione per scandagliare la rilevanza che comunque può assumere il premio nel sinallagma. Si è affermato, pertanto, che ove, in virtù di specifiche clausole delimitative dell'oggetto del contratto a favore dell'assicuratore, la responsabilità di quest'ultimo sia eliminata o ridotta senza una corrispondente modifica del premio, è indispensabile verificare se il piano di distribuzione dei rischi soddisfi il requisito della causa in concreto o se vi sia uno squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti. Se, all'esito dell'accertamento emerga la carenza dell'assunzione di un rischio in capo all'assicuratore, è certo il venire meno dell'interesse per l'assicurato alla stipulazione del contratto, così da rendere privo di giustificazione lo spostamento patrimoniale posto a suo carico. In tal caso le menzionate clausole delimitative dell'oggetto negoziale saranno evidentemente sanzionabili, per difetto originario o sopravvenuto di causa.

Nell'ambito dell'analisi delle clausole utilizzate dalla pratica commerciale **Sez. 3, n. 08894/2020, Cricenti, Rv. 657843-01**, ha ritenuto nulla la clausola che pone a carico dell'assicurato un termine di decadenza per denunciare l'evento, la cui decorrenza è indipendente dalla volontà di quest'ultimo. Tale clausola contrasta, infatti, non solo, con l'art. 1341 c.c., che vieta le clausole che impongono decadenze, ove non sottoscritte, ma anche con l'art. 2965 c.c., che commina la nullità di quelle con cui si stabiliscono decadenze che rendono eccessivamente difficile, ad una delle parti, l'esercizio del diritto. L'arresto, precisando che tra esse vanno ricomprese anche quelle che fanno dipendere tale esercizio da una condotta del terzo, autonoma e non calcolabile, ha ritenuto nulla la clausola *claims made* che consentiva all'assicurato di fare denuncia dell'evento nei dodici mesi dalla cessazione del contratto di assicurazione, purché avesse ricevuto la richiesta di risarcimento del danno entro la scadenza del contratto stesso.

A conferma di un orientamento pacifico, da ultimo affermato da Sez. 3, n. 18525/2007, Durante, Rv. 599514-01, **Sez. 3, n. 25298/2020, Moscarini, Rv. 659780-02**, ha ribadito la nullità in forza dell'art. 1932 c.c., della clausola del contratto assicurativo che stabilisce, in caso di mancato pagamento dei premi assicurativi, la loro persistente esigibilità e la decadenza dell'assicurato dal diritto di pretendere l'indennizzo, in quanto introduce una sospensione della garanzia non prevista dalla legge.

Una siffatta clausola, invero, espone l'assicurato al pagamento del corrispettivo in mancanza di prestazione dell'assicuratore, così illegittimamente derogando, in sfavore di quest'ultimo, all'art. 1901 c.c., secondo il quale il mancato pagamento dei premi successivi al primo comporta la sospensione della garanzia assicurativa per il

solo periodo a cui si riferisce il premio, fermo restando l'obbligo dell'assicuratore di indennizzare i sinistri verificatisi precedentemente. L'inderogabilità dell'art. 1901 c.c. è, infatti, prevista dall'art. 1932 c.c.

È stata, poi, ritenuta nulla per contrarietà a norma imperativa, da **Sez. 3, n. 06177/2020, Olivieri, Rv. 657142-02**, la clausola del contratto autonomo di garanzia che attribuisce all'assicuratore garante la facoltà di adempiere la stessa obbligazione del debitore, alternativa al versamento dell'indennizzo in favore del creditore insoddisfatto. L'affermazione trova la sua ragione nella preclusione alle società di assicurazione, incluse quelle del ramo cauzioni, dell'esercizio di qualsiasi attività diversa da quella assicurativa e da quelle connesse in base all'art. 5 della l. 10 giugno 1978, n. 295, nel caso di specie applicabile *ratione temporis*.

Sul versante dell'obbligo di indennizzo **Sez. 6-3, n. 14481/2020, Rossetti, Rv. 658418-01**, ha escluso che ricorra l'inadempimento dell'assicuratore all'obbligo di pagamento dell'indennizzo per il mero fatto che, ricevuta la relativa richiesta dall'assicurato, abbia omesso di provvedervi. Sussiste, infatti, l'inadempimento solo nell'ipotesi in cui l'assicuratore abbia rifiutato il pagamento senza attivarsi per accertare, alla stregua dell'ordinaria diligenza professionale *ex* art. 1176, comma 2, c.c., la sussistenza di un fatto colposo addebitabile al medesimo assicurato oppure qualora gli elementi in suo possesso evidenzino la sussistenza di una responsabilità dello stesso assicurato non seriamente contestabile.

La pronuncia ha colto l'occasione per precisare che tale accertamento deve essere compiuto dal giudice di merito con una prognosi postuma, ovvero con riferimento al momento in cui l'assicuratore ha ricevuto la domanda di indennizzo, e sulla base di una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresa la condotta dell'assicurato. In tal senso ha escluso che possa darsi esclusivo ed assorbente rilievo ad una sentenza di condanna non definitiva a carico dell'assicurato, quando l'assicuratore non abbia preso parte al relativo giudizio.

Nello specifico settore della responsabilità per attività medico-chirurgica, secondo **Sez. 3, n. 11098/2020, Di Florio, Rv. 658139-01**, sebbene la struttura presso la quale il paziente sia ricoverato risponda della condotta colposa dei sanitari, a prescindere dall'esistenza di un rapporto di lavoro alle dipendenze della stessa, tuttavia, ciò non incide automaticamente sul rapporto di manleva derivante dalla polizza stipulata tra la medesima struttura e la compagnia di assicurazione, tanto più ove il contratto escluda espressamente la copertura assicurativa per l'operato di medici non dipendenti della detta struttura.

Con riguardo ad altre clausole contrattuali, **Sez. 6-3, n. 08973/2020, Iannello, Rv. 657936-03**, ha confermato il principio a suo tempo espresso già da Sez. 3, n. 03961/2012, Lanzillo, Rv. 621404-01, secondo cui la previsione della perizia contrattuale, rendendo inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle

operazioni peritali, sospende fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione *ex* art. 2952, comma 2, c.c., sempre che, tuttavia, il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo. Il termine decorre dal giorno in cui si è verificato il sinistro e tale decorrenza consente di attivare la procedura di accertamento del diritto, evitando che la richiesta di indennizzo possa essere dilazionata all'infinito.

Sul fronte delle questioni relative all' interpretazione del contratto di assicurazione risulta, poi, ulteriormente confermato da **Sez. 3, n. 10825/2020, Di Florio, Rv. 657966-01**, il principio consolidato, secondo cui il giudice non può attribuire a clausole polisenso uno specifico significato, pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere all'ausilio di tutti gli altri criteri di ermeneutica previsti dagli artt. 1362 ss. c.c. e, in particolare, a quello dell'interpretazione contro il predisponente di cui all'art. 1370 c.c. L'affermazione parte dalla premessa che il negozio debba innanzitutto essere redatto in modo chiaro e comprensibile e si aggancia a quanto da ultimo espresso da Sez. 3, n. 668/2016, Rossetti, Rv. 638509-01.

Sul solco già tracciato da Sez. 3, n. 07597/2006, Scarano, Rv. 587980-01, **Sez. 3, n. 08810/2020, Scarano, Rv. 657914-01**, ha ribadito che l'interpretazione delle clausole in ordine alla portata e all'estensione del rischio assicurato rientra tra i compiti del giudice di merito ed è incensurabile in cassazione, se rispettosa dei canoni legali di ermeneutica e motivata. Il sindacato di legittimità, infatti, può avere ad oggetto, non già, la ricostruzione della volontà delle parti, ma solamente l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il medesimo giudice di merito si sia avvalso per assolvere la funzione a lui riservata, al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto.

2.1. Vizi del sinallagma e aspetti processuali.

Con riferimento ai vizi del sinallagma, anche quest'anno molteplici sono state le pronunce.

Sul versante delle azioni di annullamento è stato ribadito da **Sez. 3, n. 11115/2020, Rossetti, Rv. 658096-01**, che la reticenza dell'assicurato costituisce causa di annullamento solo ove ricorrano simultaneamente tre condizioni: a) che la dichiarazione sia inesatta o reticente; b) che la dichiarazione sia stata resa con dolo o colpa grave; c) che la reticenza sia stata determinante nella formazione del consenso dell'assicuratore.

L'onere probatorio in ordine alla sussistenza di tali condizioni è a carico dell'assicuratore, in applicazione dei principi generali, trattandosi di elementi che costituiscono il presupposto di fatto e di diritto dell'inoperatività della garanzia

assicurativa. L'arresto conferma un consolidato orientamento, da ultimo espresso da Sez. 3, n. 16769/2006, Mazza, Rv. 591763-01.

In tema di rimedi avverso le dichiarazioni inesatte o reticenti con dolo o colpa grave dell'assicurato, risulta confermato da **Sez. 3, n. 01166/2020, Cricenti, Rv. 656584-01**, che l'onere dell'assicuratore di manifestare la propria volontà di esercitare l'azione di annullamento del contratto entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto la causa di tale annullamento, imposto dall'art. 1892 c.c. allo scopo di evitare la decadenza, non sussiste quando il sinistro si verifichi anteriormente al decorso del termine suddetto e, ancora più, ove avvenga prima che l'assicuratore sia venuto a sapere dell'inesattezza o reticenza della dichiarazione.

In linea con quanto più volte espresso e, da ultimo affermato da Sez. 3, n. 16406/2010, Urban, Rv. 614109-01, l'arresto di quest'anno ha ribadito che, in tali casi, per sottrarsi al pagamento dell'indennizzo, è sufficiente che l'assicuratore stesso invochi, anche mediante eccezione, la violazione dolosa o colposa dell'obbligo, esistente a carico dell'assicurato, di rendere dichiarazioni complete e veritiere sulle circostanze relative alla rappresentazione del rischio.

I profili processuali legati alle controverse in tema di assicurazione della responsabilità civile sono stati, poi, affrontati da differenti prospettive.

In tema di ripartizione dell'onere probatorio, secondo **Sez. 3, n. 01168/2020, Guizzi, Rv. 656635-01**, ove il massimale di polizza sia fissato nel contratto, l'onere di provarne l'esistenza e la misura grava sull'assicuratore. Posta tale premessa si è anche chiarito che il principio *iura novit curia* può trovare applicazione nelle sole ipotesi in cui lo stesso massimale sia normativamente stabilito.

Sez. 6-3, n. 24409/2020, Cirillo, Rv. 659911 - 01, ha confermato quanto a suo tempo espresso da Sez. 3, n. 19176/2014, Spirito, Rv. 633085-01, secondo cui la costituzione e difesa dell'assicurato, a seguito dell'instaurazione del giudizio da parte di chi assume di aver subito danni, è svolta anche nell'interesse dell'assicuratore, ritualmente chiamato in causa, in quanto finalizzata all'obbiettivo ed imparziale accertamento dell'esistenza dell'obbligo di indennizzo. Il logico corollario che deriva è che, pure nell'ipotesi in cui nessun danno venga riconosciuto al terzo che ha promosso l'azione, l'assicuratore è tenuto a sopportare le spese di lite dell'assicurato, nei limiti stabiliti dall'art. 1917, comma 3, c.c.

Con riguardo, invece, ai diversi possibili esiti giudiziari nel succedersi dei gradi di giudizio, **Sez. 3, n. 03999/2020, Di Florio, Rv. 656903-01**, ha avuto modo di chiarire che all'assicuratore, chiamato in manleva, che abbia pagato direttamente al danneggiato la somma che l'assicurato sia stato condannato a corrispondere a titolo di risarcimento del danno con sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, spetta, ove tale sentenza sia stata riformata in appello con il rigetto della sola domanda di manleva, l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo nei confronti

dello stesso assicurato, per avere dato esecuzione alla condanna risarcitoria per suo conto e in sua sostituzione, quale terzo adempiente, nonostante non sussistesse alcun obbligo di manleva.

Sul tema mai sopito delle spese di giudizio, **Sez. 6-3, n. 18076/2020, Iannello, Rv. 658762-01**, ha contribuito a chiarirne ulteriormente le differenti tipologie, affermando che l'assicurato ha diritto di essere tenuto indenne dal proprio assicuratore delle spese processuali che è stato costretto a rifondere al terzo danneggiato, c.d. spese di soccombenza, entro i limiti del massimale, in quanto costituiscono una delle tante conseguenze possibili del fatto illecito; tale diritto si estende, inoltre, alle spese sostenute per resistere alla pretesa di quegli, c.d. spese di resistenza, anche in eccedenza rispetto al massimale purché entro il limite stabilito dall'art. 1917, comma 3, c.c.

La pronuncia ha chiarito, infatti, che, pur non costituendo propriamente una conseguenza del fatto illecito, tali ultime spese rientrano nel *genus* delle spese di salvataggio di cui all'art. 1914 c.c., perché sostenute per un interesse comune all'assicurato ed all'assicuratore.

Le spese di chiamata in causa dell'assicuratore, viceversa, non costituiscono, né conseguenza del rischio assicurato, né spese di salvataggio, bensì comuni spese processuali soggette, dunque, alla disciplina degli artt. 91 e 92 c.p.c.

Sull'obbligo di rimborso da parte dell'assicuratore delle spese di lite sostenute dall'assicurato, **Sez. 3, n. 08896/2020, Cricenti, Rv. 657844-01**, ne ha chiarito la natura oggettiva. Tale obbligo di rimborso sorge, infatti, oggettivamente per la sola circostanza che il detto assicurato sia stato costretto ad agire o a difendersi in una controversia che abbia causa in situazioni rientranti nella garanzia assicurativa, nei limiti di quanto convenuto in contratto o, in ogni caso, in quelli di cui all'art. 1917, comma 3, c.c.

La finalità di tale obbligo è, infatti, quella di rimborsare le spese di lite sostenute dall'assicurato, pur se l'assicuratore non abbia aderito alle ragioni di questi e senza che assuma rilevanza il fatto che la presenza in giudizio in proprio del medesimo assicurato non sia dipesa dalla posizione difensiva dell'assicurazione, ma dalle richieste del danneggiato.

2.2. Disciplina della prescrizione.

In materia, **Sez. 3, n. 11581/2020, Guizzi, Rv. 658054-01**, ha precisato che il termine breve di due anni, previsto dall'art. 2952, comma 2, c.c., decorre dal giorno in cui il terzo ha promosso l'azione risarcitoria nei confronti dell'assicurato e non dalla precedente domanda di accertamento tecnico preventivo.

Restando sempre nell'analisi applicativa dell'articolo ora citato, ma con riguardo, alla diversa ipotesi della sospensione prevista dal comma 4, in caso di comunicazione all'assicuratore della richiesta del terzo danneggiato, **Sez. 3, n. 00541/2020, Cigna, Rv. 656630-02**, ha chiarito che essa riguarda unicamente la specifica ipotesi dell'assicurazione della responsabilità civile. La pronuncia in oggetto ha, dunque, espressamente escluso l'applicabilità della disposizione al termine di prescrizione dei diritti nascenti da contratto di assicurazione concernente la navigazione aerea.

Con riguardo, appunto, a tali contratti di navigazione marittima ed aerea (**Sez. 3, n. 00541/2020, Cigna, Rv. 656630-01**) il termine annuale di prescrizione previsto dall'art. 547, comma 1, c. nav. si applica a tutti i diritti derivanti dal contratto di assicurazione, incluso quello all'indennizzo dell'assicurato verso l'assicuratore in caso di verificazione dell'evento previsto in contratto. Tale principio deriva dall'affermazione che la disposizione da ultimo citata ha natura speciale rispetto all'art. 2952, comma 2, c.c.

In tema, ma nello specifico ambito del diritto al risarcimento dei danni, causati da un *broker* assicurativo, da parte del Fondo di garanzia per l'attività dei mediatori di assicurazione e riassicurazione, **Sez. 3, n. 01575/2020, Scrima, Rv. 656648-01,** ha specificato che trova applicazione il termine ordinario decennale e non quello biennale di cui all'art. 2952, comma 2, c.c., trattandosi, in tal caso di un'obbligazione che nasce dalla legge e non deriva dal contratto di assicurazione.

2.3. L'assicurazione obbligatoria r.c.a.

Sotto il profilo dell'analisi degli elementi del contratto assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, **Sez. 3, n. 12119/2020, Rossetti, Rv. 658170-01,** ha chiarito che la clausola che esclude la copertura per i sinistri causati da conducenti privi di patente di guida non ha natura vessatoria *ex* art. 1341 c.c.; provvedendo, infatti, a delimitare il rischio garantito, essa attiene all'oggetto del contratto.

Con riguardo all'ambito di applicazione dell'obbligo della garanzia assicurativa, **Sez. 3, n. 17665/2020, Positano, Rv. 658824-01**, ha preliminarmente chiarito che l'autorizzazione ministeriale alla circolazione con "targa prova", regolata dall'art. 1 del d.P.R. 24 novembre 2001, n. 474, è consentita ai veicoli privi della carta di circolazione e non immatricolati la cui circolazione sia necessaria per prove tecniche, sperimentali o costruttive o per dimostrazioni finalizzate alla vendita, previa stipula di polizza assicurativa per la responsabilità civile da parte dei titolari della specifica autorizzazione, quali le officine, i concessionari, i costruttori, ecc.

Da tale premessa la pronuncia ne ha fatto conseguire il principio che dei danni cagionati da un veicolo già immatricolato, regolarmente targato e munito di copertura

assicurativa per la r.c.a., circolante, quindi, con la targa di prova del titolare dell'officina di riparazione per essere controllato o a scopo dimostrativo o per collaudo, risponde solo l'assicuratore del mezzo e non quello della targa di prova.

La finalità di quest'ultima, come si è detto infatti, non è quella di sostituirsi all' assicurazione del veicolo, ma quella di munire di copertura assicurativa i veicoli non ancora immatricolati.

Lo sforzo più grande, anche quest'anno, della S.C. è stato quello di arare ulteriormente il campo delle domande risarcitorie, con particolare riguardo ai diritti del terzo trasportato, con diverse questioni processuali connesse.

In tema di risarcimento del terzo trasportato **Sez. 3, n. 14255/2020, Sestini, Rv. 658315-01**, ha affermato la sussistenza, in capo all'impresa di assicurazione che abbia risarcito, *ex* art. 141, comma 1, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, il terzo trasportato a bordo del veicolo da essa assicurato, del diritto di rivalsa nei confronti dell'impresa assicuratrice del responsabile civile, nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 150 d.lgs. citato. Ove, poi, il veicolo del responsabile civile non risulti coperto da assicurazione, la rivalsa può essere esercitata contro l'impresa designata dal Fondo di garanzia per le vittime della strada, nei limiti quantitativi stabiliti dall'art. 283, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 209 del 2005.

In una prospettiva eurounitaria, allineandosi a quanto stabilito dalle direttive 84/5/CEE e 90/232/CEE, concernenti il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli, così come interpretate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, **Sez. 6-3, n. 13738/2020, Guizzi, Rv. 658380-01,** ha affermato che il principio *vulneratus ante omnia reficiendus* si applica anche in favore dell'assicurato che, al momento del sinistro, è trasportato da un terzo, non distinguendosi la sua condizione da quella di qualsiasi altro passeggero vittima dell'incidente. Ad avviso dei giudici di legittimità, in questo caso, l'assicuratore non può avvalersi, per negare il risarcimento, di disposizioni legali o di clausole contrattuali, ivi comprese quelle che escludono la copertura assicurativa nelle ipotesi di utilizzo del veicolo da parte di persone non autorizzate o prive di abilitazione alla guida, perché l'unica eccezione al principio sopra menzionato opera quando il veicolo assicurato è condotto da una persona non autorizzata ed il passeggero, vittima dell'incidente, è a conoscenza del fatto che il mezzo è stato oggetto di furto.

Sez. 3, n. 01161/2020, D'Arrigo, Rv. 656886-01, ha colto l'occasione per riaffermare che l'art. 141 del d.lgs. n. 209 del 2005, di derivazione comunitaria, assegna una garanzia diretta alle vittime dei sinistri stradali in un'ottica di tutela sociale che fa traslare il "rischio di causa" dal terzo trasportato, vittima del sinistro, sulla compagnia assicuratrice del trasportante. Su tale presupposto ha, quindi, affermato che in tema di risarcimento del danno da incidente stradale, la persona trasportata

può avvalersi dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazioni del veicolo sul quale viaggiava al momento del sinistro anche se quest'ultimo sia stato determinato da uno scontro in cui sia rimasto coinvolto un veicolo immatricolato all'estero assicurato con una compagnia che non abbia aderito alla convenzione terzi trasportati (cd. CTT), parte della convenzione tra assicuratori per il risarcimento diretto (cd. CARD).

In questo senso si era di recente espressa Sez. 3, n. 01279/2019, Fiecconi, Rv. 652470-01, ma ancor prima Sez. 3, n. 16477/2017, Rubino, Rv. 644953-01, in relazione al caso di sinistro in cui uno dei veicoli fosse privo di assicurazione r.c.a.

Il principio che la S.C. ha ritenuto di applicare anche in via analogica si fonda sul rilievo che "l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma impone di riconoscere al terzo la possibilità di azionare la procedura diretta, a prescindere dall'identificazione del soggetto civilmente responsabile, dalla ripartizione di responsabilità tra conducenti e finanche dall'essere assicurato il veicolo antagonista, salvo esclusivamente il caso fortuito. In questo modo, sarebbe stato possibile tener conto dell'esigenza di salvaguardare la posizione del terzo, non ostacolando il ricorso ad uno strumento di tutela semplificato e più celere, aggiuntivo rispetto all'ordinaria azione nei confronti del proprietario del veicolo e civilmente responsabile".

Nell'ottica della risoluzione di questioni più strettamente processuali, secondo **Sez. 3, n. 07755/2020, Dell'Utri, Rv. 657502-01,** nella procedura di risarcimento diretto di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, sussiste litisconsorzio necessario rispetto al danneggiante responsabile, analogamente a quanto previsto dall'art. 144, comma 3, dello stesso decreto. Qualora, pertanto, il proprietario del veicolo assicurato non sia stato citato in giudizio, il contraddittorio deve essere integrato *ex* art. 102 c.p.c. e la relativa omissione, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, comporta l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

Sotto un diverso profilo **Sez. 6-3, n. 14494/2020, Pellecchia, Rv. 658419-01,** ha chiarito che la domanda di condanna dell'assicuratore al risarcimento del danno per "mala gestio" cosiddetta impropria deve ritenersi implicitamente formulata tutte le volte in cui la vittima abbia domandato la condanna al pagamento di interessi e rivalutazione, anche senza riferimento al superamento del massimale o alla condotta renitente dell'assicuratore. Non costituisce, dunque, domanda nuova quella con la quale, in appello, i danneggiati chiedano la condanna dell'assicuratore al versamento della differenza tra danno liquidato e superamento del massimale di polizza, che va intesa quale riproposizione della domanda originaria nei limiti del riconoscimento di interessi moratori e rivalutazione oltre il massimale di legge.

Nel diverso ambito del sinistro stradale concausato da più veicoli, tutti privi di copertura assicurativa, l'impresa designata dal Fondo di Garanzia delle Vittime della

Strada, per **Sez. 6-3, n. 17893/2020, Rossetti, Rv. 658757-04**, è tenuta, ai sensi dell'art. 283, comma 1, lettera b, cod. ass., ad indennizzare la vittima entro il limite totale costituito dal prodotto del massimale minimo di legge (nella misura individuata *ratione temporis*) per il numero dei responsabili coobbligati, a condizione che il danneggiato abbia convenuto in giudizio l'impresa designata espressamente invocando la sua qualità di garante *ex lege* di tutti i coobbligati e che tale domanda venga accolta con conseguente condanna dei responsabili, in solido tra loro *ex* art. 2055 c.c., al risarcimento dell'intero danno patito.

Nell'ipotesi in cui, invece, sia convenuto uno solo dei corresponsabili oppure sia richiesta la condanna dell'impresa designata quale garante di uno soltanto di essi, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato impedisce al giudice di condannare al pagamento di somme eccedenti un singolo massimale.

La medesima pronuncia, **Sez. 6-3, n. 17893/2020, Rossetti, Rv. 658757-03**, ha altresì chiarito che l'aumento dell'importo minimo del massimale di legge di cui all'art. 128, comma 5, cod. ass. - incrementato da 0,77 a 2,5 milioni di Euro dall'art. 1 del d.lgs. n. 198 del 2007 - opera dall'11 dicembre 2009 anche con riguardo alle obbligazioni del Fondo di Garanzia delle Vittime della Strada in ragione del rinvio dell'art. 283 cod. ass. al citato art. 128.

Nel particolare caso in cui l'impresa designata dal Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada, succeda *ope legis* all'impresa assicuratrice sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, **Sez. 3, n. 17556/2020, Sestini, Rv. 658683-01,** ha provveduto a definire il limite di risarcibilità nei confronti del danneggiato che è stato fissato entro il massimale minimo legale *ex* art. 21, ultimo comma, l. 24 dicembre 1969, n. 990 senza possibilità di detrarre da questo i pagamenti parziali precedentemente effettuati dalla compagnia ancora "in bonis" se non superano la differenza fra il maggior massimale convenzionale e il massimale legale. Ove, viceversa, il massimale di polizza coincide con quello di legge, gli importi già corrisposti al danneggiato devono essere interamente detratti.

Nell'ulteriore diversa ipotesi in cui il massimale convenzionale superi quello legale in misura inferiore agli importi versati dall'impresa *in bonis*, il diffalco dal massimale legale deve essere effettuato per l'ammontare eccedente la differenza fra i due massimali.

3. Il comodato.

La nozione di comodato si evince dall'art. 1803 c.c. secondo cui esso è il contratto con il quale una parte (comodante) consegna all'altra (comodatario) una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. È un contratto *intuitu personae*,

evincendosi ciò dalla portata dell'art. 1804 c.c., che vieta al comodatario la possibilità di concedere in uso a terzi il bene oggetto del comodato. Ai sensi dell'art. 1803 c.c. il comodato è, poi, «*essenzialmente gratuito*». L'art. 1809 c.c. stabilisce che «*Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata*». Il successivo art. 1810 c.c. precisa, poi, che «*Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede*». Uno dei caratteri del comodato è, dunque, la sua natura essenzialmente gratuita, anche se non è esclusa la possibilità di far ricorso ad un comodato c.d. "modale" o "oneroso", a patto che l'onere imposto non sia di una consistenza tale da far venir meno la natura tipica del contratto e, dunque, ridursi ad un corrispettivo per il godimento della cosa.

Così riportate le fondamentali caratteristiche del comodato, assume rilievo la **Sez. 2, n. 21853/2020, Tedesco, Rv. 659327-01**, con la quale la Corte si è occupata della domanda di rilascio di alcuni immobili che gli attori assumevano detenuti senza titolo dai convenuti; domanda accolta dalla Corte d'Appello e confermata dalla Corte di cassazione. Con la pronuncia in esame il Collegio dopo aver rilevato che l'azione proposta era da qualificarsi come volta alla restituzione di un bene fondata sul comodato, ha affermato che chiunque abbia la disponibilità di fatto di una cosa, in base a titolo non contrario a norme di ordine pubblico, può validamente concederla in comodato e, quando il rapporto viene a cessare, è legittimato a richiederla in restituzione, senza dover dimostrare di esserne proprietario. Egli ha, infatti, soltanto l'onere di provare la consegna del bene e il rifiuto della restituzione, spettando eventualmente al convenuto far valere il possesso di un diverso titolo per il suo godimento.

Con specifico riferimento alla durata e, dunque, al termine del contratto di comodato la Corte (**Sez. 6-3, n. 22309/2020, Dell'Utri, Rv. 659161-01**) ha affermato che la circostanza che un immobile concesso in comodato sia destinato a una specifica attività commerciale non è sufficiente per ritenere il relativo contratto soggetto a un termine implicito, sicché il comodante può domandare la restituzione del bene prima della cessazione di tale attività.

In particolare, ha osservato la Corte che l'apposizione al comodato di un termine derivante dall'uso cui la cosa è destinata non può ravvisarsi nel solo fatto che nell'immobile si svolga una determinata attività (commerciale o di altro tipo), per la semplice ragione che tale attività potrebbe non avere alcun termine prevedibile, nel qual caso il comodato sarebbe di fatto *sine die*; conclusione, quest'ultima, che snaturerebbe la causa del contratto (espropriando di fatto il comodante), prospettandosi in termini insostenibili sul piano logico, poiché condurrebbe

all'irragionevole conclusione che un comodato di immobili destinato ad attività che vi si svolgono *sine die*, sarebbe pur esso *sine die*. Peraltro, poiché la destinazione d'uso di un immobile dipende dalla volontà del comodatario (e poiché non può concepirsi che un immobile non abbia una destinazione d'uso, sia pure solo di svago), a seguire il ragionamento della corte d'appello la durata di ogni comodato finirebbe per essere rimessa alla volontà mera del comodatario.

Alla luce di tali premesse precisa la Corte che è pacifico il principio secondo cui il termine dei comodato può risultare dall'uso cui la cosa deve essere destinata solo "se tale uso abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo"; in mancanza, invece, di particolari prescrizioni di durata, ovvero di elementi certi ed oggettivi che consentano ab origine di prestabilirla, l'uso corrispondente alla generica destinazione dell'immobile configura un comodato a tempo indeterminato e, perciò, a titolo precario, e, dunque, revocabile ad nutum da parte del comodante, a norma dell'art. 1810 c.c.

3.1. Il comodato, aspetti processuali.

La Corte di cassazione (**Sez. 6-3, n. 10936/2020, Scrima, Rv. 658218-01**) si è occupata della questione afferente all'individuazione del giudice competente a decidere in ordine ad una impugnativa di un contratto di comodato concluso dal *de cuius* con uno dei futuri coeredi.

In particolare, a seguito del decesso del padre di quattro figli si era aperta la successione ab intestato in favore di questi ultimi, successione che veniva impugnata da uno dei figli dinanzi al Tribunale di Ravenna, nei confronti degli altri coeredi contestando, tra l'altro, la validità di un contratto di comodato ventennale stipulato quattro mesi prima della morte del *de cuius* a favore di uno dei coeredi e relativo ad un appartamento poi entrato nell'asse ereditari. I coeredi eccepirono l'incompetenza per territorio e *ratione materiae* del Tribunale adito, sul rilievo che la successione si era aperta a Forlì. Il Tribunale di Ravenna declinò la propria competenza in favore di quello di Forlì quale *forum successionis ex* art. 22, primo comma, n. 1, c.p.c., innanzi al quale, pendeva anche il giudizio di divisione ereditaria.

A seguito di istanza per regolamento di competenza, la Corte di cassazione con la sentenza indicata ha rilevato che in tema di competenza territoriale, ai fini dell'applicabilità della disciplina *ex* art. 22 c.p.c., che demanda alla competenza del giudice del luogo dell'apertura della successione ogni altra causa tra i coeredi, fino alla divisione, deve intendersi per causa tra coeredi quella che, non solo si riferisca ai beni caduti in successione, ma comprenda, altresì, un oggetto attinente alla qualità di erede.

Alla luce di tale principio la Corte ha concluso che le domande proposte in via principale dal ricorrente, in base alle quali va regolata la competenza, non erano riconducibili a quelle indicate dalla norma richiamata, non potendo esse essere considerate introduttive di cause tra coeredi, in quanto non sono relative all'accertamento di diritti inerenti alla successione. Ed invero, nella specie l'attore aveva impugnato per inesistenza, nullità o annullamento un contratto di comodato di un immobile e, quindi, la relativa questione era attribuita alla competenza per materia del tribunale del luogo dove è posto l'immobile, ai sensi dell'art. 21 c.p.c. e non di quello di apertura della successione *ex* art. 22 c.p.c. Precisa il Collegio che, infatti, risulta del tutto irrilevante che a fondamento dell'impugnativa del comodato sia posta la violazione degli artt. 458 e 549 c.c., atteso che queste ultime disposizioni non sono funzionali a risolvere dispute fra coeredi, ma esclusivamente ad individuare delle ipotesi di nullità, mentre l'art. 22 citato disciplina la competenza nelle cause successorie, che sono configurabili solo allorché la lite sorga tra successori veri o presunti a titolo universale o particolare e abbia come oggetto principale l'accertamento di beni o diritti caduti in successione o che si ritenga debbano costituirne parte.

4. I contratti agrari.

Con riferimento a tali contratti si segnalano nel corso del 2020 due decisioni della Corte che hanno delimitato i limiti di applicabilità e di operatività delle norme che disciplinano tali accordi.

La prima pronuncia (**Sez. 3, n. 11276/2020, Guizzi, Rv. 658154-01**), si è occupata dell'applicabilità all'Amministrazione, quale concedente, della disciplina vincolistica prevista per i contratti agrari e, in particolare, di quella afferente alla durata legale del contratto, ovvero della necessità di derogarvi solo con l'ausilio delle associazioni rappresentative degli interessi di affittanti ed affittuari. La Corte, confermando la sentenza di merito, ha affermato che la Corte territoriale aveva correttamente escluso l'applicazione della disciplina vincolistica sopra indicata e ciò in quanto se sussiste la possibilità di consentire in favore dei privati, con atto di concessione o con contratto di affitto, il godimento individuale di un terreno demaniale di uso civico, temporaneamente non utilizzato dalla comunità, non essendo ciò escluso dalla natura giuridica del suolo e dalla sua destinazione *ex lege*, resta, nondimeno, inteso che quale sia stata la forma impiegata per la cessione, tuttavia, il rapporto che si costituisce può avere solo carattere precario e temporaneo, risultando, pertanto, sottratto alle norme speciali in materia agraria relative alla durata del rapporto medesimo, poiché, in caso contrario, resterebbe preclusa all'Amministrazione la possibilità di condizionarne la continuazione e la rinnovazione

alle valutazioni, in concreto, circa la compatibilità con la destinazione ad uso civico del terreno.

Con la seconda decisione (**Sez. 3, n. 04685/2020, Scoditti, Rv.656913-01**), la Corte ha affrontato la questione afferente al concetto di fondo rilevante ai fini dell'applicazione della legge n. 590 del 1965 e della legge n. 817 del 1971 e del diritto di prelazione previsto in materia di contratti agrari.

La fattispecie aveva ad oggetto la domanda volta al riconoscimento, nei confronti dei convenuti, del diritto di prelazione e di riscatto, nella qualità di proprietari coltivatori diretti di fondo confinante, in relazione alla vendita dei terreni acquistati dai convenuti; domanda accolta dalla Corte d'Appello valorizzando il criterio dell'unicità del bene posto in vendita, e rimettendo quindi all'autonomia privata l'identificazione dello stesso, così da non considerare le peculiarità della prelazione e del riscatto agrario. In particolare, la Corte di cassazione ha accolto il ricorso dei ricorrenti con il quale essi lamentavano il fatto che il diritto di prelazione e riscatto non può essere esteso all'ipotesi della cosiddetta contiguità funzionale (fra fondi separati, ma idonei ad essere accorpati in un'unica azienda agraria) e che le particelle non confinati erano dotate di autonomia economico-culturale. La Corte ha, infatti, precisato che al fine della prelazione e del riscatto agrario, ai sensi delle leggi 26 maggio 1956 n. 590 e 14 agosto 1971 n. 817, per "fondo" deve intendersi un'estensione che abbia una propria autonomia colturale e produttiva. Ne consegue che, potendo nel relativo concetto farsi rientrare tanto un'unità poderale (costituita da un complesso unitario di terreni non suscettibili singolarmente di autonoma coltivazione), quanto un singolo terreno (anche di piccole dimensioni, che, rispetto ai terreni circostanti, sia distinto ed autonomo per caratteristiche della sua coltivazione e produttività), nel caso di vendita di un complesso di terreni attigui tra loro e confinanti solo in parte con un fondo appartenente a coltivatore diretto, per stabilire se il diritto di prelazione debba essere esercitato in relazione a tutti i terreni oggetto della vendita, ovvero soltanto a quelli a confine con la proprietà dell'avente diritto alla prelazione, devesi accertare se quelli costituiscono un'unità poderale (nell'ambito della quale ogni terreno sia privo di propria autonomia coltivatrice), oppure un insieme di porzioni distinte e indipendenti l'una dall'altra.

Con altra decisione la Corte ha, poi, precisato i termini della legittimazione all'azione di rilascio nel caso in cui il terreno sia stato concesso da più proprietari (**Sez. 3, n. 00845/2020, Sestini, Rv. 656814-01)**.

La fattispecie oggetto di scrutinio aveva ad oggetto la domanda proposta da un comproprietario, in proprio e quale procuratore speciale di altro comproprietario, volta all'accertamento della cessazione di un contratto agrario. La Corte ha, sul punto, affermato che i comproprietari di un bene concesso in locazione hanno pari poteri gestori sulla cosa comune ed ognuno di essi è legittimato ad agire per il rilascio, in

base alla presunzione che ciascuno operi con il consenso degli altri, la quale non è esclusa dal fatto che uno di loro, come nel caso di specie, sia incapace di intendere e di volere, poiché tale presunzione prescinde da un'indagine sullo stato soggettivo degli ulteriori comproprietari e va intesa - in senso oggettivo - quale mancanza di dissenso da parte degli stessi. In applicazione di tale principio la Corte ha confermato la decisione di appello che aveva accolto la sopra indicata domanda di cessazione di un contratto di affitto agrario, ritenendo che a ciò non ostasse la circostanza che il comproprietario avesse agito nei modi sopra indicati e, in particolare, anche quale procuratore speciale - privo di rappresentanza processuale - dell'altra comproprietaria, interdetta, senza, però, l'autorizzazione del suo tutore e del giudice tutelare, atteso che non erano stati comunque forniti elementi idonei a superare la summenzionata presunzione di consenso.

5. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie.

Con riferimento alle forme contrattuali aventi come finalità quelle dell'accesso al credito e di tutela della posizione creditoria, assumono rilievo le garanzie atipiche o improprie, sia personali che reali, diffuse nella prassi bancaria e commerciale, che presentano punti in comune con la fideiussione, ma se ne distaccano per alcuni decisivi caratteri. Si tratta di fattispecie nate in ragione delle mutate esigenze del mercato rispetto a quelle esistenti al tempo di adozione del codice, nonché delle difficoltà di accesso al credito e della collegata esigenza di trovare nuove forme di tutela del creditore, e frutto di successiva elaborazione da parte della giurisprudenza di legittimità.

Prima di passare ad esaminare tali forme di garanzia atipiche, con riferimento alla fideiussione, la **Sez. 3, n. 17820/2020, Porreca, Rv. 658626-01,** si è occupata della distinzione tra fideiussione alla fideiussione (o fideiussione al fideiussore, o fideiussione di regresso) e la fideiussione del fideiussore (cosiddetta approvazione), di cui all'art. 1940, cod. civ., che costituisce una particolare modalità della fideiussione tipica, nella quale il "secondo" fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione del "primo" fideiussore, e non l'adempimento dell'obbligato principale, laddove nella fideiussione alla fideiussione il fideiussore si obbliga verso colui il quale è già fideiussore, per garantirgli, una volta che egli abbia pagato, la fruttuosità dell'azione di regresso nei confronti del debitore principale, sicché il fideiussore è un terzo rispetto alla prima fideiussione, e il creditore garantito è, in effetti, il soggetto che nella prima fideiussione era il fideiussore. Fatte tali premesse la Corte ha affermato che in materia di fideiussione di regresso (o fideiussione al fideiussore o fideiussione alla fideiussione), è meritevole di tutela, *ex* art. 1322 c.c., la clausola di estensione della spettanza dell'azione di rilievo attivamente al primo

fideiussore e passivamente al fideiussore di regresso, in quanto volta a rafforzare la funzione di garanzia del collaterale negozio incidendo su valori patrimoniali oggetto di contratto e non su diritti indisponibili.

Sempre in tema di fideiussione la **Sez. 3, n. 09862/2020, Positano Rv. 657692-01,** ha affermato che la clausola della fideiussione che stabilisce espressamente la solidarietà tra garante e debitore principale non può essere interpretata come un'implicita deroga alla disciplina dell'art. 1957 c.c., poiché l'esplicita esclusione del *beneficium excussionis* non è incompatibile con la liberazione del fideiussore per il caso in cui il creditore non agisca contro il debitore principale nel termine di sei mesi dalla scadenza della obbligazione. Ed invero, la possibilità di escludere il *beneficium excussionis* non interferisce invero con la previsione di cui all'articolo 1957 c.c., in base alla quale il fideiussore è liberato quando il creditore non abbia agito contro il debitore principale nel termine di sei mesi dalla scadenza della obbligazione;

Nel corso dell'anno 2020 la Corte di cassazione ha, poi, esaminato diverse forme contrattuali aventi le finalità sopra descritte, riconoscendo loro tutela giuridica in ragione degli interessi da esse perseguiti.

Quanto alle forme di garanzia personale atipiche, assumono rilievo alcune sentenze relative al contratto autonomo di garanzia, che si distingue dalla fideiussione - oltre che per il fatto che il fideiussore assume l'obbligo di eseguire una prestazione di identico contenuto a quella dovuta dal debitore medesimo, mentre la prestazione dovuta dal garante ha ad oggetto il pagamento al beneficiario di una determinata somma di denaro - per l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto all'obbligazione garantita, laddove il fideiussore può opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base *ex* art. 1945 c.c. Alla luce di tali principi la **Sez. 3, n. 06177/2020, Olivieri, Rv. 657142-01,** ha confermato la decisione di merito che aveva qualificato come garanzia autonoma la polizza cauzionale prestata da una società di assicurazione per le obbligazioni assunte da un concessionario del servizio di smaltimento di rifiuti speciali, desumendo il carattere infungibile della prestazione del debitore principale dai requisiti tecnici, economici e di affidabilità indispensabili per il rilascio delle autorizzazioni amministrative necessarie allo svolgimento del servizio. Fermi i caratteri di differenziazione sopra riportati tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione la **Sez. 3, n. 03893/2020, Pellecchia, Rv. 657148-01,** ha delimitato i limiti interpretativi delle due diverse fattispecie contrattali in capo al giudice. In particolare, la Corte ha affermato che sebbene sia consentito al giudice d'appello qualificare il contratto oggetto del giudizio in modo diverso rispetto a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, tale attività gli è vietata se, per pervenire alla nuova qualificazione, debba prendere in esame fatti nuovi e non dedotti dalle parti, né rilevati dal giudice di primo grado. Pertanto, una volta che un contratto di garanzia sia stato qualificato come fideiussione tipica dal giudice di primo grado, è

viziata da ultrapetizione la sentenza con la quale il giudice d'appello lo qualifichi come contratto autonomo di garanzia, facendo leva sul contenuto di alcune clausole contrattuali non considerate dal giudice di prime cure.

Altra garanzia personale atipica di cui si è occupata la Corte di cassazione è la cessione del credito a scopo di garanzia fattispecie molto diffusa nella pratica commerciale con la cessione, da parte di un'impresa, di crediti a una banca al fine di ottenere finanziamenti, con la natura di detti crediti che usualmente si rifà alla commercializzazione di beni o servizi. È a carico della banca, in questi casi, la raccolta dei documenti giustificativi relativi al credito ceduto, come la consegna delle copie delle fatture che attestano la merce il cui prezzo è l'oggetto del credito ceduto.

In particolare, la Corte (**Sez. 1, n. 10092/2020, Vella Rv. 657764-01**) ha osservato che la cessione del credito, avendo causa variabile, ben può avere anche funzione esclusiva di garanzia, comportando in tal caso il medesimo effetto, tipico della cessione ordinaria, immediatamente traslativo del diritto al cessionario, nel senso che il credito ceduto entra nel patrimonio del cessionario e diventa un credito proprio di quest'ultimo. Ne deriva che, nel caso di cessione effettuata esclusivamente a scopo di garanzia di una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario è legittimato ad azionare sia il credito originario sia quello che gli è stato ceduto in garanzia; ove, invece, si verifichi l'estinzione, totale o parziale, dell'obbligazione garantita, il credito ceduto a scopo di garanzia, nella stessa quantità, si ritrasferisce automaticamente nella sfera giuridica del cedente, con un meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva, senza quindi che occorra, da parte del cessionario, un'attività negoziale diretta a tal fine. In ragione di quanto sopra nel caso di cessione di credito a fine di garanzia di una diversa obbligazione dello stesso cedente, il cessionario è legittimato ad agire sia nei confronti del debitore ceduto che nei confronti dell'originario debitore cedente, senza essere gravato, in quest'ultimo caso, dall'onere di provare l'infruttuosa escussione del debitore ceduto.

Quanto alle garanzie reali, queste si caratterizzano per una minore flessibilità rispetto a quelle personali, con la conseguenza che nella prassi si sono diffusi nuovi schemi contrattuali derivanti dagli istituti tipici del diritto obbligazionario e contrattuale: tra queste, l'ampia categoria delle alienazioni a scopo di garanzia costituite da vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'inadempimento del debitore, oppure da vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita. In questi casi la funzione di garanzia si compie con il trasferimento al creditore - a titolo temporaneo o provvisorio - del diritto pieno di proprietà. Di tali alienazioni a scopo di garanzia la Corte di cassazione si è dovuta occupare al fine di evitare che con esse le parti violino il divieto di patto commissorio *ex* art. 2744 c.c.

Con la vendita con patto di riscatto il venditore si riserva il diritto di riacquistare la cosa venduta alle condizioni stabilite dagli artt. 1500 ss. c.c. e ciò al fine di ottenere l'equivalente denaro, nella speranza che, successivamente, possa riacquistare il bene venduto. Il negozio in esame può assumere una funzione di garanzia se vista dal lato del compratore, in quanto il pagamento del prezzo può avere la natura di un prestito e la proprietà del compratore garantisce dall'inadempimento dello stesso.

Diversamente, nel caso di vendita con riserva di proprietà, l'acquirente paga il prezzo del bene in via dilazionata divenendone proprietario, anche se ne ha già la materiale disponibilità, solo al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo. In sostanza il diritto di proprietà rimane in capo al venditore, svolgendo una funzione di garanzia sul pagamento del prezzo, laddove l'inadempimento del pagamento del prezzo da parte del compratore comporta la risoluzione del contratto. Con riferimento a tale schema contrattuale, **Sez. 2, n. 22190/2020, Besso Marcheis, Rv. 659366 - 01**, ha affermato che la disposizione di cui all'art. 1525 c.c., secondo cui «Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive», ha lo scopo di limitare l'autonomia contrattuale attraverso l'eteroregolamentazione legale che richiede, affinché la vendita possa risolversi su domanda del venditore rimasto creditore del prezzo, che il compratore non sia inadempiente per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo, con la rilevanza dell'inadempimento tipizzata dall'ordinamento che preclude al venditore o al suo cessionario di poter chiedere la risoluzione oltre i limiti della rilevanza legale.

6. La locazione: differenza tra affitto e locazione, aspetti sostanziali e processuali.

Con riferimento agli aspetti processuali, la Sez. 3, n. 19632/2020, Gorgoni, Rv. 658692-01, si è occupata della vicenda afferente ad un contratto, dalle parti denominato affitto d'azienda, nel quale era prevista, quale controprestazione, oltre al pagamento dei canoni, che l'ordinaria manutenzione sarebbe stata a carico della affittuaria. In particolare, la vicenda aveva ad oggetto l'individuazione delle opere di manutenzione ordinaria. La Corte, confermando la sentenza di merito, ha affermato che carico di chi affitta un'azienda grava l'obbligo di conservarla in tutte le sue componenti nello stato in cui viene affittata con conseguente obbligo di sostenere tutte le spese necessarie a tale scopo. Sicché la distinzione tra spese di manutenzione ordinaria e straordinaria — a differenza di quanto avviene per il contratto di locazione di beni non produttivi — deve partire da tale premessa, con la conseguenza che ciò che rientra nel novero dei lavori di manutenzione ordinaria va determinato in

negativo, escludendo quelle opere che risultino straordinarie perché esulano da quelle volte alla conservazione della destinazione economica originariamente impressa al bene concesso in godimento e al ripristino della sua attitudine produttiva. L'alleggerimento degli obblighi manutentivi a carico del locatore è giustificato dal fatto che il conduttore fa proprio il reddito derivante dalla cosa, perciò sostenere le spese di manutenzione ordinaria mantiene l'equilibrio sinallagmatico. Ne consegue, ai fini della distinzione tra spese di manutenzione ordinaria e straordinaria, con riferimento al contratto di affitto, deve eventualmente adoperarsi, in via orientativa e in assenza di un criterio discretivo certo, l'elenco esemplificativo delle riparazioni straordinarie di cui all'art. 1005 c.c., norma applicabile anche ad istituti diversi dall'usufrutto.

Con riferimento agli aspetti processuali, la S**ez. 6-3, n. 23110/2020, Graziosi, Rv. 659270-01,** ha confermato il principio espresso dalla Sez. 6-3, n. 19384/2012, Barreca, Rv. 624207-01, secondo cui il contratto che ha per oggetto l'affitto di un bene produttivo deve essere inquadrato nello schema dell'affitto e non nella diversa figura della locazione, con la conseguenza che ad esso non sono applicabili le leggi speciali riguardanti le locazioni e, dunque, il criterio di competenza del *forum rei sitae*, dettato dall'art. 21 c.p.c. per i contratti di locazione e affitto di azienda, in quanto la distinzione delle *species* contrattuali, di natura sostanziale, nel predetto articolo si riverbera sull'interpretazione delle norme processuali sulla competenza, le quali sono in rapporto di strumentalità con i tipi sostanziali. Nel caso di specie il Tribunale di Termini Imerese aveva rigettato l'eccezione di incompetenza territoriale a favore del Tribunale di Palermo sollevata dagli opponenti a decreto ingiuntivo con cui il Tribunale aveva ordinato di pagare la somma di €. 116.962,62, oltre interessi e spese, all'opposto a titolo di canone in relazione a un contratto di affitto. L'eccezione era stata proposta in riferimento all'articolo 21 c.p.c., per avere il contratto ad oggetto un terreno e l'annesso pozzo situati nel territorio del Comune di Palermo. L'opposta si era costituita chiedendo il rigetto dell'eccezione di incompetenza, trattandosi di contratto di affitto di bene produttivo, non assoggettato quindi all'articolo 21 c.p.c. La Corte ha ritenuto corretta la decisione del Tribunale di Termini Imerese, in quanto l'art. 21 cit., non è applicabile al contratto di affitto di bene produttivo, dovendosi il contratto in esame qualificarsi come contratto di affitto per finalità produttiva. La Corte ha, infatti, osservato che l'art. 21 c.p.c., al primo comma, conferisce al «*giudice del luogo dove è posto l'immobile o l'azienda*», oltre alle cause ulteriori ivi indicate (cause relative a diritti reali su beni immobili, cause relative ad apposizione di termini e ad osservanza delle distanze relative al piantamento degli alberi e delle siepi), «*le cause in materia di locazione e comodato di immobili e di affitto di aziende*». Parallelamente, l'art. 447 *bis* c.p.c. delinea poi il cosiddetto rito locatizio per questo gruppo di cause. È dunque evidente che il contratto di affitto rientra nel cluster che ne deriva esclusivamente se

ha per oggetto un'azienda. Non rientra, invece, il contratto di affitto di cosa produttiva di cui agli articoli 1615 ss. c.c., che costituisce ovviamente un paradigma diverso. In particolare, il Collegio nel riportare il precedente citato rileva che la disciplina del codice civile fonda la distinzione tra locazione ed affitto -che fa di questo secondo contratto una *species* del primo - sulla diversa tipologia dell'oggetto del contratto, definendo come affitto la locazione che «*ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile*» (art. 1615 cod. dv.). La peculiarità dell'oggetto connota le obbligazioni dell'affittuario poiché questi «*deve curarne la gestione in conformità della destinazione economica della cosa e dell'interesse della produzione*» (art. 1615 cod. civ.); connota altresì i suoi diritti, poiché gli «*spettano i frutti e le altre utilità della cosa*» (art. 1615 cod. civ.). Va perciò ribadito che il contratto che ha per oggetto lo sfruttamento di un bene produttivo, va inquadrato nello schema dell'affitto e non nella diversa figura contrattuale della locazione, con la conseguenza che ad esso non sono applicabili le leggi speciali riguardanti le locazioni urbane, né, in ragione della tassatività della previsione dell'art. 657 cod. proc. civ., lo speciale procedimento di convalida di licenza o di sfratto.

6.1. Locazione e la novazione del rapporto, presupposti.

Con **Sez. 3, n. 22126/2020. Iannello, Rv. 659241-01,** la Corte, dopo aver ribadito il costante orientamento della Corte di cassazione secondo cui, in tema di locazione, non è sufficiente ad integrare novazione del contratto la variazione della misura del canone o del termine di scadenza, trattandosi di modificazioni accessorie, essendo invece necessario, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, che ricorrano gli elementi *dell'animus* e della *causa novandi*, il cui accertamento costituisce compito proprio del giudice di merito insindacabile in sede di legittimità se logicamente e correttamente motivato - ha rilevato l'errore di sussunzione in cui era incorso il giudice di merito per avere attribuito rilevanza, ai fini della configurabilità della dedotta novazione, sotto il profilo oggettivo (*aliquid novi*), a pattuizioni incidenti su aspetti meramente accessori del rapporto. In particolare, la Corte ha ritenuto tali: la previsione della risoluzione di diritto in caso di ritardato pagamento del canone, riguardando situazione meramente eventuale e patologica del rapporto; il prolungamento di un ulteriore seennio del rapporto, in quanto si tratta di effetto incidente su aspetto meramente accessorio del rapporto; la prevista maggiore misura dell'aggiornamento Istat del canone, trattandosi di previsione che, oltre a essere palesemente e incontestatamente nulla per contrasto con l'art. 32 legge eq. can., incide anch'essa su aspetto del rapporto (ossia l'ammontare del canone) che non può comunque considerarsi, di per sé solo, suscettibile di modificazioni tali da integrare novazione del rapporto.

6.2. Il sinallagma contrattuale.

La Corte d'appello di Milano, nel rigettare la domanda volta a dichiarare la risoluzione di alcuni contratti di locazione commerciale, poneva a fondamento di tale decisione la circostanza che la circostanza che gli immobili concessi in locazione fossero risultati affetti da abusi di carattere edilizio non fosse valsa a impedire il pieno godimento degli stessi immobili da parte della società conduttrice, che ne aveva fatto uso senza alcun tipo di pregiudizi e senza alcuna forma di ingerenza, di controllo o di limitazione da parte dell'autorità amministrativa, con la conseguente persistente integrità del sinallagma contrattuale, dovendo, in ogni caso, escludersi che la concessione in godimento di immobili abusivi integrasse gli estremi di una nullità contrattuale. La **Sez. 3, n. 17557/2020, Dell'Utri, Rv. 658684-01**, nel rigettare il ricorso proposto dalla conduttrice ha condiviso la decisione dei giudici di merito rilevando che, sul terreno dei prospettabili inadempimenti delle parti, il discorso sulla natura abusiva dell'immobile locato chiede di risolversi nell'analisi degli interessi disposti in sede contrattuale, potendo individuarsi un eventuale inadempimento del locatore solo là dove il carattere abusivo dell'immobile concesso in godimento abbia in qualche misura inciso su un qualche concreto profilo di interesse del conduttore. Ciò posto - finché nessuna limitazione, contestazione o turbativa del godimento abbia condizionato la sfera del conduttore - spetterà a quest'ultimo allegare e fornire la prova del concreto pregiudizio subito per effetto di tale particolare caratteristica giuridica del bene, dovendo escludersi il ricorso di alcun inadempimento del locatore, in ragione della mera circostanza, in sé, del carattere abusivo dell'immobile locato, non costituente, in quanto tale, un pregiudizio in re ipsa per il conduttore.

Sempre con riferimento al profilo del sinallagma contrattuale in tema di contratto di affitto risulta di particolare rilievo la **Sez. 3, n. 14240/2020, Scrima, Rv. 658329-01,** che si è occupata di una fattispecie avente ad oggetto la domanda di risoluzione di un contratto di affitto per mancato pagamento dei canoni di affitto da parte dell'affittuaria. Avverso tale domanda l'affittuaria, non contestava il pagamento tardivo delle rate trimestrali, ma sosteneva l'inoperatività della clausola risolutiva espressa, azionata dalla proprietaria in mala fede, considerata la tolleranza dimostrata sin dall'inizio della gestione dalla concedente nel ricevere i pagamenti dei canoni ben oltre il termine stabilito, essendo la stessa consapevole delle difficoltà di gestione ed economico- finanziarie che interessavano tutti gli esercenti del centro commerciale. Così ricostruita la fattispecie, la Corte di cassazione, ha affermato che la valutazione sull'esistenza, o meno, di una prassi di tolleranza del ritardo nel pagamento dei canoni locativi costituisce un apprezzamento di fatto rimesso al giudice di merito e non sindacabile in sede di legittimità ed il mancato esercizio, da parte del locatore, del potere potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento del

locatario, in virtù della previsione di una clausola risolutiva espressa, è l'effetto conformante della buona fede nella fase esecutiva del detto contratto. In ragione di ciò, la Corte, nel rigettare il ricorso avverso la sentenza che aveva respinto la domanda di risoluzione, ha affermato che il rispetto del principio di buona fede impone che il locatore, contestualmente o anche successivamente all'atto di tolleranza, manifesti la sua volontà di avvalersi della menzionata clausola risolutiva espressa in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento e comunque per il futuro, circostanza che non era avvenuta nella fattispecie. In sostanza, nel caso di specie assumeva rilievo il fatto che la concedente, contestualmente o successivamente ai descritti atti di tolleranza, non aveva mai manifestato l'intenzione di avvalersi della clausola risolutiva espressa in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento, circostanza che avrebbe escluso la tacita rinuncia ad avvalersene.

6.3. Indennità di avviamento.

Per effetto dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, *ex* art. 34 della l. n. 392 del1978, il conduttore di un locale ad uso commerciale ha diritto all'indennità per la perdita di avviamento in caso di cessazione del rapporto di locazione non dovuta a risoluzione per inadempimento o disdetta o recesso del conduttore stesso o a una delle procedure di cui al regio decreto n. 267/1942. La previsione legislativa mira, da un lato, a tutelare il conduttore, dai disagi e dalle difficoltà derivanti alla sua attività commerciale a causa della disdetta del contratto di locazione da parte del proprietario/locatore e, dall'altro, a disincentivare il locatore dal recesso anticipato spingendolo ad attendere la scadenza naturale del contratto per evitare di incorrere nell'obbligo del versamento delle somme a titolo di indennità.

Con **Sez. 6-3, n. 12405/2020, Scrima, Rv. 658221-02,** la Corte ha affermato che l'art. 79 l. n. 392 del 1978, il quale sancisce la nullità di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto di locazione o ad attribuire al locatore un canone maggiore di quello legale, ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge stessa, mira ad evitare che al momento della stipula del contratto le parti eludano in qualsiasi modo le norme imperative poste dalla legge sul cosiddetto equo canone, aggravando in particolare la posizione del conduttore, ma non impedisce che al momento della cessazione del rapporto le parti addivengano ad una transazione in ordine ai rispettivi diritti ed in particolare alla rinunzia da parte del conduttore, dopo la cessazione del rapporto, all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale di cui all'art. 34 della stessa legge, e, "a fortiori", ad avvalersi della facoltà di impedire che l'esecuzione si compia senza la corresponsione (o l'offerta nella misura dovuta) della detta indennità.

6.4. Le obbligazioni del locatore.

Sez. 3, n. 07574/2020, Graziosi, Rv. 657428-01, ha accolto il ricorso della conduttrice e, per l'effetto, cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto l'art. 1621 c.c. avente natura inderogabile. In ragione di tale assunto i giudici di merito avevano ritenuto nullo l'art. 17 del contatto di affitto con il quale le parti avevano stabilito, in deroga all'art. 1621 c.c., che «ai sensi dell'art. 1621 c.c. le spese di manutenzione e riparazione ordinaria e straordinaria sono a carico dell'affittante, mentre le spese di piccola manutenzione ordinaria sono a carico della parte affittuaria». La Corte ha osservato che l'art. 1621 c.c., sorge esclusivamente dalla ratio di colmare eventuali carenze del regolamento negoziale in ordine alle "Riparazioni", ma non inibisce alle parti di scegliere direttamente, al riguardo, la disciplina, lasciando quindi integra l'autonomia negoziale.

Sempre nel corso del 2020 la Corte (**Sez. 3, n. 08466/2020, Scarano, Rv. 657801 - 01**) ha affermato che il conduttore ha diritto alla tutela risarcitoria nei confronti del terzo che, con il proprio comportamento, gli arrechi danno nell'uso o nel godimento dell'immobile locato, avendo un'autonoma legittimazione per proporre l'azione di responsabilità contro l'autore di tale danno, ai sensi dell'art. 1585, comma 2, c.c.

6.5. Le obbligazioni del conduttore, restituzione della cosa locata.

Sez. 3, n. 08526/2020, Gorgoni, Rv. 657811 - 01 ha affermato che l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione contrattuale è di per sé un illecito, ma non obbliga l'inadempiente al risarcimento se, in concreto, non è derivato un danno al patrimonio del creditore, neppure nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1590 c.c. Applicando tale principio alla fattispecie oggetto di scrutinio, la Corte ha rilevato che il conduttore non è tenuto al risarcimento se dal deterioramento della cosa locata, superiore a quello corrispondente all'uso della stessa in conformità del contratto, per particolari circostanze non è conseguito un danno patrimoniale al locatore. In particolare, nella specie, la riconsegna era avvenuta per consentire che l'immobile, destinato ad attività alberghiera, fosse sottoposto a ristrutturazione, sulla quale il deterioramento non aveva avuto alcuna incidenza economica.

6.6. Locazione non abitativa: la *denuntiatio*, presupposti.

Sez. 6-3, n. 17992/2020, Dell'Utri, Rv. 659011-01, ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Palermo che, in accoglimento dell'appello proposto e in riforma della decisione di primo grado, aveva ordinato il trasferimento, ai sensi dell'art. 2932 c.c., della quota di un terzo indiviso di proprietà di un'area condotta in locazione dalla appellata e appartenente agli appellanti, con la contestuale condanna della prima al

pagamento, in favore degli appellanti, del prezzo dovuto. Tale pronuncia si fondava sul diritto dell'appellata a godere della prelazione spettante, ai sensi dell'art. 38 della legge n. 392 del 1978; diritto rispetto al quale non assumeva alcun rilievo la mancata coincidenza tra il bene immobile condotto in locazione (nella sua interezza) e quello offerto in prelazione dalle controparti che non aveva impedito l'incontro effettivo della volontà negoziale delle parti con conseguente condanna dell'appellata, *ex* art 2932 c.c., al trasferimento pro quota del suindicato immobile. Diversamente la Corte di cassazione nel confermare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la comunicazione del locatore al conduttore dell'intenzione di vendere l'immobile locato per uso non abitativo - cosiddetta *denuntiatio*, prevista dall'art. 38 della l. n. 392 del 1978 - è atto dovuto non negoziale, volto a consentire l'esercizio del diritto di prelazione, ha, poi, precisato che ciò vale purché però sussistano già i presupposti per la sua esistenza. Di talché, prosegue il Collegio, in carenza di questi è inefficace l'adesione del conduttore alla suddetta *denuntiatio*. Alla luce di tale principio, la Corte ha escluso che nel caso di specie sussistessero i presupposti per l'esercizio del diritto di prelazione, attesa l'oggettiva diversità tra la quota offerta nella *denuntiatio* e l'intero bene condotto in locazione dal conduttore.

6.7. La risoluzione per inadempimento del conduttore, risarcimento danno per il locatore, quantificazione.

Nel corso di un rapporto di locazione commerciale, la conduttrice agiva proponeva domanda volta ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento di controparte chiedendone anche la condanna al risarcimento del danno. La locatrice resisteva, deducendo l'inadempimento della conduttrice al pagamento dei canoni, per i quali aveva chiesto ed ottenuto decreto ingiuntivo, opposto dall'altra società. Riuniti i procedimenti, il Tribunale rigettava le domande della conduttrice e condannava l'ingiunta al pagamento delle somme maturate fino alla data di riconsegna formale dell'immobile, respingendo la domanda della locatrice con la quale chiedeva, a titolo risarcitorio, anche il pagamento dei canoni ulteriori, maturati e maturandi successivamente al rilascio fino alla scadenza naturale del contratto, originariamente stipulato per sei anni. Tale ultima domanda trovava parziale accoglimento dinnanzi alla Corte d'Appello la cui sentenza era oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di cassazione.

Sez. 3, n. 08482/2020, Iannello Rv. 657805 - 01 è stata investita, dunque, investita sulla risarcibilità del danno rappresentato dai canoni non riscossi dopo lo scioglimento del rapporto e fino all'eventuale rilocazione del bene e sulla sua quantificazione nei limiti della eventuale differenza tra il canone originariamente pattuito e quello della nuova locazione. La Corte premette richiamando i principi

generali in tema di risoluzione e segnatamente dall'art. 1453 c.c., che configura l'obbligo risarcitorio come rimedio ulteriore sia alla manutenzione che alla risoluzione del contratto. Resta tuttavia da chiarire se la norma attribuisca alla parte che subisce l'inadempimento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione dell'interesse contrattuale positivo.

In proposito, il Collegio riporta le soluzioni giurisprudenziali proposte sul punto. Secondo l'orientamento maggioritario viene riconosciuto al locatore non inadempiente il diritto di pretendere quanto avrebbe potuto conseguire se le obbligazioni fossero state adempiute (detratto l'utile ricavato) o che, con la normale diligenza, avrebbe potuto ricavare dall'immobile nel periodo intercorso tra la risoluzione prematura ed il termine convenzionale del rapporto inadempiuto. In particolare si osserva che l'art. 1453 c.c. fa salvo in ogni caso il diritto al risarcimento della parte adempiente che chiede la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte; ciò a conferma che tra i danni risarcibili è compreso anche il mancato guadagno, se e in quanto sia conseguenza diretta ed immediata dell'evento risolutivo, *ex* art. 1223 c.c. Quanto all'ammontare del danno effettivamente subito dal locatore sarà poi necessario un accertamento concreto, che costituisce indagine di merito riservata al giudice, da farsi caso per caso e non sindacabile se non sotto il profilo del vizio di motivazione.

La tesi opposta esclude invece, già in astratto, che avvenuta la risoluzione per inadempimento del conduttore a seguito del rilascio del bene, il locatore possa lamentare un danno per la mancata percezione dei canoni esigibili fino alla scadenza del contratto o fino alla rilocazione. La mancata percezione dei canoni pattuiti non costituisce una perdita, dato che comunque non avrebbero mai fatto parte del patrimonio del locatore a causa dell'intervenuta risoluzione, ma non configura neppure un mancato guadagno. Secondo tale orientamento, se infatti è vero che il canone rappresenta il corrispettivo della privazione della facoltà di godimento del bene, è altrettanto vero che il locatore, in seguito alla risoluzione del contratto e con il rilascio riacquisita la facoltà di godimento e disponibilità dell'immobile e quindi non può pretenderne la corresponsione.

Con la sentenza in esame la Corte aderisce al primo dei due orientamenti, non reputando convincente l'affermazione secondo cui la riottenuta disponibilità del bene da parte del locatore sarebbe sufficiente a compensare il danno subito.

A sostegno ti tale conclusione depone la circostanza che se è vero che il proprietario dell'immobile è libero di scegliere se goderne, direttamente o indirettamente, o anche di non utilizzarlo in alcun modo, non è altrettanto vero che queste scelte siano realizzabili e abbiano lo stesso valore economico, a prescindere dalle condizioni personali e di mercato e sul solo presupposto di effettiva disponibilità del bene. Se il proprietario non consegue l'interesse contrattuale voluto,

consistente nella percezione di un canone a fronte del godimento garantito al conduttore, si determina un danno che non viene meno per la sola riacquistata disponibilità del bene. Il locatore continuerà infatti a subire il pregiudizio derivante dalla risoluzione fino alla successiva rilocazione del bene a terzi, oppure fino al termine del rapporto originariamente pattuito.

Con specifico riferimento al caso di specie, i giudici osservano che la scelta di godere indirettamente dell'immobile attraverso la locazione era già stata fatta liberamente dalla società locatrice, che l'ha preferita sia all'esercitarvi direttamente un'attività produttiva, sia al non utilizzo e che è stata frustrata dall'inadempimento della conduttrice e dalla successiva risoluzione, privandola definitivamente dei crediti derivanti dal rapporto ormai risoltosi.

6.8. Locazione di immobile ad uso non abitativo, affitto di azienda: differenze.

Sez. 3, n. 03888/2020, Cricenti, Rv. 657146-01, ha indicato i criteri discretivi tra due distinte fattispecie contrattuali: la locazione ad uso commerciale e l'affitto d'azienda. In proposito assume rilievo il carattere dell'organizzazione, che deve preesistere alla cessione; in difetto, non si è possibile affermare che si è ceduto il godimento di un'azienda o di un suo ramo. Precisa, ancora, la Corte che il bene immobile oggetto del negozio, non deve rivestire un carattere centrale, ma essere uno degli altri elementi dell'azienda.

Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la decisione della Corte d'Appello, la quale, poiché l'immobile oggetto del contratto era situato in un centro commerciale, aveva erroneamente ritenuto l'avvenuta cessione di un'organizzazione aziendale, senza verificare se il cedente avesse in precedenza impresso ai beni interessati dall'accordo una tale organizzazione e valorizzando, invece, il trasferimento in godimento, assieme al locale, di elementi, quali un massetto, un registratore ed un gabinetto, di per sé insufficienti a costituire un'azienda. Va preliminarmente osservato che la locazione ad uso commerciale è disciplinata dagli artt. 7 e ss. (in quanto richiamati dall'art. 41) e dagli 27-42 della legge n. 392 del 1978 (legge sull'equo canone). Il contratto d'affitto d'azienda è invece, previsto dall'art. 2562 c.c., mentre il contratto d'affitto tout court è definito dall'art. 1615 c.c. come il negozio avente ad oggetto un bene produttivo, mobile o immobile. Si tratta del contratto con cui un soggetto (affittante o locatore), dietro corrispettivo, si obbliga a far godere l'azienda ad altro soggetto (affittuario), il quale deve gestirla senza modificarne la destinazione e conservare l'efficienza dell'organizzazione. Alla luce di ciò, la Corte si è soffermata sugli elementi fondamentali che compongono l'azienda. Uno di essi è l'organizzazione come, del resto, si evince dall'art. 2555 c.c. Premesso che l'azienda è composta da una pluralità di beni, il collante è l'attività dell'imprenditore, intesa

come organizzazione volta al perseguimento della finalità d'impresa. In ragione di quanto sopra il contratto con cui il cedente conceda al cessionario il godimento di un'azienda presuppone la preesistenza dell'azienda in capo al cedente; di talché è incompatibile con l'affitto d'azienda la cessione in godimento di beni che sarà il cessionario ad organizzare. Da ciò consegue che se oggetto della cessione è solo un complesso di beni, ma non organizzati ai fini dell'impresa, non si ha cessione d'azienda. Conclude la Corte che da quanto sopra l'erroneo convincimento della Corte d'Appello che ha affermato che si ha affitto d'azienda solo allorché sia concesso in godimento un complesso di beni dotato di potenzialità produttiva, anche se l'attività produttiva non sia ancora iniziata al momento della conclusione del contratto.

7. Il mandato.

L'istituto del mandato è stato affrontato quest'anno dalla S.C. prevalentemente sotto il profilo della legittimazione all'azione del mandante. È stato precisato da **Sez. 3, n. 08101/2020, Rossetti, Rv. 657573-03,** che la legittimazione a domandare la restituzione di un indebito pagamento eseguito dal mandatario secondo le disposizioni del mandante spetta a quest'ultimo e non al mandatario, a meno che il mandato non abbia attribuito anche la suddetta facoltà e sempre che, in questo caso, la domanda giudiziale di restituzione sia formulata dal mandatario spendendo tale sua qualità.

L'azione diretta del mandante nei confronti del sostituto del mandatario, viceversa, presuppone che il mandante, surrogandosi al sostituito, agisca per la *mala gestio* rimproverabile al sostituto. Secondo, infatti, **Sez. 2, n. 09381/2020, Grasso, Rv. 657704-01**, tale azione diretta non sussiste, qualora il sostituito non possa esercitare un'azione contrattuale nei confronti del sostituto, per averne ratificato l'operato o per avervi previamente rinunciato.

8. La mediazione.

In materia di mediazione nel corso dell'anno la S.C. si è confrontata principalmente, da un lato, sulla questione dell'individuazione degli elementi comuni e di quelli differenziali rispetto alla figura del procacciatore d'affari e, dall'altro, sulla sempre più attuale questione relativa alla compatibilità della disciplina interna in rapporto al diritto unionale. Non sono mancati, tuttavia altresì, arresti chiarificatori di alcuni profili relativi al contratto, al rapporto e alla responsabilità del mediatore.

In tema di rapporti tra mediazione e procacciamento di affari **Sez**. **2, 18489/2020**, **Varrone, Rv. 659120-01**, ha chiarito, in linea con Sez. 2, n. 04422/2009, Petitti, Rv. 606724-01, che, l'elemento comune a dette figure è dato dalla prestazione

di un'attività di intermediazione diretta a favorire tra terzi la conclusione di un affare, con conseguente applicazione di alcune identiche disposizioni in materia di diritto alla provvigione.

L'elemento distintivo, viceversa, consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale, mentre nel procacciamento di affari l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti. Deriva da tale assunto che al procacciatore d'affari sono applicabili, in via analogica, le disposizioni del contratto d'agenzia, ivi comprese quelle in materia di prescrizione del compenso spettante all'agente, diverse da quelle previste per il compenso spettante al mediatore.

Ove diversamente l'attività di mediazione sia stata prestata contemporaneamente in favore di entrambi i contraenti è, viceversa, configurabile il diritto alla provvigione. È ben possibile, infatti, che il procacciatore, nel promuovere gli affari del suo mandante, svolga un'attività utile anche nei confronti dell'altro contraente con piena consapevolezza e accettazione da parte di quest'ultimo.

A tale proposito **Sez. 2, 12651/2020, Cosentino, Rv. 658278-01**, ha precisato, infatti, che è richiesto un accertamento relativo al concreto atteggiarsi del rapporto e, in particolare, alla natura dell'attività svolta e agli accordi concretamente intercorsi con la parte che non abbia conferito l'incarico, essendo il procacciatore di affari una figura atipica, i cui connotati, effetti e compatibilità, vanno individuati di volta in volta, con riguardo alla singola fattispecie. In tal senso risulta confermato quanto già espresso da Sez. 3, 14582/2007, Lanzillo R., Rv. 597986-01.

Sul versante della verifica di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, **Sez. 2, n. 17478/2020, Carrato, Rv. 658898-01**, ha escluso che la previsione della non spettanza della provvigione al mediatore non iscritto all'albo, contenuta nella l. 3 febbraio 1989, n. 39, sia in contrasto con la direttiva 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. Tale direttiva, che osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo, non si rivolge, infatti, al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore. Risulta, quindi, anche sotto questo profilo, confermato quanto a suo tempo già affermato da Sez. 1, n. 13184/2007, Giusti, Rv. 596864-01.

Nell'ambito dell'analisi degli elementi del contratto **Sez. 2, n. 19565/2020, Giannaccari, Rv. 659175-01**, ha affermato che la clausola del contratto che riservi al mediatore, in caso di recesso anticipato del preponente, una penale commisurata al prezzo di vendita del bene, indipendentemente dall'attività di ricerca di acquirenti che il mediatore abbia concretamente svolto per la conclusione dell'affare non si sottrae ad un'analisi sulla sua vessatorietà.

Si tratta, infatti, di una verifica che il giudice è tenuto a compiere d'ufficio, sia al fine di verificare se la clausola determini un significativo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, *ex* art. 33, comma 1, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 205, sia per il suo potenziale contrasto con l'art. 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. citato, in base al quale si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere.

È stata ribadita da **Sez. 6-2, n. 22426/2020, Giannaccari, Rv. 659402-01**, in linea con quanto affermato da Sez. 3, n. 01120/2015, Travaglino, Rv. 633989-01, sotto il diverso profilo del diritto alla provvigione, la necessità della sussistenza di un nesso stretto di causalità tra l'attività svolta e la conclusione dell'affare.

Ove, viceversa, l'attività di intermediazione sia svolta in forma societaria, ai fini del riconoscimento del diritto alla provvigione è necessario, secondo **Sez. 6-2, n. 10350/2020, Tedesco, Rv. 657817-01**, che la società o il suo legale rappresentante siano iscritti nell'albo di cui alla l. 3 febbraio 1989, n. 39 (nel testo applicabile *ratione temporis*). Non è di conseguenza sufficiente a far sorgere in capo alla società il diritto alla provvigione la semplice iscrizione nel ruolo dei mediatori del legale rappresentante come persona fisica.

Da una diversa angolazione del rapporto negoziale, **Sez. 2, n. 20512/2020, Gorjan, Rv. 659139-01**, ha chiarito che nel perimetro della responsabilità *ex* art. 1759 c.c. del mediatore professionale e del correlato onere di corretta informazione delle parti rientra anche il profilo della capacità patrimoniale delle parti stesse, specie in presenza della dazione di una somma a titolo di anticipo di pagamento o di caparra, costituendo un elemento influente sulla sicurezza dell'affare.

Non sono, infine, mancate pronunce che hanno affrontato alcune questioni di rilevanza fiscale. In particolare, **Sez. 2, n. 20537/2020, Carrato, Rv. 659203-01**, ha chiarito che la decorrenza del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione diretta al recupero dell'IVA, in sede di rivalsa, da parte del mediatore è fissata al momento dell'emissione della fattura.

In ipotesi di contratti ad effetti obbligatori, quali ad esempio la stipula di un contratto preliminare, il costo corrisposto all'intermediario, in assenza di clausole sospensive della debenza della provvigione rilevante fiscalmente, deve essere imputato secondo il criterio di competenza, da individuarsi nel momento in cui lo stesso, essendo stato stipulato il preliminare, possa ritenersi certo e determinato, avendo il mediatore ultimato la propria attività. Il principio, affermato da **Sez. 5, n. 15752/2020, Crucitti, Rv. 658405-01**, poggia, infatti, sul presupposto che in tema di determinazione del reddito d'impresa, ai sensi dell'art. 109 (già art. 75) T.U.I.R. (d.P.R.

22 dicembre 1986, n. 917) "le spese di acquisizione dei servizi" sono da imputare e si considerano sostenute nell'esercizio nel quale la prestazione di servizi "è ultimata".

9. La transazione.

Lo strumento tipico di composizione delle liti è il processo, avendo, poi, il legislatore previsto, quando si verte in materia di diritti disponibili, la possibilità per le parti di comporre pattiziamente, per mezzo della transazione, le liti senza ricorrere alla pronuncia del giudice. In ragione di quanto sopra, risulta evidente come l'istituto in esame trovi applicazione in molti settori potendo avere i contenuti più svariati; si possono trasferire diritti, cedere crediti, estinguere obblighi. La causa di tale contratto deve individuarsi nella composizione di una lite già sorta o che può nascere, a fronte della quale le parti si fanno reciproche concessioni.

Con riferimento alla giurisdizione in tema di transazione qualora parte di essa sia una pubblica amministrazione assume rilievo il principio fissato dalle Sezioni Unite della Corte (**Sez. U, n. 24101/2020, Rubino, Rv. 659449-01**). La questione sottoposta alla Corte era quella afferente all'individuazione del giudice competente a decidere nel caso di controversia nata a seguito di una transazione intervenuta tra un Comune e un privato. La questione sottoposta alla Corte scaturiva dalla stipula di un contratto di affittanza agraria instaurato da un Comune con una cooperativa agricola, volto a consentire, verso il pagamento di un corrispettivo, l'utilizzo di un determinato terreno di proprietà comunale adibito a pascolo. A seguito di contrasti nati in ordine a tale contratto le parti stipulavano una transazione successivamente oggetto di impugnazione dinnanzi al giudice ordinario da parte della sub affittuaria che, rimasta estranea alla pattuizione, ne chiedeva la inopponibilità nei suoi confronti. I convenuti chiedevano una declaratoria di difetto di giurisdizione a favore del giudice amministrativo. Il giudice ordinario rigettava l'eccezione formulata sul rilievo che il *thema decidendum* era la validità ed opponibilità della transazione alla parte attrice. La Corte, nel dare seguito alla pronuncia di merito ha affermato che la controversia relativa alla validità e all'efficacia del contratto di transazione, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, qualora sia estranea alla materia del contendere la natura pubblica o privata del terreno, l'amministrazione non abbia utilizzato poteri autoritativi e le parti si siano limitate a domandare al giudice una verifica della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali è sorto l'atto negoziale.

Con riferimento ai limiti della transazione, le **Sez. U, n. 23593/2020, Carrato, Rv. 659286-02,** hanno esaminato i rapporti tra questa e il procedimento disciplinare a carico di un avvocato. In proposito, a seguito di esposto presentato al Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Terni nei confronti di un avvocato da una cliente di

quest'ultima, il Consiglio distrettuale disciplinare dell'Umbria instaurava un procedimento disciplinare a carico del suddetto professionista legale che si concludeva, a seguito ricorso al Consiglio Nazionale Forense nella condanna del professionista sul rilievo, tra l'altro, che, ai fini della tutela dell'interesse perseguito con tale procedimento, non aveva alcuna rilevanza la sopravvenuta transazione tra il professionista e la sua cliente che aveva presentato l'esposto nei suoi riguardi. La Corte, nel confermare tale decisione ha affermato che nel caso di specie l'intervenuta transazione, nel corso del procedimento, tra l'incolpato e il suo assistito non può influire sul corso del procedimento stesso (comportandone la possibile interruzione od estinzione), poiché l'esercizio del potere disciplinare è previsto a tutela di un interesse pubblicistico, come tale non rientrante nella disponibilità delle parti, rimanendo perciò intatto, per l'organo disciplinare, il potere di accertamento della responsabilità del professionista per gli illeciti a lui legittimamente contestati.

Sez. 3, n. 07963/2020, Guizzi, Rv. 657570-01, ha esaminato gli istituti della transazione novativa e conservativa. La Corte ha rilevato che l'art. 1965 c.c., nel definire - al comma 1 - il contratto di transazione, ha introdotto una previsione sostanzialmente corrispondente a quella dell'art. 1764 del codice civile del 1865, quantunque connotata da maggiore sinteticità, visto che il riferimento alle «reciproche concessioni» tiene il posto dell'indicazione di quelle condotte - consistenti nel «dare», «promettere» o «ritenere», ciascuna delle parti transigenti, «qualche cosa» - che, nel sistema dell'abrogato codice civile, identificava uno degli elementi connotanti, ancora oggi, la presente fattispecie contrattuale (ovvero, il cd. *aliquid datum*, *aliquid retentum*). Una novità, invece, viene individuata nel comma 2 dell'art. 1965 c.c., laddove si stabilisce che «le reciproche concessioni possono riguardare rapporti diversi da quello controverso» - dando vita, così, ad una fattispecie contrattuale che si può definire transazione novativa, in contrapposizione a quella semplice o conservativa. In proposito viene rilevato che quantunque l'accordo transattivo sia connotato da una certa portata innovativa, la differenza tra la transazione "novativa" e quella "conservativa" e si ravvisa nel fatto che, nella prima, è necessario che l'accordo raggiunto dalle parti disciplini per intero il nuovo rapporto negoziale, e ciò perché la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un diverso rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente, con nuove ed autonome situazioni giuridiche, sicché di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, *l'animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e *l'aliquid novi,* inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto il tutto, ovviamente, sempre nella prospettiva di eliminare la *res litigiosa*. Per contro, la transazione è conservativa quando le parti danno

vita ad un accordo con il quale si limitano ad apportare modifiche solo quantitative ad una situazione già in atto e a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni, consistenti (anche) in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un quid medium tra le prospettazioni iniziali. La distinzione tra le due fattispecie - transazione "novativa" e "conservativa" - assume rilievo dirimente, secondo quanto sancito dalla Corte, ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 c.c. In proposito, la transazione novativa che interviene su un titolo nullo è sanzionata con la nullità (comma 1) soltanto se relativa a un contratto illecito (per illiceità della causa o del motivo comune a entrambe le parti) ed è invece annullabile negli altri casi, ma il vizio del negozio può essere fatto valere soltanto dalla parte che ha ignorato la causa di invalidità (comma 2); la transazione conservativa, riguardante l'esecuzione o gli effetti di un negozio nullo, è sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché essa regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido e non in sostituzione di questo. Nella specie, la Corte - nel correggere la motivazione della sentenza impugnata, che aveva erroneamente qualificato come conservativo l'accordo transattivo delle parti contenente la risoluzione consensuale dei contratti di franchising e la disciplina di nuove obbligazioni - ha statuito che la dedotta nullità dei contratti di affiliazione societaria per inosservanza della normativa interna e comunitaria non poteva dar luogo ad annullamento della transazione novativa *ex* art. 1972, comma 2, c.c., trattandosi di pretesa invalidità del titolo non ignota alle società affiliate.

Sez. 2, n. 04451/2020, Carbone, Rv. 657114-01, ha affrontato il tema della risolubilità della transazione per eccessiva onerosità sopravvenuta. La Corte, preliminarmente, rileva che la legge stabilisce l'rescindibilità della transazione per causa di lesione (art. 1970 c.c.) e l'irresolubilità per inadempimento della transazione novativa (art. 1976 c.c.), ma non anche l'irresolubilità della transazione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Alla luce di tale quadro normativo, la Corte ha affermato la natura commutativa, e non aleatoria, della transazione e, pertanto, essa è considerata soggetta al principio generale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Osserva, sul punto, il Collegio che l'irresolubilità della transazione novativa per inadempimento, sancita dall'art. 1976 c.c., quale eccezione al principio generale di risolubilità dei contratti a prestazioni corrispettive per alterazione del sinallagma funzionale, è, infatti, ritenuta inestensibile all'eccessiva onerosità, oltre che all'impossibilità sopravvenuta e alla presupposizione. A tale fine in ragione della natura commutativa del rapporto tra *aliquid datum e aliquid retentum*, e della valenza sistematica della risoluzione per alterazione funzionale del sinallagma, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: «*la transazione ad esecuzione differita è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in base al principio generale emergente dall'art.*

1467 *c.c., in quanto l'irresolubilità della transazione novativa stabilita in via eccezionale dall'art.* 1976 *c.c. è limitata alla risoluzione per inadempimento, e l'rescindibilità della transazione per causa di lesione, sancita dall'art.* 1970 *c.c., esaurisce la sua ratio sul piano del sinallagma genetico*».

Nel corso del 2020 la Corte (**Sez. 3, n. 13877/2020, Cigna, Rv. 658307-01**) è intervenuta in tema di transazione nelle obbligazioni solidali *ex* art 1304 c.c. Nella sentenza si premette che, l'art. 1304, comma 1, c.c., secondo cui «la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri se questi non dichiara di volerne profittare», si riferisce unicamente alla transazione che abbia ad oggetto l'intero debito, e non la sola quota del debitore con cui è stipulata, poiché è la comunanza dell'oggetto della transazione che comporta, in deroga al principio secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti, la possibilità per il condebitore solidale di avvalersene pur non avendo partecipato alla sua stipulazione. Se, invece, la transazione stipulata tra il creditore ed uno dei condebitori solidali ha avuto ad oggetto la sola quota del condebitore che l'ha stipulata, occorre distinguere: nel caso in cui il condebitore che ha transatto ha versato una somma pari o superiore alla sua quota ideale di debito, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato; nel caso in cui, invece, il pagamento è stato inferiore, il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota di chi ha transatto. Alla luce di tali principi la Corte ha cassato la sentenza di merito pur dando atto della transazione intervenuta tra i creditori ed un debitore solidale (Casa di Cura), ha poi condannato l'altro debitore solidale (il medico) a pagare ai creditori, in proprio, la complessiva somma di €. 207.725,00, senza accertare se la detta transazione avesse avuto ad oggetto l'intero debito o la sola quota del debitore con cui era stata stipulata, e senza accertare tempi e luoghi dell'eventuale dichiarazione del medico di volerne profittare.

10. Il trasporto.

In materia di trasporto, **le Sez. U, n. 03561/2020, Rubino, Rv. 656952-01**, nell'affrontare la fattispecie relativa ad un caso di soppressione del volo e, in particolare, la domanda dei passeggeri volta ad ottenere il relativo risarcimento del danno, hanno affermato che in tale ipotesi si applicano i criteri di collegamento indicati dall'art. 33 della Convenzione di Montréal, anche nell'ipotesi in cui il contratto concluso con la compagnia aerea contenga una clausola di proroga della giurisdizione. Nella specie, il vettore aveva eccepito il difetto di giurisdizione del giudice italiano in ragione di una specifica clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto, accettate dai trasportati, in sede di acquisto *on line* dei biglietti.

Inoltre, il Collegio, tenuto conto che nel caso di specie i biglietti erano stati acquistati *on line*, ha affermato che il luogo ove è sito lo stabilimento del vettore che cura la conclusione del contratto - indicato nella Convenzione - coincide con il domicilio degli acquirenti - e, dunque, nel caso in esame, in Italia - in quanto luogo ove i passeggeri erano venuti a conoscenza dell'accettazione della proposta formulata tramite portale *web*.

In particolare, secondo la compagnia aerea, sussisteva la giurisdizione esclusiva del giudice irlandese in virtù di un'apposita clausola, accettata dai trasportati, con l'apposizione del segno di spunta (*point and click*), al momento dell'acquisto del titolo di viaggio tramite portale *web*. La clausola di proroga della giurisdizione è disciplinata dall'art. 25 del Regolamento 1215/2012, in cui si stabilisce che le parti, concordemente, possono convenire la competenza di una specifica autorità giurisdizionale, purché tale pattuizione avvenga per iscritto. Nel caso di specie, la clausola accettata dai trasportati prevedeva la giurisdizione del giudice irlandese, fatto salvo quanto previsto dalla Convenzione di Montréal. Diversamente, i passeggeri rilevavano che l'art. 71 del Regolamento 1215/2012 (Bruxelles I *bis*) lascia impregiudicate le convenzioni tra gli Stati membri. Orbene, tra Italia e Irlanda sussiste la succitata Convenzione di Montréal in materia di traffico aereo. Tale accordo, quindi, prevale sulle disposizioni contrattuali eventualmente predisposte dal vettore, in forza della sua imperatività (art. 49). In altre parole, secondo i ricorrenti sulla clausola da loro sottoscritta prevalevano le disposizioni della Convenzione (art. 33) in quanto imperative (art. 49). La Corte ha accolto la tesi proposta dai passeggeri sul rilievo che la clausola sottoscritta tra le parti (trasportati e vettore) conteneva una deroga alla giurisdizione, clausola che faceva salvo il contenuto della Convenzione di Montréal, di talché essendo nulla qualsiasi clausola contrastante con le norme della Convenzione, nel caso di specie è la Convenzione che regola la giurisdizione. Essa contiene dei criteri alternativi per radicare la competenza giurisdizionale, tra i quali la possibilità per l'attore di scegliere (art. 33) il Tribunale del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o del luogo in cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto, il Tribunale del luogo di destinazione. Nel caso di specie, il volo sia in partenza che in arrivo si era svolto sul territorio nazionale, pertanto, la causa poteva correttamente radicarsi in Italia, in virtù dell'ultimo criterio di collegamento.

Sempre con riferimento al trasporto aereo, la **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913 - 04**, ha affermato che la competenza per territorio a conoscere della domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, proposta da un passeggero nei confronti del vettore aereo, va individuata in base ai quattro criteri alternativi stabiliti dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montréal sul trasporto aereo internazionale. In particolare, tale norma attribuisce la competenza, a scelta

dell'attore, anche al giudice avente sede nel luogo dove il vettore possiede una "impresa" che ha provveduto a stipulare il contratto, intendendosi per tale il giudice del luogo in cui il vettore possiede un'organizzazione propria o un soggetto a lui strettamente collegato contrattualmente, per il tramite dei quali distribuisca i biglietti aerei. Nel precisare, poi, che il suindicato art. 33 disciplina non solo il riparto della giurisdizione tra giudici di Stati diversi, ma anche l'individuazione del giudice competente all'interno di ciascuno Stato aderente alla Convenzione, la Corte ha affermato che nella fattispecie, competente a conoscere della domanda era il giudice del luogo in cui era ubicata l'agenzia di viaggi per il cui tramite i passeggeri avevano acquistato i biglietti, sul rilevo che la relativa legittimazione ad emettere titoli di viaggio per conto di una compagnia aerea consentiva di presumere, *ex* art. 2727 c.c., che l'agenzia fosse stata autorizzata dal vettore all'emissione di biglietti e rappresentasse, quindi, un c.d. *ticket office* del vettore stesso, in virtù di un apposito accordo bilaterale, idoneo a qualificarlo come institore, mandatario od appaltatore di servizi del vettore aereo.

Nell'ambito del contratto di trasporto assume rilievo quello di trasporto pubblico, che rientra nella nozione di servizio pubblico volto a garantire ai cittadini il proprio diritto alla mobilità. Il trasporto pubblico è stato oggetto di diversi interventi della Corte nel corso del 2020 e, in particolare, **Sez. 3, n. 08106/2020, Cricenti, Rv. 657574-01**, si è occupata della domanda proposta da una società, esercente il servizio di trasporto locale, sia urbano che extraurbano, in forza di contratti stipulati con il Comune e la Provincia di Padova, volta ad ottenere da tali enti territoriali la compensazione derivante dallo svantaggio economico dovuto all'applicazione di tariffe agevolate a favore delle cosiddette fasce deboli. La società sosteneva di avere ricevuto una compensazione inferiore a quella spettante in base al Regolamento Comunitario n. 1191 del 1969 ed alla legge nazionale n. 422 del 1997. Sia in primo che in secondo grado la domanda veniva stata respinta. La Corte con la sentenza in esame ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non applicabile alla fattispecie il Regolamento UE n. 1191 del 1969, essendo il rapporto regolato esclusivamente dal contratto stipulato nel 2001, e poi rinnovato, nel quale era previsto un corrispettivo unico sia per gli obblighi di servizio che per quelli tariffari, salva la possibilità di un indennizzo all'esito del consuntivo, indennizzo effettivamente erogato. In sostanza, i criteri legali, aventi fonte nel Regolamento 1191/69/CEE, come modificato dal Regolamento 1893/91/CEE, e nella legge nazionale, non si applicano in presenza di una specifica pattuizione in quanto essi non impongono una compensazione economica a favore delle imprese di trasporto obbligate ad applicare tariffe agevolate, ma hanno lo scopo di fissare criteri comuni per la sua attuazione; pertanto, se gli obblighi di servizio (compresi quelli tariffari) gravano sulle imprese per effetto di contratti stipulati in esito a gare di evidenza

pubblica (come previsto dagli artt. 17 e 19 d.lgs. n. 422 del 1997), l'obbligo di compensazione per lo svantaggio economico trova fonte esclusivamente nella contrattazione delle parti, se conforme ai criteri indicati dal predetto Regolamento.

Sempre con riferimento al trasporto pubblico, un passeggero conveniva in giudizio Trenitalia, s.p.a., esponendo che aveva viaggiato su un treno della società evocata in lite che era giunto a destinazione dopo una notte di percorrenza con circa 23 ore di ritardo a causa delle avverse quanto prevedibili condizioni meteorologiche, senza alcuna assistenza in termini di luce, riscaldamento e coperte, cibo e acqua. In ragione di ciò chiedeva il ristoro dei conseguenti danni. In primo e secondo grado la domanda veniva accolta. La Corte (**Sez. 3, n. 07754/2020, Porreca, Rv. 657508-02**) ha confermato la sentenza di merito affermando che in tema di responsabilità dell'amministrazione ferroviaria, la vigente normativa nazionale e comunitaria sulla tutela indennitaria, cui è tenuto il prestatore del servizio di trasporto ferroviario, è diretta ad assicurare forme di "indennizzo" per le ipotesi di cancellazione, interruzione o ritardo nel detto servizio, ma non a impedire che, ricorrendone i presupposti, sia accolta la richiesta giudiziale di risarcimento di ulteriori pregiudizi tutelati.

11. La vendita: premessa.

Il contratto di vendita è stato anche quest'anno analizzato dalla S.C. sotto molteplici aspetti, in particolare, con riferimento ai diversi tipi di vendita, alle azioni volte a farne valere l'invalidità, ma non sono mancate, come di consueto, parecchie pronunce sul preliminare di vendita.

Sul contratto di vendita in generale, ai fini dell'individuazione del luogo di adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo di beni mobili in base al criterio del *forum destinatae solutionis*, risulta consolidato il principio espresso a suo tempo da Sez. 2, n. 00648/2004, Colarusso, Rv. 569472-01.

Sez. 6-2, n. 19894/2020, Besso Marcheis, Rv. 659222-01, ha, infatti, confermato che la designazione contrattuale del luogo in cui si trova l'acquirente al momento della consegna della cosa opera solo nell'ipotesi dell'adempimento. Nella diversa ipotesi di inadempimento, seguito da azione giudiziale del venditore, riprende, viceversa, vigore il regolamento legale *ex* art. 1498, c.c., in virtù del quale il luogo del pagamento luogo coincide con quello del domicilio del venditore-creditore.

11.1. I diversi tipi.

Per la vendita di cose da trasportare **Sez. 2, n. 00782/2020, Falaschi, Rv. 656835-01**, pronunciandosi su un contratto di fornitura di gasolio, ha ribadito la specialità della disposizione di cui all'art. 1510, comma 2, c.c., applicabile solo in tema

di vendita a distanza di cose mobili. La norma prevede che, salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo all'altro, il venditore si libera dall'obbligo di consegna rimettendo la cosa al vettore o allo spedizioniere. In tale fattispecie, infatti, il contratto di trasporto costituisce mera modalità esecutiva.

La S.C., pertanto, ha ricordato che la disposizione in esame risponde alla precisa *ratio* che è quella di favorire i rapporti commerciali e la vendita a distanza, consentendo al venditore di liberarsi dell'obbligo della consegna, rimettendo la cosa che avrebbe dovuto essere consegnata nel luogo della vendita o presso il suo domicilio o la sede dell'impresa, a due distinte figure professionali, il vettore o lo spedizioniere. Rifacendosi al precedente espresso da Sez. 3, n. 02084/2014, Carleo, Rv. 629823-01, la S.C. ha riaffermato, quindi, che, al di fuori della vendita di cose mobili, il vettore deve essere considerato terzo ausiliario del debitore-mittente, il quale, in caso di perdita o avaria, totale o parziale, risponde verso il creditore-destinatario del fatto doloso o colposo del vettore.

Con riguardo, invece, alla vendita con riserva di proprietà **Sez. 2, n. 22190/2020, Besso Marcheis, Rv. 659366-01**, ha confermato il principio consolidato, da ultimo affermato da Sez. 2, n. 23967/2013, Nuzzo, Rv. 628021-01, per cui la disposizione di cui all'art. 1525 c.c. concernente l'inadempimento del compratore ha la funzione di impedire al venditore di chiedere la risoluzione del contratto oltre i limiti della rilevanza legale dell'inadempimento del compratore per il mancato pagamento del prezzo. La previsione dell'omesso pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo, come ipotesi che esclude l'inadempimento, costituisce, dunque, proprio l'espressione di una tipizzazione della rilevanza dell'inadempimento effettuata dall'ordinamento.

Nella vendita a catena **Sez. 2, n. 01631/2020, Varrone, Rv. 656847-01,** si è pronunciata sull'ambito applicativo dell'azione di rivalsa, consolidando ulteriormente l'orientamento espresso da ultimo da Sez. 2, n. 02115/2015, Varrone, Rv. 634177-01. Il principio dell'autonomia di ciascuna vendita, in particolare, non impedisce al rivenditore di proporre, nei confronti del proprio venditore, domanda di rivalsa di quanto versato a titolo di risarcimento del danno all'acquirente, quando l'inadempimento del rivenditore sia direttamente connesso e consequenziale alla violazione degli obblighi contrattuali verso di lui assunti dal primo venditore.

La vendita di beni di consumo ha, invece, impegnato la S.C. sotto diverse angolazioni.

Ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile **Sez. 2, n. 13148/2020, Giannaccari, Rv. 658282-01,** ha affermato la natura speciale della normativa prevista dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Ove, quindi, ricorrano i presupposti individuati dall'art. 128 del d.lgs. n. 206 del 2005 e, dunque, si tratti di vendita di un bene di consumo, intendendosi per tale

"qualsiasi bene mobile", operata da un soggetto qualificabile in termini di "venditore" alla stregua di tale disciplina e, cioè, "qualsiasi persona fisica o giuridica pubblica o privata che, nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, utilizza i contratti di cui al comma 1", trovano applicazione innanzitutto le norme del codice del consumo, potendosi ricorrere in via residuale a quelle fissate dal codice civile solo per quanto ivi non previsto.

Sotto il diverso aspetto dei vizi di conformità, è intervenuta **Sez. 2, n. 10453/2020, San Giorgio, Rv. 657793-01**, chiarendo che, ove la sostituzione o riparazione del bene non siano state impossibili, né risultino eccessivamente onerose, il consumatore, scaduto il termine congruo per la sostituzione o riparazione, senza che il venditore vi abbia provveduto, ovvero se le stesse abbiano arrecato un notevole inconveniente, può agire per la riduzione del prezzo o per la risoluzione del contratto, pur in presenza di un difetto di lieve entità.

A tale proposito, sempre secondo, **Sez. 2, n. 10453/2020, San Giorgio, Rv. 657793-02**, l'azione per la risoluzione proponibile dal consumatore nei confronti del venditore, *ex* artt. 1492 e 1519-*quater*, comma 7, c.c., evidentemente nel periodo di vigenza di tale ultima disposizione, non può essere esperita anche nei confronti dell'importatore del bene, stante la non equiparabilità tra le due figure. Ad avviso dei giudici di legittimità, infatti, dal combinato disposto degli artt. 1519-*bis* e *quinquies* c.c., emerge netta la rilevanza di tali posizioni ai diversi fini dell'azione di regresso.

Ove, viceversa, la riparazione o la sostituzione risultino, rispettivamente, impossibile ovvero eccessivamente onerosa, per **Sez. 2, n. 01082/2020, Tedesco, Rv. 656841-01**, va riconosciuto al consumatore anche il diritto di agire per il solo risarcimento del danno. Benché non espressamente contemplato dall'art. 130, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005, secondo la S.C., tale diritto all'azione risarcitoria trova fondamento in altre norme dell'ordinamento, secondo quanto disposto dall'art. 135, comma 2, del medesimo codice del consumo, al fine di garantire al consumatore uno standard di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla Direttiva n. 44 del 1999.

11.2. I vizi e le difformità.

Dal punto di vista generale sono stati riconfermati i limiti della garanzia per i vizi della cosa venduta, operanti nell'ipotesi in cui il compratore ne avesse conoscenza al momento della vendita. Si tratta dell'applicazione del principio di auto responsabilità e consegue all'inosservanza di un onere di diligenza del compratore in ordine alla rilevazione dei vizi che si presentino di semplice percezione.

L'esclusione della garanzia nel caso di facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1491 c.c., presuppone, innanzitutto, un apprezzamento in

relazione al caso concreto, avuto riguardo alle particolari circostanze della vendita, alla natura della cosa ed alla qualità dell'acquirente. In proposito **Sez. 6-2, n. 02756/2020, Falaschi, Rv. 657247-01**, ha ribadito, in linea con Sez. 2, n. 02981/2012, Giusti, Rv. 621577-01, che è, tuttavia, da escludere che l'onere di diligenza del compratore debba spingersi sino al punto di postulare il ricorso ad esperti o l'effettuazione di indagini penetranti ad opera di tecnici del settore, al fine di individuare il vizio.

Il giudizio sulla conoscibilità del vizio costituisce, pertanto, un apprezzamento di fatto rimesso al giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per limiti della motivazione, *ex* art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., e, quindi, nel regime anteriore alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012, per inadeguatezza della stessa ovvero, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. cit., per omesso esame di un fatto decisivo ed oggetto di discussione tra le parti. In questo senso **Sez. 2, n. 08637/2020, Varrone, Rv. 657694-01,** ha confermato Sez. 2, n. 24726/2017, Picaroni, Rv. 645802-01.

I confini tra l'ipotesi di nullità del contratto e i vizi della cosa venduta sono stati precisati con riguardo al particolare caso della vendita di animale affetto da malattia infettiva e diffusiva. **Sez. 2, n. 17930/2020, Casadonte, Rv. 658961-01**, ha chiarito in proposito che la nullità del contratto per incommerciabilità del bene è configurabile solo nel caso in cui la patologia sia espressamente prevista dal regolamento di polizia veterinaria o da altra disposizione normativa per il tipo di animale oggetto della vendita. Negli altri casi, viceversa, occorrerà fare applicazione, ai fini dell'eventuale responsabilità del venditore ai sensi dell'art. 1496 c.c., della disciplina relativa ai vizi della cosa venduta, ovvero alla mancanza delle qualità promesse o essenziali, ovvero alla consegna di *aliud pro alio*.

Nell'ambito delle anomalie del sinallagma deve essere richiamata, infine, **Sez. 1, n. 02980/2020, Nazzicone, Rv. 656684-01**, in tema di vendita sottocosto o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi. La pronuncia, confermando la linea tracciata da Sez. 1, n. 01636/2006, Rordorf, Rv. 585933-01, ha affermato che essa è contraria ai doveri di correttezza *ex* art. 2598, comma 1, n. 3), c.c. solamente se si connota come "illecito antitrust", in quanto realizzata da un'impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie di soppressione della concorrenza, traducendosi così in un danno per i consumatori ed il mercato e concretizzando l'illecito concorrenziale da "dumping" interno.

Per i vizi o difetti di conformità nella vendita immobiliare il diritto al risarcimento è riconosciuto, qualora il bene trasferito non risulti conforme alle norme urbanistiche e il venditore abbia taciuto l'esistenza di diritti o oneri che ne diminuiscano il libero godimento. Sul punto **Sez. 3, n. 14595/2020, Gorgoni, Rv. 658318-02**, ha precisato che tale responsabilità viene meno ove il venditore dimostri che l'acquirente ne abbia

avuto un'effettiva conoscenza. Ai fini della condanna del venditore al risarcimento del danno non è, tuttavia, necessaria la sua malafede, essendo sufficiente la sussistenza della colpa.

Sempre nello stesso ambito **Sez. 2, n. 17123/2020, Besso Marcheis, Rv. 658954-01**, ha precisato che, per gli immobili destinati ad abitazione, il certificato di abitabilità, pur costituendo un requisito giuridico essenziale, ai fini del legittimo godimento e della normale commerciabilità del bene, la mancata consegna di detto certificato costituisce un inadempimento del venditore che non incide necessariamente in modo dirimente sull'equilibrio delle reciproche prestazioni. Il successivo rilascio del certificato di abitabilità, infatti, esclude la possibilità stessa di configurare l'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*.

11.3. Il concorso dei danni e altri profili processuali.

Risulta confermato da **Sez. 3, n. 04002/2020, Amendola, Rv. 656905-01**, l'orientamento sulle condizioni del concorso del danno contrattuale ed extracontrattuale espresso da ultimo da Sez. 3, n. 16654/2017, Cirillo, Rv. 644820-01. La coesistenza dei diversi tipi di danno è, dunque, configurabile solo quando il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest'ultimo che siano sorti al di fuori del contratto ed abbiano la consistenza di diritti assoluti.

Sul tema del riparto degli oneri probatori, con **Sez. 2, n. 08199/2020, Carbone, Rv. 657593-01,** ha trovato, altresì, conferma la pronuncia di Sez. U, n. 11748/2019, Cosentino, Rv. 653791-01, secondo cui, in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all'articolo 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'articolo 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi.

Dalla diversa angolazione degli effetti della dichiarazione di nullità **Sez. 3, n. 09719/2020, Rossetti, Rv. 657768-01**, ha chiarito che essa non travolge, di per sé, gli effetti confessori dell'affermazione, in esso contenuta, con cui il venditore riconosce di aver incassato il prezzo. La rilevante conseguenza che ne deriva sul piano processuale è che tale dichiarazione, anche se inserita nel contratto dichiarato nullo, può comunque costituire prova dell'avvenuto pagamento nel giudizio di restituzione dell'indebito conseguente alla dichiarazione di nullità. L'arresto, reso in tema di compravendita immobiliare nella fase del giudizio di esecuzione, si fonda sulla ragione per cui il principio della conservazione degli effetti del negozio affetto da nullità parziale costituisce la regola; è, di converso, un'eccezione l'estensione della nullità all'intero negozio.

Sul diverso fronte dell'azione di nullità per illiceità della causa, **Sez. 2, n. 00886/2020, Fortunato, Rv. 656839-01**, ha chiarito che nel giudizio volto ad

ottenere la declaratoria di nullità del contratto di compravendita di un immobile stipulato a titolo di corrispettivo di un prestito usurario, non è configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dell'amministratore della società acquirente, ritenuto responsabile del delitto di usura per essersi fatto dare o promettere interessi illeciti e per aver procurato l'acquisto dell'immobile in corrispettivo del detto prestito.

La ragione di tale esclusione poggia sulla circostanza che, in tale ipotesi, l'amministratore ha stipulato il contratto nell'esercizio dei poteri gestori e in nome e per conto della società, unica parte sostanziale del negozio di vendita.

11.4. Il contratto preliminare.

Molteplici, come già anticipato, sono state le pronunce in tema di contratti preliminari, in relazione evidentemente alla numerosa casistica proposta dalla pratica negoziale.

Nell'ambito degli elementi essenziali del contratto, con riguardo alla determinabilità dell'oggetto del contratto, **Sez. 2, n. 01626/2020, Criscuolo, Rv. 656846-01**, ha chiarito che la possibilità di individuare *per relationem* il bene oggetto del futuro trasferimento può incontrare il limite della volontà delle parti diretta ad avvalersi solo di un atto specificamente richiamato nel contratto e destinato a formarne parte integrante. L'arresto ha chiarito che, in tal caso, il preciso richiamo ad uno specifico documento non permette, ai fini dell'individuazione del bene oggetto del trasferimento, di fare riferimento ad elementi diversi, né ad un successivo e diverso comportamento delle parti. Nello specifico le parti, nel preliminare di una compravendita immobiliare, avevano rinviato ad una planimetria ed i giudici di legittimità hanno ritenuto che solo la produzione della stessa in giudizio avrebbe consentito di ritenere sufficientemente determinato l'oggetto della vendita.

In ipotesi di ignoranza da parte del promissario acquirente dell'altruità del bene, un'importante precisazione proviene da **Sez. 2, n. 00787/2020, Tedesco, Rv. 656836-01**, in relazione alla disciplina applicabile al contratto preliminare. Non trova, secondo la S.C., applicazione l'art. 1479, comma 1, c.c. in quanto, fino alla scadenza del termine per stipulare il contratto definitivo, il promittente venditore può adempiere all'obbligo di procurargliene l'acquisto e ciò indipendentemente dalla conoscenza da parte del promissario compratore che il bene appartenga ad altri.

Al promissario acquirente, quindi, è inibito chiedere la risoluzione del contratto prima della scadenza del termine, ma, per altro verso, lo stesso non è inadempiente se, nonostante la maturazione del termine previsto per la stipula del contratto, il promittente venditore non sia ancora proprietario del bene. Quest'ultimo, dunque in tale ultima situazione, non può avvalersi della clausola risolutiva espressa

eventualmente pattuita per il caso di inutile decorso del termine, mancando l'essenziale condizione dell'inadempimento del promissario.

Sul versante degli obblighi assunti dalle parti nel preliminare **Sez. 6-1, n. 22429/2020, Dolmetta, Rv. 659009-01**, ha chiarito che, qualora una delle parti si sia impegnata ad assicurare un determinato risultato, è legittimo il recesso dell'altra parte, a prescindere dalla mancanza di colpa in chi abbia promesso il risultato non raggiunto, sul presupposto che la garanzia, in tale ipotesi, opera per il fatto oggettivo.

Con riferimento alla particolare fattispecie del preliminare di un bene indiviso, considerato quale "unicum", **Sez. 2, n. 04013/2020, Casadonte, Rv. 657109-01**, ha precisato che la prestazione dei promittenti venditori ha natura indivisibile, poiché ciascun promittente venditore, non solo, si obbliga a prestare il consenso per il trasferimento della sua quota, ma promette anche il fatto altrui e, cioè, il consenso degli altri, attesa l'unitarietà della prestazione.

A proposito, invece, del preliminare di vendita di un terreno sul quale insistono beni immobili non menzionati nell'atto, **Sez. 2, n. 18195/2020, Varrone, Rv. 658906-01**, ha avuto modo di precisare che esso comporta il trasferimento, a titolo negoziale, anche dei fabbricati, ancorché non menzionati espressamente nell'atto, salvo che il venditore, contestualmente alla cessione, riservi a sé stesso od altri la proprietà di tali manufatti.

Il principio, tuttavia, non può essere applicato ove sia intrapresa un'azione *ex* art. 2932 c.c. Il Supremo Collegio ha chiarito, infatti, che al giudice adito è preclusa una pronuncia di trasferimento coattivo in assenza, non solo, del certificato di destinazione urbanistica del terreno, ma anche della dichiarazione, contenuta nel preliminare o successivamente prodotta in giudizio, sugli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali elementi sono, invero, requisiti richiesti a pena di nullità dall'art. 46 del d.P.R. 6 giugno del 2001 n. 380 ed integrano, altresì, una condizione dell'azione.

Sotto un diverso profilo **Sez. 2, n. 09953/2020, San Giorgio, Rv. 657754-01**, ha dato continuità ad un consolidato orientamento da ultimo espresso da Sez. 1, n. 07584/2016, Nappi, Rv. 639308-01, secondo cui, ove la consegna dell'immobile venga effettuata prima della stipula del definitivo, non scatta la decorrenza del termine di decadenza per opporre i vizi noti e neppure quello di prescrizione.

L'onere della tempestiva denuncia presuppone, infatti, l'avvenuto trasferimento del diritto. Ne deriva che il promissario acquirente, anticipatamente immesso nella disponibilità materiale del bene risultato successivamente affetto da vizi, può chiedere l'adempimento in forma specifica del preliminare, ai sensi dell'art. 2932 c.c., e contemporaneamente agire con l'azione *quanti minoris* per la diminuzione del prezzo, senza che gli si possa opporre la decadenza o la prescrizione.

Sez. 6-2, n. 10665/2020, Cosentino, Rv. 657889-01, ha nuovamente affrontato il tema del mancato rilascio del certificato di abitabilità o agibilità ovvero dell'insussistenza delle condizioni per il relativo rilascio per escludere che l'assenza di tali elementi determini l'invalidità del contratto preliminare. Tali omissioni, infatti, integrano un inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza.

Sul diverso ambito della controversia definita con il rigetto della domanda risolutoria del promittente acquirente **Sez. 2, n. 21262/2020, Oricchio, Rv. 659316-01**, ha chiarito che l'istanza di restituzione della caparra in favore del promittente acquirente deve ritenersi inclusa nella domanda, dal medesimo già formulata, di restituzione del doppio della caparra stessa. Tale inclusione presuppone, tuttavia, l'accertamento dell'impossibilità sopravvenuta di trasferimento del bene oggetto del preliminare di vendita e, conseguentemente, l'affermazione del carattere di indebito assunto dalla medesima caparra.

Sul versante dell'individuazione dei criteri di liquidazione del risarcimento del danno in favore del promittente venditore per la mancata conclusione del definitivo **Sez. 6-3, n. 26042/2020, Rossetti, Rv. 659919 - 01,** ha finalmente chiarito che il danno consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene al momento della liquidazione e il prezzo offerto dal promissario acquirente rivalutato al medesimo tempo. La pronuncia ha precisato, inoltre, che è possibile tenere conto anche di circostanze future, suscettibili di determinare un incremento o una riduzione del pregiudizio, alla condizione che esse siano allegate e provate e appaiano ragionevolmente prevedibili e non meramente ipotizzate.

12. Il giuoco e la scommessa.

Nell'ambito delle ridotte pronunce in tema, occorre, tuttavia, richiamare **Sez. 2, n. 17124/20, C. Besso Marcheis, Rv. 658955-01,** a proposito del gioco del lotto, secondo cui l'obbligo contrattualmente previsto per il concessionario di versare ogni settimana i proventi del giuoco della settimana contabile precedente sorge soltanto con la riscossione e l'incasso effettivo delle giocate e non a seguito dell'inserimento delle stesse nel terminale e dell'emissione del relativo scontrino, deponendo in tal senso l'art. 24 del d.P.R. n. 303 del 1990, rubricato modalità di versamento delle somme "riscosse". In materia, invece, di adempimenti connessi al funzionamento di apparecchi e congegni di intrattenimento da gioco, secondo **Sez. 2, n. 23954/20, Varrone, Rv. 659383-01,** la mancata attivazione della procedura di blocco e

collocazione in magazzino delle apparecchiature non collegate alla rete telematica giustifica la legittimità dell'ordinanza ingiunzione emessa dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S) per violazione dell'art. 110, comma 9, lett. c) del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 del (T.U.L.P.S.), anche in caso di mancato ritrovamento di denaro all'interno degli apparecchi medesimi e senza che assuma rilevanza l'allaccio di questi ultimi alla rete elettrica al momento del controllo. Solo la neutralizzazione del loro uso potenziale può, infatti, comportare l'esclusione della responsabilità per i gestori, gli esercenti nonché il concessionario del servizio telematico per la raccolta e la gestione del gioco lecito.

In tema, ma sotto una diversa prospettiva, **Sez. 2, n. 04605/2020, Carrato, Rv 657115-01,** ha affermato che la mancata apposizione sugli apparecchi e congegni per il gioco lecito dei titoli autorizzatori "in forma originale" integra la violazione dell'art. 110, comma 9, lett. f), del r.d. n. 773 del 1931 (cd. T.U.L.P.S.), non essendo sufficiente la semplice apposizione su di essi, come era avvenuto nella specie, di una mera fotocopia di siffatti titoli, non rispondendo tale modalità ai requisiti di sicurezza sottesi all'intera normativa di settore.

CAPITOLO X

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio in generale. - 3. La ripetizione di indebito e l'errore del *solvens*. - 4. Ripetizione d'indebito, prescrizione ed onere probatorio. - 5. La ripetizione dell'indebito e l'esecuzione forzata. - 6. L'indebito assistenziale e quello contributivo. - 7. Aiuti di Stato e ripetizione di indebito. - 8. Prestazione contraria al buon costume e *soluti retentio*. - 9. Azione di arricchimento senza causa: presupposti e distinzione dalla domanda di ripetizione d'indebito. - 10. Arricchimento senza causa, P.A. e tardiva attuazione di direttive comunitarie. - 11. L'ingiustificato arricchimento nei rapporti familiari e prescrizione. - 12. La gestione di affari altrui: le Sezioni Unite sulla giurisdizione.

1. Premessa.

Nel corso del 2020 la S.C. ha ribadito oltre che chiarito principi in merito alla disciplina della ripetizione dell'indebito, con particolare riferimento all'errore del *solvens*, alla prescrizione ed ai rapporti con l'esecuzione forzata.

In merito all'arricchimento senza causa, invece, sono stati ribaditi nonché ulteriormente specificati principi inerenti l'esercizio della relativa azione nei confronti della P.A.

2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio in generale.

La disciplina della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c. ha portata generale e si applica a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa (in applicazione del principio, Sez. L, n. 18266/2018, Lorito M., Rv. 649965-01, ha ritenuto applicabile la disciplina in oggetto, con il conseguente regime prescrizionale decennale, al diritto del preponente, in caso di risoluzione anticipata del contratto d'agenzia, alla restituzione degli anticipi provvigionali corrisposti all'agente).

La legittimazione a domandare la restituzione di un indebito pagamento eseguito dal mandatario secondo le disposizioni del mandante spetta però a quest'ultimo e non al mandatario, a meno che il mandato non abbia attribuito anche la suddetta facoltà e sempre che, in questo caso, la domanda giudiziale di restituzione sia formulata dal mandatario spendendo tale sua qualità (**Sez. 3, n. 08101/2020, Rossetti, Rv. 657573-03**).

Il pagamento effettuato dal soggetto che aveva assunto il relativo obbligo, ancorché in base ad un contratto nullo, rimane comunque qualificabile come

adempimento del contratto stesso, suscettibile di comportare la restituzione dell'importo versato in applicazione dei principi dell'indebito oggettivo.

In particolare, per Sez. 2, n. 21550/2018, Fortunato, Rv. 650069-01, detto pagamento resta atto dovuto e non assume carattere e significato negoziale, tranne che nelle ipotesi tipiche indicate dall'art. 1327 c.c., non potendo essere interpretato quale accettazione della proposta di modifica di un contratto giudicato invalido di cui costituisca mera esecuzione.

La dichiarazione di nullità di un contratto di vendita, però, non travolge di per sé sola gli effetti confessori della dichiarazione, in esso contenuta, con cui il venditore riconosce di aver incassato il prezzo. Ne consegue, per **Sez. 3, n. 09719/2020, Rossetti, Rv. 657768-01**, che tale dichiarazione, anche se inserita nel contratto dichiarato nullo, può costituire prova dell'avvenuto pagamento nel giudizio di restituzione dell'indebito conseguente alla dichiarazione di nullità.

Circa i rapporti tra nullità protettive ed azione d'indebito esperita dall'investitore interviene **Sez. 1, n. 10505/2020, Scotti, Rv. 657894-01**. Essa evidenzia in particolare che nel caso in cui l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per evitare un uso oggettivamente distorsivo delle regole di legittimazione in tema di nullità protettive, al solo fine di paralizzare, in tutto o in parte, gli effetti restitutori conseguenti all'esperimento selettivo dell'azione di nullità da parte del cliente investitore, nei limiti della complessiva *utilitas* economica ritratta da quest'ultimo grazie all'esecuzione del contratto quadro affetto dalla nullità dal medesimo fatta valere, le cedole medio tempore riscosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto dell'indebito, né quali frutti civili *ex* art. 820 e 2033 c.c., ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore.

La portata generale dell'azione in esame, tale da applicarsi con riferimento a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa, spinge peraltro **Sez. 1, n. 03659/2020, Lamorgese, Rv. 657054-01**, a ribadire che in caso di modifica giudiziale delle condizioni economiche del regime post-coniugale, intervenuta in ragione della raggiunta indipendenza economica dei figli, il genitore obbligato può esercitare l'azione di ripetizione *ex* art. 2033 c.c. anche con riferimento alle somme corrisposte in epoca antecedente alla domanda di revisione, allorché la causa giustificativa del pagamento sia già venuta meno. Nella specie, le due figlie erano divenute economicamente autosufficienti a seguito del conseguimento della laurea, come previsto dagli accordi economici in sede di divorzio congiunto dei genitori, e pacificamente con i rispettivi matrimoni contratti nel 1994 e 1998, sicché la S.C. ha cassato la sentenza della Corte d'appello che aveva negato la ripetizione delle somme corrisposte per il mantenimento delle figlie prima della modifica delle condizioni a decorrere dal 2006.

Trattasi, quello di cui innanzi, di principio massimato come difforme rispetto a Sez. 6-1, n. 13609/2016, Genovese, Rv. 640399-01). Per quest'ultima, in particolare, il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a favore del figlio maggiorenne, in regime di separazione, comporta che la normale retroattività della statuizione giudiziale di riduzione al momento della domanda vada contemperata con i principi di irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità di dette prestazioni, sicché la parte che abbia già ricevuto, per ogni singolo periodo, le prestazioni previste dalla sentenza di separazione non può essere costretta a restituirle, né può vedersi opporre in compensazione, per qualsivoglia ragione di credito, quanto ricevuto a tale titolo, mentre ove il soggetto obbligato non abbia ancora corrisposto le somme dovute, per tutti i periodi pregressi, tali prestazioni non sono più dovute in base al provvedimento di modificazione delle condizioni di separazione.

Circa i rapporti nascenti dal contratto di assicurazione, **Sez. 3, n. 03999/2020, Di Florio, Rv. 656903-01**, evidenzia che all'assicuratore della responsabilità civile che, chiamato in manleva, abbia pagato direttamente al danneggiato la somma che l'assicurato sia stato condannato a corrispondere a titolo di risarcimento del danno con sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, spetta - laddove tale sentenza sia stata riformata in appello con il rigetto della sola domanda di manleva - l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo nei confronti dello stesso assicurato, per avere dato esecuzione alla condanna risarcitoria per suo conto e in sua sostituzione, quale terzo adempiente, nonostante non sussistesse alcun obbligo di manleva.

Il pagamento dell'IVA sulla tariffa di igiene ambientale *ex* art. 49 del d.lgs. n. 22 del 1997 (c.d. TIA1), attesa la natura tributaria di detta tariffa e la sua non assoggettabilità ad imposta, integra invece indebito oggettivo e legittima l'azione di ripetizione promossa nei confronti del cedente, non assumendo rilevanza l'eventuale detrazione, comunque non consentita, del relativo importo ad opera del cessionario (**Sez. 6-3, n. 06149/2020, Vincenti, Rv. 657290-01**).

In fattispecie caratterizzata dall'esperimento dell'azione di ripetizione di una quota parte della tariffa pagata in relazione alla fornitura del servizio idrico, a titolo di corrispettivo per l'attività di depurazione delle acque, deducendo che tale attività fosse mancata, **Sez. 3, n. 11294/2020, Di Florio, Rv. 658157-01**, ha invece avuto modo di ribadire che chi allega di aver effettuato un pagamento dovuto solo in parte e proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebito oggettivo per la somma versata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (conforme Sez. 3, n. 07501/2012, Carluccio, Rv. 622359-01).

Circa l'onere probatorio, in termini più generali, nella ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 30713/2018, Abete, Rv. 651530-02). Colui che agisce per la ripetizione di un indebito allega la dazione senza causa della somma di denaro non come adempimento di un negozio giuridico ma come spostamento patrimoniale. Sicché, può assolvere l'onere della prova di questo fatto al di fuori dei limiti probatori previsti per i contratti, atteso che detti limiti sono applicabili solo al pagamento dedotto come manifestazione di volontà contrattuale e non a quello prospettato come fatto materiale estraneo alla esecuzione di uno specifico rapporto giuridico. Ne consegue, per la precedente Sez. 2, n. 18483/2010, Migliucci, Rv. 614623-01, che la prova dell'indebito può essere fornita anche per testimoni, indipendentemente dai limiti di cui all'art. 2721 c.c. Proposta la domanda di ripetizione dell'indebito, l'attore ha l'onere di provare l'inesistenza di una giusta causa delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore del convenuto, ma solo con riferimento ai rapporti specifici intercorsi tra le parti e dedotti in giudizio, non potendosi invece esigere dall'attore la dimostrazione dell'inesistenza di ogni e qualsivoglia causa di dazione tra *solvens* e *accipiens*. Sicché, e consegue che ai fini della prova del diritto alla ripetizione di somme riscosse da A.G.E.A. (Agenzia per le erogazioni in Agricoltura) per contributi ritenuti erogati indebitamente è sufficiente dimostrare l'inesistenza del diritto alla restituzione in capo all'Agenzia pubblica e non, invece, la titolarità del diritto a ricevere aiuti comunitari in capo all'azienda agricola (Sez. 2, n. 20522/2018, De Marzo, Rv. 650167-01).

3. La ripetizione di indebito e l'errore del *solvens*.

La proponibilità dell'azione di ripetizione d'indebito oggettivo non è esclusa dall'avere il *solvens* effettuato il pagamento non già nell'erronea consapevolezza dell'esistenza dell'obbligazione ma, al contrario, nella convinzione di non essere debitore e, quindi, senza *l'animus solvendi*, nemmeno quando tale convinzione sia stata enunciata in una espressa riserva formulata in sede di pagamento (**Sez. 3, n. 03894/2020, Pellecchia, Rv. 657149-01**), in ipotesi effettuato al solo scopo di evitare l'applicazione di eventuali sanzioni (Sez. 3, n. 09624/1994, Giuliano, Rv. 488615-01).

Con la citata pronuncia del 2020 la S.C. mostra di proseguire nel solco interpretativo già segnato dalla propria precedente giurisprudenza in ordine all'errore del *solvens* con riferimento alla disciplina della ripetizione d'indebito.

Ai detti fini della ripetizione dell'indebito oggettivo, difatti, non è necessario che il *solvens* versi in errore circa l'esistenza dell'obbligazione, posto che, diversamente dall'indebito soggettivo *ex persona debitoris*, in cui l'errore scusabile è previsto dalla

legge come condizione della ripetibilità, ricorrendo l'esigenza di tutelare l'affidamento dell'*accipiens* - il quale riceve ciò che gli spetta sia pure da persona diversa dal vero debitore -, nell'ipotesi di cui all'art. 2033 c.c. non vi è un affidamento da tutelare, non avendo l'*accipiens* alcun diritto di conseguire, né dal *solvens* né da altri, la prestazione ricevuta e la sua buona o mala fede rileva solo ai fini della decorrenza degli interessi. In applicazione di tale principio, Sez. 6-3, n. 07066/2019, Vincenti, Rv. 653441-01, ha ritenuto sussistente il diritto di una regione alla restituzione del contributo comunitario di cui al Regolamento CE n. 2081 del 1993 indebitamente versato per un progetto di opere in assenza dei requisiti di legge, nonostante alla stessa amministrazione risultasse che alla data della domanda il richiedente non avesse ancora ottenuto la concessione edilizia. Per converso, il versamento effettuato da chi non vi era tenuto, nell'erroneo ma scusabile convincimento di esservi personalmente obbligato, configura un indebito soggettivo *ex latere solventis*, con la conseguenza che il *solvens* ha azione di ripetizione che, nel diritto tributario, si traduce nella possibilità di presentare istanza di rimborso, trovando applicazione l'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973, oltreché in caso di errore materiale, in quello di inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento e, dunque, in maniera indifferenziata in tutte le ipotesi di ripetibilità del versamento indebito, a prescindere dalla riferibilità dell'errore al versamento, all'*an* od al *quantum* del tributo (Sez. T, n. 14608/2019, Cataldi, Rv. 654112-01).

Parimenti, la giurisprudenza di legittimità ha già in passato evidenziato che nella materia in esame, l'errore del *solvens*, laddove rilevante, deve comunque inerire la fase di esecuzione del contratto e non quella della formazione della volontà contrattuale. Muovendo da tale assunto, Sez. 3, n. 20321/2019, Iannello, Rv. 654872-01, ha ritenuto che l'errore nella determinazione del canone di locazione di immobili ad uso diverso da quello di abitazione a misura, che sia stato specificamente pattuito sia con riferimento alla base di calcolo, sia con riferimento al risultato finale, collocandosi nel momento della formazione della volontà negoziale, e non in quello dell'esecuzione del contratto, non legittima direttamente all'azione di ripetizione di indebito, trovando il pagamento della somma convenuta giustificazione nell'accordo contrattuale, il quale rimane valido ed efficace fino a quando il vizio del consenso non venga fatto valere con l'azione di annullamento e questa non trovi accoglimento.

4. Ripetizione d'indebito, prescrizione ed onere probatorio.

Nella detta materica già Sez. 3, n. 03706/2018, Tatangelo, Rv. 647602-01, aveva chiarito che il diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza di condanna, successivamente riformata, soggiace, ai sensi degli artt. 2033 e 2946 c.c., al termine di prescrizione decennale, che inizia a decorrere dal giorno in

cui è divenuto definitivo - con la riforma della sentenza predetta - l'accertamento dell'indebito. Sez. 1, n. 27704/2018, Nazzicone, Rv. 651326-01, aveva invece ribadito che l'azione di ripetizione dell'indebito proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale. Quest'ultima decorre, in assenza di un'apertura di credito, dai singoli versamenti aventi natura solutoria. Grava sull'attore in ripetizione dimostrare la natura indebita dei versamenti e, a fronte dell'eccezione di prescrizione dell'azione proposta dalla banca, dimostrare l'esistenza di un contratto di apertura di credito idoneo a qualificare il pagamento come ripristinatorio ed a spostare l'inizio del decorso della prescrizione al momento della chiusura del conto (in senso conforme, la precedente Sez. U, n. 24418/2010, Rordorf, Rv. 615489-01).

Con particolare riferimento ai citati rapporti tra ripetizione di indebito e prescrizione estintiva in ordine al contratto di conto corrente, Sez. U, n. 15895/2019, Sambito, Rv. 654580-01, aveva altresì precisato che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte. Sul punto si era già espressa Sez. 1, n. 18144/2018, Caiazzo, Rv. 649902-01, ritenendo necessario distinguere i versamenti ripristinatori della provvista, operati nel limite dell'affidamento concesso al cliente, da quelli solutori, ovvero effettuati oltre tale limite ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione rispettivamente dalla estinzione del conto o dai singoli versamenti. Ai fini della valida proposizione dell'eccezione, secondo l'ordinanza da ultimo citata, non sarebbe necessaria l'indicazione specifica da parte della banca delle rimesse prescritte, né il relativo *dies a quo*, emergendo la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti dagli estratti-conto, della cui produzione in giudizio è onerato il client; sicché la prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione della prescrizione è nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione. Poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura sempre dalla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Ne conseguiva che, come ha statuito Sez. 1, n. 02660/2019, Nazzicone, Rv. 652622-01, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di

apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata.

Nella descritta linea esegetica si inseriscono le ulteriori statuizioni della S.C. in materia.

Sez. 1, n. 09141/2020, Fidanzia, Rv. 658248-01, difatti, evidenzia che in tema di apertura di credito in conto corrente, ove il cliente agisca in giudizio per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti per nullità delle clausole anatocistiche e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, al fine di verificare se un versamento abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria, occorre previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente rideterminare il reale saldo passivo del conto, verificando poi se siano stati superati i limiti del concesso affidamento ed il versamento possa perciò qualificarsi come solutorio.

Nel contratto di apertura di credito in conto corrente, ove il cliente agisca per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, la questione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse, rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione, può però essere sollevata per la prima volta in appello, in quanto è la stessa proposizione dell'eccezione di prescrizione ad imporre di prendere in esame tale profilo, essendo l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito soddisfatto semplicemente con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unitamente alla dichiarazione di volerne profittare (**Sez. 6-1, n. 14958/2020, Falabella, Rv. 658366-01**).

In termini ancora più ampi, muovendo dalla natura generale dell'azione in oggetto, **Sez. 3, n. 03314/2020, Guizzi, Rv. 656891-05**, chiarisce che l'azione di ripetizione dell'indebito presuppone l'inesistenza dell'obbligazione adempiuta, derivante dall'assenza originaria di un titolo negoziale che la giustifichi o dal suo successivo venir meno a seguito di annullamento, rescissione o inefficacia connessa ad una condizione risolutiva avveratasi, ipotesi alle quali va equiparata la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione di legge in cui trovi fondamento il pagamento eseguito. Ne consegue che il diritto alla restituzione dell'indebito che sorge in conseguenza della pronuncia di incostituzionalità è soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale.

Con riferimento specifico al rimborso di canoni periodici indebitamente versati per il servizio idrico integrato, **Sez. 2, n. 01998/2020, Lombardo, Rv. 656853-01**, evidenzia che trattasi di diritto non avente ha carattere periodico, atteso che il Comune è tenuto a restituire le somme indebitamente percepite in un'unica soluzione, e non a rate. Ne consegue che tale diritto non è soggetto al termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c., ma all'ordinario termine decennale di prescrizione, che decorre dalle date dei singoli pagamenti.

I principi di cui innanzi devono comunque sempre coordinarsi con le causa interruttive della prescrizione.

Sicché, in materia contrattuale, la proposizione di una domanda volta a ottenere la restituzione di somme fondata sulla risoluzione o sull'annullamento del contratto vale a interrompere la prescrizione anche del diritto alla restituzione per effetto della nullità dello stesso, essendo medesimo il bene della vita che la parte ha inteso tutelare (Sez. 2, n. 21418/2018, Orilla, Rv. 650037-03).

Parimenti, l'azione di restituzione proposta, a norma dell'art. 389 c.p.c., dalla parte vittoriosa nel giudizio di cassazione, in relazione alle prestazioni eseguite in base alla sentenza d'appello poi annullata, non è riconducibile allo schema della ripetizione d'indebito ed è soggetta all'ordinario termine decennale di prescrizione (**Sez. 3, n. 09245/2020, Positano, Rv. 657686-01**, in senso conforme Sez. 3, n. 05611/1983, Ruperto, Rv. 430553-01).

In merito proprio ai contratti bancari, e con particolare riferimento all'aspetto probatorio, Sez. 6-1, n. 33009/2019, Falabella, Rv. 656511-01, aveva chiarito che nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione. Ciò in quanto, nella ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (*ex plurimis*, per tale ultima precisazione, Sez. 2, n. 30713/2018, Abete, Rv. 651530-01). Grava sul correntista però, oltre all'onere probatorio degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida *causa debendi*, anche la prova della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione. In tali ultimi termini, Sez. 1, n. 30822/2018, Genovese, Rv. 651882-01, che, nella specie, ha cassato la sentenza della corte d'appello che, in presenza del primo estratto conto disponibile con saldo negativo per il correntista, aveva calcolato i rapporti di dare e avere con la banca previo azzeramento di detto saldo perché ritenuto non provato con la produzione degli estratti conto risalenti alla data di apertura del rapporto).

5. La ripetizione dell'indebito e l'esecuzione forzata.

Nel caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo, la caducazione dello stesso in epoca successiva alla fruttuosa conclusione dell'esecuzione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito che, avendo ad oggetto un credito fondato su prova scritta, può assumere le forme del procedimento d'ingiunzione (**Sez. 3, n. 14601/2020, D'Arrigo, Rv. 658322-01**).

A seguito della chiusura del procedimento di esecuzione forzata, è da escludere la possibilità di ottenere una modifica della distribuzione del ricavato della vendita mediante l'esperimento dell'azione di ripetizione di indebito da parte di un creditore nei confronti degli altri. Per Sez. 6-3, n. 04263/2019, Tatangelo, Rv. 653008-01, infatti, la definizione del procedimento esecutivo con l'approvazione del progetto di distribuzione senza contestazioni da parte dei creditori determina l'intangibilità della concreta ed effettiva distribuzione delle somme ricavate dalla vendita.

Il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur non avendo, per la mancanza di contenuto decisorio, efficacia di giudicato, è, tuttavia, caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicato col rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti ed incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, in presenza di un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti, all'interno del processo esecutivo.

Ne consegue, per **Sez. 3, n. 12127/2020, Cigna, Rv. 658174-01**, che il soggetto espropriato non può esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata e sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata, l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, ma l'irretrattabilità del progetto di distribuzione della somma ricavata attiene al rapporto tra l'esecutato e il creditore e non già al diverso rapporto tra il creditore ed il suo difensore antistatario. In applicazione del principio la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva respinto la domanda del creditore volta alla restituzione dei compensi del suo difensore, percepiti, con distrazione a suo favore, in un processo esecutivo conclusosi con l'approvazione del piano di riparto in cui le spettanze professionali erano state quantificate e liquidate.

Muovendo dall'assunto per il quale il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur non avendo, per la mancanza di contenuto decisorio, efficacia di giudicato, è, tuttavia, caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento già Sez. 3, n. 20994/2018, Saija, Rv. 650324-01, ne aveva fatto conseguire l'impossibilità per l'espropriato di esperire, dopo la chiusura del

procedimento di esecuzione forzata, l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente (o intervenuto) per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata (in senso sostanzialmente conforme anche la precedente Sez. 3, n. 17371/2011, Barreca, Rv. 619121-01). Per converso, il soggetto espropriato che abbia fatto valere l'illegittimità dell'esecuzione mediante opposizione proposta nel corso del processo esecutivo, ma accolta successivamente alla chiusura dell'esecuzione, può esperire, sul presupposto di tale illegittimità, l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore al fine ottenere la restituzione di quanto dallo stesso riscosso (Sez. 3, n. 26927/2018, Rubino, Rv. 650910-01).

6. L'indebito assistenziale e quello contributivo.

In tema di indebito assistenziale, in luogo della generale ed incondizionata regola civilistica della ripetibilità, trova applicazione, in armonia con l'art. 38 Cost., quella propria di tale sottosistema, che esclude la ripetizione, quando vi sia una situazione idonea a generare affidamento del percettore e la erogazione indebita non gli sia addebitabile. Ne consegue che l'indebito assistenziale, per carenza dei requisiti reddituali, abilita alla restituzione solo a far tempo dal provvedimento di accertamento del venir meno dei presupposti, salvo che il percipiente non versi in dolo, situazione comunque non configurabile in base alla mera omissione di comunicazione di dati reddituali che l'istituto previdenziale già conosce o ha l'onere di conoscere.

In applicazione del principio, **Sez. 6-L, n. 13223/2020, Riverso, Rv. 658116-01**, ha escluso la ripetibilità dei ratei di assegno sociale, perché l'assistito aveva inserito nelle dichiarazioni reddituali i ratei della pensione estera che determinavano il superamento dei limiti di reddito.

Tale tipologia d'indebito, se determinato dalla sopravvenuta carenza del requisito reddituale, in assenza di norme specifiche che dispongano diversamente, è ripetibile solo a partire dal momento in cui intervenga il provvedimento che accerta il venir meno delle condizioni di legge, e ciò a meno che non ricorrano ipotesi che escludano qualsivoglia affidamento dell'*accipiens*, come nel caso di erogazione di prestazioni a chi non abbia avanzato domanda o non sia parte di un rapporto assistenziale o di radicale incompatibilità tra beneficio ed esigenze assistenziali o, infine, di dolo comprovato (Sez. L, n. 26036/2019, Ghinoy, Rv. 655396-01). In linea anche Sez. L, n. 28771/2018, Bellè, Rv. 651691-01, che fa però specifico riferimento, in termini di esclusione dell'affidamento, alla raggiunta prova del dolo, come, ad esempio, allorquando l'incremento reddituale fosse talmente significativo da rendere inequivocabile il venire meno dei presupposti del beneficio, trattandosi di coefficiente

soggettivo idoneo a far venir meno l'affidamento alla cui tutela sono preposte le norme limitative della ripetibilità dell'indebito.

In tema si veda anche Sez. 6-L, n. 10642/2019, Cavallaro, Rv. 653627-01, per la quale la violazione, ad opera del titolare della prestazione, dell'obbligo di comunicazione all'INPS della situazione reddituale rilevante ai fini del diritto alla percezione della predetta prestazione, esclude la sussistenza di un affidamento idoneo a giustificare l'irripetibilità dell'indebito. Con riferimento alle prestazioni assistenziali indebite per mancanza del requisito di incollocazione al lavoro, come chiarito da Sez. L, n. 31372/2019, Mancino, Rv. 655991-01, trovano applicazione, in difetto di una specifica disciplina, le norme sull'indebito assistenziale riferite alla mancanza dei requisiti di legge in via generale che, in quanto speciali rispetto alla disposizione di cui all'art. 2033 c.c., limitano la restituzione ai soli ratei indebitamente erogati a decorrere dalla data del provvedimento amministrativo di revoca del beneficio assistenziale non dovuto, restando esclusa la ripetizione delle somme precedentemente corrisposte, e senza che rilevi l'assenza di buona fede dell'*accipiens*.

Circa l'indebito contributivo, **Sez. L, n. 07091/2020, Piccone, Rv. 657188-01**, ribadisce che la restituzione dei contributi assicurativi versati dal datore di lavoro in misura maggiore di quella dovuta (anche in dipendenza del suo diritto al beneficio dello sgravio o della fiscalizzazione) costituisce l'oggetto di una obbligazione pecuniaria di fonte legale (art. 2033 c.c.), assoggettata alla disciplina dettata per quelle obbligazioni e, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 1224 c.c., in tema di interessi moratori e risarcimento del maggior danno per il ritardo nell'adempimento, restando invece inapplicabile, all'indicata obbligazione restitutoria, la speciale disciplina del cumulo di interessi legali e rivalutazione esclusivamente dettata per i crediti di previdenza sociale e di assistenza sociale obbligatoria (Conforme Sez. L, n. 04402/2009, Lamorgese, Rv. 607372-01).

In ordine all'indebito previdenziale, invece, Sez. 6-L, n. 08731/2019, Cavallaro, Rv. 653391-01, ha chiarito che il dolo dell'assicurato, idoneo ad escludere l'applicazione delle norme che limitano la ripetibilità delle somme non dovute, in deroga alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c., pur non potendo presumersi sulla base del semplice silenzio, che di per sé stesso, non ha valore di causa determinante in tutti i casi in cui l'erogazione indebita non sia imputabile al percipiente, è configurabile nelle ipotesi di omessa o incompleta segnalazione di circostanze incidenti sul diritto o sulla misura della pensione, che non siano già conosciute o conoscibili dall'ente competente. Con riferimento alla stessa materia, peraltro, l'art. 13, comma 2, della l. n. 412 del 1991, è stato interpretato da Sez. L, n. 03802/2019, Bellè, Rv. 652884-01, nel senso per il quale l'INPS deve procedere alla verifica nell'anno civile in cui ha avuto conoscibilità dei redditi maturati dal percettore di una

data prestazione e che, entro l'anno civile successivo a quello destinato alla verifica, deve procedere, a pena di decadenza, al recupero dell'eventuale indebito.

7. Aiuti di Stato e ripetizione di indebito.

In tema di sgravi contributivi illegittimi, in quanto costituenti aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, l'azione dell'ente previdenziale volta al recupero degli sgravi non costituisce azione di restituzione di indebito oggettivo *ex* art. 2033 c.c., ma azione volta al pagamento della contribuzione differenziale, pari alla misura dell'aiuto di Stato recuperabile.

Ne consegue, ribadisce **Sez. L, n. 15972/2020, Berrino, Rv. 658533-01**, che tale azione - alla cui proposizione è legittimato direttamente l'ente istituzionalmente deputato alla riscossione dei contributi - è soggetta al termine prescrizionale ordinario decennale di cui all'art. 2946 c.c., e non a quello previsto per l'indebito, né a quello *ex* art. 3, commi 9 e 10, della l. n. 335 del 1995, attesa l'autonomia giuridica dell'azione di recupero degli aiuti in questione. Quest'ultima, disciplinata da regole specifiche, è difatti finalizzata al mero ripristino dello *status quo ante* e che prevede - a differenza dell'azione volta al pagamento dei contributi omessi - l'applicazione di interessi nella misura stabilita dalla Commissione e non anche delle sanzioni specifiche previste per l'omissione contributiva (conforme, *ex plurimis*, Sez. L, n. 06756/2012, Bandini, Rv. 622557-01).

La giurisprudenza di legittimità aveva invece opinato diversamente con riferimento alla specifica materia degli aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura, con riferimento alla quale la disciplina della ripetizione dell'indebito, regolata dall'art. 2033 c.c., trova applicazione non solo nel caso in cui l'erogazione abbia avuto luogo in assenza dei presupposti o di un valido provvedimento giustificativo ma anche in quello in cui il titolo per fruire del beneficio, originariamente esistente, venga meno per decadenza o revoca, senza che sia necessaria l'adozione di un atto di accertamento o liquidazione. Tale disciplina non è in particolare esclusa dalla possibilità di applicare sanzioni amministrative, tenuto conto che l'Amministrazione può provvedere congiuntamente al recupero delle somme versate e all'irrogazione delle sanzioni, adottando il procedimento previsto dalla l. n. 689 del 1981, richiamato dalla l. n. 898 del 1986, ma può anche agire separatamente per la ripetizione di quanto pagato, utilizzando gli strumenti contemplati dal diritto comune. Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-04, aveva altresì proseguito evidenziando l'operatività del disposto dell'art. 3 del Regolamento n. 95/2988/CEE, che fissa in quattro anni il periodo entro il quale si deve procedere al recupero di ogni vantaggio indebitamente percepito a carico del bilancio comunitario (sempre che una norma di settore non preveda un termine più breve, comunque non inferiore ai tre anni),

consentendo però a ciascuno Stato di applicare un termine più lungo che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, è desumibile anche da disposizioni di diritto comune anteriori al menzionato Regolamento, purché prevedibili e proporzionate. Per l'ordinamento italiano ciò avviene però con la disciplina dell'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, che, ai sensi dell'art. 2946 c.c., si prescrive nel termine di dieci anni, a cui resta estraneo il disposto dell'art. 28 della l. n. 689 del 1981, che regolamenta esclusivamente la prescrizione delle sanzioni amministrative eventualmente connesse all'indebita percezione degli aiuti.

8. Prestazione contraria al buon costume e *soluti retentio*.

Ai fini dell'applicazione della *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c., le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza ma sono anche quelle che non rispondo ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale, in un determinato ambiente e in un certo momento storico.

Sicché, **per Sez. 1, n. 16706/2020, Ferro, Rv. 658613-01**, deve ritenersi contraria al buon costume, e come tale irripetibile, l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consente all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa trattandosi di condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato e alla costituzione di fattori di disinvolta attitudine "predatoria" nei confronti di soggetti economici in dissesto.

L'approdo di cui innanzi prosegue nel solco interpretativo di legittimità circa i presupposti della *soluti retentio*.

La nozione di prestazione non ripetibile di cui all'art. 2035 c.c., non si identifica con un dato materiale, qual è la ripetibilità in concreto della prestazione, bensì con un dato giuridico, nel senso che la prestazione fornita non può formare oggetto di obbligazione restitutoria, in favore di chi sia stato partecipe del negozio immorale, in quanto fondata su un contratto illecito, non corrispondente, di conseguenza, ad un interesse giuridicamente tutelabile del creditore (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-05).

L'accertata nullità di un contratto di finanziamento stipulato in danno della P.A., da parte di un funzionario infedele, in conseguenza della illiceità della causa per violazione di norme imperative, non preclude l'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua eventuale contrarietà anche al buon costume che, ove sia accertata, stante il disposto dell'art. 2035 c.c., impone di negare la ripetizione della

prestazione eseguita al finanziatore (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-04).

Quanto innanzi è stato statuito conformemente al principio per il quale chi abbia versato una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume (Sez. 3, n. 09441/2010, Amendola, Rv. 612552-01).

Sicché, il comune, che sia rimasto estraneo alla stipula di un contratto di finanziamento nullo perché avente causa illecita, concluso dal funzionario infedele, è legittimato a domandare l'applicazione della *soluti retentio* quando gli effetti del contratto siano ricaduti sulla sua sfera giuridica (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-03).

L'impostazione di cui innanzi si è mossa sulla scia di quanto già chiarito in precedenza la dalla S.C. in merito all'esegesi dell'art. 2035 c.c.

La nozione di buon costume, in particolare, non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico. Sicché, chi abbia versato una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume (Sez. 3, n. 09441/2010, Amendola, Rv. 612552-01).

In applicazione del medesimo principio Sez. L, n. 02014/2018, Curcio, Rv. 647263-01, ha ritenuto, nell'ipotesi di simulazione assoluta di un rapporto di lavoro, non ammessa la ripetizione delle somme versate a titolo di retribuzione ovvero di contribuzione, perché esclusivamente finalizzate a costituire il presupposto truffaldino per il conseguimento di benefici pensionistici indebiti.

Negli stessi termini si era altresì espressa anche Sez. 6-3, n. 08169/2018, Cirillo, Rv. 648539-01, per la quale, chi abbia versato una somma di denaro per l'ottenimento di un posto di lavoro (nella specie, presso un istituto bancario), a prescindere dall'esito della trattativa immorale, non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tale finalità, certamente contraria a norme imperative, è da ritenere anche contraria al buon costume.

9. Azione di arricchimento senza causa: presupposti e distinzione dalla domanda di ripetizione d'indebito.

L'azione di indebito oggettivo ha carattere restitutorio, cosicché la ripetibilità è condizionata dal contenuto della prestazione e dalla possibilità concreta di

ripetizione, secondo le regole previste dagli artt. 2033 ss. c.c., che ricorre quando detta prestazione abbia avuto ad oggetto una somma di denaro o cose di genere ovvero, infine, una cosa determinata, operando, altrimenti, ove tale prestazione sia irripetibile e ne sussistano i presupposti, l'azione generale di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. Essa, invece, assolve alla funzione, in base ad una valutazione obbiettiva, di reintegrazione dell'equilibrio economico e dunque spetta a colui che abbia disposto il pagamento senza causa e non a chi, da questi e per suo conto, sia stato delegato ad effettuare materialmente la prestazione (**Sez. 3, n. 10810/2020, D'Arrigo, Rv. 658166-01**). Pertanto, nel caso di prestazione di *facer*e, la quale non è suscettibile di restituzione e, in quanto indebita, non è oggetto di valide ed efficaci determinazioni delle parti circa il suo valore economico, non è proponibile l'azione di indebito oggettivo ma, in presenza dei relativi presupposti, solo quella di ingiustificato arricchimento *(ex plurimis*, Sez. 1, n. 06747/2014, Di Amato, Rv. 630568-01).

Quella d'arricchimento, in termini più generali, ha quale presupposto la mancanza, accertabile anche di ufficio, di un'azione tipica, tale dovendo intendersi non ogni iniziativa processuale ipoteticamente esperibile, ma esclusivamente quella derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata, pur se proponibile contro soggetti diversi dall'arricchito.

Ne consegue, **per Sez. 3, n. 00843/2020, Scarano, Rv. 656686-01**, l'ammissibilità della detta azione quando l'azione, teoricamente spettante all'impoverito, sia prevista da clausole generali, come quella risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. (si veda, con riferimento alla responsabilità precontrattuale, conforme Sez. 2, n. 04620/2012, Bertuzzi, Rv. 622110-019). Ciò non toglie però che, dato il suo carattere sussidiario, l'azione di indebito arricchimento comporta che essa non possa essere esperita, non soltanto quando sussista un'altra azione tipica esperibile dal danneggiato nei confronti dell'arricchito, ma anche quando vi sia originariamente un'azione sperimentabile contro persone diverse dall'arricchito che siano obbligate per legge o per contratto, secondo una valutazione da compiersi, anche d'ufficio, in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito. Il applicazione del principio da ultimo evidenziato è stata argomentata la non esperibilità della detta azione nei confronti di un Comune da parte dell'assuntore del servizio di custodia di auto rimosse e non ritirate, attesa la possibilità per quest'ultimo di procedere al recupero dei crediti nei confronti dei proprietari delle medesime auto (Sez. 6-3, n. 11038/2018, Tatangelo, Rv. 649025-01). Per converso, è stata cassata la pronuncia d'inammissibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento, intrapresa da una società finanziaria nei confronti di un Comune, in ragione della rilevata esperibilità di un'azione risarcitoria diretta nei confronti del funzionario negligente, ritenendo incerta, anche in astratto,

la proponibilità della detta azione (Sez. 1, n. 27827/2017, Campanile, Rv. 647025-019).

Circa i rilievi d'ordine processuale della sussidiarietà dell'azione in esame si veda **Sez. 1, n. 11653/2020, Scalia, Rv. 658137-01.** La parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, difettando di interesse al riguardo, non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, appello incidentale per richiamare in discussione le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite o anche quelle esplicitamente respinte qualora l'eccezione mirava a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni, ma è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (sul punto, si veda anche, *ex plurimis*, Sez. L, n. 24124/2016, Spena, Rv. 641710-01).

In applicazione del principio la citata **Sez. 1, n. 11653/2020,** cassando con rinvio la sentenza impugnata, ha affermato che lo scrutinio di sussidiarietà dell'azione, indispensabile ai fini della proponibilità dell'azione di arricchimento senza causa, essendo devoluto al giudice di appello, non obbliga l'arricchito vittorioso a proporre appello incidentale sul punto, potendo costui limitarsi a contestare l'indicato presupposto.

Sez. 6-3, n. 27620/2020, Cricenti, Rv. 660060 - 01, ribadisce invece che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta (conforme, *ex plurimis*, Sez. U, n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451-01).

10. Arricchimento senza causa, P.A. e tardiva attuazione di direttive comunitarie.

In tema di ristoro del pregiudizio da tardiva attuazione di direttive comunitarie (nella specie, le direttive CEE 75/363, 75/362 e 82/76 in materia di retribuzione della formazione dei medici specializzandi), i medici che hanno frequentato corsi di specializzazione a partire dall'anno accademico 1983 (e si siano iscritti dopo il gennaio 1982) sono titolari dell'azione di responsabilità contrattuale *ex lege* contro lo Stato per l'inadempimento dell'obbligazione di attuazione delle direttive e, quindi, non possono agire, nei confronti delle Università o dello Stato, con azione di indebito arricchimento, stante il carattere sussidiario di quest'ultima, al pari di coloro che

hanno preso parte ai detti corsi anteriormente al 1983 (o, comunque, che si sono iscritti prima del gennaio 1982), le cui prestazioni svolte trovano comunque causa nel rapporto instaurato con l'università per la frequenza della scuola.

Allo stesso modo, prosegue **Sez. 6-3, n. 13283/2020, Tatangelo, Rv. 658375-01**, l'azione di indebito arricchimento non spetta ai medici che hanno seguito tali corsi dopo il 1991, poiché le attività da essi svolte, in base alla disciplina del d.lgs. n. 257 del 1991, trovano causa nel peculiare rapporto contrattuale di formazione-lavoro, oggetto di questa specifica normativa, con la conseguenza che possono avvalersi dell'azione contrattuale per ottenere la remunerazione prevista.

Sul punto era già intervenuta Sez. 6-3, n. 00307/2014, Frasca, Rv. 629469-01, escludendo che a favore dei medici specializzandi (con iscrizione iniziale ai relativi corsi tra gli anni accademici 1983/1984 e 1990/1991) spettasse - sia nei confronti dello Stato che dell'Università presso la quale avevano frequentato il corso - l'azione generale di arricchimento, che ha carattere sussidiario, in quanto titolari dell'azione di responsabilità contrattuale *ex lege* contro lo Stato per l'inadempimento dell'obbligazione di adempimento delle direttive.

L'azienda sanitaria, comunicando alla struttura accreditata il limite di spesa stabilito per l'erogazione delle prestazioni sanitarie, manifesta implicitamente la sua contrarietà ad una spesa superiore, ovvero a prestazioni ulteriori rispetto a quelle il cui corrispettivo sarebbe rientrato nel predetto limite. Pertanto, statuisce **Sez. 3, n. 13884/2020, Guizzi, Rv. 658618-01**, l'arricchimento che la P.A. consegue dall'esecuzione delle prestazioni *"extra budget"* assume un carattere "imposto" che preclude l'esperibilità nei suoi confronti dell'azione di ingiustificato arricchimento *ex* art. 2041 c.c.

L'obbligo indennitario dell'amministrazione, in termini più generali, non sorge con la compiuta realizzazione dell'opera in conformità al progetto, ma in virtù del dato oggettivo dell'utilizzazione della prestazione, che avviene nel momento in cui l'elaborato progettuale viene acquisito dalla pubblica amministrazione e comunque da essa adoperato; detto momento segna il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione dell'azione, non rilevando a tal fine il riconoscimento soggettivo dell'*utilitas* da parte dell'ente (**Sez. 2, n. 11803/2020, Besso Marcheis, Rv. 658444-02**).

La S.C., peraltro, prosegue evidenziando che ai fini della interruzione della prescrizione, il riconoscimento del diritto, è configurabile in presenza, non solo, dei requisiti della volontarietà, della consapevolezza, della inequivocità e della recettizietà, ma anche dell'esternazione, in quanto funzionale a manifestare alla controparte del rapporto la portata ricognitiva alla base dell'effetto interruttivo. Nella specie, **Sez. 2, n. 11803/2020, Besso Marcheis, Rv. 658444-01**, ha confermato la sentenza d'appello, che aveva ritenuto che una delibera di giunta con cui un'Amministrazione

provinciale aveva comunicato a due professionisti di voler corrispondere loro un importo non avesse effetto interruttivo riguardo all'esercizio dell'azione 2041 c.c., trattandosi del riconoscimento di un diritto, alla prestazione contrattuale, differente rispetto a quello, all'indennizzo per ingiustificato arricchimento, per cui era stata eccepita la prescrizione (sul principio di cui innanzi si veda altresì, in senso conforme, Sez. L, n. 15893/2018, Bellè, Rv. 649389-01).

Quello di cui innanzi sembra un approccio interpretativo in linea con la precedente giurisprudenza di legittimità in materia.

In tema di azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto d'opera professionale, è già stato difatti confermato da Sez. 3, n. 09809/2019, Gorgoni, Rv. 653424-01, l'orientamento per il quale, ai fini della determinazione dell'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. non può essere assunta, quale valido parametro di riferimento, la parcella del professionista, ancorché vistata dall'ordine professionale, trattandosi di individuare non già il corrispettivo contrattuale per l'esecuzione di prestazioni professionali, ma un importo che deve essere liquidato, alla stregua delle risultanze processuali, se ed in quanto si sia verificato un vantaggio patrimoniale a favore della P.A., con correlativa perdita patrimoniale della controparte (in senso conforme si veda anche Sez. 3, n. 03905/2010, Federico, Rv. 611568-01). Sostanzialmente conforme anche Sez. 3, n. 12702/2019, Gorgoni, Rv. 653894-01, per la quale l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale (*detrimentum*) dal medesimo subita nell'erogazione della prestazione, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di profitto (lucro cessante) se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. Nella specie infatti la S.C. ha confermato la sentenza che, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, aveva assunto la parcella del professionista, redatta sulla base delle tariffe professionali e reputata congrua dal C.T.U., quale parametro comparativo dal quale desumere soltanto gli elementi di costo delle attività effettivamente svolte, decurtando poi la somma del 15% per escludere il riconoscimento del lucro cessante (conf. Sez. 3, n. 23780/2014, Stalla, Rv. 633449-01). In termini non dissimili anche Sez. 1, n. 14670/2019, Scoditti, Rv. 654169-01, per la quale la *depauperatio*, che non può essere fatta coincidere con la misura del compenso calcolato mediante il parametro della tariffa professionale e nel rispetto dei fattori di importanza dell'opera e del decoro della professione (art. 2233 c.c.), deve considerare, oltre ai costi ed esborsi sopportati (danno emergente), anche quanto necessario a ristorare il sacrificio di tempo, nonché di energie mentali e fisiche del professionista (lucro cessante), del cui valore si deve tener conto in termini economici, al netto della percentuale di guadagno. A causa della difficoltà di determinazione del suo preciso ammontare, l'indennizzo può formare oggetto di una valutazione di carattere equitativo ai sensi dell'art. 1226 c.c., anche officiosa.

Parimenti, per Sez. 1, n. 14329/2019, Scalia, Rv. 654266-01, l'indennizzo (per il caso di contratto nullo per mancanza di forma scritta) ben possa essere quantificato in via equitativa, utilizzando come parametro la tariffa professionale, con esclusione delle voci che determinerebbero il conseguimento di un pieno corrispettivo contrattuale, come le maggiorazioni previste per le particolari modalità o per l'urgenza con cui la prestazione è stata resa, o applicando i minimi tariffari a fronte di un compenso pattuito in misura superiore. La coeva Sez. 3, n. 09317/2019, Dell'Utri, Rv. 653420-01, aveva però precisato che nella fattispecie di cui innanzi l'indennizzo non può essere determinato in base alla tariffa professionale, neppure indirettamente quale parametro del compenso che il professionista avrebbe potuto ottenere se avesse svolto la sua opera a favore di un privato, né in base all'onorario che la P.A. avrebbe dovuto pagare, se la prestazione ricevuta avesse formato oggetto di un contratto valido. In termini sostanzialmente difformi si era invece pronunciata Sez. 6-1, n. 00351/2017, Lamorgese, Rv. 642780-01, per la quale, qualora, per lo svolgimento di un'attività professionale, debba essere riconosciuto un indennizzo per arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c., la quantificazione dell'indennizzo medesimo può essere effettuata utilizzando la tariffa professionale come parametro di valutazione, per desumere il risparmio conseguito dalla P.A. committente rispetto alla spesa cui essa sarebbe andata incontro nel caso di incarico professionale contrattualmente valido (in senso conforme, Sez. 1, n. 19942/2011, Bisogni, Rv. 619548-01). Trattasi, quest'ultima, di difformità anche con riferimento a Sez. U, n. 01875/2009, Monsitieri, Rv. 606124-01, la quale già aveva chiarito, con riferimento all'azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto di appalto d'opera tra la P.A. ed un professionista, che l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. In applicazione del principio la sentenza da ultimo citata aveva quindi concluso nel senso per il quale, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto al professionista partecipante, in assenza di valido contratto, ad una commissione comunale per l'affidamento di determinati lavori, non potessero essere assunte come parametro le tariffe professionali (ancorché richiamate da parcelle vistate dall'ordine competente), alle quali si sarebbe potuto ricorrere solo quando le prestazioni fossero effettuate dal professionista in base un valido contratto d'opera con il cliente (ritenendo invece congruo il riferimento alle somme previste per i "gettoni di presenza" spettanti ai componenti di commissione, nella specie ai sensi del d.P.R. 11 gennaio 1956, n. 5). Sempre in argomento, per Sez. 3, n. 11209/2019, Graziosi, Rv. 653710-01 (in ciò confermando l'orientamento di Sez. 1, n. 15937/2017, Campanile, Rv. 644667-01), il

riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, sicché il depauperato che agisce *ex* art. 2041 c.c. nei confronti della P.A. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso. Tuttavia, ha precisato l'ordinanza in argomento, le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della P.A. trovano adeguata tutela nel principio di diritto comune del cd. "arricchimento imposto", potendo, invece, l'Amministrazione eccepire e provare che l'indennizzo non è dovuto laddove l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento ovvero non ha potuto rifiutarlo perché inconsapevole *dell'eventum utilitatis*. Così argomentando la S.C. ha cassato la sentenza gravata che aveva riconosciuto all'appaltatrice l'indennizzo per indebito arricchimento per prestazioni sanitarie fornite oltre il tetto di spesa fissato dalla P.A.

Sez. 1, n. 05130/2020, Meloni, Rv. 657048-01, in merito ai rapporti con il funzionario e con il terzo fornitore, chiarisce che l'art. 191 del d.lgs. n. 267 del 2000 prevede un rapporto obbligatorio diretto tra il fornitore e il funzionario che ha consentito, in violazione delle regole contabili, l'acquisizione di beni o servizi in favore dell'ente pubblico, così escludendo la possibilità di esperire nei confronti di quest'ultimo l'azione sussidiaria di ingiustificato arricchimento. Tale norma riguarda però esclusivamente gli enti locali, elencati nell'art. 2 del citato d.lgs., non essendo suscettibile di applicazione analogica perché di natura eccezionale, sicché, ove le prestazioni siano state eseguite in favore di enti pubblici diversi, il fornitore, non avendo a disposizione altre azioni, può agire *ex* art. 2041 c.c. nei confronti degli enti stessi.

Circa le società *in house,* invece, **Sez. 1, n. 11265/2020, Scalia, Rv. 658051-01**, proprio in base al principio civilistico del divieto di indebito arricchimento e tenuto conto della distinzione tra società partecipata e socio pubblico, statuisce che gli oneri derivanti dalla fruizione da parte dei dipendenti di dette società dei permessi retribuiti previsti per l'esercizio di funzioni elettive presso lo stesso ente locale che partecipa alla società sono a carico di quest'ultimo e devono essere rimborsati alla società datrice di lavoro nei termini e secondo le modalità di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 267 del 2000.

11. L'ingiustificato arricchimento nei rapporti familiari e prescrizione.

L'azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro che sia avvenuta senza giusta causa, sicché non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia

conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale.

È, pertanto, per costante giurisprudenza di legittimità, possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza - il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto - e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza.

In merito si vedano, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 11330/2009, Ambrosio, Rv. 608287-01, e Sez. 3, n. 14732/2018, Rubino, Rv. 649049-01, che ha ritenuto operante il principio dell'indebito arricchimento in relazione ai conferimenti di denaro e del proprio tempo libero, impegnato in ore di lavoro per la costruzione della casa che doveva essere la dimora comune, effettuati da uno dei due partner in vista della instaurazione della futura convivenza, atteso che la volontarietà del conferimento non era indirizzata a vantaggio esclusivo dell'altro partner - che se ne è giovato dopo scioglimento del rapporto sentimentale in ragione della proprietà del terreno e del principio dell'accessione - e pertanto non costituiva né una donazione né un'attribuzione spontanea.

Ribadisce il principio di cui innanzi **Sez. 3, n. 11303/2020, Valle, Rv. 658159-01**, per la quale, peraltro, nell'ambito del rapporto di convivenza *more uxorio*, il termine di prescrizione dell'azione di ingiustificato arricchimento decorre non dai singoli esborsi, bensì dalla cessazione della convivenza (**Sez. 3, n. 11303/2020, Valle, Rv. 658159-02**).

12. La gestione di affari altrui: le Sezioni Unite sulla giurisdizione.

Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda, proposta da una società privata nei confronti di un Comune, avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo e il rimborso dei costi sostenuti per l'erogazione di acqua, da un pozzo privato in gestione, agli abitanti di una località situata nel territorio comunale, fornita, dapprima, su richiesta espressa dell'ente locale e sulla base dell'impegno assunto dallo stesso di farsi carico dell'approvvigionamento idrico e, successivamente, in esecuzione di un'ordinanza contingibile ed urgente del Comune medesimo.

Quanto innanzi si argomenta, chiariscono, per quanto rileva in questa sede, **Sez. U, n. 07641/2020, Acierno, Rv. 657524-01**, in ragione della circostanza per la quale il rapporto giuridico instaurato prima della predetta ordinanza può essere inquadrato nell'ambito della *negotiorum gestio* (stante l'impedimento dell'ente pubblico all'esercizio delle proprie competenze e il vantaggio conseguito all'attività posta in essere dal privato), mentre, per il periodo successivo, la domanda non trova fondamento

nell'impugnazione del provvedimento d'urgenza ma nelle conseguenze economiche derivate dalla sua esecuzione, sicché, per entrambe le scansioni temporali, l'oggetto della controversia è costituito da pretese patrimoniali conseguenti ad un rapporto contrattuale instaurato di fatto.

CAPITOLO XI

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

(DI LUIGI LA BATTAGLIA E LAURA MANCINI)[1]

SOMMARIO: 1. L'ingiustizia del danno. - 2. La colpa. - 3. Le esimenti della responsabilità. - 4. Il nesso di causalità. - 5. Il concorso di colpa del danneggiato. - 6. La responsabilità solidale. - 7. Il danno patrimoniale. - 7.1. La determinazione del danno risarcibile. - 7.2. Il danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria. - 7.3. Allegazione e prova del danno patrimoniale. - 7.4. Il danno patrimoniale futuro. - 7.5. Il risarcimento in forma specifica. - 8. Il danno non patrimoniale: nozione e caratteri. - 8.1. La prova del danno non patrimoniale. - 8.1.1. Il danno da perdita di *chance* a carattere non patrimoniale. - 8.2. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione. - 8.3. Il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale - 9. La liquidazione del danno non patrimoniale. - 9.1. La liquidazione in via equitativa: casistica. - 9.2. La liquidazione del danno biologico. - 9.3. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano. - 10. Le responsabilità speciali. Danni cagionati da incapace (art. 2047 c.c.). - 10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.). - 10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.). - 10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.). - 10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.). - 10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.). - 10.6. Rovina di edificio (art. 2053 c.c.) - 10.7. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).

1. L'ingiustizia del danno.

Così come accaduto nell'anno precedente, anche nel 2020 non vi sono stati pronunciamenti espressi, da parte della Corte di cassazione, sul concetto di ingiustizia del danno. Non sono mancate, tuttavia, statuizioni che, nel riscontrare (o negare) la sussistenza di un danno ingiusto in casi particolari, hanno contribuito ad arricchire la casistica relativa a tale fondamentale requisito della fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

Sez. 3, n. 17814/2020, Tatangelo, Rv. 658690-01, per esempio, in un caso di revoca dell'aggiudicazione disposta nell'ambito di un'espropriazione a mezzo ruolo, dopo aver osservato che l'agente della riscossione (così come il creditore nell'espropriazione ordinaria) non assume alcuna obbligazione (né contrattuale né precontrattuale) nei confronti dell'aggiudicatario, ne ha tuttavia ipotizzato la responsabilità ex art. 2043 c.c., imperniata sul "dovere di agire secondo correttezza e buona fede e [sul] generale obbligo di non ledere posizioni giuridiche altrui". La Terza sezione ha, in tale occasione, precisato che, nel caso in esame, il risarcimento è, tuttavia, limitato al cd. interesse negativo, non configurandosi un diritto incondizionato dell'aggiudicatario ad ottenere il trasferimento del bene (che è, al

[1] Luigi La Battaglia ha redatto i paragrafi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8.1, 8.2, 8.2.1, 8.3, 8.4, 9, 9.1, 9.2, 9.3, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5, 10.6, 10.7 e 10.8 e Laura Mancini i paragrafi 7, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 e 7.5.

contrario, subordinato al regolare svolgimento del processo esecutivo). Sempre in tema di tutela dell'aggiudicatario (questa volta in seno a una procedura fallimentare), **Sez. 3, n. 08496/2020, Scarano, Rv. 657807-01**, ha ammesso la configurabilità, nei suoi confronti, di una responsabilità extracontrattuale del perito nominato dal giudice delegato, per il pregiudizio subito in conseguenza dell'erronea valutazione del bene (pur conformando la diligenza esigibile dal professionista ai parametri contrattuali di cui agli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c.). In una fase anteriore all'inizio dell'esecuzione forzata si colloca, invece, il comportamento (ascrivibile all'ente impositore e al concessionario per la riscossione) esitato nell'illegittimo preavviso di iscrizione ipotecaria, giudicato illecito da **Sez. 3, n. 10814/2020, Porreca, Rv. 657921-01**, sulla base del ragionamento per cui l'attività della P.A. deve svolgersi, anche nel campo tributario, nei limiti imposti dalla legge e dalla norma primaria del *neminem laedere*, per cui, fermo restando il divieto di stabilire se il potere discrezionale sia stato opportunamente esercitato, al giudice ordinario adito per il risarcimento del danno è consentito accertare se vi sia stato, da parte dell'amministrazione o del concessionario per la riscossione, un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la lesione di un diritto soggettivo (con la possibilità, per il detto concessionario, di agire in regresso nei confronti dell'ente impositore, per la misura della condotta causalmente e colposamente riferibile allo stesso e alle sue obbligazioni di diligenza).

Un'efficace illustrazione della "soglia di integrazione" della fattispecie extracontrattuale è stata compiuta dalla Corte, nell'annualità in rassegna, in tre settori assai diversi: quello delle immissioni di onde elettromagnetiche, del *mobbing* e del danno cd. endofamiliare.

Nel primo, **Sez. 3, n. 11105/2020, Fiecconi, Rv. 658079-01**, ha affermato che il mancato superamento dei parametri fissati dalla legislazione statale di settore, in ossequio al principio di precauzione, osta alla possibilità di avvalersi della tutela giudiziaria preventiva del diritto alla salute, dovendosi presuntivamente escludere la sussistenza di un pericolo di compromissione della stessa.

Nel secondo, **Sez. L, n. 10992/2020, Marotta, Rv. 657926-01**, ha affermato che, per l'integrazione della fattispecie del *mobbing*, non è sufficiente l'accertata esistenza di una dequalificazione o di plurime condotte datoriali illegittime, essendo a tal fine necessario che il lavoratore alleghi e provi, con ulteriori e concreti elementi, che i comportamenti datoriali siano il frutto di un disegno persecutorio unificante, preordinato alla prevaricazione.

Nel terzo, infine, **Sez. 1, n. 16740/2020, Caradonna, Rv. 658804-01**, ha ribadito l'orientamento ormai consolidato, secondo cui l'addebito della separazione personale dei coniugi, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze previste dalla legge,

solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, con la conseguenza che la risarcibilità di danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma indicata (vale a dire determinino una lesione grave di diritti inviolabili della persona del coniuge: in tal senso, Sez. 3, n. 06598/2019, Rubino, Rv. 652847-01; Sez. 1, n. 18853/2011, Felicetti, Rv. 619619-01; Sez. 1, n. 09801/2005, Luccioli, Rv. 580822-01). Una fattispecie affatto particolare, sempre in tema di danno endofamiliare *lato sensu* inteso, è stata affrontata da **Sez. 3, n. 08459/2020, Olivieri, Rv. 657825-03**, che ha ravvisato gli estremi della responsabilità civile nel contegno della madre che, consapevole della paternità del figlio generato, non abbia comunicato la circostanza all'altro genitore, sul presupposto che, in assenza di un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro, esso integri una condotta *non jure*, suscettibile di arrecare un pregiudizio - qualificabile come danno ingiusto - al diritto del padre naturale di affermare la propria identità genitoriale, ossia di ristabilire la verità inerente il rapporto di filiazione (nella specie, la Suprema Corte ha, peraltro, confermato la decisione di merito di rigetto della domanda risarcitoria del padre, valorizzando, in particolare, il fatto che egli avesse sempre negato il riconoscimento e la circostanza che non avesse allegato e provato né le modalità di svolgimento della sua relazione con la madre del figlio né le condotte, da lui successivamente tenute, idonee a dimostrare la sua intenzione di realizzare l'aspirazione alla genitorialità).

Pronunciandosi per la giurisdizione del giudice ordinario, **Sez. U, n. 14231/2020, Valitutti, Rv. 658117-01**, ha richiamato la categoria del diritto all'integrità patrimoniale, per affermare la rilevanza aquiliana del comportamento della P.A. che, dopo avere alienato a un privato un terreno munito di permesso di costruire, aveva annullato in autotutela il provvedimento ampliativo, in tal modo frustrando l'incolpevole affidamento maturato dall'acquirente (e ciò nonostante quest'ultimo avesse invocato il risarcimento del danno quale misura accessoria alla risoluzione del contratto).

Si occupa, invece, della responsabilità dello Stato-legislatore per violazione della normativa comunitaria (segnatamente l'art. 88, par. 3, del Trattato CE, attuale art. 108 TFUE), **Sez. 3, n. 22631/2020, Vincenti, Rv. 659242-01**, che, nella materia degli aiuti di Stato, la condiziona alla concorrenza di tre requisiti: che il provvedimento controverso, procurando ai beneficiari un vantaggio mediante risorse pubbliche, costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, par. 1, del Trattato; che l'aiuto di Stato rientri nella categoria di quelli vietati dalla norma comunitaria appena citata, in quanto idoneo a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi fra gli Stati membri; infine, che il predetto aiuto rientri nella procedura di controllo di cui all'art. 88, par.

3, del Trattato e, quindi, si tratti di "nuovo aiuto" e non di un "aiuto esistente" (che a tale procedura si sottrae, ai sensi del par. 1 del citato art. 88).

2. La colpa.

Una significativa esemplificazione dell'elemento soggettivo, quale autonomo requisito della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, è stata offerta da **Sez. 6-3, n. 12420/2020, Positano, Rv. 658223-01**, pronunciatasi in tema di responsabilità del vettore per l'avaria della merce verificatasi durante il trasporto. La Cassazione ha in questo caso affermato che, ai fini dell'integrazione della fattispecie della responsabilità aquiliana, non è sufficiente dedurre l'inadempimento delle obbligazioni incombenti sul vettore (configurabile in mancanza di prova del caso fortuito, secondo lo schema dell'art. 1693 c.c.), ma è necessario l'accertamento positivo di una condotta caratterizzata da dolo o colpa, alla stregua dell'art. 2043 c.c.

Concerne, invece, la colpa della pubblica amministrazione la fattispecie esaminata da **Sez. 3, n. 00512/2020, Positano, Rv. 656685-01**, relativa agli obblighi di intervento dei comuni a tutela della pubblica incolumità, in caso di pericolo di grave calamità naturale (nella specie, un'alluvione). Nei confronti de(l ristretto numero d)i cittadini residenti in zone a rischio più elevato (indicati nella Tabella del Piano intercomunale della Protezione Civile quali soggetti beneficiari di un dovere di protezione e informazione specifico) non è stata ritenuta sufficiente, al fine di escludere la colpa, l'attività di monitoraggio del livello del fiume esondato o l'attivazione dei volontari e delle squadre di soccorso, richiedendosi la messa in atto di specifiche iniziative funzionali ad avvertire gli abitanti delle aree interessate (pur senza giungere a un obbligo di avviso individuale).

3. Le esimenti della responsabilità.

Si è pronunciata in tema di legittima difesa **Sez. 6-3, n. 18094/2020, Guizzi, Rv. 658764-01**, evidenziando come, mentre nel giudizio penale la *semiplena probatio* in ordine alla sussistenza della scriminante comporta l'assoluzione dell'imputato ex art. 530, comma 3, c.p.p., nel giudizio civile, al contrario, il dubbio si risolve in danno del soggetto che la invoca e su cui incombe il relativo onere della prova.

Quanto all'adempimento del dovere, **Sez. 3, n. 00528/2020, Valle, Rv. 656524-01**, ha ribadito quanto già statuito da un risalente precedente (Sez. 1, n. 02832/1974, Valore, Rv. 371252-01), ovvero che il dovere di riferire i fatti costituenti reato non esime il pubblico ufficiale dalla responsabilità civile per diffamazione qualora, con lettere dirette a varie autorità, riferisca fatti generici e non accertati, senza indicazione di fonti di prova, ed esprima giudizi offensivi. Anche la denuncia di un reato costituisce, secondo **Sez. 3, n. 11271/2020, Guizzi, Rv. 658144-02**, adempimento di

un dovere, con la conseguenza che colui che invochi il risarcimento del danno per avere subito una denuncia calunniosa ha l'onere di provare la sussistenza di una condotta integrante il reato di calunnia dal punto di vista sia oggettivo sia soggettivo (dal momento che la possibilità di andare incontro a responsabilità in caso di denunce semplicemente inesatte o rivelatesi infondate frustrerebbe l'interesse pubblico alla segnalazione di fatti illeciti).

È tradizionalmente ricondotto, invece, all'esimente dell'esercizio del diritto (segnatamente quello alla libera manifestazione del proprio pensiero, declinato, quanto all'attività giornalistica, in diritto di cronaca, critica e satira) il comportamento astrattamente lesivo degli altrui diritti della personalità (onore, reputazione, riservatezza, identità personale), ma in concreto provvisto dei requisiti dell'utilità sociale, della verità e della cd. continenza espositiva (secondo il decalogo stilato dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Sez. 1, n. 05259/1984, Borruso, Rv. 436989-01). Relativamente al requisito della verità dei fatti oggetto della notizia, **Sez. 3, n. 07757/2020, Cricenti, Rv. 657501-01**, ha precisato che esso non è scalfito da inesattezze secondarie che non alterino, nel contesto dell'articolo, la portata informativa dello stesso rispetto al soggetto al quale sono riferibili, aggiungendo che sono da considerare marginali le imprecisioni che non mutano in peggio l'offensività della narrazione e, per contro, sono rilevanti quelle che stravolgono il fatto "vero" in maniera da renderne offensiva l'attribuzione a taluno, all'esito di una valutazione del loro peso sull'intero fatto narrato, onde stabilire se siano idonee a renderlo "falso" e, oltre che tale, diffamatorio (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva giudicato diffamatoria, senza una verifica concreta, una notizia, per il fatto in sé che il giornalista aveva riferito due circostanze inesatte, vale a dire che un medico, indicato come autore della somministrazione di sostante dopanti ad un famoso ciclista, era stato radiato dalla Federazione sportiva, mentre il procedimento disciplinare si era concluso con l'archiviazione per via delle sue dimissioni, e che il medesimo sanitario era stato condannato "definitivamente" in appello, nonostante la proposizione di ricorso per Cassazione contro la sentenza che, peraltro, era stata alla fine confermata). Nello stesso senso si è posta **Sez. 3, n. 12903/2020, Guizzi, Rv. 658176-02**, confermativa della pronuncia di merito che aveva affermato la sostanziale verità della notizia ed escluso il carattere diffamatorio di un articolo di stampa, nel quale si attribuiva al preteso diffamato un reato (quello di falsa perizia) meno grave di quello effettivamente contestatogli (concorso in tentata concussione). La veridicità della notizia, anche quando questa derivi da una fonte "privilegiata" quale l'autorità giudiziaria o investigativa, dev'essere verificata dal giornalista in modo completo e specifico, mediante un necessario aggiornamento temporale (così **Sez. 3, n. 21969/2020, Graziosi, Rv. 659408-01**, che ha confermato la decisione impugnata, la quale aveva affermato il carattere diffamatorio dell'articolo di stampa in cui si

riportava che un avvocato era stato "indagato nel passato" per traffico d'armi, senza avere verificato che la fonte della notizia, costituita da un decreto di archiviazione risalente ad otto anni prima, era stata successivamente oggetto di correzione di errore materiale, con cancellazione del riferimento all'indagine a carico dell'avvocato, annotata sull'originale del provvedimento).

4. Il nesso di causalità.

Sulla scia dell'orientamento inaugurato da Sez. 3, n. 15991/2011, Travaglino, Rv. 618881-01 (e seguito, da ultimo, da Sez. 3, n. 30521/2019, Iannello, Rv. 655971), **Sez. 3, n. 00515/2020, Gorgoni, Rv. 656809-02**, ha riaffermato l'irrilevanza, ai fini della riduzione del risarcimento, della concausa naturale dell'evento, con riferimento alla peculiare fattispecie della vittima di sinistro stradale rifiutatasi, per motivi religiosi, di sottoporsi a emotrasfusioni: condotta quest'ultima che, non potendosi qualificare come colposa, può essere equiparata, per l'appunto, a una concausa naturale, con conseguente impossibilità di ridurre ex art. 1227, comma 1, c.c., il danno risarcibile.

Concerne, invece, il successivo segmento della cd. causalità giuridica (quello che lega l'evento lesivo alle conseguenze dannose risarcibili) la pronuncia di **Sez. 3, n. 08477/2020, Scoditti, Rv. 657804-01**, a tenore della quale, nei reati di danno, la decisione di condanna generica al risarcimento emessa dal giudice penale contiene implicitamente l'accertamento del danno evento e del nesso di causalità materiale tra questo e il fatto-reato, ma non anche quello del danno conseguenza, per il quale si rende necessaria un'ulteriore indagine, in sede civile, sul nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le sue conseguenze pregiudizievoli. Con riguardo a questo tipo di reati, dunque, il giudicato penale copre la sussistenza del danno evento civilistico, non essendo, per contro, il giudice civile vincolato in alcun modo relativamente all'accertamento del danno-conseguenza sotto l'egida dell'art. 1223 c.c.

5. Il concorso di colpa del danneggiato.

Prendendo spunto da una domanda di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, proposta dai congiunti di un accanito fumatore deceduto per un tumore ai polmoni, **Sez. 3, n. 01165/2020, Guizzi, Rv. 656688-01**, ha colto l'occasione per ribadire la distinzione tra l'ipotesi prevista dall'art. 1227, comma 1, c.c. - che riguarda il contributo eziologico del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso -, e quella disciplinata dal comma 2 dello stesso articolo la quale, riferendosi al comportamento, successivo all'evento, con il quale il danneggiato abbia prodotto un aggravamento del danno ovvero non ne abbia ridotto l'entità, attiene al danno-conseguenza (nella specie, la Cassazione ha ritenuto che il contributo eziologico dato dalla scelta della vittima di fumare, nonostante la notoria nocività del

fumo, si inscrivesse nel campo di applicazione del primo comma dell'art. 1227 c.c., e fosse pertanto suscettibile di accertamento ufficioso da parte del giudice).

Per spiegare l'effetto di ridurre (o elidere) la responsabilità del danneggiante, il fattore causale di cui all'art. 1227, comma 1, c.c. deve fare capo a un comportamento colpevole del danneggiato, riconducibile alla violazione di un dovere di cautela ascrivibile al più generale dovere di solidarietà contemplato dall'art. 2 Cost. La condotta non colposa è, infatti, irrilevante ai fini della riduzione del risarcimento, al pari della concausa naturale. In tal senso ha statuito **Sez. 3, n. 00515/2020, Gorgoni, Rv. 656809-01**, con riguardo alla vicenda in cui la vittima di un sinistro stradale era deceduta in seguito al rifiuto di ricevere trasfusioni di sangue per ragioni religiose, osservando come il solo fatto di essere salita su una vettura ed avere così accettato il rischio della circolazione (nella consapevolezza che, in caso di necessità, non si sarebbe sottoposta alle suddette trasfusioni), non poteva esporla a corresponsabilità per la propria morte, dal momento che il rifiuto di sottoporsi a determinate cure mediche è espressione del diritto all'autodeterminazione spettante ad ogni individuo. Una connotazione eminentemente "oggettiva" alla colpa del danneggiato viene conferita da **Sez. 3, n. 03557/2020, Tatangelo, Rv. 656897-01**, che ne informa l'accertamento agli ordinari standard di diligenza dell'uomo medio, riscontrandola all'esito della verifica di un contrasto con una regola stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza. Non occorrendo un comportamento colposo soggettivamente imputabile della vittima, si prescinde, quindi, dall'età e dallo stato di incapacità naturale di quest'ultima, così come dalla condotta del soggetto eventualmente tenuto alla sua sorveglianza (sotto il profilo della cd. *culpa in vigilando* e/o *in educando*), che potrà incidere, se del caso, nel solo ambito della causalità giuridica, al fine di limitare il danno risarcibile ex art. 1227, comma 2, c.c., laddove a domandarlo *iure proprio* sia lo stesso sorvegliante del danneggiato.

6. La responsabilità solidale.

È principio giurisprudenziale consolidato quello per cui la responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. opera anche nell'ipotesi in cui la condotta dei coautori dell'illecito sia ascrivibile a titoli di responsabilità diversi, posto che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma dev'essere riguardata dall'angolo visuale del danneggiato (in tal senso, di recente, Sez. 3, n. 01070/2019, Scoditti, Rv. 652444-01).

Nel 2020, tale principio ha trovato applicazione in tema di contratto d'appalto, e di condominio negli edifici. Nel primo caso, **Sez. 2, n. 18289/2020, Bellini, Rv. 659099-01**, ha chiarito che la regola per cui l'appaltatore e il progettista e direttore dei lavori rispondono solidalmente dei danni risentiti dal committente trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di

responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale. Con riguardo ai danni subiti, invece, da terzi, **Sez. 3, n. 12882/2020, Rossetti, Rv. 658296-01**, ha precisato, da parte sua, che, nel caso in cui essi discendano da un vizio del progetto fornito dal committente, sussiste la concorrente responsabilità risarcitoria di quest'ultimo e dell'appaltatore: il committente, per aver ordinato l'esecuzione di un progetto malamente concepito; l'appaltatore, per non essersi colpevolmente avveduto del vizio in discorso, pur essendovi tenuto in ossequio al canone della diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c. (in applicazione di tale principio, la Cassazione ha confermato la sentenza di merito, che, con riferimento ai danni subiti da un fondo in conseguenza della realizzazione di un impianto di depurazione delle acque, aveva ravvisato la concorrente responsabilità dell'ente locale committente per aver approvato un progetto che si era rivelato inidoneo a impedire l'anomalo deflusso delle acque). Sempre con riferimento a opere edilizie, **Sez. 3, n. 00516/2020, Cricenti, Rv. 656810-02**, al cospetto di danni cagionati a terzi dai lavori di ristrutturazione fatti eseguire dal conduttore di un immobile, ha ravvisato la responsabilità solidale del proprietario che tali lavori (altrimenti preclusi al conduttore) aveva autorizzato, sul presupposto che il primo fosse obbligato, ai sensi degli artt. 832, 1576 e 2043 c.c., ad ingerirsi e a sorvegliare l'attività autorizzata o, comunque, consentita, allo scopo di evitare che da essa potesse derivarne un ingiusto danno ai terzi.

In tema di condominio, **Sez. 2, n. 07044/2020, Scarpa, Rv. 657285-01**, ha osservato che, per i danni occorsi alla porzione di proprietà esclusiva di un condomino, la sua responsabilità ex art. 2051 c.c., quale custode dei beni e dei servizi comuni, concorre con l'eventuale fatto di un terzo riconducibile all'art. 2043 c.c., dando luogo ad una situazione di solidarietà "impropria". Nondimeno, la conseguenza della corresponsabilità ex art. 2055 c.c. comporta che la domanda del condomino danneggiato vada intesa sempre come volta a conseguire per l'intero il risarcimento da ciascuno dei coobbligati, in ragione del comune contributo causale alla determinazione del danno.

Meritevole di menzione è anche **Sez. 6-3, n. 09661/2020, Cirillo F.M., Rv. 657745-01**, che ha configurato la concorrente responsabilità, ex artt. 2052 c.c. e 2043 c.c., rispettivamente, del soggetto che - sia esso proprietario o utilizzatore - abbia la custodia dell'animale, e dell'altro tra i due, rispetto al quale si accerti la ricorrenza, in concreto, dei presupposti della clausola generale di responsabilità.

Altre due recenti pronunce si sono soffermate sulle implicazioni processuali della regola della solidarietà. **Sez. 3, n. 17893/2020, Rossetti, Rv. 658757-04**, ha affrontato il caso di un sinistro stradale concausato da più veicoli, tutti privi di copertura assicurativa. Nell'occasione, la Cassazione ha affermato che, perché

l'impresa designata dal Fondo di Garanzia delle Vittime della Strada risponda, ai sensi dell'art. 283, comma 1, lettera b, cod. ass., entro il limite costituito dal prodotto del massimale minimo di legge per il numero dei responsabili coobbligati, è necessario che, nel convenirla in giudizio, il danneggiato ne abbia espressamente invocato la qualità di garante *ex lege* di tutti i coobbligati, e che tale domanda venga accolta con conseguente condanna dei responsabili, in solido tra loro ex art. 2055 c.c., al risarcimento dell'intero danno patito. Laddove, invece, l'attore abbia agito nei confronti di uno solo dei corresponsabili, ovvero abbia richiesto la condanna dell'impresa designata quale garante di uno soltanto di essi, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato impedisce al giudice di condannare al pagamento di somme eccedenti un singolo massimale. Con riferimento al processo di secondo grado, **Sez. 6-3, n. 10596/2020, Dell'Utri, Rv. 657995-01**, ha puntualizzato, invece, che la solidarietà attiva o passiva tra più attori o convenuti in un giudizio di risarcimento del danno non determina l'inscindibilità delle cause in fase di impugnazione (e non dà luogo, quindi, all'applicazione dell'art. 331 c.p.c.), in quanto ogni danneggiato, come può agire separatamente dagli altri danneggiati - e nei confronti di ciascuno dei danneggianti - per ottenere l'integrale risarcimento, così può proseguire il giudizio senza gli ulteriori danneggiati o contro uno solo dei danneggianti, omettendo di proporre impugnazione con riguardo agli altri, con l'effetto di scindere il rapporto processuale.

7. Il danno patrimoniale.

Nell'annualità in rassegna l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità in tema di danno patrimoniale si è posta in linea di continuità con l'opzione ermeneutica, da tempo accolta dall'orientamento prevalente, che concepisce il danno risarcibile non in termini di automatico corollario della lesione dell'interesse giuridicamente protetto, ma quale conseguenza pregiudizievole effettivamente scaturita dall'evento di danno (o dall'inadempimento) e a questo collegata mediante un nesso di causalità giuridica necessitante di specifica allegazione e dimostrazione (**Sez. 3, n. 12123/2020, Guizzi, Rv. 658173-01**).

Tale impostazione - che si mostra coerente con la funzione, se non esclusiva (Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01), comunque precipua, di compensazione propria della responsabilità civile - è supportata dalla ricostruzione del nesso di derivazione eziologica esistente tra la condotta del danneggiante e l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria, fondata sulla scomposizione del giudizio causale in due autonomi e consecutivi segmenti: il primo volto ad identificare il nesso di causalità materiale o di fatto che lega la condotta all'evento di danno; il secondo diretto, invece, ad accertare, secondo la regola dell'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), il

nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose risarcibili (Sez. 3, n. 22857/2019, Guizzi, Rv. 655090-01).

7.1. La determinazione del danno risarcibile.

Al principio di stretta correlazione tra riparazione pecuniaria e perdita effettivamente subita hanno mostrato di conformarsi, innanzitutto, le pronunce che hanno fatto applicazione della nozione di danno emergente, nelle quali si coglie l'esigenza di puntualizzare come tale componente del pregiudizio patrimoniale debba essere necessariamente commisurata all'effettivo nocumento accertato.

Significativa di tale perdurante tendenza è **Sez. 3, n. 26192/2020, De Stefano, Rv. 659864-01**, la quale ha chiarito che il notaio rogante il contratto di compravendita di un immobile che abbia omesso di effettuare le dovute visure ipotecarie è tenuto a risarcire all'acquirente del cespite, successivamente sottoposto ad esecuzione immobiliare da parte del creditore ipotecario, il danno commisurato all'effettivo nocumento sofferto dall'acquirente; questo può essere liquidato in misura pari al valore dell'immobile perduto a seguito della vendita forzata ovvero, per equivalente, all'esborso necessario per ottenere l'estinzione del processo esecutivo e la cancellazione dell'ipoteca, in tale senso lato potendosi intendere le spese di purgazione dell'immobile, vale a dire la sua sottrazione al rischio di legale evizione nel corso della procedura espropriativa.

Nella medesima prospettiva, **Sez. 1, n. 18584/2020, Scalia, Rv. 658810-01**, ha precisato che l'occupazione usurpativa di terreni, che integra un illecito a carattere permanente e non annulla la connotazione urbanistica dei suoli ablati, obbliga l'amministrazione al risarcimento del danno, che deve essere determinato in considerazione del criterio dell'edificabilità legale dei suoli, e quantificato in base all'integrale valore di mercato del terreno, senza che sia consentito alcun ricorso, integrativo o sostitutivo, all'edificabilità di fatto.

Una peculiare applicazione della nozione di danno emergente ha riguardato il tema delle spese stragiudiziali, esborsi da tempo definiti dalla giurisprudenza di legittimità come "qualcosa di intrinsecamente diverso rispetto alle spese processuali vere e proprie" (Sez. U, n. 16990/2017, Cirillo E., Rv. 644917-01) e ricondotti nel paradigma del danno patrimoniale e, segnatamente, del danno emergente ex art. 1223 c.c. (Sez. 3, n. 00997/2010, Frasca, Rv. 611051-01; Sez. 3, n. 03266/2016, Sestini, Rv. 638791-01; Sez. 6-3, n. 06422/2017, Cirillo F.M., Rv. 643676-01; Sez. 3, n. 09548/2017, Rubino, Rv. 643851-01; Sez. U, n. 16990/2017, Cirillo E., Rv. 644917-01; Sez. 6-3, n. 02644/2018, Rossetti, Rv. 647923-01).

È stato, infatti, ribadito che le spese sostenute per l'assistenza stragiudiziale hanno natura di danno emergente, consistente nel costo sostenuto per l'attività svolta

da un legale nella fase pre-contenziosa, con la conseguenza che il loro rimborso è soggetto ai normali oneri di domanda, allegazione e prova e che, anche se la liquidazione deve avvenire necessariamente secondo le tariffe forensi, esse hanno natura intrinsecamente differente rispetto alle spese processuali vere e proprie; pertanto, gli importi riconosciuti per il relativo ristoro non possono essere compensati con le somme liquidate, a diverso titolo, per le spese giudiziali relative alle successive prestazioni di patrocinio in giudizio (**Sez. 3, n. 24481/2020, Iannello, Rv. 659763-02**).

In tema di lucro cessante, confermando il principio espresso da Sez. 3, n. 07531/2009, Rv. 607199-01, **Sez. 3, n. 04683/2020, Tatangelo, Rv. 656911-04**, ha, invece, affermato che, ai fini della liquidazione del danno subito dai risparmiatori per la perdita delle somme di denaro affidate in gestione a società fiduciarie, ai sensi della l. n. 1966 del 1939, non possono essere riconosciuti, oltre al valore nominale del capitale versato, anche i frutti (sotto forma di interessi) che quei capitali avrebbero prodotto se fossero stati investiti (nella specie, in BOT), atteso che il rapporto di amministrazione fiduciaria, implicando o comunque autorizzando investimenti con margini di rischio e possibilità di perdite, non attribuisce al fiduciante il diritto ad un rendimento minimo o ad un utile garantito.

Nell'annualità in rassegna è proseguita l'opera di ricostruzione e di sistemazione dell'istituto della *compensatio lucri cum damno* avviata dalle pronunce nomofilattiche del 2018 (Sez. U, n. 12564/2018, Giusti, Rv. 648647-01; Sez. U, n. 12565/2018, Giusti, Rv. 648648-01; Sez. U, n. 12566/2018, Giusti, Rv. 648649-01, n. 12567/2018, Giusti, Rv. 648650-01).

I presupposti applicativi di tale regola di determinazione del danno risarcibile risultano nettamente enucleati da **Sez. 1, n. 16702/2020, Mercolino, Rv. 658612-01**, la quale ha precisato che l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* richiede che il vantaggio conseguito dal danneggiato rientri nella serie causale dell'illecito, da ricostruirsi secondo un criterio adeguato di causalità, non entrando in gioco, pertanto, il detto principio allorché il vantaggio si presenti come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, o come l'effetto di un evento che si sarebbe in ogni caso prodotto, indipendentemente dal momento in cui si è verificato l'illecito, o comunque nell'ipotesi in cui il beneficio trovi altrove la sua fonte e nell'illecito solo un coefficiente causale. In applicazione di tale principio, la Corte ha condiviso la decisione della corte territoriale di escludere che, nella liquidazione del danno derivante dall'inadempimento di un contratto preliminare, si dovesse tenere conto del risarcimento dovuto da una società terza per il mancato rilascio del medesimo immobile promesso in vendita, alla scadenza di un contratto di comodato stipulato con il promittente venditore.

La concreta declinazione di tali principi ha riguardato fattispecie di peculiare interesse, come quella del risarcimento del danno ai familiari delle vittime del disastro aereo di Ustica del 27 giugno 1980, in relazione alla quale è stato precisato che gli importi liquidati a titolo risarcitorio non si cumulano ai benefici liquidati ai sensi della l. n. 302 del 1990, ad essi estesi dalla l. n. 340 del 1995, né assume rilievo il momento, anteriore o successivo al risarcimento del danno, di erogazione di tali provvidenze, poiché si applica comunque la regola della decurtazione dell'indennità dall'ammontare del risarcimento, secondo il principio della *compensatio lucri cum damno* (**Sez. 3, n. 19629/2020, Olivieri, Rv. 659027-01**).

Un'altra significativa applicazione dell'istituto si rinviene in **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-03**, la quale, in tema di illecito eurounitario dello Stato, ha chiarito che dall'ammontare riconosciuto alle vittime di reati intenzionali violenti commessi in Italia, a titolo di risarcimento del danno per la tardiva trasposizione dell'art. 12, paragrafo 2, delle Direttiva 2004/80/CE, deve essere detratta la somma loro corrisposta quale indennizzo ex l. n. 122 del 2016 (e successive modifiche). Trova difatti applicazione l'istituto della *compensatio lucri cum damno* in ragione del disposto del comma 1, lett. e) e lett. e *bis*), dell'art. 12 della citata l. n. 122 che, quale regola settoriale, ripropone direttamente gli effetti di detto istituto, come desumibili, in generale, dall'art. 1223 c.c., e dalla circostanza per la quale sia l'obbligo risarcitorio sia quello indennitario, gravanti in capo al medesimo soggetto, sono valutabili in termini di "conseguenza immediata e diretta" dell'identico fatto generatore del reato ed assolvono alla comune funzione di garantire, comunque, alla vittima un ristoro per le conseguenze pregiudizievoli, morali e materiali, patite a seguito del crimine, non altrimenti risarcite dal reo.

Sotto il profilo processuale, utili indicazioni provengono da **Sez. 3, n. 24177/2020, Moscarini, Rv. 659529-01**, e da **Sez. 3, n. 26757/2020, Vincenti, Rv. 659865-04**, secondo le quali l'eccezione di *compensatio lucri cum damno* è un'eccezione in senso lato, nel senso che non consiste nella deduzione di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato, ma in una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice il quale, per determinare l'esatta misura del danno risarcibile, può fare riferimento, per il principio dell'acquisizione della prova, a tutte le risultanze del giudizio.

7.2. Il danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria.

In materia di danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria, la giurisprudenza dell'annualità in rassegna è tornata ad attestarsi sull'orientamento tradizionale (per il quale si veda, *ex aliis*, Sez. 1, n. 04028/2017, Campanile, Rv.

644309-01) che intravede negli interessi compensativi una componente indefettibile del risarcimento del danno, in contrapposizione con una tendenza, delineatasi in tempi più recenti, propensa a rimarcare anche *in subiecta materia* la distinzione ontologica tra danno evento e danno-conseguenza e la correlata necessità di specifica allegazione e prova di tutte le conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali e non patrimoniali, derivanti dall'illecito o dall'inadempimento, e ad escludere, quindi, la configurabilità di automatismi nel riconoscimento degli interessi compensativi, sia perché il danno da ritardo che con essi si indennizza non necessariamente esiste, sia perché, di per sé, esso può essere comunque già ricompreso nella somma liquidata in termini monetari attuali (Sez. 3, n. 18564/2018, Scoditti, Rv. 649736-01; Sez. 3, n. 07267/2018, Iannello, Rv. 648301-01).

In tale contesto si colloca **Sez. 3, n. 24468/2020, Olivieri, Rv. 659951 - 02,** la quale ha affermato che gli interessi sulla somma liquidata a titolo di risarcimento del danno da fatto illecito hanno fondamento e natura differenti da quelli moratori, regolati dall'art. 1224 c.c., in quanto sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al creditore dal ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito, di cui costituiscono, quindi, una necessaria componente, al pari di quella rappresentata dalla somma attribuita a titolo di svalutazione monetaria, la quale non configura il risarcimento di un maggiore e distinto danno, ma esclusivamente una diversa espressione monetaria del danno medesimo (che, per rendere effettiva la reintegrazione patrimoniale del danneggiato, deve essere adeguata al mutato valore del denaro nel momento nel quale è emanata la pronuncia giudiziale finale).

Da tali premesse la Suprema Corte ha tratto la conclusione per la quale nella domanda di risarcimento del danno per fatto illecito è implicitamente inclusa la richiesta di riconoscimento sia degli interessi compensativi sia del danno da svalutazione monetaria - quali componenti indispensabili del risarcimento, tra loro concorrenti, attesa la diversità delle rispettive funzioni - e che il giudice di merito deve attribuire gli uni e l'altro anche se non espressamente richiesti, pure in grado di appello, senza, per ciò solo, incorrere in ultrapetizione.

Per quel che riguarda le modalità liquidatorie del danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria, meritano menzione **Sez. 1, n. 07466/2020, Terrusi, Rv. 657490-01**, e **Sez. 3, n. 09194/2020, Di Florio, Rv. 657765-01.**

Con la prima è stato stabilito che, in tema di adempimento dell'obbligazione risarcitoria nell'occupazione illegittima, posto che il relativo credito è di valore - come tale soggetto a rivalutazione da considerarsi rilevante fino alla data della liquidazione (*taxatio*) -, il danno da ritardo, ove esistente, comprende la liquidazione degli interessi sul credito espresso in moneta all'epoca del fatto e poi rivalutato anno per anno ovvero, per identità di risultato, sulla semisomma (e cioè la media) tra il credito

rivalutato alla data della liquidazione e lo stesso credito espresso in moneta all'epoca dell'illecito.

La seconda pronuncia ha, invece, affermato che nell'obbligazione di risarcimento del danno determinato da un fatto illecito (nella specie, da responsabilità riconducibile alla circolazione di veicoli) gli interessi compensativi vanno determinati con riferimento al periodo che decorre dalla data del sinistro a quella della pubblicazione della sentenza che ha provveduto ad accertare l'*an* e a liquidare il *quantum debeatur*, con la conseguenza che, ove la sentenza d'appello riformi quella di primo grado rideterminando l'importo dovuto, la quantificazione va ricondotta, relativamente al termine finale, al momento della pubblicazione della decisione che definisce il gravame.

Per quanto concerne la distinzione tra interessi compensativi e interessi moratori, merita di essere segnalata **Sez. 6-3, n. 01641/2020, Porreca, Rv. 656556-01**, per la quale, in tema di risarcimento dei danni per la mancata tempestiva trasposizione delle direttive comunitarie 75/362/CEE e 82/76/CEE in favore dei medici frequentanti le scuole di specializzazione in epoca anteriore all'anno 1991, a seguito dell'intervento con il quale il legislatore - dettando l'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370 - ha effettuato una *aestimatio* del danno, alla precedente obbligazione risarcitoria per mancata attuazione delle direttive si è sostituita un'obbligazione avente natura di debito di valuta, rispetto alla quale - secondo le regole generali di cui agli artt. 1219 e 1224 c.c. - gli interessi legali possono essere riconosciuti solo dall'eventuale messa in mora o, in difetto, dalla notificazione della domanda giudiziale, con la conseguenza che va esclusa la spettanza della rivalutazione e dei correlati interessi compensativi, salva rigorosa prova, da parte del danneggiato, di circostanze diverse da quelle normali, tempestivamente e analiticamente dedotte in giudizio prima della maturazione delle preclusioni assertive o di merito e di quelle istruttorie.

In merito alla rivalutazione monetaria, **Sez. 3, n. 11588/2020, D'Arrigo, Rv. 658161-01**, ha precisato che in tema di risarcimento da fatto illecito, la circostanza che il danno sia stato liquidato in una "moneta forte" (nella specie, dollaro statunitense), che subisce in misura molto limitata l'impatto erosivo dell'inflazione, può giustificare una rivalutazione monetaria secondo un coefficiente di attualizzazione basso o, eventualmente, anche bassissimo, ma non esclude in radice l'applicazione del principio generale per il quale le obbligazioni di valore devono essere attualizzate.

7.3. Allegazione e prova del danno patrimoniale.

In materia di prova del danno, l'orientamento che nell'ultimo decennio ha ricevuto più ampio credito nella giurisprudenza di legittimità muove dall'assunto,

elaborato dal noto arresto nomofilattico del 2008 (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605489-01), secondo il quale il sistema del risarcimento del danno delineato dal codice civile esclude in modo irrevocabile la configurabilità del danno patrimoniale *in re ipsa*, in quanto l'obbligazione risarcitoria non insorge in seguito alla mera colposa o dolosa violazione del diritto (antigiuridicità della condotta), ma soltanto a causa delle "conseguenze" pregiudizievoli eventualmente prodottesi come effetto di tale violazione; conseguenze che, riguardate sul piano degli accadimenti fenomenici, implicano un evento ulteriore ed ontologicamente apprezzabile rispetto a quello determinativo della violazione del diritto (*ex multis*, Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01).

L'autorità di tale enunciazione non è, comunque, valsa ad orientare le pronunce successive entro un percorso ermeneutico uniforme, tanto che anche nell'annualità in rassegna, accanto alla ricostruzione che - sulla scorta della segmentazione del processo dannoso nel duplice nesso di causalità, giuridica e materiale - ripudia l'identificazione del danno con la lesione del diritto, ha continuato a coesistere l'impostazione che, invece, ammette tale sovrapposizione.

In linea con il primo dei richiamati approcci ermeneutici si è posta **Sez. 3, n. 12123/2020, Guizzi, Rv. 658173-01**, la quale ha affermato che, in caso di accertamento dell'illegittimità dell'iscrizione ipotecaria, ricorre un evento di danno costituito dall'apparenza di una situazione idonea a determinare difficoltà alla commerciabilità del bene; tuttavia, ai fini del risarcimento, occorre accertare se in concreto si sia verificato un danno-conseguenza, che non può essere configurato *in re ipsa*, ma può consistere nel pregiudizio economico derivante dalla perdita di occasioni di alienare il cespite oppure di venderlo a condizioni più favorevoli.

Nella medesima prospettiva, **Sez. 3, n. 03133/2020, Guizzi, Rv. 657144-01**, ha precisato che il danno patrimoniale derivante da indebita segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia può essere provato dal danneggiato anche per presunzioni, potendo consistere, per l'imprenditore, nel peggioramento della sua affidabilità commerciale, essenziale pure per l'ottenimento e la conservazione dei finanziamenti, con lesione del diritto ad operare sul mercato secondo le regole della libera concorrenza, e, per qualsiasi altro soggetto, nella maggiore difficoltà nell'accesso al credito.

Ancora, in materia di "fermo tecnico", **Sez. 6-3, n. 05447/2020, Cigna, Rv. 657289-01**, ha affermato che il relativo pregiudizio deve essere allegato e dimostrato, mediante una prova che non può avere ad oggetto la mera indisponibilità del veicolo, ma deve sostanziarsi nella dimostrazione o della spesa sostenuta per procacciarsi un mezzo sostitutivo, ovvero della perdita subita per la rinuncia forzata ai proventi ricavabili dall'uso del mezzo.

Con specifico riferimento al danno da lesione dei diritti reali, sul quale si concentra con particolare evidenza la segnalata discontinuità interpretativa, alcune pronunce hanno, invece, dato seguito all'opposta tendenza, favorevole a riconoscere la configurabilità del danno *in re ipsa*.

A tale riguardo, si segnala, innanzitutto, **Sez. 6-2, n. 25082/2929, Criscuolo, Rv. 659708-01**, secondo la quale la violazione della prescrizione sulle distanze tra le costruzioni, attesa la natura del bene giuridico leso, determina un danno *in re ipsa*, con la conseguenza che non incombe sul danneggiato l'onere di provare la sussistenza e l'entità concreta del pregiudizio patrimoniale occorso al diritto di proprietà, dovendosi tale pregiudizio, di norma, presumere, sia pure *iuris tantum* e fatta salva la possibilità per il preteso danneggiante di dimostrare che, per la peculiarità dei luoghi o dei modi della lesione, il danno debba, invece, essere escluso.

Nella medesima prospettiva, **Sez. 2, n. 25790/2020, Scarpa, Rv. 659623-01**, ha affermato che, in tema di condominio negli edifici, ove sia accertata un'alterazione della fisionomia architettonica dell'edificio condominiale (nella specie, per effetto della realizzazione di una canna fumaria apposta sulla facciata), il pregiudizio economico rappresenta una conseguenza normalmente insita nella menomazione del decoro architettonico, che, costituendo una qualità del fabbricato, è tutelata, in quanto di per sé meritevole di salvaguardia, dalle norme che ne vietano l'alterazione.

Una posizione intermedia ha, invece, assunto **Sez. 2, n. 21272/2020, De Marzo, Rv. 659368**, ad avviso della quale, nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario discende dalla menomazione della facoltà di godimento anche indiretta del bene e ben può essere apprezzato sul piano presuntivo. Nella fattispecie, la Corte ha cassato la decisione gravata che aveva rigettato la domanda risarcitoria da occupazione *sine titulo* perché non vi era prova che il bene, ove lasciato libero, sarebbe stato fruttuosamente utilizzato.

Il ricorso alla prova presuntiva è stato valorizzato anche da **Sez. 3, n. 10804/2020, Rossetti, Rv. 657964-02**, per la quale il danno subito da una società cooperativa edilizia per effetto del ritardato rilascio dell'alloggio da parte del socio estromesso può essere liquidato in via equitativa ex art. 2727 c.c., anche in mancanza di una prova specifica del suo esatto ammontare, avuto riguardo all'oggetto sociale, al presumibile uso che la medesima società avrebbe fatto del bene nel caso di tempestiva riconsegna, alla durata dell'occupazione illegittima ed alle caratteristiche dell'immobile.

In ordine alla prova del danno patrimoniale è, inoltre, meritevole di menzione **Sez. 1, n. 05381/2020, Iofrida, Rv. 657038-03**, la quale ha precisato che, in tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento dinanzi all'AGCOM si sia concluso con una decisione

implicante l'assunzione di impegni da parte dell'impresa a norma dell'art. 14 ter l. cit., in ordine alla sua posizione rivestita sul mercato ed alla sussistenza di un comportamento integrante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi non costituiscano prova privilegiata, potendo essere contrastati da emergenze di diverso tenore.

Cin riguardo alla ripartizione dell'onere della prova, utili indicazioni sono state offerte da **Sez. 6-3, n. 18526/2020, Guizzi, Rv. 659035-02**, la quale, in linea con un risalente *dictum* (Sez. 3, n. 04404/1986, Rv. 447158-01), ha chiarito che, in tema di domanda di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata, grava su chi invoca il risarcimento l'onere di dare la prova degli ulteriori pregiudizi patiti, prova dalla quale può essere esonerato solo quando risulti pacifica ed incontroversa l'attitudine della causa del danno a produrre effetti nocivi, continui e periodici, della stessa natura ed intensità di quelli passati, già giudizialmente provati e riconosciuti, restando certa cioè non solo la perduranza della causa efficiente, ma anche la invarianza della situazione di fatto in cui essa ha continuato ad operare in pregiudizio altrui.

Ancora, **Sez. 6-3, n. 01636/2020, Rv. 656592-01**, ha precisato che in tema di azione per risarcimento danni, la circostanza che il lavoratore ingiustamente estromesso (così come quello ingiustamente licenziato) abbia, nelle more del giudizio, lavorato e percepito comunque un reddito (cd. *aliunde perceptum*) rappresenta un fatto impeditivo della pretesa attorea, il quale, in applicazione del generale precetto di cui all'art. 2697 c.c., deve essere provato da colui che lo eccepisce, e non già da chi invochi il risarcimento.

7.4. Il danno patrimoniale futuro.

Nell'anno in rassegna, la produzione giurisprudenziale in tema di danno futuro ha riguardato prevalentemente il pregiudizio da perdita o riduzione della capacità di guadagno conseguente alla compromissione di valori personali.

Le decisioni in materia, sviluppando le indicazioni ermeneutiche provenienti dalla giurisprudenza precedente, hanno palesato una tendenza - ormai univoca e probabilmente destinata a perpetuarsi - a privilegiare, ai fini dell'accertamento del pregiudizio in esame, il giudizio prognostico fondato su parametri di regolarità causale.

Validi spunti sono stati offerti dalle pronunce sul danno reddituale sofferto dal soggetto privo di occupazione lavorativa, tra le quali merita di essere segnalata **Sez. 3, n. 01163/2020, Guizzi, Rv. 656633-01**, che ha evidenziato come, in tema di

risarcimento del danno alla persona, la mancanza di un reddito al momento dell'infortunio, dovuta allo stato di disoccupazione del soggetto leso, possa escludere il danno da invalidità temporanea, ma non anche il danno futuro collegato all'invalidità permanente, il quale verrà ad incidere sulla capacità di guadagno della vittima nel momento in cui questa inizierà un'attività remunerata, salvo che si tratti di disoccupazione volontaria, ovvero di un consapevole rifiuto dell'attività lavorativa.

Secondo **Sez. 3, n. 24481/2020, Iannello, Rv. 659763-01**, un danno patrimoniale da incapacità lavorativa permanente può essere sofferto anche da chi fosse disoccupato al momento dell'infortunio subito, qualora i postumi delle lesioni siano tali da comportare la perdita o la riduzione del reddito che, continuando a proporsi sul mercato del lavoro, egli avrebbe infine verosimilmente conseguito sulla base delle proprie capacità.

Compete anche ai prossimi congiunti di un soggetto disoccupato, deceduto in conseguenza del fatto illecito di un terzo, il risarcimento del danno patrimoniale futuro che si prospetti come effettivamente probabile sulla scorta di parametri di regolarità causale ed alla stregua di oggettivi e ragionevoli criteri rapportati alle circostanze del caso concreto (**Sez. 3, n. 05099/2020, Scoditti, Rv. 657139-01**, con la quale la Suprema Corte ha cassato la sentenza che aveva rigettato la domanda sulla base della mera mancanza di un reddito attuale di fonte lavorativa in capo alla vittima deceduta, madre ventunenne dell'attrice).

Utili indicazioni sono state, inoltre, offerte da **Sez. 3, n. 09682/2020, Rossetti, Rv. 657848-01**, per la quale il danno da perdita o riduzione della capacità lavorativa di un soggetto adulto che, al momento dell'infortunio, non svolgeva alcun lavoro remunerato va liquidato (con equo apprezzamento delle circostanze del caso, ai sensi dell'art. 2056 c.c.) stabilendo: a) se possa ritenersi che la vittima, qualora fosse rimasta sana, avrebbe cercato e trovato un lavoro confacente al proprio profilo professionale; b) se i postumi residuati all'infortunio consentano o meno lo svolgimento di un lavoro confacente al profilo professionale del danneggiato.

Per quanto concerne le modalità della liquidazione del danno da perdita della capacità di guadagno, **Sez. 6-3, n. 03545/2020, Rossetti, Rv. 657018-01**, ha precisato che tale pregiudizio, come ogni altro credito risarcitorio, va liquidato stabilendo la quota del reddito perduta dalla vittima in conseguenza dell'invalidità causata dall'illecito; se l'ultimo reddito noto risale ad epoca anteriore al sinistro, detta liquidazione va operata rivalutando tale importo in base al coefficiente del costo della vita per le famiglie di operai ed impiegati (cd. FOI) calcolato dall'Istat e relativo al tempo del sinistro.

Ancora **Sez. 6-3, n. 18093/2020, Guizzi, Rv. 658516-01**, in linea di continuità con la giurisprudenza più recente, ha ribadito che il danno permanente da incapacità di guadagno non può essere liquidato in base ai coefficienti di capitalizzazione

approvati con r.d. n. 1403 del 1922, i quali, a causa dell'innalzamento della durata media della vita e dell'abbassamento dei saggi di interesse, non garantiscono l'integrale ristoro del danno, e con esso il rispetto della regola di cui all'art. 1223 c.c.

Ai fini della liquidazione equitativa del danno patrimoniale futuro da incapacità lavorativa patito da soggetto già percettore di reddito da lavoro, può applicarsi, in difetto di prova rigorosa del reddito effettivamente perduto dalla vittima, il criterio del triplo della pensione sociale anche nel caso in cui sia accertato che la vittima, al momento del sinistro, percepiva un reddito talmente sporadico o modesto, da renderla in sostanza equiparabile ad un disoccupato (**Sez. 3, n. 17690/2020, De Stefano, Rv. 658625-01**).

Infine, in materia di spese mediche future, deve essere segnalata **Sez. 3, n. 13881/2020, Rubino, Rv. 658310-02**, secondo la quale il danno permanente futuro, consistente nella necessità di sostenere una spesa periodica vita natural durante, non può essere liquidato attraverso la semplice moltiplicazione della spesa attuale per il numero di anni di vita stimata della vittima, ma va liquidato o in forma di rendita, oppure moltiplicando il danno, calcolato su base annua, per il numero di anni per cui verrà sopportato, con successivo abbattimento del risultato in base ad un coefficiente di anticipazione, ovvero, infine, attraverso il metodo della capitalizzazione, vale a dire mediante la moltiplicazione del danno annuo per un coefficiente di capitalizzazione delle rendite vitalizie. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la decisione di appello che non aveva determinato il montante di anticipazione, ritenendo di potere compensare la mancata devalutazione di quanto liquidato con l'omessa rivalutazione delle somme fino al giorno della sentenza e con il mancato aggancio dei costi di protesizzazione a quelli delle protesi più costose e performanti richieste dalla parte.

7.5. Il risarcimento in forma specifica.

In materia di risarcimento del danno in forma specifica è stato ribadito il principio enunciato da Sez. 3, n. 00903/2013, Carleo, Rv. 624906-01, secondo il quale, nel caso in cui il notaio rogante non adempia all'obbligazione di verificare l'esistenza di iscrizioni ipotecarie relative all'immobile compravenduto, dichiarando come libero un bene che risulta, invece, gravato da ipoteca, il risarcimento del danno conseguente può essere disposto anche in forma specifica, mediante condanna del notaio alla cancellazione della formalità non rilevata, a condizione che sia possibile ottenere il consenso del creditore e che l'incombente non sia eccessivamente gravoso, avuto riguardo sia alla natura dell'attività occorrente allo scopo, sia all'entità della somma da pagare in rapporto all'ammontare del danno (**Sez. 6-3, n. 01270/2020, Iannello, Rv. 656586-01**).

8. Il danno non patrimoniale: nozione e caratteri.

Presupposto per la risarcibilità del danno non patrimoniale (al di fuori delle ipotesi di reato e di previsione espressa della legge ordinaria) è la lesione di un interesse inviolabile della persona costituzionalmente garantito; lesione che, inoltre, deve essere grave (nel senso che l'offesa superi la soglia di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale), e dare luogo a un danno non futile (ossia non consistente in meri disagi o fastidi, e come tale eccedente la dimensione "bagatellare"). Tali assunti (consolidati nella giurisprudenza di legittimità a partire da Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605493-01) sono stati riaffermati, con riferimento al danno non patrimoniale ex art. 15 del d.lgs. n. 196 del 2003 (ora art. 82, reg. UE n. 2016/679), da **Sez.1, n. 17383/2020, Acierno, Rv. 658718-01**, alla cui stregua il pregiudizio in discorso, pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall'art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno, in quanto anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., di cui quello di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché a determinare una lesione ingiustificabile del diritto è non già la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della privacy, bensì quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva, restando comunque il relativo accertamento di fatto rimesso al giudice di merito.

La necessità dell'apprezzamento di un danno-conseguenza distinto dalla lesione della situazione giuridica soggettiva del danneggiato è stata ulteriormente messa in luce da **Sez. 6-3, n. 21508/2020, Gorgoni, Rv. 659566-01**, attraverso la riproposizione dell'arresto di cui a Sez. U, n. 15350/2015, Salmè, Rv. 635985-01, alla cui stregua il danno non patrimoniale da perdita della vita non è indennizzabile *ex se*, senza che con ciò possa ritenersi violato l'art. 2 CEDU sul riconoscimento del "diritto alla vita", poiché la richiamata norma, pur se di carattere generale e diretta a tutelare ogni possibile componente del bene vita, non detta specifiche prescrizioni sull'ambito ed i modi nei quali tale tutela debba esplicarsi, né, in caso di decesso immediatamente conseguente a lesioni derivanti da fatto illecito, impone necessariamente l'attribuzione della tutela risarcitoria, il riconoscimento della quale in numerosi interventi normativi ha, comunque, carattere di specialità e tassatività ed è inidoneo a modificare il vigente sistema della responsabilità civile, improntato sul concetto di perdita-conseguenza e non sull'evento lesivo in sé considerato.

Nel caso in cui *causa petendi* della domanda risarcitoria sia l'avvenuta commissione di un fatto qualificabile come reato (ai sensi del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.), la risarcibilità del danno non patrimoniale - ha ricordato **Sez. 3, n. 03371/2020, Cricenti, Rv. 656895-01** - non richiede che il fatto illecito integri in

concreto un reato, né che sia intervenuta una condanna penale passata in giudicato, essendo sufficiente che il fatto stesso sia astrattamente previsto come reato, sicché la mancanza di una pronuncia del giudice penale non costituisce impedimento all'accertamento ad opera del giudice civile, con valenza *incidenter tantum*, della sussistenza degli elementi costitutivi (materiale e psicologico) del suddetto reato, negli esatti termini previsti dalla legge penale. E così, in tema di diffamazione, sarà necessaria la comunicazione con più persone, la quale, nell'ipotesi in cui l'agente comunichi in via riservata con un'unica persona, implica la volontà, da parte dell'agente medesimo, dell'ulteriore diffusione del contenuto diffamatorio attraverso il destinatario (**Sez. 3, n. 11271/2020, Guizzi, Rv. 658144-01**). Si è soffermata sulla stessa fattispecie di reato anche **Sez. 3, n. 08476/2020, Scoditti, Rv. 657803-01**, la quale (in conformità col precedente rappresentato da Sez. 3, n. 17207/2015, Barreca, Rv. 636845-01) ha sottolineato che non è necessario che il soggetto passivo sia precisamente e specificamente nominato, purché la sua individuazione avvenga, in assenza di una esplicita indicazione nominativa, attraverso tutti gli elementi della fattispecie concreta (quali le circostanze narrate, oggettive e soggettive, i riferimenti personali e temporali e simili), desumibili anche da fonti informative di pubblico dominio al momento della diffusione della notizia offensiva diverse da quella della cui illiceità si tratta, se la situazione di fatto sia tale da consentire al pubblico di riconoscere con ragionevole certezza la persona alla quale la notizia è riferita (nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la decisione di merito che aveva escluso il carattere diffamatorio della notizia riguardante un'indagine a carico di un magistrato per reati diretti a favorire esponenti mafiosi in base al solo fatto che quest'ultimo non fosse stato indicato nominativamente e senza verificare se il medesimo fosse, comunque, riconoscibile alla luce delle circostanze concrete, come l'avvenuta menzione, lo stesso giorno, del detto magistrato da parte di altre testate ed il limitato numero dei soggetti potenzialmente coinvolti nella vicenda).

8.1. La prova del danno non patrimoniale.

Il danno non patrimoniale è, in ogni sua forma, un danno-conseguenza, che deve essere adeguatamente allegato e provato da colui che ne invochi in giudizio il risarcimento, sebbene un ruolo importante sia giocato dalle presunzioni, proprio in virtù delle caratteristiche intrinseche di tale tipo di pregiudizio. Pronunciandosi in tema di diritti della personalità, **Sez. 3, n. 04005/2020, Fiecconi, Rv. 657006-01**, ha, quindi, rimarcato che il danno all'immagine e alla reputazione (nella specie, per un articolo asseritamente diffamatorio), inteso come "danno conseguenza", non sussiste *in re ipsa*, dovendo essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento. Pertanto, la sua liquidazione deve essere compiuta dal giudice, con accertamento in

fatto non sindacabile in sede di legittimità, sulla base non di valutazioni astratte, bensì del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e dimostrato, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, che siano fondate, però, su elementi indiziari diversi dal fatto in sé, ed assumendo quali parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima.

Di un ampio ricorso alle presunzioni si giova anche l'accertamento del danno da perdita del rapporto parentale, nel quale i congiunti sono chiamati a provare l'effettività e la consistenza della relazione conculcata dall'illecito (si veda, in tempi recenti, Sez. 3, n. 28989/2019, Dell'Utri, Rv. 656223-01). Ebbene, secondo **Sez. 3, n. 07743/2020, Positano, Rv. 657503-01**, il pregresso rapporto di convivenza con la vittima "primaria" non assurge a connotato minimo di esistenza del danno, ma può costituire elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, e ciò anche ove l'azione sia proposta dal nipote per la perdita del nonno; infatti, poiché la "società naturale", alla quale fa riferimento l'art. 29 Cost., non è limitata alla cd. famiglia nucleare, il rapporto tra nonni e nipoti, per essere ritenuto giuridicamente qualificato e rilevante, non può essere ancorato alla convivenza, escludendo automaticamente, in caso di insussistenza della stessa, la possibilità per tali congiunti di provare l'esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto. Sulla stessa scia si è posta **Sez. 3, n. 07748/2020, Cricenti, Rv. 657507-01**, relativa al pregiudizio occorso ai genitori e ai fratelli di un soggetto che aveva riportato gravi lesioni in conseguenza di un incidente stradale, secondo cui tale pregiudizio può essere dimostrato per presunzioni, fra le quali assume rilievo il rapporto di stretta parentela esistente fra la vittima ed i suoi familiari che fa ritenere, in base ad un criterio di normalità sociale, che essi soffrano per le gravissime lesioni riportate dal loro prossimo congiunto. Nell'occasione, la Corte ha precisato, altresì, che, ai fini del risarcimento del pregiudizio in discorso, è sufficiente dimostrare la compromissione della salute o la (significativa) contrazione delle abitudini di vita dei congiunti, senza che, in quest'ultimo caso, sia necessario accertare la ricorrenza di un totale sconvolgimento delle stesse.

8.1.1. Il danno da perdita di *chance* a carattere non patrimoniale.

Ponendosi nel solco tracciato da Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03 (e, successivamente, da Sez. 3, n. 28993/2019, Valle, Rv. 655791-01), **Sez. 3, n. 12906/2020, Tatangelo, Rv. 658177-01**, ha confermato la collocazione della perdita di *chance* a livello del danno evento, dal quale deve essere tenuta distinta la dimensione della causalità, di modo che il giudice deve muovere anzitutto dalla necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio civilistico del

"più probabile che non", potendo successivamente assimilare l'evento stesso al concetto di *chance*, laddove si trovi di fronte a un'insanabile incertezza circa il raggiungimento del risultato sperato. Diversamente, ove sia provato il nesso causale rispetto a un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze dannose risarcibili, non sarà possibile discorrere di *chance* perduta, profilandosi un danno non patrimoniale nella sua "ordinaria" configurazione, come tale meritevole di integrale risarcimento (il principio è stato affermato dalla Cassazione con riferimento a una sentenza di merito che aveva dimezzato l'importo del risarcimento dei danni riconosciuti dalla decisone di primo grado ai parenti in conseguenza del decesso di un congiunto - avvenuto a seguito di un errore diagnostico che, secondo la valutazione operata dal consulente tecnico, aveva comportato l'evento lesivo con una probabilità del 50% - sovrapponendo, però, i distinti piani dell'accertamento del nesso causale e dell'accertamento e della valutazione del danno in concreto subito dagli attori).

8.2. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione.

Richiamandosi all'importante precedente di cui a Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, Rv. 656134-01, Rv. 656134-02, Rv. 656134-03, Rv. 656134-04 e Rv. 656134-05, **Sez. 3, n. 24471/2020, Olivieri, Rv. 659760-01**, ha delineato la duplice fisionomia che il pregiudizio conseguente alla lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente è suscettibile di assumere, quale vero e proprio danno alla salute, ovvero quale sofferenza interiore indotta dalla conculcazione della libertà di determinarsi intorno alle scelte terapeutiche involgenti la propria integrità psico-fisica. Se, in tale ultimo caso, l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia *ex se* una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario, nel primo l'incidenza eziologica del *deficit* informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato, ed è configurabile soltanto nel caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova (gravante sul danneggiato) del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso. Ciò non esclude, peraltro, che, anche qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, sia indispensabile allegare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, non potendosi in nessun caso qualificare il pregiudizio in questione alla stregua di danno *in re ipsa*.

8.3. Il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Un consistente filone di pronunce ha riguardato, nell'anno in rassegna, il danno da perdita del rapporto parentale, derivante dalla lesione diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, e all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la tutela della quale è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost. (secondo la definizione divenuta *ius receptum* nella giurisprudenza della Cassazione, a partire da Sez. 3, n. 08828/2003, Preden, Rv. 563841-01). Un diritto la cui violazione, anche se posta in essere dalla P.A. attraverso propri dipendenti, deve essere fatta valere dinanzi al giudice ordinario, come statuito da **Sez. U, n. 09772/2020, Scrima, Rv. 657855-01**, con riguardo alla domanda di condanna del Ministero della difesa al ristoro del danno provocato dalla condotta omissiva dei Carabinieri, consistita nella mancata trasmissione agli organi competenti (Questore, Prefetto e Procuratore della Repubblica) della notizia delle denunce precedentemente presentate dalla vittima circa il comportamento aggressivo, irascibile e privo di controllo reiteratamente serbato nei suoi confronti da colui che, infine, la aveva uccisa, sul presupposto che una tale domanda fosse volta ad ottenere il risarcimento del pregiudizio cagionato, non già dalla mancata o illegittima adozione di un provvedimento amministrativo discrezionale, ma dal comportamento materiale tenuto dalla P.A.

Di notevole interesse, sotto il profilo dell'inquadramento generale della fattispecie **Sez. 3, n. 14615/2020, Sestini, Rv. 658328-01** (relativa alla domanda degli eredi di un soggetto ammalatosi e poi deceduto a causa di infezione da HCV contratta a seguito di emotrasfusioni ospedaliere), e **Sez. 3, n. 14258/2020, Guizzi, Rv. 658316-01** (riguardante la domanda risarcitoria avanzata dagli stretti congiunti di un paziente psichiatrico, suicidatosi gettandosi dalla finestra della struttura ospedaliera nella quale era ricoverato), le quali hanno affermato che il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria (o il medico) esplica i propri effetti tra le sole parti dello stesso, sicché i congiunti del paziente possono giovarsi del titolo contrattuale della responsabilità della struttura o del professionista per i soli danni invocati *iure hereditario*, potendo azionare unicamente la responsabilità extracontrattuale relativamente ai danni patiti *iure proprio*. In linea generale, non è, infatti, configurabile, in favore dei congiunti, un contratto con effetti protettivi del terzo, ipotesi che va circoscritta al contratto concluso dalla gestante con riferimento alle prestazioni sanitarie funzionali alla procreazione, il quale, per la peculiarità dell'oggetto, è idoneo ad incidere in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre (nonché dei fratelli), sì da farne scaturire una tutela estesa a tali soggetti. Nello stesso senso, ma con riferimento a un caso nel quale la morte del congiunto era stata

cagionata dall'inadempimento degli obblighi gravanti sul datore di lavoro a mente dell'art. 2087 c.c., **Sez. L, n. 00002/2020, Blasutto, Rv. 656405-01**, ha sostenuto che la domanda di risarcimento proposta *iure proprio* dai congiunti del lavoratore, quali soggetti estranei al rapporto di lavoro, trova la sua fonte esclusiva nella responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., sicché non è soggetta al regime probatorio proprio della responsabilità ex art. 2087 c.c., irrilevante essendo, a tal fine, la circostanza che l'azione aquiliana, oggetto del giudizio, individui il nucleo dell'elemento soggettivo del convenuto in una "porzione" di un'azione contrattuale, soggetta a regole probatorie differenti.

Per quel che riguarda i legittimati attivi a domandare il risarcimento del pregiudizio in discorso, **Sez. 3, n. 24689/2020, Gorgoni, Rv. 659848-01**, allineandosi alla giurisprudenza consolidata, ha escluso che il loro novero sia circoscritto ai familiari conviventi, poiché il rapporto di convivenza, pur costituendo elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, non assurge a connotato minimo di esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà, sì da escluderli automaticamente in caso di sua mancanza. Da altro punto di vista, ha opinato, poi, che nessun rilievo, al fine di negare il riconoscimento di tale danno, può essere attribuito all'unilateralità del rapporto di fratellanza ed all'assenza di vincolo di sangue, non incidendo tali elementi negativamente sull'intimità della relazione, sul reciproco legame affettivo e sulla pratica della solidarietà.

Un danno da perdita del rapporto parentale può configurarsi anche rispetto a una relazione non ancora esistente, ma suscettibile di sorgere nel futuro alla stregua di un giudizio di ragionevole probabilità. In particolare, **Sez. 3, n. 17554/2020, Tatangelo, Rv. 658621-01**, ha riconosciuto tale voce di danno in favore della figlia di una donna che era stata privata della possibilità di (ulteriormente) procreare in conseguenza di *malpractice* medica, ravvisando la lesione del suo interesse, costituzionalmente protetto dall'art. 29 Cost., a stabilire un legame affettivo con uno o più fratelli. Per la configurazione di questo tipo di danno è necessario, peraltro, che emergano elementi, anche presuntivi, sufficienti a far ritenere che detto legame sarebbe stato acquisito e che la sua mancanza abbia determinato un concreto pregiudizio (in applicazione del principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza d'appello che aveva rigettato la domanda risarcitoria escludendo la risarcibilità del danno patito dalla figlia minore, sebbene fosse emerso che, prima della compromissione della capacità riproduttiva, i genitori condividessero il progetto di creare una famiglia più numerosa). Alla perdita di una "relazione soltanto potenziale" fa riferimento anche **Sez. 3, n. 22859/2020, Positano, Rv. 659411-01**, con riguardo al parto di un feto morto, riconoscendo al giudice di merito la possibilità di operare la necessaria personalizzazione dei parametri delle tabelle elaborate dal tribunale di Milano,

mediante l'attribuzione ai danneggiati una somma inferiore ai valori minimi tabellari, tenuto conto della mancata instaurazione della relazione affettiva.

9. La liquidazione del danno non patrimoniale.

Secondo Sez. 3, n. 12280/2016, Cirillo F.M., Rv. 640308-01, il danno non patrimoniale diverge, per natura, da quello patrimoniale e tale diversità persiste anche all'atto della liquidazione, che ha la sola funzione di tradurre il pregiudizio sofferto in un'entità economicamente valutabile. Sez. 3, n. 15213/2018, Fiecconi, non massimata, si esprime in termini di "fondamentale principio di piena e integrale equivalenza tra entità del pregiudizio e liquidazione dell'importo risarcitorio, per cui il danneggiato deve percepire tutto quanto sia necessario a reintegrarlo nella situazione *quo ante*, ma nulla di più di quanto abbia effettivamente perduto". Ruolo centrale è, dunque, rivestito dalla funzione compensativa (o, per quel che riguarda il danno non patrimoniale, più propriamente consolatorio-satisfattiva) del risarcimento, il quale, se da un lato non può assumere la natura di mero indennizzo (con conseguente inammissibile arricchimento del danneggiante), dall'altro non può tradursi in una pena privata, dovendo la (pur concorrente) funzione individual-deterrente arrestarsi alle soglie del cd. risarcimento punitivo (ammissibile solo al cospetto degli specifici presupposti enucleati da Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01).

Con le considerazioni appena svolte è coerente il principio di diritto espresso da **Sez. 3, n. 08137/2020, Cricenti, Rv. 657510-01**, secondo cui, anche quando il fatto illecito è fonte di arricchimento per il danneggiante, il risarcimento del danno va commisurato al pregiudizio subito dal danneggiato, salvo che l'arricchimento derivi dallo sfruttamento di beni o risorse dello stesso danneggiato (oggetto del giudizio era il risarcimento del danno per la mancata pubblicazione della sentenza di condanna per diffamazione, che la Corte ha statuito dovesse essere parametrato al danno inferto al diffamato e non già al risparmio, per il diffamante, del costo di pubblicazione). Nella stessa logica, applica la regola della *compensatio lucri cum damno* alla materia del danno da emotrasfusioni **Sez. 3, n. 08532/2020, Scoditti, Rv. 657813-02**, laddove statuisce che, nel giudizio promosso contro il Ministero della salute per il risarcimento dei pregiudizi connessi al contagio da virus HBV, HIV o HCV, l'indennizzo ex l. n. 210 del 1992, che sia stato già corrisposto al danneggiato, deve essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno, venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento, consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo.

Caratteristica fondamentale della liquidazione del danno non patrimoniale è la sua natura equitativa (art. 1226, richiamato dall'art. 2056 c.c.), canone valutativo che consente di modellare la quantificazione del risarcimento sulla peculiarità della fattispecie concreta, scongiurando (almeno tendenzialmente) la corresponsione di somme di denaro sensibilmente diverse, a parità di effettivo pregiudizio. Avuto riguardo alle sentenze del giudice di pace, **Sez. 2, n. 25017/2020, Fortunato, Rv. 659672-01**, ha osservato che l'esercizio del potere discrezionale di liquidazione del danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., espressione del più generale potere di cui all'art. 115 c.p.c., dà luogo ad un giudizio non già di equità, bensì di diritto, caratterizzato dalla cosiddetta equità giudiziale correttiva o integrativa, con la conseguenza che la sentenza emessa dal giudice nell'esercizio di tale potere non è assoggettata ai limiti di appellabilità previsti per le sentenze pronunciate secondo equità dall'art. 339 c.p.c.

9.1. La liquidazione in via equitativa: casistica.

Attraverso la liquidazione equitativa, il risarcimento tende a uniformarsi a istanze di proporzionalità e adeguatezza, le quali rifuggono dall'ancoraggio a parametri rigidi e si innestano sulla valutazione ponderata di tutte le circostanze del caso concreto (di cui il giudice è chiamato a dar conto nella motivazione). A tali linee direttrici sono ispirate tre pronunce della S.C. che, nel 2020, hanno declinato la regola di cui all'art. 1226 c.c. in campi diversi.

Sez. 6-2, n. 00974/2020, Scarpa, Rv. 657244-01, si è incentrata sul danno da irragionevole durata del processo, per il quale l'art. 2 *bis* della l. n. 89 del 2001 (come risultante dalle sostituzioni operate dall'art. 1, comma 777, della l. n. 208 del 2015), prevede una liquidazione "non inferiore a euro 400 e non superiore a euro 800 per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo", disponendo altresì che "la somma liquidata può essere incrementata fino al 20 per cento per gli anni successivi al terzo e fino al 40 per cento per gli anni successivi al settimo", e (al comma 1 ter) che "la somma può essere diminuita fino a un terzo in caso di integrale rigetto delle richieste della parte ricorrente nel procedimento cui la domanda di equa riparazione si riferisce". Orbene, nell'indicata ordinanza la Corte di cassazione ha puntualizzato che il giudice, nel determinare la quantificazione del danno non patrimoniale subito per ogni anno di ritardo, può scendere al di sotto del livello di "soglia minima" là dove, in considerazione del carattere bagatellare o irrisorio della pretesa patrimoniale azionata nel processo presupposto - parametrata anche sulla condizione sociale e personale del richiedente -, l'accoglimento della pretesa azionata renderebbe il risarcimento del

danno non patrimoniale del tutto sproporzionato rispetto alla reale entità del pregiudizio sofferto.

Con riferimento, invece, al danno da perdita del rapporto parentale (per il quale le tabelle milanesi prevedono un *range* di valori monetari, differenziato a seconda del vincolo familiare che viene in rilievo), **Sez. 3, n. 13269/2020, Rossetti, Rv. 658374-01**, ha messo in chiaro che la liquidazione operata in base alle tabelle del Tribunale di Milano vigenti al momento del verificarsi del danno, in luogo di quelle, diverse e più favorevoli, esistenti al tempo della liquidazione, non è censurabile in sede di legittimità, qualora al danneggiato sia riconosciuto un importo compreso nel *range* previsto dalle tabelle in uso all'epoca della decisione, non essendo consentito alla Corte di legittimità sindacare se, per le peculiarità del caso concreto, quell'importo si sarebbe dovuto attestare sulla misura massima, su quella media o su quella minima indicata dalle tabelle più recenti.

Infine, **Sez. L, n. 20466/2020, Lorito, Rv. 658913-01**, ha fatto riferimento al criterio equitativo, per la liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto fondamentale al lavoro (inteso come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino nonché dell'immagine, della dignità e della professionalità del dipendente), nel caso di specie sofferto dal lavoratore per la forzata inattività conseguente alla totale privazione di mansioni, correlata alla collocazione in cassa integrazione in violazione dei criteri di rotazione, avendo cura di precisare che lo stesso non può considerarsi assorbito dal ristoro del danno patrimoniale da illegittima sospensione (risarcito mediante il pagamento delle differenze fra il trattamento in CIG e le retribuzioni maturate nei relativi periodi).

9.2. La liquidazione del danno biologico.

Rapportandosi a un caso in cui la vittima di un sinistro stradale era successivamente deceduta per cause indipendenti dallo stesso, **Sez. 3, n. 12913/2020, Olivieri, Rv. 658023-01**, ha riproposto l'insegnamento manifestato, da ultimo, da Sez. 3, n. 04551/2019, Di Florio, Rv. 652827-01), osservando come, qualora gli scopi tipici della liquidazione equitativa del danno (adeguatezza del risarcimento all'utilità effettivamente perduta e uniformità dello stesso in situazioni identiche) non siano, in concreto, raggiungibili attraverso il criterio tabellare, venendo in questione un'ipotesi di danno biologico non contemplata dalle tabelle adottate, il giudice di merito è tenuto a fornire specifica indicazione degli elementi della fattispecie concreta considerati e ritenuti essenziali per la valutazione del pregiudizio, nonché del criterio di stima ritenuto confacente alla liquidazione equitativa, anche ricorrendo alle tabelle come base di calcolo, ma fornendo congrua rappresentazione delle modifiche apportate e rese necessarie dalla peculiarità della situazione esaminata (nel caso di

specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che - nell'impossibilità di applicare il valore tabellare relativo all'età del danneggiato al momento del sinistro e alla sua aspettativa di vita media, dovendosi piuttosto fare riferimento alla durata reale della vita del soggetto - ha liquidato il risarcimento avendo riguardo al valore monetario tabellare giornaliero previsto per l'inabilità temporanea assoluta, moltiplicato per il numero di giorni della effettiva esistenza in vita del danneggiato).

Sez. 3, n. 24474/2020, Gorgoni, Rv. 659761-01, ha rimarcato la distinzione tra i criteri di indennizzo del danno biologico derivante da infortunio sul lavoro o malattia professionale (avente natura assistenziale e per il quale, in base al disposto dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, devono osservarsi le tabelle di cui al d.m. del 12 luglio 2000) e quelli che presiedono al risarcimento (integrale) del danno biologico cd. civilistico, soggiungendo che il suddetto indennizzo a carico dell'INAIL non può estendersi al ristoro del danno da "perdita del diritto alla vita", dal momento che, venendo in questione un bene (quale la vita) diverso dalla salute, non ricorre la nozione di danno biologico recepita dal citato art. 13. Resta ferma, peraltro, la possibilità, ove ne ricorrano le condizioni, di intentare un'autonoma azione nei confronti del datore di lavoro al fine di richiedere il risarcimento del danno biologico cd. differenziale, vale a dire di quella parte del danno biologico non coperta dall'assicurazione obbligatoria (per il cui calcolo Sez. L, n. 24880/2019, Marchese, Rv. 655315-01, aveva di recente ribadito la necessità del ricorso al metodo delle cosiddette poste separate).

9.3. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano.

Anche la giurisprudenza dell'anno 2020 annovera la riproposizione della regola messa a punto da Sez. 3, n. 12408/2011, Amatucci, Rv. 618048-01, per la quale, per il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione della salute, le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano sono munite di efficacia para-normativa, in quanto concretizzano il criterio della liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c. (**Sez. 3, n. 08532/2020, Scoditti, Rv. 657813-01**). Ne consegue che la loro omessa adozione - secondo **Sez. 3, n. 08508/2020, Scarano, Rv. 657808-01** - integra una violazione di norma di diritto censurabile con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., poiché i relativi parametri devono essere presi a riferimento dal medesimo giudice ai fini di tale liquidazione, dovendo egli indicare in motivazione le ragioni che lo abbiano eventualmente condotto ad una quantificazione del risarcimento che, alla luce delle circostanze del caso concreto, risulti inferiore a quella cui si sarebbe pervenuti utilizzando dette tabelle. Tuttavia, la deduzione, in sede di legittimità, dell'avvenuta applicazione di una tabella diversa da quella milanese non è sufficiente, di per sé, ad inficiare il corretto utilizzo, da parte del giudice, del criterio

di liquidazione equitativa, dovendo la correlata denuncia essere accompagnata dall'esposizione delle ragioni che, in concreto, hanno determinato l'incongruo ricorso al criterio in questione (così **Sez. 3, n. 08884/2020, Olivieri, Rv. 657868-01**).

10. Le responsabilità speciali. Danni cagionati da incapace (art. 2047 c.c.)

L'art. 2047 c.c. pone a carico del soggetto gravato di un obbligo di sorveglianza nei confronti di colui che, sebbene non interdetto, sia incapace di intendere e di volere, la responsabilità per i danni cagionati a terzi da quest'ultimo, salva la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto malgrado il diligente esercizio della sorveglianza impiegata (Sez. 3, n. 12965/2005, Purcaro, Rv. 582021-01). Allo stesso modo che per l'art. 2048 c.c., la norma non si applica ai danni che l'incapace si sia auto-inferto, fondandosi, in tal caso, la responsabilità del "sorvegliante" sull'inadempimento di obblighi di protezione promananti dal contratto o dalla legge (a tal proposito, merita di essere segnalata **Sez. 3, n. 25288/2020, Guizzi, Rv. 659778-01**, che, dinanzi al caso di un paziente psichiatrico il quale, durante un ricovero ospedaliero, aveva compiuto atti autolesivi nonostante le misure di contenzione adottate, ha affermato che il contratto di ricovero produce, quale effetto naturale ex art. 1374 c.c., l'obbligo della struttura sanitaria di sorvegliare il paziente in modo adeguato rispetto alle sue condizioni, al fine di prevenire che questi possa causare danni a terzi o subirne, di modo che la prova liberatoria dell'impossibilità oggettiva non imputabile, richiesta dall'art. 1218 c.c., va verificata sul piano della non esigibilità, da parte del danneggiante, di un comportamento diverso da quello in concreto tenuto). Tornando ai danni nei confronti dei terzi, **Sez. 3, n. 14260/2020, Gorgoni, Rv. 658317-01**, ha escluso la sussistenza di una responsabilità ex art. 2047 c.c. a carico della struttura di accoglienza facente parte del Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (cd. SPRAR), per i danni cagionati da un rifugiato (ospite della struttura) gettatosi da una finestra nel tentativo di suicidarsi. Ha osservato, in tale occasione, la S.C., che l'obbligo di sorvegliare il rifugiato ospite, al fine di prevenire che questi possa causare danni a terzi o subirne, deve essere parametrato alle sue condizioni di vulnerabilità e alla conoscenza delle stesse da parte dell'ente, trovando il predetto obbligo un limite nella doverosità e esigibilità in concreto della condotta richiesta al sorvegliante. Pertanto, se l'adempimento di tale obbligo certamente richiede di sottoporre il rifugiato a particolare attenzione (ad esempio, con l'inserimento in un percorso di recupero e l'erogazione di un supporto psicologico, ovvero con la eventuale segnalazione all'autorità di pubblica sicurezza ed al servizio sanitario nazionale, affinchè gli forniscano la necessaria assistenza terapeutica), esso non si spinge fino al dovere di impedirne il suicidio. Con riguardo alla fattispecie concreta, la Corte ha, quindi, escluso che vi fosse stata una violazione

dell'obbligo di sorveglianza, tenuto conto che la struttura di riferimento, seppure a conoscenza dello stato di incapacità del danneggiante, non era una struttura terapeutica di ricovero, non poteva imporre alcuna terapia farmacologica né limitare la libertà personale, e non era obbligata a dotare l'edificio di presidi specifici, quali lo sbarramento delle finestre, al fine di prevenire il suicidio per precipitazione, avendo una funzione prevalentemente residenziale e non reclusiva.

10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.).

In tema di responsabilità degli insegnanti, nel 2020 è intervenuta una pronuncia che ha riproposto la delimitazione del perimetro della fattispecie di cui all'art. 2048 c.c. **Sez. 6-3, n. 19110/2020, Iannello, Rv. 659149-01**, ha, infatti, reiterato l'esplicitazione della *regula iuris* per cui la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2048, comma 2, c.c., a carico dei precettori trova applicazione limitatamente al danno cagionato ad un terzo dal fatto illecito dell'allievo e non è, pertanto, invocabile al fine di ottenere il risarcimento del danno che l'allievo abbia procurato a se stesso (fattispecie, quest'ultima, che, a partire da Sez. U, n. 09346/2002, Preden, Rv. 555386-01, viene ascritta alla responsabilità contrattuale, per l'inadempimento degli obblighi di protezione e vigilanza sorti, in capo all'istituto scolastico e all'insegnante, rispettivamente in virtù dell'accoglimento della domanda di iscrizione e del "contatto sociale" conseguentemente instauratosi tra allievo e insegnante).

10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.).

La responsabilità dei "padroni e committenti" ex art. 2049 c.c. annovera, tra i propri presupposti, la circostanza che l'illecito sia stato commesso da persona legata ai primi da un rapporto di preposizione (intesa in senso lato), nel senso che, pur non essendo parte di un rapporto di lavoro subordinato, sia - anche temporaneamente o occasionalmente - inserita nella sua organizzazione (Sez. 3, n. 21685/2005, Manzo, Rv. 584441-01). Nell'anno 2020 questa regola è stata applicata dalla Cassazione al rapporto tra l'avvocato e il proprio cliente, e tra l'amministrazione scolastica e gli educatori chiamati a sovrintendere all'attività ricreativa degli studenti. Nel primo caso, **Sez 6-1, n. 15333/2020, Dolmetta, 658367-01**, ha ritenuto sussistere la responsabilità aggravata della parte ex art. 96, comma 3, c.p.c., per la redazione, da parte del suo difensore, di un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, in violazione dell'art. 366 c.p.c., sul presupposto che il cliente risponde delle condotte dell'avvocato, ex art. 2049 c.c., ove questi agisca senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale è quella dell'avvocato cassazionista (in questo senso, già Sez. T, n. 14035/2019, Fanticini, Rv. 654111-01). Nel secondo caso, **Sez. 3, n. 08811/2020,**

Scarano, Rv. 657915-02, ha, invece, sancito l'irrilevanza, ai fini della configurabilità di una responsabilità ex art. 2049 c.c. dell'amministrazione scolastica, della circostanza che gli educatori non rivestissero la qualità di dipendenti, sostenendo il principio per cui, nel momento in cui la prima si avvalga, nell'espletamento della propria attività, dell'opera di terzi, ancorché non alle sue dipendenze, accetta il rischio connaturato alla loro utilizzazione nell'attuazione della propria obbligazione e, pertanto, risponde direttamente di tutte le ingerenze dannose, dolose o colpose, che a costoro, sulla base di un nesso di occasionalità necessaria, siano state rese possibili in conseguenza della posizione conferita nell'adempimento dell'obbligazione medesima rispetto al danneggiato e che integrano il "rischio specifico" assunto dal debitore, fondandosi tale responsabilità sul principio *cuius commoda eius et incommoda* (nella specie, uno studente aveva cagionato lesioni a un altro con un oggetto, durante l'attività ricreativa successiva al pranzo, svolgentesi nel cortile dell'istituto sotto la sorveglianza non degli insegnanti, ma di educatori esterni).

10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.).

In tema di responsabilità per esercizio di attività pericolosa si deve dar conto, nell'annualità in rassegna, di **Sez. 3, n. 04590/2020, Graziosi, Rv. 656909-01**, alla cui stregua colui che esercita l'attività risponde dei danni derivanti dal suo svolgimento, a nulla valendo che il danneggiato sia un terzo piuttosto che un proprio incaricato, e che i mezzi o le opere fonte di danno siano di proprietà di terzi; per vincere la presunzione di colpa, posta a suo carico dall'art. 2050 c.c., non rileva, d'altra parte, la semplice prova dell'imprevedibilità del danno, dovendosi, invece, dimostrare che esso non si sarebbe potuto evitare mediante l'adozione delle misure di prevenzione che le leggi dell'arte o la comune diligenza imponevano.

10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.).

Anzitutto, sotto il profilo della legittimazione passiva, **Sez. 2, n. 10460/2020, De Marzo, Rv. 657794-01**, ha posto in evidenza che l'azione di responsabilità ex art. 2051 c.c. è esperibile nei soli confronti del custode del bene, quale non può ritenersi il titolare della servitù di passaggio, atteso che l'esistenza di quest'ultima non sottrae al proprietario del fondo servente, né attribuisce al proprietario del fondo dominante, la disponibilità e la custodia della parte di fondo (strada ed accessori) sulla quale la servitù è esercitata. Il condominio è, invece, custode dei beni e dei servizi comuni, e come tale è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché tali cose non rechino pregiudizio ad alcuno, sicché risponde ex art. 2051 c.c. dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini (**Sez. 2, n. 07044/2020, Scarpa, Rv. 657285-01**). In una fattispecie particolare, **Sez 3, n.**

08888/2020, Fiecconi, Rv. 657841-01, ha ritenuto che, nei comuni da esso serviti, l'Acquedotto Pugliese spa, essendo tenuto a provvedere, ai sensi del r.d.l. n. 1464 del 1938, alle opere di costruzione, manutenzione, rinnovazione e riparazione straordinaria della rete idrica e fognaria, nonché all'esercizio ed alla gestione di quest'ultima, deve considerarsi custode delle infrastrutture medesime, e conseguentemente risponde nei confronti dei terzi, in base all'art. 2051 c.c., per i danni dalle stesse cagionati (dovendo, per altro verso, manlevare gli enti proprietari da ogni responsabilità alle infrastrutture medesime connessa).

Gran parte delle decisioni pubblicate nel 2020 attengono, peraltro, al concetto di caso fortuito, che l'art. 2051 c.c. pone a oggetto della prova liberatoria gravante sul custode ai fini dell'esonero da responsabilità. Proseguendo nella direttrice già seguita dalla giurisprudenza dell'anno precedente, la Terza sezione ha confermato l'attenzione ai profili di diligenza predicabili nei confronti del custode, quale cartina di tornasole per valutare l'eccezionalità e imprevedibilità del fattore causale estraneo alla sua sfera soggettiva (generalmente coincidente nel comportamento di un terzo), suscettibile di integrare il caso fortuito rilevante ai fini dell'art. 2051 c.c. In tal senso, si deve menzionare **Sez. 3, n. 11096/2020, Scarano, Rv. 658150-01**, a mente della quale, ai fini della prova liberatoria che l'ente proprietario di una strada deve fornire per sottrarsi alla responsabilità ex art. 2051 c.c., occorre distinguere tra la situazione di pericolo connessa alla struttura ed alla conformazione della strada e delle sue pertinenze e quella dovuta ad una repentina e imprevedibile alterazione dello stato della cosa, poiché solo in quest'ultima ipotesi può configurarsi il caso fortuito, in particolare quando l'evento dannoso si sia verificato prima che il medesimo ente proprietario abbia potuto rimuovere, nonostante l'attività di controllo espletata con diligenza per tempestivamente ovviarvi, la straordinaria ed imprevedibile condizione di pericolo determinatasi. Degna di rilievo è, inoltre, **Sez. 3, n. 08811/2020, Scarano, Rv. 657915-03**, secondo cui al custode è imposto dall'art. 2051 c.c. di fornire la prova liberatoria del fortuito, vuoi in ragione degli obblighi di vigilanza, controllo e diligenza (in base ai quali è tenuto ad adottare tutte le misure idonee a prevenire e impedire la produzione dei danni a terzi), vuoi in ossequio al principio della cd. vicinanza della prova, in modo da dimostrare che il danno si è verificato in maniera non prevedibile né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso. Nella fattispecie all'esame della Corte, a venire in questione era la responsabilità dell'istituto scolastico per la lesione ad un occhio subita da una alunna minore, la quale era stata colpita con il coperchio metallico di un contenitore della spazzatura da un altro allievo (non nuovo a episodi del genere), mentre si trovava all'interno del cortile della scuola, durante l'attività ricreativa affidata ad alcuni educatori: la Terza sezione ha cassato la sentenza impugnata, per aver escluso la responsabilità dell'istituto senza spiegare le ragioni per le quali aveva ritenuto

imprevedibile la condotta del danneggiante (e, dunque, sussistente il caso fortuito), in considerazione del fatto che, se pure il cestino fosse stato di tipo diverso ed altrimenti collocato e sorvegliato, l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

Pure con riferimento alla condotta del danneggiato ha trovato conferma la regola di giudizio (consacrata, da ultimo, da Sez. 6-3, n. 09317/2019, Cirillo F.M., Rv. 653609-01) secondo cui, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte del danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze del caso concreto, tanto più incidente, sotto il profilo dell'efficienza causale, deve considerarsi il comportamento imprudente del medesimo, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, allorquando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro. Così, **Sez. 3, n. 03997/2020, Di Florio, Rv. 656902-02**, chiamata ad occuparsi dei danni occorsi in occasione dello svolgimento di attività sportiva amatoriale (benché agonistica), ha affermato che la consapevolezza del rischio di chi vi partecipa volontariamente riduce la soglia di responsabilità dei custodi del bene sul quale viene svolta la competizione, i quali sono tenuti ad attenersi alle normali cautele idonee a contenere il rischio nei limiti confacenti alla specifica attività sportiva, ove esso, per le sue intrinseche caratteristiche, non sia più elevato che nella media. Ancora, **Sez. 3, n. 26527/2020, Sestini, Rv. 659862-01**, dopo aver premesso che la custodia esercitata dal proprietario o gestore di una strada non è limitata alla sola carreggiata, ma si estende anche agli elementi accessori o pertinenze (ivi comprese eventuali barriere laterali con funzione di contenimento e protezione della sede stradale), ha statuito che, laddove l'attore lamenti un danno derivante dall'assenza o inadeguatezza delle suddette barriere, la circostanza che alla causazione dello stesso abbia contribuito la sua condotta colposa non è - di per sé - idonea ad integrare il caso fortuito, occorrendo accertare giudizialmente la resistenza che un'adeguata barriera avrebbe potuto opporre all'urto da parte del mezzo.

10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.).

In tema di responsabilità per danno cagionato da animali, **Sez. 6-3, n. 09661/2020, Cirillo F.M., Rv. 657745-01**, sul presupposto che l'art. 2052 c.c. prevede, alternativamente e senza vincolo di solidarietà, la responsabilità del proprietario oppure dell'utilizzatore dell'animale, ma non impedisce che del danno possa rispondere ex art. 2043 c.c. anche l'altro soggetto, ha cassato la sentenza di merito che, accertata la responsabilità del proprietario di un cane per i danni da

questo causati, aveva respinto la domanda nei confronti dell'utilizzatore senza alcun accertamento sulla sua eventuale responsabilità aquiliana.

Per quel che riguarda il "sotto-settore" della responsabilità per i danni cagionati dalla fauna selvatica, nel corso del 2020 si è registrato un mutamento d'indirizzo all'interno della giurisprudenza di legittimità.

Sez. 3, n. 04004/2020, Fiecconi, Rv. 657005-01, ha ribadito la tradizionale impostazione (consacrata, in tempi recenti, da Sez. 3, n. 05722/2019, Rv. 652994-01, Fiecconi, e Sez. 6-3, n. 23151/2019, Cigna, Rv. 655507-01) che riconduce la responsabilità alla clausola generale dell'art. 2043 c.c., in ragione dell'incompatibilità dello stato di libertà della selvaggina con qualsiasi obbligo di custodia (presupposto, invece, dalla fattispecie di cui all'art. 2052 c.c.). Da tale principio, la citata ordinanza ha tratto la conseguenza che il danneggiato è tenuto provare la condotta colposa causalmente efficiente dell'ente pubblico (nella specie, la Provincia autonoma di Trento) titolare dei poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna "ivi" insediata, soggiungendo che, al di là della generica diligenza e prudenza rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c., il dovere della P.A. di predisporre dispositivi specifici per avvisare dei rischi o scoraggiare l'attraversamento degli animali può trovare fondamento in specifiche disposizioni poste a tutela di chi si trovi ad attraversare un certo territorio in una situazione di concreto pericolo, da valutare *ex ante*, quale è, con riguardo all'utilizzo della rete viaria, l'art. 84, comma 2, reg. es. codice della strada, che impone, a fini general-preventivi e sulla base di un principio di precauzione, l'installazione di segnali "quando esiste una reale situazione di pericolo sulla strada, non percepibile con tempestività da un conducente che osservi le normali regole di prudenza". Ne consegue che, laddove il giudice ravvisi tale effettiva situazione di pericolo, la mancata apposizione dei suddetti segnali assume particolare pregnanza ai fini dell'accertamento della colpa della pubblica amministrazione.

A partire da **Sez. 3, n. 07969/2020, Tatangelo, Rv. 657572-02**, la norma regolatrice della fattispecie è stata individuata, invece, nell'art. 2052 c.c. (tenuto conto che il criterio di imputazione della responsabilità previsto da tale disposizione si fonda non sul dovere di custodia, ma sulla proprietà o, comunque, sull'utilizzazione dell'animale), mentre la legittimazione passiva è stata riconosciuta in capo alle regioni, quali "enti che "utilizzano" il patrimonio faunistico protetto al fine di perseguire l'utilità collettiva di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema". Conseguentemente, mentre sul danneggiato grava l'onere di dimostrare il nesso eziologico tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, alla regione spetta fornire la prova liberatoria del caso fortuito, dimostrando che la condotta dell'animale si è posta del tutto al di fuori della propria sfera di controllo, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile o, comunque, non evitabile, neanche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure - concretamente esigibili in relazione alla situazione di

fatto e compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema - di gestione e controllo del patrimonio faunistico e di cautela per i terzi. Nello stesso senso si è pronunciata **Sez. 3, n. 13848/2020, Guizzi, Rv. 658298-01**, osservando come l'art. 2052 c.c. non contenga alcun espresso riferimento ai soli animali domestici ma riguardi, in generale, quelli suscettibili di proprietà o di utilizzazione da parte dell'uomo, prescindendo dall'esistenza di una situazione di effettiva custodia degli stessi. In ordine al contenuto dell'onere della prova incombente sull'attore, tale arresto ha ulteriormente precisato che, qualora l'evento dannoso si sia verificato nell'ambito della circolazione stradale, egli, oltre a dovere dimostrare la derivazione eziologica del pregiudizio lamentato dall'animale selvatico (ovvero appartenente ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla l. n. 157 del 1992 o, comunque, rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato), deve anche dare la prova (prevista dall'art. 2054, comma 1, c.c.) di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno. La regione convenuta - ha specificato, poi, la stessa **Sez. 3, n. 13848/2020, Guizzi, Rv. 658298-03** -, qualora reputi che le misure idonee ad impedire il danno sarebbero dovute essere adottate da un altro ente, può agire in rivalsa (anche nel medesimo giudizio) contro quest'ultimo, da essa indicato come effettivo responsabile, potendo, in tal caso, assumere rilievo - limitatamente al rapporto processuale con il terzo chiamato - tutte le questioni inerenti al trasferimento o alla delega di funzioni alle province (ovvero eventualmente ad altri enti) e l'effettività della medesima delega (anche sotto il profilo dell'assegnazione di adeguata provvista economica, laddove ciò possa ritenersi rilevante in quest'ottica), così come ogni questione relativa al soggetto effettivamente competente a porre in essere ciascuna misura di cautela.

Infine, con specifico riguardo alla legislazione regionale campana, **Sez. 6-3, n. 20997/2020, Tatangelo, Rv. 659153-01**, ha affermato che l'indennizzo contemplato dall'art. 26 della l.r. Campania n. 8 del 1996, non costituendo risarcimento del danno conseguente ad illecito aquiliano, non prevede necessariamente l'integrale ristoro del pregiudizio subito dal privato, ed è dovuto esclusivamente alle condizioni e nei limiti derivanti dalla normativa regionale e locale; pertanto, ove il danneggiato agisca per ottenere l'integrale risarcimento del danno subito, a prescindere dalle condizioni e dalle limitazioni previste dalla normativa locale, la domanda sarà da qualificare come ordinaria azione risarcitoria.

10.6. Rovina di edificio (art. 2053 c.c.).

Si è occupata della fattispecie di cui all'art. 2053 c.c. **Sez. 3, n. 09694/2020, Gorgoni, Rv. 657691-01**, la quale, dopo aver posto mano a un "regolamento di confini" rispetto a quella ex art. 2051 c.c. (nel senso che, nella prima, la responsabilità

è posta a carico del proprietario o del titolare di altro diritto reale di godimento in base al criterio formale del titolo, non essendo sufficiente - come invece nella seconda - il mero potere d'uso della *res*), ha illustrato i caratteri della prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che i danni provocati dalla rovina non sono riconducibili a vizi di costruzione o a difetto di manutenzione, bensì ad un fatto dotato di efficacia causale autonoma, comprensivo del fatto del terzo o del danneggiato, ancorché non imprevedibile ed inevitabile.

10.7. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).

La produzione giurisprudenziale dell'anno 2020 intorno al danno derivante dalla circolazione di veicoli si è concentrata sui problemi ormai "classici", relativi a fattispecie frequentemente ricorrenti.

In primo luogo, **Sez. 6-3, n. 10024/2020, Cigna, Rv. 657747-01**, ha ribadito che, nell'ampio concetto di circolazione stradale indicato dall'art. 2054 c.c., deve essere ricompresa anche la posizione di arresto del veicolo sul quale sia in atto il compimento, da parte del conducente, di operazioni prodromiche alla messa in marcia (nel caso di specie, si trattava della chiusura intempestiva dello sportello del veicolo, che aveva causato lesioni al trasportato).

Nel caso di noleggio di autovettura senza conducente, delle infrazioni al codice della strada risponde non già il proprietario locatore, ma, in solido con l'autore delle stesse, il solo locatario (così **Sez. 3, n. 10833/2020, Moscarini, Rv. 657968-01**, che ha giustificato la contraria affermazione, contenuta in alcuni precedenti giurisprudenziali, con il fatto che, in quelle ipotesi, il locatore non aveva ottemperato all'onere di comunicare la generalità del locatario).

Per quel che riguarda la presunzione di cui al comma 1 della disposizione in discorso, **Sez. 3, n. 05433/2020, Sestini, Rv. 657158-01**, ha evidenziato che la circostanza che non vi sia stato scontro tra veicoli impedisce l'applicazione della presunzione di uguale concorso di colpa di cui al comma 2 dell'art. 2054 c.c., ma non quella prevista nel comma 1, dal momento che essa sorge, a carico del conducente, per il solo fatto che venga accertato il nesso di causalità tra la circolazione di un veicolo e la condotta del conducente dello stesso, da un lato, e il danno a un diverso veicolo, dall'altro. Ove, invece, in concreto, venga riconosciuta la responsabilità esclusiva di uno dei conducenti, ma il nesso di causalità sia escluso, non scatta né la presunzione legale né, di conseguenza, l'onere di fornire la prova liberatoria di avere fatto il possibile per evitare il danno. Invero, come confermato da **Sez. 3, n. 00842/2020, Cricenti, Rv. 656632-01**, la presunzione in discorso non può operare in contrasto con il principio della responsabilità per fatto illecito, fondata sul rapporto di causalità fra evento dannoso e condotta umana, e dunque non preclude, anche nel

caso in cui il conducente non abbia fornito la prova idonea a vincere la presunzione, l'indagine sull'imprudenza e pericolosità della condotta del pedone investito, che va apprezzata ai fini del concorso di colpa, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., ed integra un giudizio di fatto, in quanto tale sottratto al sindacato di legittimità se sorretto da adeguata motivazione (l'applicazione di tale principio ha indotto la Corte di cassazione a confermare la decisione di merito che aveva escluso ogni responsabilità del conducente del veicolo per l'investimento di una persona seduta in piena notte nel mezzo di una carreggiata su strada non illuminata). Infine, è opportuno segnalare la puntualizzazione offerta da **Sez. 3, n. 13848/2020, Guizzi, Rv. 658298-02**, secondo cui l'art. 2054, comma 1, c.c., è applicabile anche agli incidenti stradali che abbiano coinvolto veicoli e animali selvatici, sicché, una volta dimostrato, a norma dell'art. 2052 c.c., che l'evento dannoso sia stato causato dall'animale selvatico, il danneggiato è tenuto, altresì, ad allegare e provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno (ovvero di avere adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida).

Occupandosi della presunzione di pari responsabilità, regolata dal comma 2 dell'art. 2054 c.c., **Sez. 6-3, n. 07061/2020, Scoditti, Rv. 657299-01**, ha rammentato che essa ha carattere sussidiario ed opera non solo quando non sia possibile stabilire il grado di colpa dei due conducenti, ma anche qualora non siano accertabili le cause e le modalità del sinistro. Conforme alla consolidata giurisprudenza di legittimità è, poi, **Sez. 3, n. 07479/2020, Moscarini, Rv. 657167-01**, alla cui stregua, ove il giudice abbia accertato la colpa di uno dei conducenti, non può, per ciò solo, ritenere superata la presunzione posta a carico anche dell'altro dall'art. 2054, comma 2, c.c., ma è tenuto a verificare in concreto se quest'ultimo abbia o meno tenuto una condotta di guida corretta.

Le ultime due pronunce oggetto di segnalazione riguardano il profilo soggettivo della colpa, in due specifiche applicazioni riferite al conducente e al terzo trasportato.

Quanto alla prima, **Sez. 3, n. 02864/2020, Pellecchia, Rv. 656760-01**, ha posto in luce che il conducente che, uscendo da area privata, si immette nel flusso della circolazione è obbligato a dare la precedenza ai veicoli transitanti, in marcia normale o di sorpasso, sulla strada favorita e, pertanto, è tenuto ad ispezionare costantemente la strada durante tutta la manovra di immissione (e non soltanto in prossimità dell'incrocio), astenendosi dal compierla qualora non sia in grado di avvedersi se sia in atto un sorpasso tra veicoli. **Sez. 3, n. 11095/2020, Scarano, Rv. 658149-01**, ha, invece, trattato la fattispecie della presenza sul veicolo di un terzo, privo della cintura di sicurezza allacciata, dall'angolo visuale dell'art. 1227 c.c., sostenendo che, in tal caso, si verifica un'ipotesi di cooperazione colposa nella causazione dell'evento dannoso da parte del conducente (colpevole di non avere controllato, prima di iniziare o proseguire la marcia, che la circolazione avvenisse in conformità delle

normali regole di prudenza e sicurezza) e dello stesso trasportato, che ha accettato i rischi della circolazione; pertanto, nell'eventualità di danni al trasportato medesimo, la condotta di quest'ultimo - sebbene di per sé non idonea ad escludere la responsabilità del conducente, né a costituire valido consenso alla lesione ricevuta (vertendosi in materia di diritti indisponibili) - può costituire un contributo colposo alla verificazione del danno, la cui quantificazione in misura percentuale è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato

CAPITOLO XII

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI

(DI IRENE AMBROSI)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La responsabilità del medico. - 3. La responsabilità dell'avvocato. - 4. La responsabilità del notaio. - 5. La responsabilità del commercialista. - 6. La responsabilità del direttore dei lavori e del costruttore nell'appalto. - 7. La responsabilità del geometra. - 8. La responsabilità degli ausiliari del giudice. - 9. La responsabilità dell'intermediario finanziario.

1. Premessa.

Nel corso dell'anno 2020 le questioni affrontate in tema di responsabilità civile dei professionisti si sono sviluppate in diverse direzioni, in parte già percorse dalla giurisprudenza della Suprema Corte, tutte volte a marcare più esattamente il tracciato da seguire per risolvere la problematica principale in materia ovvero quella che attiene ai criteri di riparto dell'onere probatorio tra le parti in tema di inadempimento e responsabilità aquiliana del professionista.

Anche questo anno, il maggior numero di pronunce si è registrato nel settore delle obbligazioni inerenti le prestazioni professionali sanitarie, ma rispetto alle pronunce massimate negli anni precedenti, confrontando i dati desunti dal sistema informatico *Italgiureweb,* se ne può notare una netta riduzione, addirittura un dimezzamento, segno evidente del processo di stabilizzazione in corso, innescato dalle nove "nuove" pronunce di "San Martino" dell'11 novembre 2019, con cui la Corte di cassazione ha indicato soluzioni nomofilattiche idonee a dirimere una nutrita serie di questioni ermeneutiche in materia[1], sorte anche all'indomani dell'entrata in

[1] Le questioni sulle quali le nove decisioni richiamate nel testo si sono espresse possono essere raggruppate nei seguenti quattro ambiti:

1) *criteri di riparto dell'onere della prova sul nesso causale*: Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01 (individuazione del danno-evento nelle obbligazioni di diligenza professionale); Sez. 3, n. 28993/2019, Valle, Rv. 655791-01 (in tema di perdita di chance); Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, Rv. 656134-03 (in tema di consenso informato);

2) *liquidazione del danno*: Sez. 3, n. 28986/2019, Rossetti, Rv. 656174-02 (liquidazione in presenza di menomazioni preesistenti); Sez. 3, n. 28988/2019, Positano, Rv. 655964-01 (criterio tabellare e personalizzazione del danno); Sez. 3, n. 28989/2019, Dell'Utri, Rv. 656223-01 (criteri di liquidazione in tema di danno da perdita o lesione del rapporto parentale);

3) *diritto di rivalsa:* Sez. 3, n. 28987/2019, Porreca, Rv. 655790-01 (rivalsa della struttura sanitaria che ha risarcito il terzo danneggiato nei confronti del medico);

vigore della nuova disciplina della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie dettata dalla legge n. 24 del 2017 (cd. legge Gelli-Bianco).

2. La responsabilità del medico.

Il tema principale sul quale si è appuntato il sindacato nomofilattico della Corte di cassazione è quello che attiene ai criteri di riparto della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria, problema affrontato sotto svariati e differenti aspetti nei diversi ambiti dell'individuazione del contenuto del "danno evento", dei poteri e limiti dell'accertamento della responsabilità da parte del giudice di merito in un quadro di incertezza probatoria dovuta alla condotta del debitore o al concorso del fatto colposo del creditore, dell'individuazione del contenuto del danno da *chance* perduta, degli effetti protettivi del contratto di ricovero e della delimitazione del dovere del medico di informare il paziente.

Sulla prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria, meritano evidenza le affermazioni di carattere generale ribadite da **Sez. 3, n. 26907/2020, Positano, Rv. 659901-01**, e da **Sez. 6-3, n.18102/2020, Gorgoni, Rv. 658517-01**, entrambe conformi a Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01, in merito all'individuazione del contenuto del "danno evento" che consta della lesione del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato) e non, invece, dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore). Da tale precisazione consegue che, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, qualora il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

Nello stesso ambito e con particolare riferimento ai poteri e limiti dell'accertamento della responsabilità da parte del giudice di merito, è stato riaffermato che l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso

4) *diritto intertemporale*: Sez. 3, n. 28990/2019, Olivieri, Rv. 655965-01 (legge cd. Balduzzi); Sez. 3, n. 28994/2019, Valle, Rv. 655792-01 (legge cd. Bianco-Gelli).

causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (**Sez. 3, n. 26428/2020, Porreca, Rv. 659592-01**).

In tema di responsabilità medica e concorso del fatto colposo del danneggiato è stato precisato opportunamente da **Sez. 3, n. 26426/2020, Porreca, Rv. 659788-01**, che il paziente il quale ometta di fornire alcune notizie nel corso dell'anamnesi, senza ricevere specifiche richieste dal medico, non può ritenersi corresponsabile delle carenze informative, verificatesi in quella sede, che hanno poi determinato l'errore diagnostico, perché non rientra tra i suoi obblighi né avere specifiche cognizioni di scienza medica, né sopperire a mancanze investigative del professionista. Nella specie, è stata cassata la decisione di merito che, accertata la responsabilità dei sanitari per omessa diagnosi della condizione di portatrice sana di talassemia in capo ad una donna in stato di gravidanza, divenuta madre di due gemelle affette da talassemia *major*, aveva affermato la concorrente responsabilità di quest'ultima e del di lei marito perché, consapevoli della condizione di portatore sano in capo a quest'ultimo, si erano rivolti ai medici per assicurarsi che non lo fosse anche la moglie e, pur essendo a conoscenza dell'esistenza di una patologia ematica, la microcitemia, tra i collaterali di quest'ultima, non ne avevano parlato nel corso dell'anamnesi.

Inoltre, in materia di perdita di *chance* ed in linea conforme rispetto a Sez. n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03, **Sez. 3, n. 12906/2020, Tatangelo, Rv. 658177-01**, ha ritenuto che l'attività del giudice deve tenere distinta la dimensione della causalità da quella dell'evento di danno e deve altresì adeguatamente valutare il grado di incertezza dell'una e dell'altra, movendo dalla previa e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio civilistico del "più probabile che non" e procedendo, poi, all'identificazione dell'evento di danno, la cui riconducibilità al concetto di *chance* postula una incertezza del risultato sperato, e non già il mancato risultato stesso, in presenza del quale non è lecito discorrere di una *chance* perduta, ma di un altro e diverso danno; ne consegue che, provato il nesso causale rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze dannose risarcibili, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente; nella specie - attinente alla domanda di risarcimento dei danni riconosciuti dalla decisione di primo grado ai parenti in conseguenza del decesso di un congiunto avvenuto a seguito di un errore diagnostico che, secondo la valutazione operata dal consulente tecnico, aveva comportato l'evento lesivo con una probabilità del 50% - è stata cassata con rinvio la sentenza di appello che aveva dimezzato l'importo del risarcimento dei danni riconosciuti in primo grado ai congiunti,

erroneamente sovrapponendo i distinti piani dell'accertamento del nesso causale e dell'accertamento e valutazione del danno in concreto subito dagli attori.

In tema di responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria nei confronti del paziente e di effetti protettivi del contratto, in linea di parziale continuità con la precedente giurisprudenza, Sez. 3, n. 10812/2019, Scarano, Rv. 653826-01, è stato affermato da **Sez. 3, n. 14615/2020, Sestini Rv.658328-01**, secondo cui gli effetti protettivi del contratto sono configurabili, oltre che nei confronti del paziente, anche relativamente a soggetti terzi cui si estendono, ma soltanto nell'ipotesi del contratto stipulato con una gestante che ha ad oggetto la prestazione afferente alla procreazione che, per la peculiarità dell'oggetto, è idonea ad incidere in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre, si da farne scaturire una tutela estesa anche a questi ultimi; viceversa, in tutte le altre ipotesi, il rapporto contrattuale esplica i suoi effetti tra le sole parti del contratto, sicché l'inadempimento della struttura o del professionista genera responsabilità esclusivamente nei confronti dell'assistito, che può essere fatta valere dai suoi congiunti *iure hereditario,* senza che questi ultimi, invece, possano agire, a titolo contrattuale, *iure proprio* per i danni da loro patiti.

Sotto altro profilo, **Sez. 3, n. 25288/2020, Guizzi, Rv. 59778-01**, ha ritenuto che l'effetto naturale del contratto di ricovero ex art. 1374 c.c. può ravvisarsi nell'obbligo della struttura sanitaria di sorvegliare il paziente in modo adeguato rispetto alle sue condizioni, al fine di prevenire che questi possa causare danni a terzi o subirne; la prova liberatoria dell'impossibilità oggettiva non imputabile offerta dal danneggiante, richiesta dall'art. 1218 c.c., va verificata sul piano della non esigibilità di un comportamento diverso da quello in concreto tenuto. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva fondato la responsabilità degli operatori sanitari della struttura sul mero fatto dell'autolesione provocatasi da una paziente con problemi psichici che le misure di contenzione adottate avrebbero dovuto scongiurare, senza interrogarsi su quali misure diverse, in considerazione dello stato gestazionale della paziente e dell'impossibilità di praticare trattamenti farmacologici, si sarebbero dovute esigere in concreto.

In via generale, sul delicato problema della effettiva garanzia del diritto di autodeterminazione del paziente in caso di dissenso rispetto al trattamento sanitario, ferme restando le condizioni fissate da Sez. 3, n. 23676/2008, Travaglino, Rv. 604907-01 per una puntuale, articolata, espressa ed attuale dichiarazione dalla quale emerga con chiarezza la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, da **Sez. 3, n. 29469/2020, Scoditti, Rv. 660087 - 01**, è stato riaffermato il principio secondo cui il testimone di Geova, che fa valere la propria scelta in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con

dichiarazione preventiva formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo non equivoco la volontà di impedire la trasfusione pure se vi è pericolo di vita.

Alcune rilevanti affermazioni di principio sono state formulate in relazione alla violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente, con specifico riferimento alla differente rilevanza causale che l'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume rispetto ai due distinti diritti alla libertà di autodeterminazione e alla salute; in proposito, nel solco già tracciato da Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, Rv. 656134-02, **Sez. 3, n. 24471/2020, Olivieri, Rv. 659760-01**, ha ribadito che, in tema di responsabilità sanitaria, l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione di quello alla salute posto che, se, nel primo caso, l'informazione preventiva omessa o insufficiente evidenzia *ex se* una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario, nel secondo, invece, l'incidenza eziologica del *deficit* informativo sul risultato negativo dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso; di conseguenza, l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta è parte integrante dell'onere della prova - gravante sul danneggiato - del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso. Infine, ha precisato che ciò non esclude che, anche qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, sia indispensabile l'allegazione di quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, non potendo esservi un danno *in re ipsa*.

In tema di conseguenze dannose derivanti dalla lesione del diritto di autodeterminazione in relazione alla ritardata conoscenza della malformazione della nascitura, **Sez. 3, n. 09706/2020, Olivieri, Rv. 657783-01**, ha evidenziato che il pregiudizio non patrimoniale consiste nel radicale cambiamento di vita e nello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto e rinviene il suo fattore causale primo nel precedente fatto-inadempimento che ha determinato la mancata previa consapevolezza dell'infermità. Nella fattispecie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'omessa informazione della gestante perché le allegate alterazioni della vita dei genitori trovavano causa nella nascita della bambina, affetta dalla cd. sindrome di *Down*, e non nella ritardata conoscenza di tale circostanza. Nello stesso ambito, avente ad oggetto il risarcimento del danno cd. da nascita indesiderata, è stato ribadito da **Sez. 3, n. 13881/2020, Rubino, Rv.658310-01**, che è onere della parte attrice allegare e dimostrare la sussistenza delle condizioni legittimanti l'interruzione della

gravidanza, ai sensi dell'art. 6, lett. b, l. n. 194 del 1978, ovvero che la conoscibilità, da parte della stessa, dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica. L'accertamento in fatto delle condizioni in parola è riservato al giudice di merito e rimane insindacabile in sede di legittimità, sempreché il giudizio si sia compiuto nel rispetto dei parametri normativi di riferimento.

Sul contenuto dell'obbligo di diligenza richiesto all'esercente la professione sanitaria nell'esecuzione della prestazione, **Sez. 6-3, n. 12407/2020, Scrima, Rv. 658222-01**, in linea di continuità con la precedente giurisprudenza, ha affermato che la diligenza esigibile dal professionista o dall'imprenditore, nell'adempimento delle obbligazioni assunte nell'esercizio dell'attività, ha contenuto tanto maggiore quanto più è specialistica e professionale la prestazione richiesta; pertanto, incorre in responsabilità il soggetto che non adoperi la diligenza dovuta in relazione alle circostanze concrete del caso, con adeguato sforzo tecnico e con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari o utili all'adempimento della prestazione dovuta e al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili effetti dannosi.

3. La responsabilità dell'avvocato.

Con riferimento al contenuto dell'obbligazione inerente la prestazione professionale in ambito legale, meritano menzione due pronunce che si pongono nel tracciato già segnato dalla giurisprudenza precedente; in primo luogo, **Sez. 3, n. 08494/2020, Scarano, Rv. 657806-01**, secondo cui l'avvocato è tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata, di cui al combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c., e della buona fede oggettiva o correttezza la quale, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. In particolare, il professionista deve fornire le necessarie informazioni al cliente, anche per consentirgli di valutare i rischi insiti nell'iniziativa giudiziale, con la conseguenza che l'omessa comunicazione all'assistito dell'interruzione del processo e della possibilità di riassunzione, al punto da fare decorrere il relativo termine massimo ed estinguere il giudizio, è fonte di responsabilità del difensore; in secondo luogo, **Sez. 3, n. 12127/2020, Cigna, Rv. 658174-02**, secondo cui la responsabilità professionale dell'avvocato presuppone la violazione del dovere di diligenza richiesto dalla natura dell'attività esercitata (art. 1176, comma 2, c.c.), sicché la conoscenza della normativa che impone la rinnovazione dell'ipoteca, ai sensi degli artt. 2847 e 2878, n. 2, c.c.,

trattandosi di questione prettamente giuridica, fa parte dell'obbligo di prestazione professionale e rientra nella diligenza media esigibile dal difensore e non, invece, dal cliente (nella specie, una società), che non è tenuto a conoscere il periodo di scadenza della garanzia ipotecaria; nella specie, è stata cassata la sentenza impugnata che, pur riconoscendo la responsabilità del professionista per aver lasciato scadere la garanzia ipotecaria, aveva attribuito una parte di responsabilità alla società assistita, sostenendo che questa avrebbe dovuto essere a conoscenza della scadenza della garanzia ipotecaria e che, quindi, con la sua negligente condotta, aveva concorso nella causazione degli effetti pregiudizievoli.

Di sicuro interesse, inoltre, in tema di esecuzione del mandato difensivo in ambito giudiziario e di inadempimento del professionista avvocato, **Sez. 3, n. 24270/2020, Graziosi, 659754-01**, ha ritenuto che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello nel quale essa è oggettivamente percepibile e conoscibile dal danneggiato, vale a dire dalla formazione del giudicato; al contrario, tale decorrenza non è prospettabile nel diverso caso di inadempimento del mandato professionale in ambito stragiudiziale. Nella specie, è stato sottolineato che il principio massimato riguarda non solo la figura dell'avvocato, ma ogni altro professionista che presti assistenza nel giudizio al proprio mandante, in ragione della peculiarità dell'inserimento dell'esecuzione del rapporto professionale nella struttura del processo.

4. La responsabilità del notaio.

Alcune pronunce si sono occupate, anche nell'anno appena trascorso, del contenuto del dovere di diligenza professionale gravante sul notaio e degli effetti della violazione degli obblighi del rogante in danno al cliente o ai terzi.

Proprio con riferimento agli effetti della responsabilità del notaio nei confronti dei terzi, **Sez. 3, n. 07746/2020, Guizzi, Rv. 657617-01**, ha statuito che, nell'autenticazione di una procura speciale a vendere preparatoria del successivo contratto traslativo, il notaio che violi il dovere di diligenza qualificata impostogli ai fini dell'identificazione del soggetto che rilascia detta procura, può essere chiamato a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale, in applicazione dei principi in tema di cd. contatto sociale qualificato, anche dei danni cagionati al terzo interessato all'acquisto in conseguenza di tale negligente identificazione, poiché il contratto d'opera professionale finalizzato al rilascio della procura speciale, benché formalmente concluso fra il notaio e il futuro venditore ed avente ad oggetto un negozio unilaterale, è fonte di obblighi di protezione pure nei confronti dell'aspirante compratore, il quale va qualificato come "terzo protetto dal contratto".

Con riferimento all'adempimento dei doveri accessori e di consiglio che gravano sul notaio rogante nei confronti dei propri clienti, ove il predetto sia incaricato del rogito di un atto di compravendita immobiliare, si è affermato, per un verso, che questi sia tenuto, con riferimento all'esistenza ed all'applicazione di agevolazioni fiscali, in adempimento del dovere di consiglio, a presentare direttamente istanza per l'attribuzione della rendita catastale ovvero ad inserirne la richiesta sulla base della valutazione automatica desumibile dalla rendita catastale non ancora assegnata ovvero, qualora non voglia provvedere a tanto, a rendere edotte di ciò le parti, **Sez. 3, n. 08497/2020, Scarano, Rv. 657824-01**; per altro verso, **Sez. 3, n. 11296/2020, D'Arrigo, Rv. 658158-01**, ha ritenuto che per il notaio richiesto della preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, la preventiva verifica sia della libertà sia della disponibilità del bene e, più in generale, delle risultanze dei registri immobiliari attraverso la loro visura, costituisce, salvo dispensa per concorde volontà delle parti, obbligo derivante dall'incarico del cliente e, quindi, rientra nell'oggetto della prestazione professionale, poiché l'opera di cui è richiesto non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti, ma si estende a quelle attività preparatorie e successive necessarie perché sia garantita la serietà e certezza dell'atto giuridico da rogarsi e, in particolare, l'attitudine di questo ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dai partecipanti alla stipula del medesimo atto. Conseguentemente, l'inosservanza dei detti obblighi accessori da parte del notaio comporta responsabilità *ex contractu* derivante dall'inadempimento della correlata obbligazione di prestazione di opera intellettuale, a nulla rilevando che la legge professionale non contenga un esplicito riferimento a siffatta forma di responsabilità, dovendosi escludere, alla luce di tale obbligo, la configurabilità del concorso colposo del danneggiato ex art. 1227 c.c.

Infine, **Sez. 3, n. 25865/2020, Cirillo F.M., Riv. 659786-01**, ha ribadito, in linea con la precedente giurisprudenza (Sez. 3, n. 21775/2019, Scarano, Rv. 654929-01), che il notaio, il quale roghi un contratto di mutuo ipotecario funzionalmente collegato a compravendita immobiliare, è tenuto a compiere le visure ipotecarie e catastali allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà, ma non anche a rendere informazioni in merito alla convenienza economica dell'operazione negoziale e, quindi, ad accertare la ragionevole possibilità per l'istituto di credito di soddisfarsi, in sede di espropriazione del bene ipotecato, a fronte dell'inadempimento del mutuatario. Nella fattispecie, è stata confermata la sentenza impugnata che aveva escluso la responsabilità del notaio per non aver accertato, con una propria perizia, l'effettiva consistenza dell'immobile - di un solo vano, anziché di tre - e, conseguentemente, il suo valore, insufficiente a garantire il credito della banca.

Nell'ambito della esecuzione degli obblighi professionali gravanti sul notaio, **Sez. 3, n. 03694/2020, Valle, Rv. 656900-01**, ha precisato che la buona fede oggettiva, in

funzione di integrazione del contenuto del contratto, impone alle parti di porre in essere delle condotte comunque rientranti, secondo la legge, gli usi e l'equità, nello spettro complessivo della prestazione pattuita. Ne consegue la responsabilità professionale del notaio che, ancorché abbia autenticato le firme della dichiarazione di vendita di una vettura, non comunichi al venditore, che li abbia richiesti, i dati anagrafici dell'acquirente, pur avendo il potere di rilasciare copia ed estratti dei documenti a lui esibiti e non necessariamente depositati e nonostante venga in rilievo un atto soggetto a pubblicità mobiliare (ai sensi dell'art. 2683, n. 3, c.c.), la conservazione della cui copia, per quanto informale, rispondeva a prassi già in uso, costantemente osservata e successivamente trasfusa in atto normativo (l. n. 246 del 2005).

Sempre in tema di vendita immobiliare, ma con riferimento all'entità del risarcimento del danno, **Sez. 3, n. 26192/2020, De Stefano, Rv. 659864-01**, ha ritenuto che, nell'ipotesi in cui il notaio abbia omesso di effettuare le dovute visure ipotecarie, egli è tenuto a risarcire all'acquirente del cespite, successivamente sottoposto ad esecuzione immobiliare da parte del creditore ipotecario, un danno commisurato all'effettivo nocumento sofferto; questo può essere determinato in misura pari al valore dell'immobile perduto a seguito della vendita forzata ovvero, per equivalente, all'esborso necessario per ottenere l'estinzione del processo esecutivo e la cancellazione dell'ipoteca, in tale senso lato potendosi intendere pure le spese di purgazione dell'immobile e, cioè, la sua sottrazione al rischio di una legale evizione nel corso della procedura espropriativa.

5. La responsabilità del commercialista.

Sui criteri di riparto dell'onere della prova della responsabilità del commercialista e del danno conseguito, di sicuro interesse si mostra l'unica decisione massimata del 2020, **Sez. 3, n. 13873/2020, Valle, Rv. 658305-01,** secondo la quale la responsabilità del prestatore di opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone la prova del danno e del nesso causale tra condotta del professionista e pregiudizio del cliente; in particolare, qualora venga in rilievo l'attività posta in essere dal commercialista incaricato di provvedere ad impugnare un avviso di accertamento tributario, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito favorevole del ricorso presso la commissione tributaria, che avrebbe dovuto essere proposto e seguito in maniera diligente. Pertanto, è stata confermata la pronuncia impugnata, che aveva ritenuto l'evento dannoso non ascrivibile all'omissione di un commercialista, consistita nell'avere mancato di firmare i ricorsi presso la Commissione tributaria provinciale, ma riconducibile alla decisione,

presa in autonomia dagli amministratori e dai soci di una s.a.s., di non impugnare in cassazione l'esito sfavorevole dell'iniziativa giudiziale presso la Commissione tributaria regionale.

6. Le responsabilità del direttore dei lavori e del costruttore nell'appalto.

Con una decisione di sicuro interesse, **Sez. 2, n. 02913/2020, Giannaccari, Rv. 657092-01**, è tornata a occuparsi di responsabilità del professionista incaricato del progetto e della direzione dei lavori di ristrutturazione di un edificio rurale, riaffermando che, in tema di responsabilità conseguente a vizi o difformità dell'opera appaltata, il direttore dei lavori, pur prestando un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, è chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di peculiari competenze tecniche e deve utilizzare le proprie risorse intellettive e operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente-preponente si aspetta di conseguire, onde il suo comportamento deve essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *diligentia quam in concreto*. Rientrano, pertanto, nelle obbligazioni del direttore dei lavori, l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a consentire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi; sicché non si sottrae a responsabilità il professionista che ometta di vigilare e di impartire le opportune disposizioni al riguardo, nonché di controllarne l'ottemperanza da parte dell'appaltatore e, in difetto, di riferirne al committente. Sempre in tema di appalto, **Sez. 2, n. 18289/2020, Bellini, Rv. 659000-01,** ha ritenuto che il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore, il progettista e il direttore dei lavori, i cui rispettivi inadempimenti abbiano concorso in maniera efficiente a produrre il danno risentito dal committente, rinviene il suo fondamento nel principio espresso dall'art. 2055 c.c. il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi nella quale taluno degli autori del danno risponda a titolo di responsabilità contrattuale.

7. La responsabilità del geometra.

Con riferimento ad un incarico professionale ricevuto da un geometra per la stima di un immobile da parte del venditore, **Sez. 2, n. 29711/2020, Abete, Rv. 660023 - 01**, ha ribadito il principio, già affermato, secondo cui la cosiddetta responsabilità da contatto sociale, soggetta alle regole della responsabilità contrattuale pure in assenza di un vincolo negoziale tra il danneggiante ed il danneggiato, è configurabile non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico

conferitogli da altri, nuoccia a terzi, come conseguenza riflessa dell'attività così espletata, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una regola di condotta, che sia imposta dalla legge al fine specifico di tutelare i terzi che siano potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, tanto più qualora il fondamento normativo della responsabilità sia individuato nel riferimento dell'art. 1173 c.c. agli altri atti o fatti che siano idonei a produrre obbligazioni conformemente all'ordinamento giuridico.

8. La responsabilità degli ausiliari del giudice.

In tema di giurisdizione, va menzionata la rilevante pronuncia **Sez. U, n. 03806/2020, Bruschetta, Rv. 657192-01**, per la quale spetta alla giurisdizione ordinaria, e non a quella contabile, l'azione di risarcimento dei danni, conseguenti all'infedele esecuzione dell'incarico, promossa nei confronti del professionista designato dal Presidente del Tribunale per redigere la perizia giurata di stima del patrimonio di un consorzio di Comuni a seguito della decisione degli enti partecipanti di trasformarlo in società di capitali; ciò in quanto la devoluzione di siffatta controversia alla giurisdizione della Corte dei conti presuppone che lo svolgimento dell'incarico rientri nel procedimento deliberativo di trasformazione del consorzio, condizionandolo negativamente quanto alla sua conclusione, e sia, pertanto, idoneo a dare luogo ad un rapporto di servizio, ancorché limitato nel tempo, mentre tale rapporto - presupposto indefettibile della responsabilità contabile - non si costituisce allorché l'operazione di trasformazione sia stata precedentemente deliberata dai comuni partecipanti al consorzio, costituendo, in tale caso, l'attività dell'esperto l'oggetto di un incarico professionale di stima a favore di una società di capitali, benché partecipata da enti locali, la quale soltanto, unitamente ai suoi creditori e al suo fallimento, ha la legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi degli artt. 2393 c.c. e 146 l.fall.

In tema di prova della particolare difficoltà della prestazione ed in continuità con quanto enunciato da Sez. 3, n. 13010/2016, Cirillo F.M., Rv. 640396-01, **Sez. 3, n. 08496/2020, Scarano, Rv. 657807-01**, ha affermato che il perito nominato dal giudice delegato ai fallimenti per la stima degli immobili del fallito risponde, a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'aggiudicatario per il danno da questi patito in conseguenza dell'erronea valutazione del bene qualora, nell'esecuzione della prestazione, non osservi la diligenza professionale qualificata richiesta - ex artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. - allo specialista in relazione alla natura dell'attività svolta ed alle circostanze concrete del caso, incombendo, comunque, sul medesimo professionista di dare la prova della particolare difficoltà della detta prestazione.

9. La responsabilità dell'intermediario finanziario.

Anche nel 2020, con due rilevanti pronunce, la S.C. è tornata sul problema della individuazione del soggetto responsabile del danno causato al risparmiatore nell'ambito della struttura organizzativa di intermediazione.

Con una prima decisione, che riprende Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-01, **Sez. 3, n. 00857/2020, Ianniello, Rv. 656687-01**, ha ribadito che la società preponente risponde del danno causato al risparmiatore dai promotori finanziari in tutti i casi in cui sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esecuzione delle incombenze affidate al promotore. Ha precisato, altresì, che la condotta del terzo investitore può fare venire meno questa responsabilità solo qualora sia per lui chiaramente percepibile che il preposto, abusando dei suoi poteri, agisca per finalità estranee a quelle del preponente, ovvero quando il medesimo danneggiato sia consapevolmente coinvolto nell'elusione della disciplina legale da parte dell'intermediario od abbia prestato acquiescenza all'irregolare agire dello stesso, palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con delle modalità non regolari, il loro valore complessivo, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza di tutto il complesso *iter* funzionale alla sottoscrizione di detti programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche. Con una seconda decisione, che segue la stessa linea interpretativa, **Sez. 1, n. 17947/2020, Iofrida, Rv. 658570-01**, ha precisato che la società preponente non risponde solidalmente del danno causato al risparmiatore dai suoi promotori finanziari qualora il nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esecuzione delle incombenze affidate a questi ultimi sia interrotto dalla condotta del danneggiato il quale, inosservante ai canoni di prudenza e agli oneri di cooperazione nel compimento dell'attività di investimento, serbi un contegno anomalo, contrassegnato da collusione o consapevole acquiescenza alla violazione delle regole ordinarie sul rapporto con il cliente e sulle modalità di affidamento dei capitali da investire. Nel caso di specie, è stata confermata la sentenza di appello, che aveva respinto il ricorso dell'investitore contro l'istituto di credito per il danno provocato dal suo promotore, il quale aveva incamerato le somme ricevute, valorizzando la consegna da parte del cliente di denaro con modalità difformi da quelle con cui lo stesso promotore sarebbe stato legittimato a riceverlo, l'omessa compilazione e sottoscrizione di contratti o moduli, l'assenza di evidenza contabile dei supposti investimenti.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

VOLUME II

Anno 2020

INDICE

VOLUME SECONDO

PARTE QUARTA

(coordinata da Giuseppe Fichera e Salvatore Leuzzi)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA
(di Vincenzo Galati)

1. La confondibilità e la contraffazione di marchi e brevetti. ... 425
2. Il preuso del marchio. ... 432
3. La decadenza dal brevetto. ... 433
4. Il diritto d'autore. ... 434
5. Le condotte anticoncorrenziali *ex lege* 10 ottobre 1990, n. 287. ... 436
6. Il divieto di concorrenza e la concorrenza sleale. ... 438
7. Le clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista. ... 442

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ
(di Eleonora Reggiani)

1. Le società in generale. ... 445
   1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria. ... 445
   1.2. Società di fatto. ... 446
   1.3. Intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie. ... 447
   1.4. La clausola compromissoria e le controversie compromettibili. ... 447
   1.5. Le vicende modificative ed estintive delle società. ... 448
2. Le società di persone. ... 451
   2.1. La responsabilità solidale dei soci e il *beneficium excussionis*. ... 452
   2.2. Scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio e scioglimento della società. ... 453
3. Le società di capitali. ... 455
   3.1. Diritti e doveri del socio. ... 455
   3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo. ... 457
   3.3. Le deliberazioni dell'assemblea. ... 458
   3.4. Gli amministratori. ... 460
   3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci. ... 462
   3.6. La responsabilità del liquidatore. ... 464
4. Particolari società di capitali. ... 466
   4.1. Le società cooperative. ... 466
   4.2. Le società consortili. ... 468
5. L'associazione in partecipazione. ... 469

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA
(di Eleonora Reggiani)

1. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari. ... 471
2. La cessione di rapporti giuridici in blocco. ... 472

3. I servizi di pagamento effettuati a mezzo di strumenti elettronici. 473
4. Interessi moratori e disciplina antiusura nei rapporti bancari. 474
5. Contratti di conto corrente e contratti regolati in conto corrente. 477
5.1. La nullità delle clausole relative agli interessi. 480
5.2. La rideterminazione del saldo e le restituzioni. 484
6. Il mutuo fondiario. 485
7. Gli assegni, le cambiali e i buoni postali. 486
8. I fondi comuni d'investimento. 488
9. L'intermediazione finanziaria. 489
9.1. Nullità contrattuali e statuizioni conseguenti. 490
9.2. Gli obblighi informativi: contenuto, violazione e rimedi. 491
9.3. L'operato dei promotori. 493
10. I singoli contratti d'investimento. 494
10.1. L'offerta fuori sede. 494
10.2. La gestione di portafogli. 495
10.3. Il contratto di *swap*. 496
10.4. Il contratto "4You". 498

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI
(di Salvatore Leuzzi e Angelo Napolitano)

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. 501
1.1. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. 502
1.2. Il procedimento prefallimentare. 505
1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. 509
2. Gli organi delle procedure concorsuali. 511
2.1. I reclami endofallimentari. 514
3. Le azioni di inefficacia in generale. 514
3.1. Le azioni *ex* art. 66 l. fall. 516
4. Le revocatorie fallimentari. 516
4. I rapporti pendenti. 518
5. La formazione dello stato passivo. 521
5.1. Le prove documentali. 527
5.2. Le prelazioni e le prededuzioni. 528
6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo e le revocazioni. 529
7. La liquidazione dell'attivo. 533
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. 533
9. Il concordato fallimentare. 534
10. Il concordato preventivo in generale. 535
10.1.L'ammissione alla procedura e la sua revoca. 543
10.2. L'omologa, le impugnazioni e l'esecuzione. 547
12. La liquidazione coatta amministrativa. 548
13. Il sovraindebitamento. 550

PARTE QUINTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(coordinata da Milena d'Oriano e Luigi Di Paola)

SEZIONE PRIMA
IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO

CAPITOLO XVII

COORDINATE ERMENEUTICHE DI LEGITTIMITA' IN MATERIA DI LAVORO PRIVATO
(di Antonella Filomena Sarracino)

1. Questioni in materia di subordinazione. I rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 551
1.1. Subordinazione e associazione in partecipazione. 553
1.2. Il contratto di apprendistato, il lavoro a progetto e la trasformazione in lavoro subordinato. 554
1.3. La subordinazione cd. attenuata del lavoro dirigenziale. 556
1.4. Subordinazione ed impresa familiare. 556
1.5. Contratto di appalto con impresa artigiana e parasubordinazione. 557
1.6. Rapporto di lavoro giornalistico e collaboratore fisso. 557
2. Lavoro autonomo e prestazioni di opera intellettuale: i professori d'orchestra 558
2.1. Il contratto di agenzia. 559
3. L'individuazione del datore di lavoro. 560
3.1. La verifica della sussistenza di obblighi di inquadramento datoriali in caso di appalto di pubblico servizio. 561
3.2. Accordo sindacale, obbligo di assunzione, contenuto minimo ed esecuzione in forma specifica. 561
4. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro: il limite del rischio elettivo e del concorso colposo del dipendente, il riparto degli oneri della prova e le peculiarità del giudizio per danni *iure proprio* da perdita del rapporto parentale conseguente ad inadempimento datoriale. 562
4.1. La responsabilità del committente e del sub-committente. 565
5. Il mobbing. 565
6. Demansionamento e *ius variandi*. 566
7. Discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro, comportamenti antisindacali e prerogative sindacali. 567
8. I poteri di controllo datoriali. 569
9. Questioni retributive. 570
9.1. Interessi e rivalutazione nel rapporto di lavoro privato e gli interessi compensativi nei debiti di valore. 572
10. La stipula di patti a corredo del rapporto di lavoro, rinunzie abdicative, progetto individuale di inserimento e consenso del lavoratore. 572
11. I congedi parentali e le previsioni della l. n. 104 del 5 febbraio del 1992 in tema di permessi, computabilità ai fini della tredicesima ed esonero dall'obbligo dal lavoro notturno. 574
12. Rapporti di lavoro e procedure concorsuali. 576
13. Il distacco del lavoratore ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003. 577
14. La cessione del trattamento di fine rapporto ed il limite del quinto, transazione e regole di ermeneutica della contrattazione collettiva e degli atti di quietanza. 577
15. Dimissioni. 579
16. L'esame di questioni specifiche derivanti dalla contrattazione collettiva. 579
17. I danni risarcibili in caso di violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione. 581

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE
(di Ileana Fedele)

1. Le deroghe introdotte dalla legislazione emergenziale sanitaria. 583
2. Lavoro flessibile. 585
3. Il contratto di lavoro a tempo determinato. 586
3.1. La forma della proroga. 586
3.2. La decadenza dall'impugnazione del termine. 586
3.3. Ambito di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 in ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato. 587

3.4. Le dimissioni del lavoratore nella serie dei contratti a termine. 588
3.5. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato. 589
4. La somministrazione di lavoro. 595
5. L'indennità ex art. 32 della l. n. 183 del 2010. 595
6. Cessione di azienda. 595

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO
(di Luigi Di Paola)

1. Potere disciplinare. 599
2. Licenziamento individuale. 601
2.1. La motivazione del licenziamento. 603
2.2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. 604
2.3. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. 608
2.4. Il licenziamento nullo per frode alla legge. 610
2.5. Il licenziamento del dirigente. 610
2.6. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. 610
2.7. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze. 611
2.8. Applicazioni della legge "Fornero". 611
2.9. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. 613
2.10. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. 614
3. Licenziamenti collettivi. 615

SEZIONE SECONDA
IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO
(di Giovanni Maria Armone e Luigi Di Paola)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio. 617
2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni. 618
3. Retribuzione e altri trattamenti economici. 622
4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni. 628
5. Vicende del rapporto. 630
6. Mobilità. 631
7. Illeciti disciplinari: questioni procedimentali e sostanziali. 633
8. La cessazione del rapporto di lavoro. 635
9. La dirigenza. 636

SEZIONE TERZA
Il diritto della previdenza sociale

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE
(di Annachiara Massafra)

1. Premessa. 643
2. L'obbligazione contributiva ed i soggetti obbligati. 643
3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo. 646
4. La restituzione dei contributi. 647
6. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione. 649
7. Accertamento e riscossione. 650

8. Le sanzioni civili. 651
9. La prescrizione dei crediti contributivi. 651

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI
(di Vincenzo Galati)

1. La presentazione della domanda amministrativa. 653
2. La decadenza dall'azione giudiziaria. 655
2.1. L'improcedibilità dell'azione giudiziaria. 658
3. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa. 658
4. Le prestazioni pensionistiche. 662
5. C.I.G. e indennità di mobilità. 664
6. L'indennità di disoccupazione. 666
7. L'indennità di malattia. 669
8. L'indennità di maternità. 669
9. Le prestazioni assistenziali. 670
9.1. La decadenza di cui all'art. 42 d.l. n. 269 del 2003 670
9.2. L'assegno sociale 671
9.3. Altre questioni in materia di prestazioni assistenziali. 673
10. Le prestazioni ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie. 674
11. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere. 675
12. Il diritto alla costituzione della posizione assicurativa. 677
13. Il trattamento di reversibilità ex art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898 680
14. I benefici per i lavoratori esposti all'amianto 682

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL
(di Vincenzo Galati)

1. Le malattie professionali. 685
2. Gli infortuni sul lavoro. 687
3. Il danno differenziale. 690
4. I contributi assicurativi INAIL 692
5. L'azione di regresso 693

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA
(di Vincenzo Galati)

1. Cassa Nazionale Forense 695
2. Fondo Volo. 697
3. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti. 698
4. Fondo elettrici e Fondo telefonici. 699
5. INPDAI 701
6. ENASARCO 701
7. Previdenza integrativa. 703

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Dario Cavallari e Stefano Pepe)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA'
(DI ALDO CENICCOLA)

1. Premessa. 705
2. La giurisdizione. 705
3. La determinazione dell'indennità di espropriazione. 706
4. Qualificazione delle aree e natura dei vincoli. 709
5. L'occupazione. 711
6. L'asservimento. 711
7. L'opposizione alla stima. 713
8. L'espropriazione parziale. 714
9. La determinazione consensuale dell'indennità. 715
10. L'espropriazione illegittima. 715
11. La retrocessione. 717

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI
(DI STEFANO PEPE)

1. Premessa, il quadro normativo. 719
2. La giurisdizione: cenni. 720
3. L'esecuzione del contratto: le riserve, il ritardo nella consegna delle opere, il controllo del progetto. 723
4. Le formalità nella ripartizione dei lavori nel caso di riunione di imprese orizzontale. 726
5. Differenze tra opere extracontrattuali e varianti. Rilevanza ai fini della posizione dell'appaltatore. 728
6. Appalto e sub-appalto. Rapporti e interferenze. 729
7. L'arbitrato negli appalti pubblici. 729

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING
(DI ELEONORA REGGIANI)

1. Le società *in house providing* e la giurisprudenza di legittimità. 735
2. Gli oneri economici dei permessi spettanti ai dipendenti con incarichi elettivi presso l'ente pubblico partecipante. 736

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE
(DI DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali. 737
2. Modalità di notifica. 740
3. Giurisdizione e principio di specialità. 742
4. Competenza ed incompetenza. 744
5. Altri vizi procedurali. 745

6. Elemento psicologico e cause di giustificazione. 747
7. Cumulo materiale e concorso di persone. 749
8. Intrasmissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale. 750
9. Prescrizione. 751
10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedimentali. 753
11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta. 755
12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione. 756
13. Abuso di informazioni privilegiate. 756
14. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate. 757
15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. 759
16. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada. Profili processuali: l'opposizione, la competenza, il rito. 761
17. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura e requisiti. 763
18. Le violazioni sanzionate dal codice della strada. 764
19. Le sanzioni in materia di inquinamento idrico: titolarità della potestà sanzionatoria. 765
19.1 Le singole infrazioni in materia di inquinamento idrico. 766
20. Le sanzioni amministrative in materia di rifiuti. 767
21. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti. 768
22. Le sanzioni per le violazioni al cd. Codice della privacy. 770
23. Le altre sanzioni. 770

CAPITOLO XXIX

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI
(di Aldo Ceniccola)

1. Premessa. 775
2. Elettorato passivo. 775
3. Contenzioso elettorale. 776

CAPITOLO XXX

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI
(di Gianluca Grasso)

1. Premessa. 779
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. 779
2.1. Gli illeciti disciplinari. 780
2.1.1. I comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. 780
2.1.2. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. 781
2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. 782
2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. 783
2.1.5. La divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui. 785
2.1.6. Il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati. 786
2.1.7. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sè o per altri. 786
2.1.8. L'ottenimento di prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere coinvolti in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello, ovvero dai difensori di costoro. 787
2.1.9. Il divieto di iscrizione ai partiti politici. 787

2.1.10. Gli illeciti disciplinari conseguenti al reato. 789
2.1.11. Sanzioni disciplinari e rimozione del magistrato....789
2.2. La condotta disciplinare irrilevante....790
2.2. Il procedimento disciplinare. Diverse pronunce delle Sezioni Unite si sono concentrate sui profili procedurali....790
2.2.1. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale....792
2.2.2. Intercettazioni disposte in un processo penale. 793
2.2.3. Incompatibilità, astensione e ricusazione nel procedimento disciplinare. elettorale. 794
2.2.4. Il giudizio di impugnazione e sindacato di legittimità....796
2.2.5. La Revocazione. 797
2.2.6. La revisione....798
2.3. Le misure cautelari....799
2.3.1. Il trasferimento d'ufficio....801
2.3.2. La misura cautelare della sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio. 801
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati. 803
3.1. Gli illeciti disciplinari....803
3.2. Il regime giuridico della prescrizione....803
3.3. Il procedimento disciplinare. 804
3.3.1. Il giudizio disciplinare dinanzi al Consiglio Nazionale Forense. 806
3.3.2. Il giudizio di impugnazione. 806
4. La responsabilità disciplinare dei notai. 807
4.1. Gli illeciti disciplinari....807
4.2. Il procedimento disciplinare. 808
4.3. La determinazione della sanzione. 808

VOLUME SECONDO

PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE QUARTA

(coordinata da Giuseppe Fichera e Salvatore Leuzzi)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. La confondibilità e la contraffazione di marchi e brevetti. - 2. Il preuso del marchio. - 3. La decadenza dal brevetto. – 4. Il diritto d'autore. - 5. Le condotte anticoncorrenziali ex lege 10 ottobre 1990, n. 287. – 6. Il divieto di concorrenza e la concorrenza sleale. - 7. Le clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.

1. La confondibilità e la contraffazione di marchi e brevetti.

Sulla distinzione tra marchi forti e deboli e sulle conseguenze in tema di contraffazione, nella specie ai fini della individuazione di atti di concorrenza sleale, ha avuto modo di esprimersi, con pronuncia in continuità rispetto a quelle più recenti, **Sez. 1, n. 08942/2020, Falabella, Rv. 657905-01** con la quale è stato affermato che in tema di marchi d'impresa, la qualificazione del segno distintivo come marchio debole non incide sull'attitudine dello stesso alla registrazione, ma soltanto sull'intensità della tutela che ne deriva, nel senso che, a differenza del marchio forte, in relazione al quale vanno considerate illegittime tutte le modificazioni, pur rilevanti ed originali, che ne lascino comunque sussistere l'identità sostanziale ovvero il nucleo ideologico espressivo costituente l'idea fondamentale in cui si riassume, caratterizzandola, la sua attitudine individualizzante, per il marchio debole sono sufficienti ad escluderne la confondibilità anche lievi modificazioni od aggiunte.

La Corte ha dunque condiviso quanto precedentemente affermato con arresti conformi da Sez. 1, n. 15927, Tricomi, Rv. 649528-01 e Sez. 1, n. 13160/2016, Genovese, Rv. 640226-01, non senza ricordare che, esiste un indirizzo parzialmente difforme secondo cui in tema di marchi di impresa, la qualificazione del segno distintivo come marchio debole non preclude la tutela nei confronti della contraffazione in presenza dell'adozione di mere varianti formali, in sé inidonee ad escludere la confondibilità con ciò che del marchio imitato costituisce l'aspetto caratterizzante, non potendosi, invero, limitare la tutela del marchio debole ai casi di imitazione integrale o di somiglianza prossima all'identità, cioè di sostanziale sovrapponibilità del marchio utilizzato dal concorrente a quello registrato anteriormente (Sez.1, n. 1861/2015, Lamorgese A.P., Rv. 634265-01) ma rilevando

che, nel caso di specie, in ogni caso, i giudici di merito avevano evidenziato, sulla scorta di un giudizio di fatto non censurabile, l'esistenza di plurimi elementi di differenziazione tra i segni idonei ad escluderne la confondibilità.

Sul punto si ricorda anche la più recente Sez. 1, n. 10205/2019, Caiazzo, Rv. 653877-03.

La Corte si è altresì soffermata sul punto relativo al parametro di valutazione da compiere in merito alla confondibilità del marchio e sul punto ha messo in rilievo la necessità di avere riguardo alla particolare categoria di soggetti ai quali i prodotti sono destinati.

Con altro principio di diritto massimato ha infatti precisato che in tema di marchi, ai fini della valutazione della capacità distintiva dei segni utilizzati dall'imprenditore per contraddistinguere i propri prodotti e servizi, in modo da consentire l'immediata individuazione della loro provenienza, differenziandoli da quelli dei concorrenti, occorre fare riferimento alla capacità percettiva non del pubblico in genere, ma di quella particolare categoria di soggetti ai quali i prodotti sono destinati, le cui facoltà di discernimento devono essere rapportate alla capacità critica propria di un destinatario mediamente intelligente, accorto ed informato sui prodotti del genere merceologico di appartenenza **(Sez. 1, n. 08942/2020, Falabella, Rv. 657905-01)**.

Anche in questo caso si tratta di arresto conforme al precedente costituito da Sez. 1, n. 21588/2014, Mercolino, Rv. 632970-01.

Il riferimento al parametro della destinazione del prodotto allo scopo di verificare la capacità distintiva dei segni utilizzati si rinviene anche in altri precedenti della Corte tra cui si segnala Sez. 1, n. 2405/2015, Lamorgese A.P., Rv. 634215-01.

Una importante sentenza si registra sul tema del marchio patronimico e sul rapporto esistente tra la cessione a terzi dello stesso e dell'inserimento dello stesso nome anagrafico in altro marchio da parte del cedente.

Sez. 1, n. 10298/2020, Marulli, Rv. 657712-01 ha infatti esaminato la decisione di merito che aveva escluso la contraffazione del marchio nel caso in cui l'imprenditore, dopo aver ceduto il marchio patronimico "Fiorucci", aveva registrato un altro marchio, recante la sequenza linguistica "*Love Therapy by* Elio Fiorucci", riferito a prodotti riconducibili al medesimo "*brand*" commerciale dell'acquirente del marchio anteriore.

In particolare, secondo la Corte di legittimità, i giudici di merito avevano omesso di valutare il comportamento alla luce dei principi della correttezza professionale, parametro in base al quale, invece, quel comportamento potrebbe ritenersi non consentito. È stata così operata una lettura della clausola generale dell'art. 21 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 secondo cui i diritti di marchio d'impresa registrato non permettono al titolare di vietare ai terzi l'uso nell'attività economica, purché esso sia conforme ai principi della correttezza professionale. In altri termini, secondo la S.C.

l'imprenditore che abbia ceduto a terzi un marchio patronimico, incentrato sul proprio nome anagrafico, può procedere alla registrazione di altro marchio che rechi lo stesso nome, ma deve rispettare i principi di correttezza professionale, sicché il giudice di merito deve considerare, insieme all'indebito beneficio che l'imprenditore tragga dallo sfruttamento del patronimico contenuto nel marchio ceduto, anche il pregiudizio che in tal modo viene arrecato al nuovo titolare dello stesso.

Sul punto la S.C. ha richiamato altri precedenti proprio riferiti alla medesima fattispecie tra le stesse parti; precedenti con i quali è stato affermato che, in tema di cessione del marchio (nella specie "Fiorucci"), un segno distintivo costituito da un certo nome anagrafico e validamente registrato come marchio denominativo (nella specie, fra gli altri, "*Love Therapy by* Elio Fiorucci"), non può essere di regola adottato come marchio (oltre che come denominazione sociale) in settori merceologici identici o affini, , salvo il suo impiego limitato secondo il principio di correttezza professionale, neppure dalla persona che legittimamente porti quel nome, atteso che il diritto al nome trova, se non una vera e propria elisione, una sicura compressione nell'ambito dell'attività economica e commerciale, ove esso sia divenuto oggetto di registrazione, prima, e di notorietà, poi, ad opera dello stesso creativo che poi l'abbia ceduto ad altri.

In tema di cessione di marchio, inoltre, l'inserimento, in quest'ultimo, di un patronimico coincidente con il nome della persona che in precedenza l'abbia incluso in un marchio registrato, divenuto celebre, e poi l'abbia ceduto a terzi, non è conforme alla correttezza professionale se non sia giustificato, in una ambito strettamente delimitato, dalla sussistenza di una reale esigenza descrittiva inerente all'attività, ai prodotti o ai servizi offerti dalla persona, che ha certo il diritto di svolgere una propria attività economica ed intellettuale o creativa ma senza trasformare la stessa in un'attività parallela a quella per la quale il marchio anteriore sia non solo stato registrato ma abbia anche svolto una rilevante sua funzione distintiva (entrambe Sez. 1, n. 10826/2016, Genovese, Rv. 639860-01-02).

Sul punto, sempre tra le medesime parti, Sez. 1, n. 12995/2017, Falabella, Rv. 644319-01 che ha precisato come in tema di marchi, ai sensi dell'art. 1-*bis* del r.d. n. 929 del 1942, *ratione temporis* vigente, interpretato alla luce della direttiva n. 89/104/CE, contrasta coi principi della correttezza professionale l'uso del proprio nome anagrafico che pregiudichi il valore di un marchio già registrato contenente lo stesso patronimico, in quanto in tal modo si trae indebitamente vantaggio dal suo carattere distintivo o dalla sua notorietà, sicché il giudice di merito avanti al quale si dibatta della nullità della registrazione del successivo marchio deve sempre accertare l'eventuale produzione di tale effetto, che normalmente avviene, anche in assenza di rischio di confusione, laddove l'utilizzazione sia priva di funzione descrittiva e

determini, pertanto, un agganciamento dei segni e l'attenuazione della funzione distintiva del primo.

Preme segnalare come l'orientamento ribadito anche nell'anno 2020 sposti la valutazione della "correttezza professionale", di cui all'art. 21 d.lgs. n. 30/2005 cit., sulla capacità di identificazione del marchio in relazione alla qualità del prodotto ("esigenza descrittiva") e non anche alla capacità distintiva del marchio.

Particolare la fattispecie considerata da **Sez. 1, n. 04721/2020, Caiazzo, Rv. 657065-01** secondo cui in tema di segni distintivi atipici, la registrazione di un *domain name* di sito internet che riproduca o contenga il marchio altrui costituisce una contraffazione del marchio poiché permette di ricollegare l'attività a quella del titolare del marchio, sfruttando la notorietà del segno e traendone, quindi, un indebito vantaggio, sicché solo il titolare di un marchio registrato potrebbe legittimamente usarlo sul proprio sito o come nome di dominio.

La fattispecie esaminata e decisa ha riguardato l'esclusione della convalidazione del marchio "grazia.net" in quanto comportante un oggettivo agganciamento, atteso il medesimo nucleo ideologico-semantico, al marchio forte "Grazia", rinomato ed altamente distintivo dell'omonima testata editoriale.

Nel caso concreto è stato escluso che fosse sufficiente l'uso del suffisso "net" per contraddistinguere il marchio "grazia.net" rispetto a quello "Grazia".

Invero, la Corte ha richiamato l'orientamento secondo cui nel periodo anteriore all'entrata in vigore del codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), anche ai nomi di dominio (di sito Internet) deve applicarsi, sebbene si tratti di segni distintivi atipici, il r.d. 21 giugno 1942, n. 929, essendo essi strumenti attraverso cui accedere, nell'ambito di internet, ad un vasto mercato commerciale di dimensioni globali che consentono di identificare il titolare del sito web ed i prodotti e servizi offerti al pubblico, onde tali nomi rivestono una vera e propria capacità distintiva, in quanto, secondo la attuale concezione sulla natura e sulla funzione del marchio, non si limitino ad indicare la provenienza del prodotto o del servizio, ma svolgano una funzione pubblicitaria e suggestiva che ha la finalità di attrarre il consumatore, inducendolo all'acquisto (Sez. 1, n. 24620/2010, Ragonesi, Rv. 615716-01).

In tema di contraffazione per equivalenza di brevetti industriali, merita poi di essere segnalata **Sez. 1, n. 02977/2020, Scotti, Rv. 656624-01** del tutto inedita nel panorama della giurisprudenza di legittimità che ha affermato, per la prima volta, il principio per cui, in tema di contraffazione di brevetti per invenzioni industriali posta in essere per equivalenza ai sensi dell'art. 52, comma 3 *bis*, d.lgs. n. 30 del 2005, come modificato dal d.lgs. n. 131 del 2010, il giudice, nel determinare l'ambito della protezione conferita dal brevetto, non deve limitarsi al tenore letterale delle rivendicazioni, interpretate alla luce della descrizione e dei disegni, ma deve contemperare l'equa protezione del titolare con la ragionevole sicurezza giuridica dei

terzi, e pertanto deve considerare ogni elemento che sia sostanzialmente equivalente ad uno indicato nelle rivendicazioni; a tal fine può avvalersi di differenti metodologie dirette all'accertamento dell'equivalenza della soluzione inventiva, come il verificare se la realizzazione contestata permetta di raggiungere il medesimo risultato finale adottando varianti prive del carattere di originalità, perché ovvie alla luce delle conoscenze in possesso del tecnico medio del settore che si trovi ad affrontare il medesimo problema; non può invece attribuire rilievo alle intenzioni soggettive del richiedente del brevetto, sia pure ricostruite storicamente attraverso l'analisi delle attività poste in essere in sede di procedimento amministrativo diretto alla concessione del brevetto.

Nella fattispecie, la Corte ha cassato la sentenza d'appello che nell'accertamento alla contraffazione aveva valorizzato il comportamento tenuto in sede amministrativa dal presentatore della domanda di brevetto.

La norma decisiva per la soluzione della controversia (relativa alla contraffazione per equivalente di un brevetto su un complesso procedimento di estrazione del tannino dal legno) è costituita dall'art. 52 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, così come modificato dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131. Al primo comma la disposizione indica ciò che debba intendersi per oggetto del brevetto, mentre il secondo ed il terzo comma aggiungono che i limiti alla protezione sono fissati dalle rivendicazioni ed attribuiscono alla descrizione ed ai disegni la funzione di interpretare le rivendicazioni. Tale operazione deve, tuttavia, avvenire secondo "una regola di contemperamento, ossia in modo da garantire un'equa protezione al titolare e una ragionevole sicurezza ai terzi".

Inoltre, la motivazione della sentenza ha ricordato come il comma 3 *bis* della disposizione (introdotto con la modifica del 2010) preveda il "riconoscimento normativo della cosiddetta «*teoria degli equivalenti*»" e dunque che "per determinare l'ambito della protezione conferita dal brevetto, si deve tenere nel dovuto conto ogni elemento equivalente ad un elemento indicato nelle rivendicazioni" (che fissano, pertanto, i limiti della protezione).

Sul piano interpretativo la Corte ha chiarito che la teoria degli equivalenti consiste in una regola di interpretazione brevettuale in base alla quale un prodotto o procedimento, pur formalmente diverso dall'invenzione brevettata, può essere comunque a quest'ultima equiparato e così ricondotto nell'ambito di protezione della privativa e mira in tal modo a tutelare i diritti del titolare e a garantirgli una protezione effettiva, non subordinata cioè alla riproduzione integrale e letterale di tutti gli elementi dell'invenzione. Il principio risponde inoltre alla più generale esigenza di una equa protezione del titolare del brevetto, cercando di evitare l'elusione e lo svuotamento di contenuto del diritto di esclusiva attuato mediante modeste e non significative varianti apportate dal contraffattore.

Ripercorrendo la giurisprudenza sul punto (sin dalla remota Sez. 1, n. 03443/1958, Berri, Rv. 88734-01, Sez. 1, n. 00257/2004, Ceccherini, Rv. 569303-01, Sez. 1, n. 30234/2011, Ceccherini, Rv. 620898-01) la S.C. ha messo in evidenza come, secondo i più recenti arresti, in tema di contraffazione di brevetto per equivalenza, al fine di valutare se la realizzazione contestata possa considerarsi equivalente a quella brevettata, sì da costituirne una contraffazione, occorre accertare se, nel permettere il raggiungimento del medesimo risultato finale, essa presenti carattere di originalità, offrendo una risposta non banale, né ripetitiva della precedente, dovendosi qualificare per tale quella che ecceda le competenze del tecnico medio che si trovi ad affrontare il medesimo problema, poiché solo in questo caso si può ritenere che la soluzione si collochi al di fuori dell'idea di soluzione protetta. Tuttavia, una riproduzione solo parziale del dispositivo brevettato non è idonea ad escludere, di per sé, la contraffazione laddove la parzialità non impedisca, secondo un accertamento che costituisce una questione di fatto, affidata all'apprezzamento del giudice di merito, insindacabile se sorretto da motivazione adeguata ed esente da vizi logici, di ritenere l'utilizzazione del brevetto, nella sua struttura generale, anteriore (Sez. 1, n. 22351/2015, Nappi, Rv. 637807-01).

La Corte ha, altresì, precisato che non è possibile abbandonare il criterio fondamentale che assegna rilievo principale al contenuto obiettivo delle rivendicazioni, espressione della volontà di protezione dal richiedente il brevetto, atteso che "affermando che ogni elemento della rivendicazione è espressione di volontà dell'inventore (o del titolare del brevetto) e determina l'ambito di tutela e attribuendo rilievo esclusivo al contenuto letterale delle rivendicazioni è chiaro che l'art. 52, comma 3 *bis,* non potrebbe mai trovare applicazione. Proprio per questo motivo la teoria degli equivalenti mira a trovare un giusto bilanciamento tra gli interessi del titolare del brevetto (che mira ad estendere la sua protezione il più possibile) e gli interessi dei terzi (che vorrebbero limitare la tutela del brevetto al mero dato letterale)".

Tenuto conto della premessa così come riassunta e del fatto che i giudici di merito si sono completamente disinteressati dell'aspetto relativo al raggiungimento del medesimo risultato tecnico da parte del brevetto asseritamente contraffatto, la Corte è pervenuta ad affermare il principio di diritto di cui alla massima sopra riportata.

La Corte ha inoltre reso una interessante sentenza in argomenti intersecanti sia il tema della confusione di modelli, che di cumulo dell'azione a tutela della privativa con quella volta a sanzionare atti di concorrenza sleale.

Su tale ultimo aspetto **Sez. 1, n. 08944/2020, Falabella, Rv. 657907-01** ha affermato che in tema di proprietà industriale, qualora sussista la contraffazione del modello, la tutela accordata per la violazione della privativa può concorrere con quella prevista per la concorrenza confusoria per imitazione servile sul presupposto che il

prodotto rechi una forma individualizzante, tale da essere percepibile, oltre che dall'utilizzatore informato, anche dal consumatore medio.

Si tratta di tema già affrontato pressoché negli stessi termini da Sez. 1, n. 02473/2019, Falabella, Rv. 652421-01 e Sez. 1, n. 26647/2008, Tavassi, Rv. 604041 – 01 secondo cui l'attività illecita, consistente nell'appropriazione o nella contraffazione di un marchio, mediante l'uso di segni distintivi identici o simili a quelli legittimamente usati dall'imprenditore concorrente, può essere da quest'ultimo dedotta a fondamento non soltanto di un'azione reale, a tutela dei propri diritti di esclusiva sul marchio, ma anche, e congiuntamente, di un'azione personale per concorrenza sleale, ove quel comportamento abbia creato confondibilità fra i rispettivi prodotti.

Per completezza (anche se il tema verrà affrontato in apposito paragrafo) si segnala che dalla stessa sentenza sono state estratte altre due massime. In primo luogo (**Sez. 1, n. 08944/2020, Falabella, Rv. 657907-03**) è stato affermato che, in tema di concorrenza sleale per confusione dei prodotti, l'imitazione rilevante ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. non esige la riproduzione di qualsiasi forma del prodotto altrui, ma solo di quella che investe le caratteristiche esteriori dotate di efficacia individualizzante, in quanto idonee, per capacità distintiva, a ricollegare il prodotto ad una determinata impresa, sempreché la ripetizione dei connotati formali non si limiti a quei profili resi necessari dalle caratteristiche funzionali del prodotto. Si tratta di massima in continuità con Sez. 1, n. 3478/2009, Tavassi, Rv. 606756-01.

In secondo luogo, **Sez. 1, n. 08944/2020, Falabella, Rv. 657907-02**, in punto di criteri di liquidazione del danno, ha affermato che, in tema di proprietà industriale, il titolare del diritto di privativa leso, in alternativa alla domanda di risarcimento del lucro cessante, può fare ricorso al criterio della cd. "retroversione degli utili", di cui all'art. 125 del d.lgs. n. 30 del 2005 (cd. "codice della proprietà industriale", nel testo modificato dall'art. 17 d.lgs. n. 140 del 2006), secondo cui il danno va liquidato tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto, vale a dire considerando il margine di profitto conseguito deducendo i costi sostenuti dal ricavo totale.

In tema di contraffazione del modello comunitario e sulla natura del sindacato della Corte di cassazione ha avuto modo di pronunciarsi **Sez. 1, n. 23975/2020, Nazzicone, Rv. 659601-01** in base alla quale in tema di proprietà industriale, la verifica circa la sussistenza di una contraffazione di un modello comunitario, che va condotta valutando se il nuovo modello non susciti nel c.d. utilizzatore informato la stessa impressione generale del precedente, sulla base della combinazione delle caratteristiche estetiche, e tenendo conto del settore merceologico più o meno affollato da prodotti simili, integra un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, donde l'impossibilità di sollecitare, in sede di legittimità, un giudizio alternativo più

favorevole sui medesimi elementi che quel giudice abbia già prudentemente apprezzato.

La Corte ha così confermato la sentenza impugnata, nella quale era stato ritenuto che un contenitore in plastica con manici non costituisse contraffazione di un precedente modello similare sul rilievo che non poteva essere richiesto un nuovo giudizio sugli elementi già valutati dal giudice di merito.

2. Il preuso del marchio.

Ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b, d.gs. n. 30 del 2005 cit., «*non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda:*

(…)

b) siano identici o simili a un segno già noto come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio usato nell'attività economica, o altro segno distintivo adottato da altri, se a causa della identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra l'attività d'impresa da questi esercitata ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è registrato possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. L'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità. L'uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione (…)».

In ordine a tale norma, **Sez. 1, n. 02976/2020, Scotti, Rv. 657028-02** ha affermato che, in tema di marchio d'impresa, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 30 del 2005, il precedente uso del segno distintivo in ambito ultra-locale priva il marchio del requisito della novità precludendone la registrazione, salvo che la richiesta provenga dal medesimo soggetto che ne abbia fatto precedente uso esclusivo, sicché ove i preutenti siano due, sia pure in regime di tollerata coesistenza, il preuso ultra-locale dell'altro imprenditore priva il segno della novità impedendo la sua registrazione.

Vertendosi in tema di marchio complesso, ossia di marchio costituito da un insieme di patronimici, termini indicativi della tipologia di merce commercializzata e segni grafici, la Corte ha dapprima ricordato come, sia pure in tema di contraffazione, secondo un risalente orientamento, "l'inclusione in un marchio complesso dell'unico elemento, nominativo o emblematico, che caratterizza un marchio semplice precedentemente registrato, si traduce in una contraffazione, anche se il nuovo marchio sia costituito da altri elementi che lo differenziano da quello precedente; in tal caso ai fini dell'accertamento dell'esistenza della contraffazione non può essere attribuita a ciascun elemento del marchio complesso uguale funzione individualizzante e differenziatrice, ma è necessario stabilire a quali dei molteplici

elementi del marchio complesso può essere diretta di preferenza l'attenzione dei consumatori" (fra le altre, Sez. 1, n. 10205/2019, Caiazzo, Rv. 653877 – 01).

Il nucleo della questione decisa riguarda il tema del precedente uso di insegna e marchio, oggettivamente confondibili, in ambito non meramente locale, da parte di due imprenditori concorrenti, che tollerino per fatti concludenti la reciproca attività per un prolungato periodo di tempo.

Il quesito al quale ha dato risposta la Corte riguarda la possibilità di procedere alla registrazione di tale marchio da parte di uno dei preutenti.

Nella pronuncia è stata affermata la correttezza della soluzione adottata dai giudici di merito che hanno ritenuto la nullità della successiva registrazione del marchio preceduta dal preuso in ambito ultra locale (nel caso di specie, regionale) essendo limitata la possibilità della successiva registrazione nel solo caso di preuso locale del marchio.

Particolarmente significativo il passaggio della motivazione nella quale la Corte ha concluso traendo le somme del proprio argomentare: "nessuno dei due preutenti può registrare il segno senza il consenso dell'altro; certamente un terzo non potrebbe registrare a sua volta il segno, a ciò impedito dal difetto di novità e dall'interferenza con i segni dei due preutenti, né potrebbe adottarlo a sua volta di fatto, senza incorrere in una concorrenza confusoria *ex* art.2598, n.1, c.c. in presenza di un effettivo rapporto concorrenziale; ciascuno dei due preutenti, infine è costretto a tollerare l'attività dell'altro, che non può impedire in ragione dell'accertata e prolungata coesistenza dell'uso dei due segni, in difetto di effettiva priorità".

3. La decadenza dal brevetto.

Con **Sez. 1, n. 01103/2020, Scotti, Rv. 656874-01** la Corte è tornata sul tema della decadenza dal brevetto per mancato pagamento dei diritti annuali (questione già affrontata da Sez. 1, n. 12849/2019, Iofrida, Rv. 654249 – 01).

Ha così deciso che in tema di brevetti, la decadenza per ritardo nel pagamento dei diritti annuali di mantenimento superiore a sei mesi, prevista dall'art. 230, comma 3, del d.lgs. n. 30 del 2005 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 131 del 2010), opera non solo nel caso di omissione totale del pagamento, ma anche in quello di pagamento parziale o irregolare, in considerazione della logica complessiva del sistema, scandita da precisi termini e scadenze, e dell'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche connesse alla validità ed efficacia del brevetto.

La fattispecie esaminata e decisa ha riguardato una richiesta di integrazione dei diritti annuali avanzata nel 2006, per la quale erano decorsi i sei mesi dalla scadenza e difettava il presupposto della non imputabilità dell'omissione del pagamento.

La Corte, con il provvedimento in rassegna ha preso in esame il dato testuale degli artt. 193, 227 e 230 d.lgs. n. 30/2005 (quest'ultimo nel testo vigente antecedentemente alle modifiche di cui al d.lgs. n. 131/2010) pervenendo alla conclusione che il terzo comma della norma da ultimo citata (secondo cui "il ritardo nel pagamento che sia superiore a sei mesi comporta la decadenza del diritto di proprietà industriale") non potesse riferirsi esclusivamente ai pagamenti integralmente omessi proprio perché dettata per le ipotesi di pagamento incompleto o irregolare integranti, pur sempre, un inadempimento dell'obbligazione.

D'altronde, la tesi contraria consentirebbe la possibilità di un'integrazione *sine die* per la quale, non operando il terzo comma dell'art. 230 cit., non opererebbe alcun termine in contrasto con la logica complessiva del sistema, scandita da precisi termini e scadenze, e con l'esigenza di certezza nelle situazioni giuridiche connesse alla validità ed efficacia dei titoli di proprietà industriale.

Peraltro, conclusivamente, la Corte ha evidenziato che sarebbe paradossale che attraverso la regolarizzazione, che presuppone un errore evidente o altro scusabile motivo, possa essere conseguita una sanatoria *sine die,* mentre la norma generale dell'art. 193 c.p.i., che, seppur con altra terminologia, considera comunque una omissione incolpevole, condiziona la reintegrazione al rispetto del termine di due mesi dal venir meno della causa giustificativa e comunque di un anno dalla scadenza del termine inadempiuto; e ciò anche nel caso in cui l'omissione sia totalmente incolpevole, o comunque non meno incolpevole di quella considerata dall'art. 230, visto che l'art. 193 esige da parte del richiedente la prestazione della «diligenza richiesta dalle circostanze».

4. Il diritto d'autore.

In tema di tutela del diritto di autore, si segnalano due interventi della Corte.

Con il primo (**Sez. 1, n. 10300/2020, Marulli, Rv. 657713-01**) è stato affermato il principio che la protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione.

Si tratta di fattispecie nella quale la Corte ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso il carattere dell'originalità e creatività in un regolamento disciplinante un servizio anticontraffazione, poiché si trattava di un testo giuridico standard di uso tecnico-professionale, che non conteneva alcuna peculiare e creativa

elaborazione di nozioni giuridiche, prassi del settore, esperienze del professionista, ma solo indicazioni pratiche e funzionali.

La sentenza ha fatto sostanziale applicazione dei principi già affermati dalla Corte laddove ha specificato che la protezione del diritto riguardante programmi per elaboratori al pari di quella riguardante qualsiasi altra opera, postula il requisito dell'originalità, occorrendo pertanto stabilire se il programma sia o meno frutto di un'elaborazione creativa originale rispetto ad opere precedenti, fermo restando che la creatività e l'originalità sussistono anche quando l'opera sia composta da idee e nozioni semplici, comprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia propria dell'opera stessa, purché formulate ed organizzate in modo personale ed autonomo rispetto alle precedenti (Sez. 1, n. 13524/2014, Genovese, Rv. 631378-01) e che il carattere creativo e la novità dell'opera sono elementi costitutivi del diritto d'autore sull'opera dell'ingegno.

Pertanto, prima ancora di verificare se un'opera possa costituire plagio di un'altra, il giudice del merito deve verificare se quest'ultima abbia o meno i requisiti per beneficiare della protezione richiesta, e ciò sia sotto il profilo della compiutezza espressiva, sia sotto il profilo della novità (Sez. 1, n. 25173/2011, Ragonesi, Rv. 620652-01) ricordando, altresì, la giurisprudenza eurounitaria in base alla quale il concetto di creatività suscettibile di essere tutelato, *ex* l. n. 633 del 1941, richiede che l'opera dell'ingegno "rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo (CGUE 12.9.2019, C-683/17, Cofemel).

Presenta profili di interesse anche la fattispecie esaminata da **Sez. 1, n. 02981/2020, Fidanzia, Rv. 656879-01** che si è occupata del caso della collocazione in una piazza della copia di una scultura (il busto di un defunto senatore) il cui originale era stato esposto in una casa di cura.

Quest'ultima è stata condannata dai giudici di merito per violazione del diritto di autore commessa a carico dell'autore della scultura avendo commissionato a terzi una riproduzione non autorizzata dell'opera contenente, peraltro, palesi alterazioni delle caratteristiche originarie della stessa e recante la firma dell'autore.

Nell'occasione la Corte ha enunciato il principio di diritto per cui in tema di diritto d' autore, l'art. 98 della l. n. 633 del 1941, secondo cui il ritratto fotografico eseguito su commissione può essere riprodotto o fatto riprodurre senza il consenso dell'autore o della persona ritratta e dei loro aventi causa, non è applicabile in via analogica a tutte le altre opere riproduttive del ritratto, quali quelle pittoriche o scultoree, poiché in esse assume rilievo prevalente l'apporto creativo dell' autore.

Con il provvedimento così massimato è stato limitato il riferimento della norma al solo ritratto fotografico, avendo disciplinato in maniera diversa (artt. 96 e 97 della l. n. 633 del 1941 cit.) i casi in cui i ritratti siano contenuti in supporti diversi da quelli fotografici.

La Corte ha dunque negato la possibilità di procedere ad una interpretazione analogica della disposizione in esame difettando il presupposto fondamentale per poter compiere siffatta operazione, ossia l'esistenza di un "vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria". Inoltre, ha sostenuto che la riproduzione dell'opera senza il consenso dell'autore sia riservata ai soli ritratti fotografici, ovvero alle riproduzioni di immagini prive del requisito della creatività che ricorre laddove non vi sia mera rappresentazione della realtà.

La fattispecie è chiaramente diversa dal caso delle opere scultoree contenenti ritratti nelle quali non è in discussione la creatività dell'opera atteso che l'opera scultorea è un'opera che interpreta la realtà, non la riproduce in via di rispecchiamento con mezzo meccanico, sicché ogni rappresentazione che venga fatta con il mezzo della scultura costituisce opera d'arte, espressione di tecnica e sentimento del proprio autore.

5. Le condotte anticoncorrenziali *ex lege* 10 ottobre 1990, n. 287.

Una (la sola registratasi quest'anno sul tema) articolata ed importante decisione ha affermato inediti principi in tema di azione di danno conseguente ad attività anticoncorrenziale, con specifico riferimento alla questione della prescrizione della relativa azione risarcitoria e di elementi di prova utilizzabili nel giudizio civile ed acquisiti nel procedimento davanti all'AGCOM conclusosi con l'impegno assunto dall'impresa ai sensi dell'art. 14-ter legge 10 ottobre 1990, n. 287.

In particolare, si tratta di **Sez. 1, n. 05381/2020, Iofrida, Rv. 657038-01, 657038-02 e 657038-03** con le quali è stato, rispettivamente, affermato che:

i) in tema di azioni risarcitorie derivante dalla violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, proposte anteriormente alla data del 26 dicembre 2014, data individuata dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 22 della dir. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, ed all'art. 19 del d.lgs. n. 3 del 2017 di attuazione nell'ordinamento italiano della medesima direttiva, non si applicano le norme di natura sostanziale in essa previste né quelle nazionali che le recepiscono, che abbiano ad oggetto la prescrizione delle menzionate azioni risarcitorie, non avendo le stesse valenza retroattiva;

ii) in materia di disciplina della concorrenza nell'ordinamento italiano, anche nel regime anteriore all'entrata in vigore della dir. 2014/104/UE, il diritto al risarcimento del danno da illecito antitrust risulta garantito, senza che possa ravvisarsi un'impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio al punto di vanificare il principio di

effettività della tutela posto dall'art. 102 T.F.U.E., dalla previsione di un termine quinquennale di prescrizione dettato dalla normativa nazionale, che cominci a decorrere dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante rispetto ad un'impresa concorrente;

iii) in tema di concorrenza, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, nell'ipotesi in cui il procedimento avanti all'AGCOM si sia concluso con una decisione con impegni assunti dall'impresa a norma dell'art. 14 ter l. cit., in ordine alla sua posizione rivestita sul mercato ed alla sussistenza di un comportamento implicante un abuso di posizione dominante, il giudice di merito può porre a fondamento del proprio accertamento gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria svolta e, segnatamente, quelli desumibili dalla comunicazione delle sue risultanze, sebbene gli stessi non costituiscano prova privilegiata potendo essere contrastati da emergenze di diverso tenore.

La complessa vicenda ha avuto riguardo all'azione promossa da una società operante nel settore dei servizi di telefonia contro una società che eroga servizi di comunicazione mobile attraverso proprie reti allo scopo di accertare, all'esito di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCOM, l'illecito per abuso di posizione dominante in violazione degli artt. 101 e 102 TFUE e l'illecito extracontrattuale ed anticoncorrenziale, in violazione degli artt. 2598 e 2043 c.c. con conseguenti pronunce inibitorie, risarcitorie ed accessorie, oltre che per la risoluzione del contratto stipulato *inter partes*.

Nel percorso motivazionale seguito dalla Corte, peraltro, si è data conferma a quanto già deciso da Sez. 1, n. 18176/2019, Scotti, Rv. 654545-02, ove è stato affermato che nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990 per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, i provvedimenti assunti dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) e le decisioni del giudice amministrativo, che eventualmente abbiano confermato o riformato quei provvedimenti, costituiscono prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso e che (Sez. 1, n. 18176/2019, Scotti, Rv. 654545 – 01) in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, riconducibile alla categoria del danno lungolatente, il termine di prescrizione della relativa azione comincia a decorrere, non dal momento in cui il fatto si verifica nella sua materialità e realtà fenomenica, ma da quando esso si manifesta all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità.

Sull'argomento, con specifico riguardo al profilo della decorrenza del termine di prescrizione, ha rilievo **Sez. 1, n. 07677/2020, Iofrida, Rv. 657474-01** con la quale

è stato deciso che in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, il termine di prescrizione della relativa azione comincia a decorrere dal momento in cui il titolare sia stato adeguatamente informato o si possa pretendere ragionevolmente e secondo l'ordinaria diligenza che lo sia stato, non solo dell'altrui violazione ma anche dell'esistenza di un possibile danno ingiusto.

Il principio è stato affermato proprio con riguardo ad una decisione di merito avente ad oggetto una pretesa risarcitoria da illecito antitrust, avanzata da un'impresa concorrente che operava nel medesimo settore di quella dominante.

A tale proposito è stato ritenuto che il *dies a quo* della prescrizione potesse essere anticipato alla data di avvio dell'istruttoria dinanzi all'AGCM, rispetto a quella di pubblicazione del provvedimento sanzionatorio assunto all'esito della ridetta istruttoria.

Per come si desume dalla motivazione della sentenza, si tratta di un'applicazione del principio operante in materia enunciato da Sez. 1, n. 18176/2019 poco sopra richiamata e parimenti di quello (ancor più generale) per cui in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno lungolatente, l'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si prescrive, in base al combinato disposto degli art. 2935 e 2947 c.c., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, e il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato (Sez. 3, n. 02305/2007, Spirito, Rv. 595539-01).

6. Il divieto di concorrenza e la concorrenza sleale.

Nell'anno in rassegna si sono registrati alcuni interessanti interventi in tema di concorrenza sleale. La S.C. ha infatti confermato orientamenti da tempo consolidati ed ha affermato principi, in parte, inediti.

Con **Sez. 1, n. 02980/2020, Nazzicone, Rv. 656684-01** ha deciso che la vendita sottocosto o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi, è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598, comma 1, n. 3), c.c. solo se si connota come "illecito antitrust", in quanto posta in essere da un'impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie di soppressione della concorrenza, traducendosi così in un danno per i consumatori ed il mercato, realizzandosi in tale ipotesi l'illecito concorrenziale da "dumping" interno.

Si tratta di arresto conforme a Sez. 1, n. 01636/2006, Rordorf, Rv. 585933-01.

La Corte ha ripercorso le fonti normative della disciplina delle vendite sottocosto (art. 15 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218) definite dalla giurisprudenza di legittimità come vendita di "prodotti sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato oppure come artificioso abbattimento sottocosto dei prezzi non giustificato dalle obiettive condizioni di acquisto dei beni" (Sez. 1, n. 01636/2006 cit., e Sez. 1, n. 06865/2009 non massimata).

L'orientamento tendenzialmente contrario a tale pratica commerciale è stato oggetto di rivisitazione proprio con la sentenza del 2006 citata il cui ragionamento ha preso le mosse dalla considerazione che la clausola, di cui all'art. 2598, comma 1, n. 3, c.c., deve essere letta in sinergia con l'art. 41 Cost. in punto di libertà di iniziativa economica che costituisce principio generale in materia e che la "scelta dell'imprenditore in ordine alla politica dei prezzi sia in via di principio lecita, trattandosi di un comportamento strettamente legato alle valutazioni di rischio, che solo a lui competono, nel rispetto, naturalmente, delle regole sulla disciplina del commercio. Mentre l'utilità sociale, dalla medesima disposizione costituzionale prevista a limite della libertà d'impresa, va intesa pur sempre con riguardo al c.d. interesse del mercato, ossia a quello che nuoce o giova al buon funzionamento del medesimo, e, quindi alla generalità dei consumatori: e non al mero interesse di un altro concorrente a non essere messo in difficoltà".

Pertanto, la vendita sottocosto integra un illecito anticoncorrenziale nel caso in cui diviene un illecito "antitrust" poiché "posto in essere da una impresa dominante e praticata con finalità predatorie"; essa è favorevole ai consumatori ed al mercato a condizione che non sopprima la concorrenza e determini un danno agli stessi.

A tale proposito la recente pronuncia richiama anche decisioni della Corte di Giustizia che confortano tale orientamento (CGUE 19 ottobre 2017, n. 295/16).

Altre due decisioni hanno reso pronunce in tema di condotta anticoncorrenziale di cui all'art. 2598, comma 1, n. 3 c.c.

Sez. 1, n. 03865/2020, Scotti, Rv. 657056-01 ha affermato che per la configurabilità di atti di concorrenza sleale contrari ai principi della correttezza professionale, commessi per mezzo dello storno di dipendenti e/o collaboratori, è necessario che l'attività distrattiva delle risorse di personale dell'imprenditore sia stata posta in essere dal concorrente con modalità tali da non potersi giustificare, in rapporto ai principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di recare pregiudizio all'organizzazione ed alla struttura produttiva del concorrente, disgregando in modo traumatico l'efficienza dell'organizzazione aziendale del competitore e procurandosi un vantaggio competitivo indebito. A tal fine assumono rilievo innanzitutto le modalità del passaggio dei dipendenti e

collaboratori dall'una all'altra impresa, che non può che essere diretto, ancorché eventualmente dissimulato, per potersi configurare un'attività di storno, la quantità e la qualità del personale stornato, la sua posizione nell'ambito dell'organigramma dell'impresa concorrente, le difficoltà ricollegabili alla sua sostituzione e i metodi adottati per indurre i dipendenti e/o collaboratori a passare all'impresa concorrente.

Nel percorso motivazionale, la Corte ha richiamato il proprio orientamento secondo cui, affinché lo storno dei dipendenti di un'impresa concorrente possa costituire atto di concorrenza sleale, sono necessari la consapevolezza nel soggetto agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa ed altresì l'*animus nocendi*, cioè l'intenzione di conseguire tale risultato, da ritenersi sussistente ogni volta che lo storno sia stato posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare, in rapporto ai principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di recare pregiudizio all'organizzazione ed alla struttura produttiva del concorrente (Sez. 1, n. 31203/2017, Falabella, Rv. 646493-01).

Nella materia si intersecano i profili del diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e del diritto al lavoro dei collaboratori dell'imprenditore e alla sua adeguata remunerazione (artt. 4 e 36 Cost.).

Dunque, la semplice assunzione di personale proveniente dal concorrente "non può essere considerata di per sé illecita, essendo espressione del principio di libera circolazione del lavoro e della libertà d'iniziativa economica".

Pertanto, in linea di principio, non può essere negato "il diritto di ogni imprenditore di sottrarre dipendenti al concorrente, purché ciò avvenga con mezzi leciti, quale ad esempio la promessa di un trattamento retributivo migliore o di una sistemazione professionale più soddisfacente; è indiscutibile il diritto di ogni lavoratore di cambiare il proprio datore di lavoro, senza che il bagaglio di conoscenze ed esperienze maturato nell'ambito della precedente esperienza lavorativa, lungi dal permettergli il reperimento di migliori e più remunerative possibilità di lavoro, si trasformi in un vincolo oppressivo e preclusivo della libera ricerca sul mercato di nuovi sbocchi professionali".

L'elemento soggettivo che contribuisce ad integrare la configurazione dell'illecito concorrenziale è integrato dall'intenzione di danneggiare l'altra impresa e la condotta deve risultare "inequivocabilmente idonea a cagionare danno all'azienda nei confronti della quale l'atto di concorrenza asseritamente sleale viene rivolto".

Deve poi richiamarsi **Sez. 1, n. 07676/2020, Iofrida, Rv. 657465-01**, con la quale la S.C. ha affermato che in tema di concorrenza sleale, la violazione di norme pubblicistiche che non siano direttamente rivolte a porre limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale non integra di per sé la fattispecie illecita di cui all'art. 2598, n. 3, c.c., dovendo piuttosto accompagnarsi alla violazione anzidetta il

compimento di atti di concorrenza potenzialmente lesivi dei diritti altrui, mediante malizioso ed artificioso squilibrio delle condizioni di mercato.

La fattispecie esaminata dalla Corte ha riguardato una sentenza della corte d'appello che aveva respinto la domanda tesa ad accertare gli atti di concorrenza sleale, posti in essere mediante l'apertura domenicale di un esercizio commerciale, in violazione dei requisiti richiesti dal comune.

Sul punto, la S.C. ha richiamato quanto precedentemente deciso da Sez. 1, n. 08012/2004, Berruti G.M., Rv. 572356-01 con la quale è stato precisato che in tema di concorrenza sleale, i comportamenti lesivi di norme di diritto pubblico non è necessario che integrino, di per sé stessi, atti di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c., atteso che l'obbiettivo anticoncorrenziale può essere raggiunto anche attraverso comportamenti che, benché non siano previsti dalla legge, siano connotati dallo stesso disvalore di quelli espressamente regolati. In particolare, la violazione delle norme pubblicistiche è sufficiente ad integrare la fattispecie illecita quando essa è stata causa diretta della diminuzione dell'altrui avviamento ovvero quando essa, di per sé stessa, anche senza un comportamento di mercato, abbia prodotto il vantaggio concorrenziale che non si sarebbe avuto se la norma fosse stata osservata.

In quel caso la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza dell'illecito concorrenziale nel fatto di un gestore di una sala cinematografica che aveva ampliato la capienza del locale, portandola da 308 a 1000 posti, senza alcuna autorizzazione amministrativa.

La Corte, nella sentenza in rassegna, ha richiamato l'interpretazione fornita dall'AGCOM in relazione agli artt. 12 e 13 d.ls. 31 marzo 1998, n. 214 in punto di individuazione del criterio della "prevalenza" nella commercializzazione di determinati beni per poter fruire della sostanziale liberalizzazione degli orari di apertura prevista dalle due norme. La S.C. ha dunque condiviso il parere dell'Autorità del 24 ottobre 2008, n. AS480, confermato con altro parere del 22 novembre 2010, n. AS775, ed ha ritenuto che il criterio della prevalenza deve essere individuato sulla base del volume di affari totale dell'esercizio commerciale "per cui si ha prevalenza quando viene superata la soglia del 50% di fatturato dell'esercizio commerciale" e che "ogni disposizione che promuove o tutela la concorrenza prevale su disposizioni adottate dagli enti territoriali che al contrario impediscono o non favoriscono l'attuazione dei principi concorrenziali contenuti nel Trattato CE e richiamati nella legge n. 287/90, anche ove tali disposizioni riguardino la materia del commercio".

Conseguentemente, le disposizioni "aventi carattere pro-concorrenziale" tra cui gli artt. 12 e 13 cit., trovano piena efficacia anche rispetto a "disposizioni concernenti materie riservate alla competenza legislativa regionale esclusiva quale quella del commercio; ciò con il conseguente obbligo di disapplicazione di tutta la

regolamentazione regionale o locale contrastante con i principi concorrenziali da parte delle amministrazioni".

Infine, sull'argomento in esame, si segnala **Sez. 1, n. 02551/2020, Fidanzia, Rv. 656622-01** che ha affermato che integra attività di concorrenza sleale la stipula di un contratto di locazione di immobile destinato allo svolgimento della medesima attività economica esercitata da una società cui il conduttore sia legato da un patto di non concorrenza.

Si tratta di applicazione dei principi generali affermati in tema di violazione del divieto di concorrenza previsto a carico del prestatore di lavoro subordinato nei confronti del datore di lavoro ma applicabili anche all'ipotesi della violazione dell'art. 2596 c.c.

In base ad essi "integrano atti di concorrenza sleale non solo gli iniziali atti di gestione di un'attività economica concorrente, purché non meramente preparatori, ma anche soltanto la costituzione di una società avente lo stesso oggetto sociale o un oggetto interferente (Sez. L, n. 19132/2003, Roselli, Rv. 568897-01; Sez. L, n. 16377/2006, Monaci, Rv. 591689-01; Sez. L, n. 6654/2004, Filadoro, Rv. 571838-01).

7. Le clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.

La Corte, adita in sede di regolamento di competenza ai sensi dell'art. 47 c.p.c., ha reso la pronuncia **Sez. 6 - 1, n. 00742/2020, Dolmetta, Rv. 656803-01** con la quale ha affermato che nel contratto di fideiussione, i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto principale, come affermato dalla giurisprudenza unionale (CGUE, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, in causa C-534/15, Dumitras), dovendo pertanto ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa, nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività, né essere strettamente funzionale al suo svolgimento (cd. atti strumentali in senso proprio).

Nel caso deciso dalla Corte, è stata ritenut operante l'esclusività del foro del consumatore con riferimento al contenzioso tra banca e fideiussore non professionista, ancorché l'obbligato principale avesse assunto il debito garantito per lo svolgimento di attività d'impresa.

Si tratta di un tema sul quale sussiste un contrasto in giurisprudenza.

Secondo l'orientamento più recente, di cui fa parte il recente arresto citato, i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società,

devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria - all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunta dal fideiussore. (Si veda in particolare Sez. 3, n. 32225/2018, Gorgoni, Rv. 651951-01 dove la S.C. ha confermato la pronuncia di merito che aveva escluso la qualità di consumatore in capo al fideiussore detentore del 70% del patrimonio sociale della società garantita, ancorché non amministratore della stessa, ed in assenza di prove idonee ad escludere il collegamento tra la fideiussione e lo svolgimento dell'attività professionale).

Rispetto a tale indirizzo se ne registra altro difforme in base al quale in presenza di un contratto di fideiussione, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore di cui agli artt. 1469 *bis* e segg. c.c., nel testo vigente *ratione temporis*, il requisito soggettivo della qualità di consumatore deve riferirsi all'obbligazione garantita, cui quella del fideiussore è accessoria, sicché, difettando tale condizione, è valida la clausola derogativa della competenza territoriale contenuta nel contratto di fideiussione per le esposizioni bancarie di una società di capitali stipulato da un socio o da un terzo (Sez. 1, n. 16827/2016, Valitutti, Rv. 640914-01; Sez. 3, n. 25212/2011, Armano, Rv. 620445-01).

Il nucleo della motivazione della massima si registra nel passaggio in cui si legge che "quello dell'accessorietà fideiussoria si manifesta tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore. Connotante la struttura disciplinare dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore, l'accessorietà non può non rimanere confinata entro tale ristretto ambito; di certo, non può venire proiettata fuori da esso, per spingerla sino a incidere sulla qualificazione dell'attività - professionale o meno - di uno dei contraenti; tanto meno, l'accessorietà potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)".

Assume rilievo, sul punto, anche quanto deciso da **Sez. 6-3, n. 08268/2020, D'Arrigo, Rv. 657607-01** ove è stato deciso che nel contratto tra consumatore e professionista predisposto unilateralmente da quest'ultimo l'efficacia della clausola convenzionale di deroga alla competenza territoriale del foro del consumatore è subordinata non solo alla specifica approvazione per iscritto prevista dall'art. 1341 c.c., ma anche - a norma dell'art. 34, comma 4, d.lgs. n. 206 del 2005 - allo svolgimento di una trattativa individuale con il consumatore sulla clausola stessa, la cui prova è posta a carico del professionista dal comma 5 del citato art. 34.

Si tratta di fattispecie in cui la Corte, pronunciando su un'istanza di regolamento di competenza, ha dichiarato la competenza del foro del consumatore considerando inefficace la clausola derogatoria della competenza territoriale contenuta in un

contratto assicurativo, la quale, anche se specificamente approvata per iscritto, non risultava essere stata oggetto di trattativa individuale.

Infine, rileva **Sez. 6-3, n. 12981/2020, Iannello, Rv. 658228-01** in base alla quale in tema di foro del consumatore, la nullità della relativa clausola derogatoria non è rilevante se l'iniziativa dell'azione giudiziale è presa dal consumatore, che si fa attore in giudizio e non si avvale del foro a lui riferibile nella detta qualità, cioè del foro della sua residenza o domicilio elettivo; tale nullità, quindi, non potrà essere rilevata né dalla controparte, a cui vantaggio non opera, né d'ufficio dal giudice; mentre, se il consumatore è convenuto di fronte ad un foro diverso da quello della sua residenza o del suo domicilio elettivo, il potere di eccepire la violazione della regola della competenza correlata a tale foro è esercitabile non solo da lui, se costituito, ma anche d'ufficio dal giudice, ove non lo sia.

Nella specie, la Corte ha considerato inammissibile la doglianza, chiarendo, altresì, che, una volta dichiarata l'incompetenza da parte del giudice adito, l'attore, soccombente sotto tale profilo, non può invocare, per contrastare la decisione, le norme in tema di foro del consumatore alle quali ha egli stesso derogato né può impugnare, con riferimento sempre a dette norme, il provvedimento che abbia attribuito, comunque, la competenza ad uno dei possibili fori del consumatore.

Si tratta di orientamento che si pone in continuità con quanto deciso da Sez. 6-3, n. 05933/2012, Frasca, Rv. 622086-01.

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Le società in generale. – 1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria. – 1.2. Società di fatto. – 1.3. Intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie. – 1.4. La clausola compromissoria e le controversie compromettibili. – 1.5. Le vicende modificative ed estintive delle società. – 2. Le società di persone. – 2.1. La responsabilità solidale dei soci e il *beneficium excussionis* – 2.2. Scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio e scioglimento della società. – 3. Le società di capitali. – 3.1. Diritti e doveri del socio – 3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo – 3.3. Le deliberazioni dell'assemblea. – 3.4. Gli amministratori. – 3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci. – 4. Particolari società di capitali. – 4.1. Le società cooperative. – 4.2. Le società consortili. – 5. L'associazione in partecipazione.

1. Le società in generale.

Nel corso del 2020 la S.C. ha adottato alcune pronunce che hanno interessato in generale la materia societaria, in particolare esaminando le differenze rispetto alla comunione d'azienda, le caratteristiche delle società di fatto, le vicende modificative ed estintive delle società.

Vengono di seguito riportate le decisioni appena menzionate, unitamente a quelle adottate sulle medesime questioni, o su questioni connesse, ma riferite alle particolari tipologie di società, in modo tale da esaltare, insieme agli aspetti comuni, anche quelli propri di ciascuna categoria, ove esistenti.

1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria.

Si deve in proposito menzionare **Sez. L, n. 24197/2020, Lorito, Rv. 659439-01**, ove la S.C. ha rilevato che lo sfruttamento da parte di uno o più eredi dell'azienda facente parte del compendio ereditario, stante il fine lucrativo dell'attività imprenditoriale, non costituisce mera amministrazione dei beni ereditari, ma esercizio dell'impresa in forma individuale o societaria, anche di fatto, con conseguente assunzione da parte degli eredi della responsabilità relativa ai debiti contratti nell'esercizio dell'attività, senza che rilevi la qualità successoria o trovino applicazione le correlate limitazioni di responsabilità.

La pronuncia si pone in linea con i precedenti che hanno affrontato lo stesso argomento. In particolare, Sez. 2, n. 10188/2019, F. Manna, Rv. 653493-01, ha spiegato che l'azienda ereditaria deve ritenersi oggetto di comunione se tra gli eredi vi è la finalità del solo godimento comune, secondo la sua consistenza al momento dell'apertura della successione. Se invece tale azienda viene esercitata per finalità speculative, con nuovi conferimenti e in vista di ulteriori utili, la Corte ha ritenuto

esservi esercizio d'impresa, la quale può avvenire da parte di tutti i coeredi oppure di uno (o alcuni) di essi. Nel primo caso, l'originaria comunione incidentale si trasforma in una società (sia pure irregolare o di fatto), mentre nel secondo caso la comunione incidentale è limitata all'azienda, così come relitta dal *de cuius*, con gli elementi esistenti all'apertura della successione, e l'impresa esercitata dal singolo (o da alcuni dei coeredi) è riferibile soltanto ad esso (o ad essi), con gli utili e le perdite ad essa relativi (conf. Sez. 2, n. 01366/1975, Bologna, Rv. 374900-01).

Particolare rilievo assume, in argomento, anche Sez. 2, n. 03028/2009, Mazzacane, Rv. 606476-01 (v. anche Sez. L, n. 13291/1999, Evangelista, Rv. 531591-01).

1.2. Società di fatto.

Si è occupata della prova della società di fatto, **Sez. 6-5, n. 19234/2020, Conti, Rv. 658876-01**, secondo la quale l'esistenza di una società di fatto, nel rapporto tra i soci, non può essere desunta soltanto dalle dichiarazioni rese dalle persone coinvolte, essendo necessaria la dimostrazione, eventualmente anche con prove orali o mediante presunzioni, del patto sociale e dei suoi elementi costitutivi, quali: il fondo comune, l'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite, il vincolo di collaborazione in vista di detta attività (la fattispecie, attinente alla materia tributaria, ha riguardato un caso in cui l'Amministrazione aveva ripreso a tassazione maggiori redditi, derivanti dalla ritenuta partecipazione del contribuente ad una società di fatto).

La pronuncia si presenta come una precisazione del principio oramai consolidato, secondo cui la mancanza della prova scritta del contratto di costituzione di una società di fatto o irregolare (non richiesta dalla legge ai fini della sua validità) non impedisce al giudice del merito l'accertamento *aliunde*, mediante ogni mezzo di prova previsto dall'ordinamento, ivi comprese le presunzioni semplici, dell'esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di una attività imprenditoriale, quali il fondo comune costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite e l'*affectio societatis*, cioè il vincolo di collaborazione in vista di detta attività nei confronti dei terzi; peraltro, è sufficiente a far sorgere la responsabilità solidale dei soci, ai sensi dell'art. 2297 c.c., l'esteriorizzazione del vincolo sociale, ossia l'idoneità della condotta complessiva di taluno dei soci ad ingenerare all'esterno il ragionevole affidamento circa l'esistenza della società i (v. da ultimo Sez. 6-1, n. 08981/2016, Genovese, Rv. 639539-01).

Tali accertamenti, risolvendosi nell'apprezzamento di elementi di fatto, non sono censurabili in sede di legittimità, se sorretti da motivazioni adeguate ed immuni da vizi logici o giuridici (v. ancora Sez. 6-1, n. 08981/2016, Genovese, Rv. 639539-01).

1.3. Intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie.

Con riferimento alla forma dei negozi fiduciari riguardanti partecipazioni societarie, **Sez. 1, n. 09139/2020, Falabella, Rv. 657636-01**, ha rilevato che il *pactum fiduciae* che abbia ad oggetto il trasferimento di quote sociali non richiede la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, perché tale patto deve essere equiparato al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo, e la cessione di quote è un negozio che non richiede alcuna forma particolare, neppure nel caso in cui la società sia proprietaria di beni immobili.

Diversamente si è pronunciata Sez. 2, n. 32108/2019, Carbone, Rv. 656210-01, ove – sul presupposto che il *pactum fiduciae* esiga sempre la forma scritta *ad substantiam*, qualora comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile – si è affermata la necessaria forma scritta del patto fiduciario, comportante il trasferimento indiretto di un immobile, attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene.

Tale orientamento è comunque da ritenersi destinato ad essere superato a seguito dell'importante pronuncia delle Sezioni Unite, relativa proprio alla forma del *partum fiduciae* inerente beni immobili (**Sez. U, n. 06459/2020, Giusti, Rv. 657212-01**), in cui viene precisato che non è necessaria la forma scritta *ad substantiam* per il patto fiduciario avente ad oggetto beni immobili, che si innesti su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, trattandosi di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario, il quale dà luogo ad un assetto di interessi che si esplica esclusivamente sul piano obbligatorio.

1.4. La clausola compromissoria e le controversie compromettibili.

In linea con i precedenti, che hanno ritenuto applicabile anche alle società di persone le previsioni dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 (Sez. 1, n. 03665/2014, Di Virgilio, Rv. 630038-01), **Sez. 1, n. 16556/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 658602-03**, ha ribadito che la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di persone, che preveda la nomina di un arbitro unico ad opera dei soci e, nel caso di disaccordo, ad opera del presidente del tribunale, su ricorso della parte più diligente, è affetta, sin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, da nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio – ove non fatta valere altra e diversa causa di illegittimità in via d'azione – con la conseguenza che la clausola non produce effetti e la controversia può essere introdotta solo davanti al giudice ordinario (nella specie,

la S.C. ha comunque escluso la rilevabilità d'ufficio della predetta nullità, in quanto il ricorrente aveva infondatamente denunciato, nel giudizio impugnatorio, una diversa causa di inesistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri, dunque di illegittimità o inoperatività della clausola, in relazione al profilo del difetto di legittimazione degli eredi ad avvalersene).

Con riferimento alla individuazione delle controversie compromettibili, invece, **Sez. 6-1, n. 04956/2020, Dolmetta, Rv. 657009-01**, ha precisato che la controversia avente ad oggetto l'esecuzione della delibera di aumento del capitale sociale di una società è compromettibile in arbitri ai sensi dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, perché è relativa a diritti inerenti al rapporto sociale, inscindibilmente correlati alla partecipazione del socio, sicché, nel caso di fallimento della società, la clausola compromissoria statutaria resta opponibile al curatore fallimentare che agisca per l'esecuzione dell'aumento deliberato (conf. Sez. 1, n. 24444/2019, Terrusi, Rv. 655346-01).

1.5. Le vicende modificative ed estintive delle società.

In tema di fusione per incorporazione di società, e con riguardo agli effetti processuali, **Sez. 1, n. 10301/2020, Scotti, Rv. 657776-01**, ha evidenziato che l'atto di citazione notificato ad una società già incorporata in un'altra è nullo per inesistenza della parte convenuta, ma tale nullità, rilevabile d'ufficio, resta sanata per effetto della costituzione in giudizio della società incorporante, indipendentemente dalla volontà e dall'atteggiamento processuale di questa, atteso che la *vocatio in ius* di un soggetto non più esistente, ma nei cui rapporti sia succeduto un altro soggetto, consente comunque di individuare il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, realizzando un vizio meno grave rispetto a quello da cui è affetta la *vocatio* mancante dell'indicazione della parte processuale convenuta, che pure è sanabile mediante la costituzione in giudizio di chi, malgrado il vizio, si sia riconosciuto come convenuto.

Sez. 1, n. 07920/2020, Falabella, Rv. 657497-01, ha poi evidenziato che il rapporto di cambio tra le azioni di risparmio dell'incorporata e quelle ordinarie dell'incorporante deve calcolarsi tenendo conto che il valore delle prime non è necessariamente coincidente con quello delle azioni ordinarie della medesima incorporata, giacché il valore delle azioni, che può essere desunto anche dalle quotazioni di mercato dei titoli, dipende dai diritti, non solo di natura patrimoniale, ma anche di natura amministrativa, da esse conferiti.

Guardando agli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di fusione, **Sez. 1, n. 05602/2020, Iofrida, Rv. 657043-01,** ha precisato che la preclusione alla declaratoria di invalidità dell'atto di fusione, sancita dall'art. 2504 *quater* c.c. per effetto di tale iscrizione, tutela l'affidamento dei terzi e la certezza dei

traffici, sicché, quando l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta in base ad una sequenza procedimentale priva di riconoscibili anomalie esteriori, l'inesistenza giuridica di una delle delibere assembleari propedeutiche alla fusione, non determina l'inesistenza anche dell'atto di fusione ormai iscritto, restando esclusa l'impugnabilità di quest'ultimo.

Per quanto riguarda la trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, **Sez. 6-L, n. 23030/2020, Marchese, Rv. 659351-01**, ha ribadito che tale trasformazione non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlata creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale comporta soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti processuali e sostanziali facenti capo all'originaria organizzazione societaria (conf. tra le tante Sez. 1, n. 10332/2016, Di Virgilio, Rv. 639805-01).

In materia di trasformazione di società di persone in società a responsabilità limitata, **Sez. 2, n. 29745/2020, Tedesco, Rv. 659982 - 01**, ha ritenuto che la trasformazione non libera i soci per le obbligazioni sociali anteriori alla iscrizione della delibera di trasformazione nel registro delle imprese, se non risulta che i creditori sociali abbiano dato il loro consenso alla trasformazione. Tale consenso si presume nei casi previsti dall'art. 2500 *quinquies* c.c., ma la comunicazione deve essere necessariamente effettuata, potendosi avere un consenso "presunto" esclusivamente a seguito della stessa, senza che abbia valore la conoscenza acquisita *aliunde* da parte dei creditori, né l'invio a questi ultimi di atti dai quali possa essere riconosciuta l'avvenuta trasformazione e neppure la notizia che derivi dalla pubblicità della relativa delibera.

Numerose sono, infine, le pronunce in tema di cancellazione delle società dal registro delle imprese e di estinzione delle stesse.

È importante distinguere subito l'ipotesi della cancellazione a seguito del trasferimento della sede sociale all'estero, perché, come affermato da **Sez. 5, n. 16775/2020, Fichera, Rv. 658695-01**, in questo caso, la cancellazione non determina alcun effetto estintivo *ex* art. 2945 c.c., continuando la società a svolgere la propria attività sua pure in un altro stato (la pronuncia, adottata in materia tributaria, ha conseguentemente evidenziato che, in tale eventualità, rimangono fermi la titolarità passiva delle obbligazioni tributarie e la capacità della persona giuridica contribuente).

Più in generale, **Sez. U, n. 29108/2020, Giusti, Rv. 660008 - 01**, ha rilevato, come aveva già fatto in altri casi, che, qualora all'estinzione della società, conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno successorio, in virtù del quale si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o di comunione indivisa, i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della

società estinta, ma non anche le mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, né i diritti di credito ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato. Negli stessi termini si è subito pronunciata **Sez. 6-1, n. 30075/2020, Nazzicone, Rv. 660194 - 01.**

In generale, **Sez. 3, n. 28439/2020, Rossetti, Rv. 659863-01**, nel ricordare che la remissione del debito, quale causa di estinzione delle obbligazioni, esige che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco e anche con un comportamento tacito, che sia però privo di alcun'altra giustificazione razionale, ha affermato che i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze, tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio possa fondarsi su altra causa, diversa dalla volontà della società di rinunciare al credito (in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva escluso che la mera omissione dell'indicazione d'un credito nel bilancio finale di liquidazione potesse indicare la volontà di rinunciarvi).

Per il caso in cui la cancellazione intervenga in pendenza di un giudizio intrapreso dalla stessa società cancellata, **Sez. 1, n. 09464/2020, Nazzicone, Rv. 657639-01**, ha ritenuto che la conseguente estinzione della società non determina anche l'estinzione della pretesa azionata, salvo che il creditore abbia manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito, comunicandola al debitore, e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare (in applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che ha ritenuto dovute agli ex soci di una società di capitali, estintasi nel corso della causa, le somme inizialmente pretese dalla medesima).

Sempre con attenzione agli effetti nel processo della cancellazione delle società, **Sez. 3, n. 25869/2020, Iannello, Rv. 659853-01**, ha evidenziato che, qualora l'estinzione a seguito di cancellazione dal registro delle imprese intervenga in pendenza di un giudizio in cui la società è parte, si determina un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 e ss. c.p.c., con eventuale prosecuzione o riassunzione ad opera o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 c.p.c. Ove l'evento non sia stato fatto constare nei modi di legge, o si sia verificato quando farlo constare in tali modi non sia più stato possibile, l'impugnazione della sentenza, pronunciata nei riguardi della società, deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, purché dei presupposti della *legitimatio ad causam* sia da costoro fornita la prova (nella specie, in applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la sentenza d'appello, che aveva dichiarato

l'inammissibilità dell'appello proposto da un socio, che si era limitato a definirsi accomandatario, senza in alcun modo fare cenno d'essere succeduto alla società estinta).

In termini simili, con riferimento al processo tributario, **Sez. 5, n. 16362/2020, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 658435-01**, ha affermato, che l'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, determina un fenomeno di tipo successorio, in forza del quale i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono – venendo altrimenti sacrificato ingiustamente il diritto dei creditori sociali – ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti *pendente societate*. Ne discende che i soci peculiari successori della società subentrano *ex* art. 110 c.p.c. nella legittimazione processuale facente capo all'ente, in situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, ovvero a prescindere dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale, dovendo invece escludersi la legittimazione *ad causam* del liquidatore della società estinta (nella specie destinatario di cartella di pagamento, quale coobbligato ai sensi dell'art. 2495, comma 2, c.c.) il quale può essere destinatario di un'autonoma azione risarcitoria, ma non della pretesa attinente al debito sociale.

Sempre in materia di estinzione delle società per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, ma applicando una disciplina tutta particolare, **Sez. 6-5, n. 04536/2020, Dell'Orfano, Rv. 657323-01**, ha precisato che il differimento quinquennale degli effetti dell'estinzione della società derivanti dall'art. 2495, comma 2, c.c., che, ai sensi dell'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 175 del 2014, opera soltanto nei confronti dell'Amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione ivi indicati, con riguardo a tributi o contributi, si applica esclusivamente ai casi in cui la richiesta di cancellazione della società dal registro delle imprese, che costituisce il presupposto di tale differimento, sia stata presentata nella vigenza della disposizione, e pertanto il 13 dicembre 2014 o successivamente, in quanto la norma reca disposizioni di natura sostanziale sulla capacità della società cancellata dal registro delle imprese e non ha efficacia retroattiva.

2. Le società di persone.

Vengono di seguito riportate le decisioni adottate dalla Corte di cassazione, nel corso 2020, in tema di società di persone che riguardano, in particolare, la responsabilità dei soci per i debiti della società e il *beneficium excussionis*, la ripartizione dei guadagni e delle perdite, lo scioglimento della società e la cessazione del rapporto sociale limitatamente a un socio.

2.1. La responsabilità solidale dei soci e il *beneficium excussionis*.

Com'è noto, in tema di società semplice, l'art. 2268 c.c. prevede che il socio richiesto dei pagamenti dei debiti sociali può domandare (anche se la società è in liquidazione) la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando i beni sui quali il creditore può soddisfarsi. Per quanto riguarda le società in nome collettivo, in virtù dell'art. 2304 c.c., i creditori sociali (anche se la società è in liquidazione) non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale. Quest'ultima disposizione si applica anche alla società in accomandita semplice e alla società in accomandita per azioni (limitatamente ai soci accomandatari), operando il rinvio ad essa stabilito rispettivamente dagli artt. 2315 c.c. 2461 c.c.

In sintesi, a differenza di quanto previsto per la società semplice, nelle società in nome collettivo e nelle società in accomandita semplice (come pure nella società in accomandita per azioni, sia pure per i soli soci accomandatari), la previa escussione del patrimonio sociale da parte del creditore procedente non forma una eccezione del socio, che può invocare il beneficio indicando i beni sui quali il creditore può agevolmente soddisfarsi, ma rappresenta una vera condizione dell'azione promossa dal creditore, che non può pretendere il pagamento dal socio, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale (così Sez. L, n. 11921/1990, Paolucci, Rv. 470157-01).

Nell'anno in rassegna, **Sez. 3, n. 22629/2020, Moscarini, Rv. 659033-01**, ha precisato che il beneficio d'escussione previsto dall'art. 2304 c.c. ha efficacia limitatamente alla fase esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo aver agito infruttuosamente sui beni della società, ma non impedisce allo stesso creditore d'agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio stesso, sia per poter iscrivere ipoteca giudiziale sugli immobili di quest'ultimo, sia per poter agire in via esecutiva contro il medesimo senza ulteriori indugi, una volta che il patrimonio sociale risulti incapiente o insufficiente al soddisfacimento del suo credito (nel riaffermare il principio, la S.C. ha confermato che la responsabilità illimitata e solidale del socio accomandatario può essere fatta valere dal creditore per tutte le obbligazioni contrattualmente assunte nel nome della società, anche se è diverso il soggetto che per quest'ultima abbia contratto con il terzo).

Numerose pronunce si pongono in linea con tale principio, che può ritenersi indubbiamente consolidato (tra le tante, v. Sez. 3, n. 25378/2018, Ambrosi, Rv. 651164-01; Sez. 3, n. 21768/2019, Rossetti, Rv. 655030-02; v. anche Sez. 1, n. 01040/2009, Rordorf, Rv. 606371-01 e Sez. 2, n. 28146/2013, Matera, Rv. 629195-01).

In tale quadro, guardando alla riscossione a mezzo di ruolo di tributi dovuti dalla società, le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 28709/2020, Perrino, Rv. 659872-01**) hanno affermato che, in tema di riscossione ed esecuzione a mezzo ruolo di tributi, il cui presupposto impositivo sia stato realizzato dalla società e la cui debenza risulti da un avviso di accertamento notificato alla società, e da questa non impugnato, il socio può impugnare la cartella notificatagli, eccependo (tra l'altro) la violazione del beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale.

Dando applicazione ai principi sopra richiamati, le Sezioni Unite hanno ribadito che, se si tratta di società semplice (o irregolare), incombe sul socio l'onere di provare che il creditore possa soddisfarsi in tutto o in parte sul patrimonio sociale, mentre, se si tratta di società in nome collettivo, in accomandita semplice o per azioni, è l'Amministrazione creditrice a dover provare l'insufficienza totale o parziale del patrimonio sociale (a meno che non risulti *aliunde* dimostrata in modo certo l'insufficienza del patrimonio sociale per la realizzazione anche parziale del credito, come, ad esempio, in caso in cui la società sia cancellata). Da ciò consegue che: se l'Amministrazione prova la totale incapienza patrimoniale, l'impugnazione della cartella dovrà essere respinta; se il coobbligato beneficiato prova la sufficienza del patrimonio, il ricorso dovrà essere accolto; se la prova della capienza è parziale, il ricorso sarà accolto negli stessi limiti; se nessuna prova si riesce a dare, l'applicazione della regola suppletiva posta dall'art. 2697 c.c. comporterà che il ricorso sarà accolto o respinto, a seconda che l'onere della prova gravi sul creditore, oppure sul coobbligato sussidiario.

2.2. Scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio e scioglimento della società.

Con riferimento al giudizio instaurato per la liquidazione della quota del socio uscente, **Sez. 1, n. 08222/2020, Nazzicone, Rv. 657609-02**, in una fattispecie riguardante una società in nome collettivo, ha ribadito, come da sempre affermato, che è la società la parte titolare della legittimazione passiva, aggiungendo tuttavia che l'unico socio superstite può essere convenuto in lite, sia in nome della società che in nome proprio, in modo tale che possa essere fatta valere la sua responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Si pone nello stesso indirizzo, **Sez. 1, n. 16556/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 658602-01**, ove, con riferimento alla domanda di liquidazione della quota da parte degli eredi del socio di società in nome collettivo defunto, si è ritenuto che il necessario contraddittorio nei confronti della società, titolare esclusiva della legittimazione passiva, può ritenersi regolarmente instaurato anche nel caso in cui sia convenuta in giudizio non la società, ma tutti i suoi soci, ove risulti accertato,

attraverso l'interpretazione della domanda e con apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito, che l'attore abbia proposto l'azione nei confronti della società per far valere il proprio credito vantato contro di essa (conf. Sez. 1, n. 05248/2012, Scaldaferri, Rv. 622617-01).

Sempre in tema di liquidazione della quota al socio uscente, **Sez. 1, n. 04260/2020, Marulli, Rv. 657074-01**, ha evidenziato che il criterio di ripartizione dei guadagni e delle perdite, stabilito dall'art. 2263, comma 2, c.c. per il socio d'opera, vale anche in caso di scioglimento della società limitatamente a quest'ultimo. Pertanto, se il contratto sociale non determina la quota spettante al socio uscente, ai fini della liquidazione, il valore di essa viene fissato dal giudice in base ad una valutazione equitativa, la quale, sebbene consenta di dare rilievo alla particolare natura della prestazione resa, per risultare conforme a diritto e non sconfinare nell'arbitrio deve basarsi sulla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si è verificato lo scioglimento (nella specie, la sentenza cassata aveva liquidato la quota del socio d'opera occulto assumendo a base del giudizio d'equità non la situazione patrimoniale al momento dello scioglimento del rapporto sociale, ma l'utile d'esercizio relativo ad un determinato anno).

Di particolare interesse è **Sez. 1, n. 08222/2020, Nazzicone, Rv. 657609-01**, ove si rileva che tra coniugi in regime di comunione legale può essere costituita una società di persone, con un patrimonio costituito dai beni conferiti dagli stessi, essendo anche le società personali dotate di soggettività giuridica, sicché, in caso di recesso di un socio, sorgendo a carico della società l'obbligo della liquidazione della sua quota, la domanda del coniuge receduto di accertamento della comproprietà dei beni sociali può essere interpretata dal giudice come tesa alla liquidazione della sua quota sociale (nella specie, la S.C. ha ritenuto che potesse riqualificarsi come istanza di liquidazione della quota sociale, la domanda della moglie nei confronti del marito tesa all'accertamento della comproprietà dei beni appartenenti ad una società in nome collettivo, di cui i coniugi in regime di comunione dei beni erano unici soci).

Merita di essere menzionata anche **Sez. 1, n. 04779/2020, Federico, Rv. 657029-01**, che affronta il tema del rapporto tra scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio e scioglimento della società di persone composta da due soli soci.

In tale pronuncia, la S.C. ha rilevato che, nell'ambito del giudizio pendente fra i due soli soci, la decisione sulla ricorrenza di una causa di esclusione dell'uno è pregiudiziale rispetto a quella sull'avvenuto scioglimento della società, considerato che l'eventuale pronuncia di esclusione, di natura costitutiva, spiega effetto dal passaggio in giudicato e che da tale momento il socio superstite ha sei mesi per ricostituire la pluralità dei soci, così evitandone appunto lo scioglimento.

Con attenzione alle operazioni di liquidazione della società di persone, **Sez. 6-1, n. 05945/2020, L. Tricomi, Rv. 657233-01**, ha evidenziato che, nel caso di società di persone posta in liquidazione, e poi estinta, i soci non possono pretendere somme ulteriori rispetto a quelle risultanti dal bilancio finale di cui all'art. 2311 c.c., quando quest'ultimo risulti ormai approvato, poiché tutte le contestazioni riguardanti le voci del bilancio possono farsi valere esclusivamente con la sua impugnazione.

Da ultimo, deve essere menzionata **Sez. 6-2, n. 15686/2020, Tedesco, Rv. 658780-01**, ove la S.C. ha spiegato che, in tema di società di persone, è valida la clausola, contenuta nel contratto sociale, che attribuisca ai soci superstiti la facoltà di continuare la società con gli eredi del socio deceduto, così imponendo a questi ultimi, ove la facoltà sia esercitata, l'obbligo di proseguire l'attività sociale del loro dante causa, fermo restando che la continuazione della società da parte di questi ultimi non avviene *mortis causa*, ma in virtù dell'accordo *inter vivos* intercorso con i soci superstiti, che può manifestarsi anche per il tramite di comportamenti concludenti.

3. Le società di capitali.

Vengono di seguito riportate le decisioni adottate dalla Corte di cassazione, nel corso del 2020, con specifico riferimento alle società di capitali. Trattano in particolare i diritti e i doveri del socio, i finanziamenti e i conferimenti a vario titolo di quest'ultimo, l'assemblea e le delibere assembleari, l'amministrazione, la liquidazione e le azioni di responsabilità. In alcuni casi, la Corte di cassazione ha affrontato le singole questioni, riferendosi in generale alle società di capitali, mentre, in altri casi, come di volta in volta precisato, ha esaminato in particolare la disciplina propria delle s.p.a. o delle s.r.l.

3.1. Diritti e doveri del socio.

Con riferimento in generale alla società di capitali, **Sez. L, n. 25045/2020, Cinque, Rv. 659446-01**, ha evidenziato che, quando il socio di una società di capitali presta la propria attività professionale a favore della società senza corrispettivo, è configurabile un arricchimento senza giusta causa di quest'ultima per l'incremento patrimoniale derivante dalla mancata spesa, con corrispondente danno per il socio, ma, nel determinare la misura del ristoro a quest'ultimo dovuto, il giudice deve indagare anche se, e in che misura, il vantaggio della società si sia risolto in un concreto incremento economico anche per il socio a titolo di maggiori utili, influendo riduttivamente sulla diminuzione patrimoniale da lui subita e, quindi, sull'indennità a lui spettante *ex* art. 2041 c.c.

In ordine al diritto di recesso dalla s.p.a., **Sez. 1, n. 04716/2020, Iofrida, Rv. 657081-01**, ha precisato che deve ritenersi escluso il diritto di recesso *ad nutum* del

socio nel caso in cui lo statuto preveda una prolungata durata della società (nella specie, fino al 2100), non potendo tale ipotesi essere assimilata a quella prevista dall'art. 2437, comma 3, c.c., riguardante la società costituita per un tempo indeterminato, stante la necessaria interpretazione restrittiva delle cause di recesso e dovendo anche escludersi l'estensione della disciplina prevista dall'art. 2285 c.c. per le società di persone, ove prevale l'*intuitus personae*, ostandovi esigenze di certezza e di tutela dell'interesse dei creditori delle società per azioni al mantenimento dell'integrità del patrimonio sociale, potendo essi fare affidamento solo sulla garanzia generica da quest'ultimo offerta, a differenza dei creditori delle società di persone, che invece possono contare anche sui patrimoni personali dei soci illimitatamente responsabili.

Nella stessa linea, e con analoghi argomenti, si è già posta Sez. 1, n. 08962/2019, Iofrida, Rv. 653568-01, sia pure in tema di recesso dalla s.r.l. Invece, Sez. 1, n. 09662/2013, Bisogni, Rv. 626392-01, ha ritenuto che la previsione statutaria di un termine di durata particolarmente lungo, e tale da superare qualsiasi orizzonte previsionale anche per un soggetto collettivo, determina l'assimilazione della s.r.l. a tempo determinato ad una s.r.l. a tempo indeterminato, consentendo al socio di esercitare il diritto di recesso in qualsiasi momento (perché deve essere assicurata la tutela del suo affidamento circa la possibilità di disinvestire la quota), sicché, la modifica dello statuto, che riduca notevolmente tale termine di durata, in origine estremamente lungo, comporta anche l'eliminazione della menzionata causa di recesso (il principio è stato enunciato proprio con riferimento a una modifica della durata della società, prevista in origine fino al 2100 e poi fino al 2050).

Importante è una pronuncia della S.C., riferita al caso in cui il socio di s.r.l. si renda moroso nell'esecuzione dei versamenti dovuti a titolo di conferimento per il debito da sottoscrizione dell'aumento del capitale deliberato nel corso della vita della società.

La Corte di cassazione ha, infatti, affermato che, in tale ipotesi, il socio moroso non può essere escluso dalla società, essendo egli titolare della partecipazione sociale sin dalla costituzione della stessa. Ferma la permanenza del socio nella società per la quota già posseduta, l'assemblea deve, tuttavia, deliberare la riduzione del capitale sociale solo per la misura corrispondente al debito di sottoscrizione, derivante dall'aumento non onorato, fatto salvo solo il caso in cui lo statuto preveda l'indivisibilità della quota (**Sez. 1, n. 01185/2020, Nazzicone, Rv. 656877-01**).

Nella stessa statuizione, la medesima Corte ha anche rilevato che il socio moroso di s.r.l. non è ammesso, secondo il disposto dell'art. 2466 c.c., ad esprimere il proprio voto nelle decisioni assembleari, ma non perde anche il diritto di controllo sugli affari sociali, ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c., sino a che resti parte della compagine societaria, in esito al procedimento intrapreso dagli amministratori nei suoi confronti (**Sez. 1, n. 01185/2020, Nazzicone, Rv. 656877-02**).

In motivazione è spiegato che il socio moroso di società a responsabilità limitata non è ammesso, secondo il disposto dell'art. 2466 c.c., a partecipare alle decisioni o alle deliberazioni assembleari, esprimendo il proprio voto, ma non perde anche il diritto di controllo sugli affari sociali, sino a che resti parte della compagine societaria. In altre parole, fino al completamento del procedimento di vendita coattiva o di esclusione, egli non cessa di essere socio (ad es., è computato nel *quorum* costitutivo, ma non nel *quorum* deliberativo, come si desume dall'art. 2368, comma 3, c.c.).

Mentre, dunque, il voto resta "sospeso" per il tempo della morosità, quale misura sanzionatoria e sollecitatoria dell'adempimento, non così i diritti amministrativi e, *in primis,* il diritto di informazione e di ispezione di cui all'art. 2476, comma 2, c.c., che resta a presidiare la trasparenza dell'andamento societario, e tanto più necessario (salvo abusi, di cui però nella specie non si discute) proprio nel momento del conflitto con gli altri soci o con la gestione societaria.

3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo.

Anche nell'anno in rassegna, la S.C. ha adottato alcune pronunce in ordine alle varie fattispecie a cui possono essere ricondotti i versamenti di denaro operati dai soci in favore delle società dagli stessi partecipate.

Sez. 1, n. 07919/2020, Falabella, Rv. 657564-01, ha ancora una volta affermato che l'erogazione di tali somme può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento destinato a confluire in apposita riserva "in conto capitale", aggiungendo che, in quest'ultimo caso non nasce un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società, e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, connotato dalla postergazione della sua restituzione rispetto al soddisfacimento dei creditori sociali e dalla posizione del socio quale *residual claimant* (negli stessi termini, Sez. 1, n. 24861/2015, Didone, Rv. 637899-01).

In realtà, come evidenziato da **Sez. 1, Nazzicone, n. 29325/2020, Rv. 660207 – 03,** le figure in cui le menzionate dazioni di denaro possono essere inquadrate sono ancora più numerose (conferimenti, finanziamenti, versamenti a fondo perduto o in conto capitale, versamenti finalizzati ad un futuro aumento del capitale).

Decisiva, ai fini di una corretta qualificazione, è l'interpretazione della volontà delle parti, rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, chiamato a verificare se si tratta di un rapporto di finanziamento riconducibile allo schema del mutuo o di un contratto atipico di conferimento, ed, in quest'ultimo caso, se esso sia stato – in modo inequivoco – condizionato o meno, nella restituzione, ad un futuro aumento del capitale nominale della società. L'indagine può tener conto di ogni elemento, quali le clausole statutarie che tali versamenti prevedano, il comportamento

delle parti, i fini perseguiti, le scritture contabili, i bilanci e qualsiasi altra circostanza del caso concreto, capace di svelare la comune intenzione delle parti e gli interessi coinvolti.

In tale quadro, come puntualizzato dalla decisione richiamata, l'organo amministrativo non è libero di appostare in bilancio le dazioni dei soci dove vuole, né di mutare la voce ad esse relativa dopo l'iscrizione originaria, dovendo essa rigorosamente rispecchiare l'effettiva natura e la causa concreta delle medesime, il cui accertamento, nella interpretazione della volontà delle parti, è rimesso all'apprezzamento riservato al giudice del merito.

Nella decisione menzionata, pertanto, la S.C. ha ritenuto viziata la delibera di approvazione del bilancio, nella parte relativa alla contabilizzazione di alcune dazioni dei soci in favore della società, in una fattispecie in cui il giudice di merito aveva ritenuto che i soci avessero effettuato versamenti in conto futuro aumento capitale sociale, non restituibili fino alla liquidazione della società, perché tali dazioni erano state correttamente indicate, nel bilancio di riferimento, tra le riserve, ma poi, nell'esercizio successivo, erano state appostati tra i debiti sociali, senza alcuna giustificazione e, dunque, in violazione del principio di continuità di cui all'art. 2423 *bis*, comma l, n. 6, c.c., derogabile solo in casi eccezionali.

3.3. Le deliberazioni dell'assemblea.

In argomento, si deve richiamare ancora **Sez. 1, Nazzicone, n. 29325/2020, Rv. 660207 - 01**, ove la S.C. ha spiegato che, ai sensi dell'art. 2377, comma 7, c.c., la caducazione della deliberazione dell'assemblea dei soci di s.p.a. – perché annullata o dichiarata nulla – ha effetto nei confronti di tutti i soci, in quanto partecipi all'ente societario, la cui deliberazione viene meno con effetto assoluto, senza che sia configurabile alcun litisconsorzio necessario.

Si tratta, ha precisato la Corte, di un'ipotesi nella quale è riconosciuta a più soggetti la legittimazione disgiuntiva ad agire per rimuovere una situazione giuridica, ma in cui, del pari, il legislatore ha espressamente previsto che l'accoglimento della domanda determina gli effetti del giudicato sostanziale nei confronti di tutti i soci e di qualsiasi altro legittimato all'impugnazione.

La sentenza di accoglimento dell'impugnazione (non così la pronuncia di rigetto, che non impedisce agli altri legittimati di proporre l'azione, ave non decaduti) "consuma", infatti, l'interesse ad agire degli altri legittimati non partecipanti al giudizio, essendo ormai soddisfatto lo scopo cui tende la legittimazione concorrente, e impedisce una successiva azione di impugnazione.

La pronuncia sopra menzionata è importante anche per l'enunciazione di un altro principio a conferma di orientamento già espresso tempo addietro.

In particolare, **Sez. 1, n. 29325/2020, Nazzicone, Rv. 660207 - 02**, ha ribadito che non è privo di legittimazione ad impugnare, né abusa del diritto di impugnativa il socio-amministratore, che impugni la deliberazione assembleare di approvazione del bilancio, dopo aver approvato il progetto di bilancio in qualità di componente del consiglio di amministrazione.

A fondamento di tale affermazione, la S.C. ha evidenziato la mancanza di qualsiasi restrizione all'esercizio del diritto di impugnazione delle delibere difformi dalla legge o dall'atto costitutivo, rilevando che, nel caso esaminato, il soggetto esercita funzioni e ruoli distinti (quello di amministratore e quello di socio), onde è ben possibile che possa esprimere due diverse valutazioni, senza che sia per ciò solo configurabile una violazione del divieto di venire *contra factum proprium*, aggiungendo, poi, che l'azione di nullità, qual è quella esperita contro l'approvazione del bilancio, è attribuita a chiunque vi abbia interesse, in quanto il legislatore ha preventivamente valutato la coesistenza di un interesse superindividuale (anzitutto, della società, accanto a quello dell'attore) alla caducazione di una deliberazione così gravemente viziata.

Sempre in tema di impugnazione del bilancio di società di capitali, **Sez. 1, n. 21494/2020, Iofrida, Rv. 659514-01**, ha affermato che l'iscrizione dei conti d'ordine in calce allo stato patrimoniale (secondo la disciplina previgente al d.lgs. n. 139 del 2015) assolve alla funzione di informare i terzi, e soprattutto i soci, dell'esistenza di rischi ed impegni futuri, connessi a operazioni nel presente prive di rilievo contabile, ma suscettibili di influire sul saldo degli esercizi successivi, offrendo notizie utili per valutare, sul piano qualitativo, le condizioni patrimoniali e reddituali della società e la loro futura evoluzione, sicché, sebbene la scelta delle operazioni da indicare nei conti d'ordine sia rimessa alla discrezionalità del redattore del bilancio, essa deve comunque rispondere al limite dato dal rispetto della clausola generale della chiarezza dell'informazione contabile.

Nell'affermare tale principio, la S.C. ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito, secondo il quale, nella redazione del bilancio, era stata violata la menzionata clausola generale, per essere stata cancellata, senza alcuna spiegazione, l'iscrizione di un'ingente somma di denaro, inserita nel bilancio precedente tra i conti d'ordine sotto la voce "impegni verso terzi".

In argomento, rileva anche la già menzionata **Sez. 1, n. 29325/2020, Nazzicone, Rv. 660207 - 03**, ove è stata affermata l'illegittimità della diversa appostazione in bilancio di dazioni di denaro dei soci in favore della società, mutata da un anno all'altro (dalle riserve ai debiti sociali) senza alcuna giustificazione e in violazione del principio di continuità contabile.

Per quanto riguarda le deliberazioni di aumento del capitale sociale, adottate da una s.p.a., **Sez. 2, n. 02670/2020, Abete, Rv. 657090-03**, ha affermato che tale

deliberazione, ove sia stata assunta con violazione del diritto di opzione, non è nulla, ma meramente annullabile, in quanto tale diritto è tutelato dalla legge solo in funzione dell'interesse individuale dei soci ed il contrasto con norme, anche cogenti, rivolte alla tutela di tale interesse determina un'ipotesi di mera annullabilità (conf. Sez. 1, n. 01361/2011, Rordorf, Rv. 616236-01).

Sempre in tema di deliberazioni di aumento del capitale sociale, adottate però da s.r.l., **Sez. 6-1, n. 15647/2020, Nazzicone, Rv. 658500-01**, ha precisato che tale deliberazione è legittimamente assunta senza che ne siano esplicitate le ragioni, perché, nel diritto societario, costituiscono un numero limitato le decisioni degli organi sociali soggette per legge all'obbligo di motivazione e, sebbene in via interpretativa ne possano essere individuate altre in cui essa è comunque necessaria (quali le deliberazioni di interruzione del rapporto sociale, gestorio o sindacale), la regola è che tali decisioni, ivi compresa quella prevista dall'art. 2438 c.c., non richiedono una specifica motivazione.

3.4. Gli amministratori.

Nel periodo in rassegna, sono state adottate significative pronunce che hanno riguardato il rapporto intercorrente tra amministratore e società, i poteri di quest'ultimo, i casi di revoca del medesimo e il regime delle impugnazioni delle deliberazioni assunte dall'organo gestorio in forma collegiale.

In primo luogo, deve essere menzionata **Sez. 6-3, n. 00345/2020, Scrima, Rv. 657011-01**, ove la S.C. ha affermato che l'amministratore unico e il consigliere di amministrazione di una s.p.a. sono legati a quest'ultima da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso fra quelli previsti dal n. 3 dell'art. 409 c.p.c., con la conseguenza che, in questa ipotesi, la cognizione della vertenza relativa all'azione di responsabilità esercitata contro di essi spetta alla sezione specializzata in materia di impresa di cui all'art. 3 d.lgs. n. 168 del 2003. Peraltro, ciò non esclude che, tra la detta società e la persona fisica che la rappresenta e gestisce, possa instaurarsi un autonomo, parallelo e diverso rapporto che assuma le caratteristiche di quello subordinato, parasubordinato o d'opera, con l'effetto che, in tali situazioni, la competenza a conoscere della medesima azione va riconosciuta al giudice del lavoro (nella specie, la S.C. ha ritenuto, in sede di regolamento di competenza, che dovesse essere decisa dal giudice del lavoro la domanda di risarcimento del danno promossa da una società cooperativa nei confronti di un dipendente poiché, nonostante ne fosse stata prospettata, in via alternativa, la qualità di direttore generale, nominato al di fuori delle ipotesi indicate dall'art. 2396 c.c., oppure di amministratore di fatto, parte attrice mirava ad ottenere

il ristoro del pregiudizio derivante da violazioni riconducibili allo svolgimento del rapporto di lavoro).

Con specifico riferimento all'incarico gestorio conferito all'amministratore di s.p.a., **Sez. 6-2, n. 04498/2020, Scarpa, Rv. 657254-01**, ha rilevato che, cessato tale incarico, l'amministratore nominato dall'assemblea non può essere confermato – atteso che il codice civile non prevede la "conferma" dell'amministratore - ma eventualmente rieletto, laddove la delibera di nomina e la delibera di rielezione hanno contenuto ed effetti giuridici eguali, differendo soltanto nella circostanza che la rielezione riguarda persona già in carica, mentre la nomina riguarda persona nuova. Ne consegue che la cessazione dell'amministratore dall'ufficio, benché rieletto, determina l'obbligo per il collegio sindacale di iscrivere la notizia nel registro delle imprese, a fini dell'opponibilità ai terzi.

In tema di revoca dell'amministratore di s.p.a., invece, **Sez. 1, n. 21495/2020, Iofrida, Rv. 659025-01**, ha ribadito (conf. Sez. 1, n. 02037/2018, Nazzicone, Rv. 647624-02) che le ragioni che integrano la giusta causa, ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c., devono essere specificamente enunciate nella delibera assembleare che adotta tale decisione, senza che sia possibile la successiva deduzione in sede giudiziaria di ragioni ulteriori (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto priva di giusta causa la revoca dell'amministratore per motivi che non erano stati descritti neanche nel corso della discussione su di essa).

Peraltro, come precisato da **Sez. 6-1, n. 04954/2020, Caiazzo, Rv. 656987-01**, nel silenzio dell'art. 2381 c.c. anche la revoca della delega all'amministratore delegato da parte del consiglio di amministrazione deve essere assistita da giusta causa, sussistendo, in caso contrario, il diritto del revocato al risarcimento dei danni eventualmente patiti, in applicazione analogica dell'art. 2383, comma 3, c.c. che disciplina la revoca degli amministratori da parte dell'assemblea.

In generale, con riferimento ai poteri degli amministratori delle società di capitali, **Sez. 2, n. 12640/2020, Besso Marcheis, Rv. 658275-01**, ha precisato che i menzionati amministratori hanno il potere di rappresentanza della società ma, in base allo statuto o alle determinazioni dell'organo deliberativo, possono conferirlo anche a soggetti che siano preposti a un settore con poteri di rappresentanza sostanziale o che siano inseriti con carattere sistematico nella gestione sociale o in un ramo della stessa.

Inoltre, **Sez. 1, n. 21730/2020, Falabella, Rv. 659274-01**, ha rilevato come l'amministratore di fatto di una società di capitali, pur privo di un'investitura formale, esercita sotto il profilo sostanziale, nell'ambito sociale, un'influenza, completa e sistematica, che trascende la titolarità delle funzioni, con poteri analoghi se non addirittura superiori a quelli spettanti agli amministratori di diritto, potendo concorrere con questi ultimi a cagionare un danno alla società, attraverso il

compimento o l'omissione di atti di gestione, aggiungendo, pertanto, che anche nei suoi confronti può essere promossa l'azione di responsabilità.

Sez. 1, n. 28359/2020, Scotti, Rv. 659741-01, ha, infine, affermato che, anche nel regime precedente alla modifica dell'art. 2388, comma 4, c.c., intervenuta ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003, le deliberazioni del consiglio di amministrazione contrastanti con la legge o con lo statuto potevano essere impugnate dai soci nel caso in cui si fosse configurata una lesione diretta dei loro diritti (nella specie, la S.C., cassando la sentenza con la quale la corte d'appello aveva considerato lesiva dei diritti dei soci la delibera del consiglio, assunta in violazione della norma statutaria, che attribuiva all'assemblea la competenza a deliberare la nomina del direttore generale, ha osservato che comunque i soci non erano titolari del diritto di scelta del direttore generale, ma solo di quello di partecipare all'assemblea).

3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci.

Le pronunce adottate in argomento hanno sostanzialmente confermato l'orientamento espresso negli anni precedenti.

Per quanto riguarda gli aspetti processuali, **Sez. 1, n. 21497/2020, Iofrida, Rv. 659419-01**, ha ribadito che, in tema di responsabilità degli amministratori di società, ove la relativa azione venga proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione degli stessi, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile, tra i convenuti non si determina una situazione di litisconsorzio necessario, attesa la natura solidale della obbligazione dedotta in giudizio che, dando luogo ad una pluralità di rapporti distinti, anche se collegati tra loro, esclude l'inscindibilità delle posizioni processuali, consentendo quindi di agire separatamente nei confronti di ciascuno degli amministratori (conf. Sez. 1, n. 21567/2017, Mercolino, Rv. 645412-01).

In ordine all'azione dei creditori sociali esperita dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 l.fall., **Sez. 6-1, n. 15839/2020, Nazzicone, Rv. 658712-01**, ha precisato che tale azione soggiace al termine prescrizionale di cui all'art. 2394 c.c., decorrente dal momento in cui i creditori sono oggettivamente in grado di avere percezione dell'insufficienza del patrimonio sociale, per l'inidoneità dell'attivo – raffrontato alle passività – a soddisfare i loro crediti.

Sez. 1, n. 21730/2020, Falabella, Rv. 659274-02 ha, poi, esaminato la questione della quantificazione del danno e, sempre in relazione all'azione di responsabilità promossa dal curatore *ex* art. 146 l.fall., ha affermato che il danno può essere correttamente quantificato avendo riguardo all'accertata colpevole dispersione di elementi dell'attivo patrimoniale da parte degli amministratori, oltre che al colpevole protrarsi di un'attività produttiva implicante l'assunzione di maggiori debiti della

società, senza che rilevi la circostanza che l'importo determinato sulla base di tali criteri sia poi ridotto ad una minor somma (nella specie corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo fallimentare), in ragione del limite quantitativo della pretesa fatta valere.

In motivazione, la S.C. ha evidenziato come il giudice di merito avesse correttamente utilizzato un criterio di valutazione che prescindeva dall'apprezzamento della differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare – in ossequio a quanto stabilito da Sez. U, n. 09100/2015, Rordorf, Rv. 635451-01 – spiegando che tale differenza aveva assunto rilievo solo in un secondo momento, perché il danno accertato risultava superiore a quello di cui era stato domandato il risarcimento (avendo la curatela richiesto di commisurare il pregiudizio alla menzionata differenza tra attivo e passivo fallimentare) e la somma da liquidare andava quindi ridotta in relazione a tale più contenuto *petitum*.

In generale, sull'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società di capitali, **Sez. 1, n. 02975/2020, Scotti, Rv. 656998-01**, ha ribadito che tale azione ha natura contrattuale, dovendo di conseguenza l'attore provare la sussistenza delle violazioni contestate e il nesso di causalità tra queste e il danno verificatosi, mentre sul convenuto incombe l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso alla sua condotta, fornendo la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi imposti (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, a fronte della contestazione di poste passive ingiustificate esposte in bilancio, aveva ritenuto dimostrata dagli amministratori convenuti l'insussistenza dell'illecito mediante la produzione di documentazione giustificativa solo genericamente contestata dagli attori).

La pronuncia esprime un orientamento oramai consolidato, come si evince, tra le tante, da Sez. 1, n. 17441/2016, M. Di Marzio, Rv. 641164-01 e da Sez. 1, n. 22911/2010, Rordorf, Rv. 614695-01, a cui si rinvia.

In tale ottica, come precisato da **Sez. 1, n. 25056/2020, Falabella, Rv. 659656-01**, ove i comportamenti che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto, l'onere della prova gravante sulla parte attrice non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto posto in essere dall'amministratore, ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che tale atto implica la violazione del dovere di lealtà o di quello di diligenza, spettando poi all'amministratore, una volta provata detta violazione, allegare e provare i fatti idonei ad escludere o ad attenuare la sua responsabilità (in applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione impugnata che, in un caso di protratta erogazione di merce a un cliente che continuava a non pagare le forniture, aveva addossato alla società attrice le conseguenze della mancata prova della solvenza del fideiussore reperito

dall'amministratore, mentre era quest'ultimo a dover dimostrare che il danno non gli era imputabile, per avere egli procurato la garanzia di un soggetto solvibile).

Per quanto riguarda l'azione individuale di responsabilità esperita dai soci *ex* art. 2935 c.c., **Sez. 6-1, n. 09206/2020, Dolmetta, Rv. 657987-01**, ha evidenziato che il comportamento doloso o colposo dell'amministratore, posto in essere tanto nell'esercizio dell'ufficio quanto al di fuori delle correlate incombenze, deve avere determinato un danno direttamente sul patrimonio del socio o del terzo, restando irrilevante che tale comportamento sia conforme agli interessi della società o a vantaggio di quest'ultima (conf. Sez. 1, n. 08359/2007, Salvato, Rv. 595809-01).

Comunque, **Sez. 1, n. 10096/2020, Nazzicone, Rv. 657709-01**, ha escluso che potesse costituire condotta illecita, causa di responsabilità ex art. 2395 c.c. nei confronti dei soci, la mancata rivalutazione, in sede di redazione di bilancio, delle partecipazioni in imprese controllate o collegate, pure consentita dall'art. 2426, comma 1, n. 4, c.c., perché si tratta di una scelta discrezionale rimessa all'organo gestorio, che ha la facoltà, e non l'obbligo, di valutare le menzionate immobilizzazioni finanziarie con il metodo del patrimonio netto, seguendo le modalità indicate dalla norma, invece di iscriverle al costo di acquisto.

Guardando, infine, alla responsabilità dei componenti del collegio sindacale *ex* art. 2407 c.c., **Sez. 1, n. 28357/2020, Terrusi, Rv. 660045 - 01**, ha precisato che l'accertamento di tale responsabilità richiede, come in tutti i casi di concorso omissivo nel fatto illecito altrui, non solo la prova dell'inerzia del sindaco rispetto ai propri doveri di controllo e del danno conseguente alla condotta dell'amministratore, ma anche la dimostrazione del nesso causale tra di essi, che deve essere offerta da chi agisce in responsabilità, nel senso che l'omessa vigilanza è da intendersi causa del pregiudizio se, in base a un ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione del controllo lo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione impugnata che aveva ritenuto sussistente la responsabilità del sindaco, in un caso in cui, in assenza di documentazione contabile, non erano state più rinvenute ingenti somme, incassate dal liquidatore e subito versate nel conto della società, non avendo il giudice di merito spiegato le ragioni della ritenuta responsabilità del sindaco, che si era dimesso poco dopo il menzionato incasso).

3.6. La responsabilità del liquidatore.

Nel corso del 2020 la S.C. ha adottato un'interessante pronuncia che ha descritto con chiarezza i compiti del liquidatore di società di capitali, evidenziando anche la natura e i presupposti della sua responsabilità.

In primo luogo, la Corte di cassazione ha evidenziato che il liquidatore di società di capitali ha il dovere di procedere a un'ordinata liquidazione del patrimonio sociale, pagando i debiti secondo il principio della *par condicio creditorum*, pur nel rispetto dei diritti di precedenza dei creditori aventi una causa di prelazione. Egli ha, in particolare, l'obbligo di accertare la composizione dei debiti sociali e di riparare eventuali errori od omissioni commessi dagli amministratori cessati dalla carica nel rappresentare la situazione contabile e patrimoniale della società, riconoscendo debiti eventualmente non appostati nei bilanci e graduando l'insieme dei debiti sociali, dopo averli verificati, in base ai privilegi legali che li assistono, il pagamento dei quali deve avvenire prima di quello dei crediti non garantiti da cause di prelazione. Da ciò consegue che, ove nello svolgimento del suo operato il liquidatore abbia soddisfatto un creditore per importi inferiori a quelli di altri creditori di pari grado, il pregiudizio subito da quest'ultimo, suscettibile di essere risarcito, equivale all'importo che il medesimo creditore avrebbe avuto diritto di ricevere, ove il liquidatore avesse correttamente applicato il principio della *par condicio creditorum* (**Sez. 3, n. 00521/2020, Fiecconi, Rv. 656629-01**).

La responsabilità del liquidatore verso i creditori sociali, sancita dall'art. 2495 c.c., è qualificata dalla medesima Corte come una responsabilità di natura aquiliana che pone a carico del creditore rimasto insoddisfatto l'onere di dedurre che la fase di pagamento dei debiti sociali non si è svolta nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. In particolare, quanto alla dimostrazione della lesione patita, il medesimo creditore, qualora faccia valere la responsabilità del liquidatore affermando di essere stato pretermesso a vantaggio di altri creditori, deve dedurre il mancato soddisfacimento di un diritto di credito – provato come esistente, liquido ed esigibile al tempo dell'apertura della fase di liquidazione – e il conseguente danno determinato dall'inadempimento del liquidatore alle sue obbligazioni, astrattamente idoneo a provocarne la lesione, con riferimento alla natura del credito e al suo grado di priorità rispetto ad altri andati soddisfatti. Grava, invece, sul liquidatore l'onere di dimostrare l'adempimento dell'obbligo di procedere a una corretta e fedele ricognizione dei debiti sociali e di averli pagati nel rispetto della *par condicio creditorum*, secondo il loro ordine di preferenza, senza alcuna pretermissione di crediti all'epoca esistenti (**Sez. 3, n. 00521/2020, Fiecconi, Rv. 656629-02**).

La stessa Corte ha affermato che il conseguimento, nel bilancio finale di liquidazione, di un azzeramento della massa attiva non in grado di soddisfare un credito non appostato nel bilancio finale di liquidazione, ma comunque provato, quanto alla sua sussistenza, già nella fase di liquidazione, è fonte di responsabilità illimitata del liquidatore verso il creditore pretermesso, qualora sia allegato e dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzi l'esecuzione di pagamenti in violazione del principio della *par condicio creditorum*, applicato nel rispetto delle cause

legittime di prelazione ex art. 2741, comma 2, c.c. Pertanto, ove il patrimonio si riveli insufficiente a soddisfare alcuni creditori sociali, il liquidatore, per liberarsi dalla responsabilità su di lui gravante in riferimento al dovere di svolgere un'ordinata gestione liquidatoria, ha l'onere di allegare e dimostrare che l'intervenuto azzeramento della massa attiva tramite il soddisfacimento dei debiti sociali non è riferibile a una condotta assunta in danno del diritto del singolo creditore di ricevere uguale trattamento rispetto ad altri creditori, salve le cause legittime di prelazione (**Sez. 3, n. 00521/2020, Fiecconi, Rv. 656629-03**).

Infine, in applicazione dei principi enunciati, e con specifico riferimento alla domanda in concreto formulata, la menzionata Corte ha ritenuto che, qualora il liquidatore ometta di considerare un credito dell'ENASARCO, rientrante fra quelli contemplati dagli artt. 2753 e 2754 c.c. (che istituiscono un privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro per i crediti contributivi), il danno lamentato deve essere valutato facendo riferimento all'ordine preferenziale di pagamento che, in ipotesi, tale credito, ove non fosse stato pretermesso, avrebbe dovuto ricevere nella fase in cui gli altri debiti sociali sono stati soddisfatti (**Sez. 3, n. 00521/2020, Fiecconi, Rv. 656629-04**).

4. Particolari società di capitali.

Vengono di seguito riportate le pronunce della S.C. che hanno esaminato società regolate da una disciplina del tutto speciale.

Nel corso del 2020 l'attenzione del giudice di legittimità si è incentrata sulle società cooperative e su quelle consortili. A tali figure devono essere affiancate le società a partecipazione pubblica, comprese le società *in house*, a cui, proprio per l'accentuata specificità, viene dedicato un autonomo capitolo, nella parte riservata ai rapporti con i pubblici poteri, cui si rinvia.

4.1. Le società cooperative.

Anche in tema di società cooperative la S.C. ha affrontato la questione del finanziamento dei soci. In particolare, **Sez. 1, n. 00732/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 657420-01**, ha ritenuto che il finanziamento del socio di cooperativa edilizia in favore della società partecipata è riconducibile alla figura dei contratti con scopo di mutuo, ove l'obbligo di restituzione è insito nell'operazione compiuta, senza che sia necessaria una esplicita pattuizione che lo preveda; il mutuante può infatti ricorrere al giudice per ottenere la fissazione del termine di adempimento di tale obbligo, qualora non indicato dalle parti, fermo restando che la prescrizione del corrispondente diritto comincia a decorrere dalla data di stipula del mutuo.

Sez. 1, n. 07918/2020, Falabella, Rv. 657496-01, ha, poi, evidenziato che costituisce principio generale desumibile anche dagli art. 1373, commi 1 e 2, e 2285 c.c., quello per cui il recesso del socio non vale né ad escludere la responsabilità del medesimo per gli obblighi sociali validamente assunti dall'ente associativo durante il corso del rapporto e neppure la sua soggezione alla disciplina societaria vigente all'epoca del recesso.

Con riferimento alle cooperative edilizie, la S.C. ha precisato che il socio escluso può fare valere i vizi della relativa delibera solo mediante l'opposizione *ex* art. 2527 c.c., da proporre entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione. Ne consegue che, nel giudizio avente ad oggetto la domanda di rilascio dell'immobile della società, abusivamente occupato dal detto socio, il giudice non può sindacare la legittimità del menzionato provvedimento di esclusione (**Sez. 3, n. 10804/2020, Rossetti, Rv. 657964-01)**.

In argomento, la Corte di cassazione ha anche affermato che il danno subito da una società cooperativa edilizia, per effetto del ritardato rilascio dell'alloggio da parte del socio estromesso, può essere liquidato in via equitativa ex art. 2727 c.c., anche in mancanza di una prova specifica del suo esatto ammontare, avuto riguardo all'oggetto sociale, al presumibile uso che la medesima società avrebbe fatto del bene nel caso di tempestiva riconsegna, alla durata dell'occupazione illegittima e alle caratteristiche dell'immobile (**Sez. 3, n. 10804/2020, Rossetti, Rv. 657964-02**).

Sempre in tema di cooperative edilizie, merita di essere menzionata anche **Sez. 3, n. 12114/2020, Rubino, Rv. 658169-01**, secondo la quale, in caso di separazione personale, sia essa giudiziale o consensuale, il coniuge assegnatario della casa familiare succede *ex lege* e alle stesse condizioni nel rapporto di godimento dell'alloggio adibito a residenza della famiglia, già assegnato al socio di cooperativa edilizia di categoria con finalità mutualistica.

Con attenzione, invece, alle cooperative agricole, **Sez. 3, n. 17827/2020, Tatangelo, Rv. 658691- 01**, ha dichiarato che l'assunzione da parte dello Stato dei debiti contratti dai soci fideiussori di cooperative agricole dichiarate fallite o sottoposte a liquidazione coatta amministrativa, con conseguente liberazione dei soci garanti, ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, d.l. n. 149 del 1993 (inserito dalla legge di conversione n. 237 del 1993), pur essendo un diritto a questi attribuito dalla legge, non costituisce un effetto automatico della stessa ma richiede un provvedimento espresso, da adottare all'esito di un procedimento amministrativo, in conformità con la generale previsione di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990.

D'altronde, come rilevato da **Sez. 1, n. 04333/2020, Federico, Rv. 657076-01**, la menzionata assunzione da parte dello Stato delle garanzie prestate dai soci di cooperative agricole in favore delle cooperative stesse, in applicazione del menzionato art. 1, comma 1 *bis*, d.l. cit., n. 149 del 1993, ha determinato la liberazione

dei soci garanti nei confronti dei terzi creditori, a nulla rilevando che tale effetto sia stato espressamente previsto soltanto nei decreti attuativi della legge, giacché esso era comunque desumibile in via interpretativa dalla stessa finalità della legge, tant'è che l'estinzione delle garanzie, ove ne sussistano i presupposti di legge, non può essere limitata dai decreti attuativi e, in particolare, dal mancato inserimento degli aventi diritto nell'elenco redatto dall'amministrazione.

4.2. Le società consortili.

In linea generale, **Sez. 5, n. 15863/2020, Catallozzi, Rv. 658364-01**, ha affermato che, qualora un consorzio assuma veste societaria, come consentito dall'art. 2615 *ter* c.c., la responsabilità per le obbligazioni assunte segue la disciplina tipica della forma societaria adottata, con la conseguenza che, in presenza di una società consortile a responsabilità limitata, i soci non possono essere chiamati a rispondere delle obbligazioni assunte dalla società, trovando applicazione l'art. 2472, comma 1, c.c. (nel testo vigente *ratione temporis*), e non già l'art. 2615 c.c., dal momento che l'inserimento della causa consortile in una certa struttura societaria può comportare la deroga delle norme che disciplinano il tipo adottato, ove la loro applicazione sia incompatibile con profili essenziali del fenomeno consortile, ma non può giustificare lo stravolgimento dei connotati fondamentali del tipo legale prescelto, tra cui rientra, nel caso di società a responsabilità limitata, la regola per cui delle obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva annullato una cartella esattoriale, emessa nei confronti del socio di una società consortile a responsabilità limitata, per i debiti erariali della società).

Inoltre, **Sez. 5, n. 16146/2020, Catallozzi, Rv. 658434-01**, nel richiamare l'operatività dell'art. 2472, comma 1, c.c. nel consorzio costituito in forma di s.r.l., ha precisato che la regola ivi stabilita è applicabile anche per le obbligazioni tributarie connesse alle operazioni realizzate in esecuzione del patto mutualistico da ciascuna consorziata e dalla società consortile, nei limiti in cui dette operazioni siano connotate dalla coesistenza della causa consortile con lo scopo lucrativo (dovendosi a tal fine accertare, alla luce dei patti consortili e dell'attività in concreto esercitata, che il ricorso all'organizzazione consortile non sia finalizzato unicamente a conseguire un indebito risparmio fiscale, ravvisabile laddove lo scopo mutualistico risulti del tutto residuale rispetto all'attività commerciale svolta dalla società consortile).

5. L'associazione in partecipazione.

Nel corso del 2020, la S.C. ha adottato anche pronunce riguardanti il contratto di associazione in partecipazione, trattato in questo capitolo perché con esso si verifica, sia pure in modo del tutto peculiare, una forma di partecipazione al rischio d'impresa.

In particolare, **Sez. 1, n. 10496/2020, Iofrida, Rv. 658048-01**, ha evidenziato che la natura sinallagmatica del contratto di associazione in partecipazione rende applicabile la disciplina della risoluzione per inadempimento, che richiede una valutazione di gravità degli addebiti, da effettuarsi alla luce del complessivo comportamento delle parti, dell'economia generale del rapporto e del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 c.c., che, per l'associante, si traduce, nel dovere di portare a compimento l'impresa o l'affare nel termine ragionevolmente necessario. Alla pronuncia di risoluzione consegue, oltre all'effetto liberatorio per le prestazioni ancora da eseguire, anche quello restitutorio per quelle già eseguite, con obbligo, per l'associante, di restituire l'apporto ricevuto dall'associato, non essendo l'associazione in partecipazione riconducibile alla categoria dei contratti ad esecuzione continuata (nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento dell'associante, adottata dal giudice di merito, dopo aver riscontrato plurimi inadempimenti, tra cui l'omessa destinazione all'attività d'impresa dell'apporto in denaro dell'associato, ritenuta espressiva di una condotta contraria a buona fede, per essere tale apporto strumentale all'esercizio dell'impresa oggetto dell'associazione).

Sono stati poi individuati i criteri per distinguere la prestazione lavorativa dall'associato da quella del lavoratore dipendente dell'associante.

Secondo **Sez. L, n. 25221/2020, Amendola, Rv. 659541-01**, la riconducibilità del rapporto di lavoro al contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato, ovvero al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili esige un'indagine del giudice di merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, il secondo comporta un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare di colui che assume le scelte di fondo dell'organizzazione aziendale (nella specie, la S.C. ha reputato incensurabile l'accertamento compiuto dal giudice di merito, che aveva desunto il carattere simulato del rapporto di associazione in partecipazione dalla mancata prova della consegna del rendiconto da parte dell'associante).

Infine, anche **Sez. L, n. 26273/2020, Negri Della Torre, Rv. 659445-01**, ha evidenziato che, in tali casi, è necessario che l'indagine del giudice di merito sia volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che quello di associazione in partecipazione implica l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, configurabile pure laddove le parti abbiano escluso la partecipazione alle perdite, poiché in tal caso l'eventuale assenza di utili determina l'assenza di compensi, necessariamente correlati all'andamento economico dell'impresa (nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva qualificato come subordinato un rapporto formalmente contrattualizzato in regime di associazione in partecipazione essenzialmente sul rilievo che alle lavoratrici era stato assicurato un compenso garantito mensile, sostanzialmente corrispondente alla retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva per il profilo professionale corrispondente alle mansioni di fatto svolte – commesse di negozio – senza partecipazione alle perdite).

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari. – 2. La cessione di rapporti giuridici in blocco. – 3. I servizi di pagamento effettuati a mezzo di strumenti elettronici. – 4. Interessi moratori e disciplina antiusura nei rapporti bancari. – 5. Contratti di conto corrente e contratti regolati in conto corrente – 5.1. La nullità delle clausole relative agli interessi. – 5.2. La rideterminazione del saldo e le restituzioni. – 6. Il mutuo fondiario – 7. Gli assegni, le cambiali e i buoni postali – 8. I fondi comuni d'investimento. – 9. L'intermediazione finanziaria. – 9.1. Nullità contrattuali e statuizioni conseguenti. – 9.2. Obblighi informativi: contenuto, violazione e rimedi. – 9.3. Intermediari finanziari e promotori. – 10. I singoli contratti d'investimento. – 10.1. L'offerta fuori sede – 10.2. La gestione di portafogli. – 10.3. Il contratto di *swap*. – 10.4. Il contratto "4You".

1. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari.

Prima ancora di esaminare le pronunce della S.C. che, nel corso del 2020, si sono interessate dei singoli contratti o i servizi svolti, vengono illustrate alcune decisioni che hanno coinvolto gli enti deputati all'attività di vigilanza e di controllo sull'operato di banche e intermediari finanziari.

In tale quadro, deve senza dubbio, essere menzionata **Sez. U, n. 06324/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 657222-01**, ove le Sezioni Unite hanno precisato che le controversie relative alle domande proposte da investitori e azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e CONSOB) per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza su banche e intermediari sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi, ma di comportamenti "doverosi" posti a tutela del risparmio, che non investono scelte ed atti autoritativi, essendo tali autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari, relative al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del *neminem laedere*.

Sempre con riferimento a tale tipologia di azioni, **Sez. 3, n. 07016/2020, Fiecconi, Rv. 657505-01**, ha ritenuto che, in tema di danni patiti per perdita di capitali investiti in prodotti finanziari proposti da società di intermediazione, la domanda di ammissione al passivo di tale società, assoggettata a procedura concorsuale, finalizzata alla "restituzione" dei menzionati capitali, è idonea ad interrompere il decorso del termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti della CONSOB, fondato sull'illecito extracontrattuale consistente nella mancata vigilanza sull'operato della detta società di intermediazione, perché deve

aversi riguardo – non alla differente natura, restitutoria o risarcitoria, dei crediti azionati o alla diversità delle condotte contestate e dei soggetti coinvolti, ma – all'unicità dell'evento pregiudizievole che, derivando da azioni od omissioni tutte causalmente convergenti alla sua produzione, comporta una responsabilità solidale *ex* art. 2055 c.c., con conseguente applicazione dell'effetto estensivo dell'interruzione della prescrizione di cui all'art. 1310, comma 1, c.c. (nella specie, la richiesta di ammissione al passivo, fondata sulla responsabilità, ai sensi dell'art. 2395 c.c., degli amministratori e dei sindaci, era stata qualificata dal giudice di primo grado come domanda di "restituzione", per inadempimento contrattuale, delle somme versate).

Di diverso avviso è **Sez. 3, n. 04683/2020, Tatangelo, Rv. 656911-02**, ove la S.C., in tema di danni patiti da investitori per perdita di risparmi affidati a società fiduciaria del Ministero dello sviluppo economico, ha ritenuto che la domanda di ammissione al passivo della società assoggettata a procedura concorsuale del credito alla restituzione dei capitali investiti, per inadempimento del contratto di deposito in amministrazione fiduciaria delle somme, non è idonea ad interrompere il decorso del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei confronti del Ministero, fondato sul diverso e distinto fatto illecito extracontrattuale consistente nell'omessa vigilanza sull'operato della società finanziaria e nella mancata tempestiva revoca dell'autorizzazione ad operare alla stessa rilasciata, evidenziando che non trova applicazione il disposto dell'art. 1310 c.c., attesi la diversità degli interessi lesi dalle autonome condotte dannose e il difetto di un vincolo di solidarietà tra i soggetti a vario titolo obbligati.

Per un approfondimento delle ragioni a fondamento delle diverse soluzioni interpretative, si rinvia alla segnalazione di contrasto n. 36 del 2020 di questo Ufficio.

2. La cessione di rapporti giuridici in blocco.

Com'è noto, l'art. 58 T.U.B. disciplina la cessione a banche di aziende, rami d'azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, demandando alla Banca d'Italia di impartire le relative istruzioni.

Al comma 2 dell'art. citato è, in particolare, stabilito che la banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (ma la Banca d'Italia può stabilire anche forme integrative di pubblicità).

Sul punto, **Sez. 6-1, n. 20495/2020, Acierno, Rv. 659146-01**, ha precisato che la disposizione appena richiamata ha inteso agevolare la realizzazione della cessione "in blocco" di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale, e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica

della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti, ma tale adempimento, ponendosi sullo stesso piano di quelli prescritti in via generale dall'art. 1264 c.c., può essere validamente surrogato da questi ultimi, e segnatamente dalla notificazione della cessione, che non è subordinata a particolari requisiti di forma, e può quindi aver luogo anche mediante l'atto di citazione con cui il cessionario intima il pagamento al debitore ceduto o nel corso del giudizio (conf. Sez. 1, n. 05997/2006, Marziale, Rv. 588138- 01).

Ovviamente, come precisato da **Sez. 6-1, n. 24798/2020, Terrusi, Rv. 659464-01**, la parte che agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 T.U.B., ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, sempre che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta.

3. I servizi di pagamento effettuati a mezzo di strumenti elettronici.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha avuto occasione di confermare l'orientamento già espresso in ordine al regime giuridico delle operazioni effettuate per il mezzo di strumenti elettronici.

Sez. 6-3, n. 26916/2020, Porreca, Rv. 659904-01, ha infatti affermato che, in caso di operazioni effettuate a mezzo di strumenti elettronici, occorre ricondurre nell'area del rischio professionale della banca o del prestatore dei corrispondente servizio di pagamento – quale rischio prevedibile ed evitabile con appropriate misure destinate a verificare la riconducibilità delle operazioni alla volontà del cliente – la possibilità di un'utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, che non sia non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo, con la conseguenza che, anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 11 del 2010 (attuativo della direttiva n. 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno), è l'erogatore di tali servizi (al quale è richiesta una diligenza di natura tecnica, da valutarsi con il parametro dell'accorto banchiere) che deve fornire la prova della riconducibilità dell'operazione al cliente (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che, disattendendo l'indicato criterio di riparto dell'onere della prova, aveva ritenuto raggiunta la prova presuntiva dell'idoneità delle protezioni adottate contro l'uso non autorizzato della carta prepagata *postepay*, ponendo a carico del titolare della carta l'onere di provare di aver tenuto un comportamento esente da colpa nella custodia della carta e dei codici).

In tutto conforme è Sez. 1, n. 02950/2017, De Marzo, Rv. 643717-01.

Anche Sez. 3, n. 18045/2019, Guizzi, Rv. 654563-01, ha operato la stessa ricostruzione giuridica, ritenendo che la responsabilità della banca per operazioni effettuate a mezzo di strumenti elettronici, in particolare con riguardo alla verifica della loro riconducibilità alla volontà del cliente mediante il controllo dell'utilizzazione illecita dei relativi codici da parte di terzi, ha natura contrattuale, sia pure precisando che deve essere esclusa se ricorre una situazione di colpa grave dell'utente, configurata nel caso di protratta mancata attivazione di una qualsiasi forma di controllo degli estratti conto.

4. Interessi moratori e disciplina antiusura nei rapporti bancari.

Nell'anno in rassegna, le Sezioni Unite, hanno risolto alcune questioni di massima di particolare importanza, destinate ad avere grande incidenza su molteplici contratti e rapporti bancari (**Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-01, 658833-02, 658833-03**).

In primo luogo, hanno affermato che le norme antiusura si applicano agli interessi moratori, trattandosi di disciplina volta a sanzionare non solo la pattuizione di interessi eccessivi, quale corrispettivo per la concessione di denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria dovuta in relazione al contratto concluso (**Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-01**).

La statuizione si pone in linea con l'orientamento dominante della S.C. (così Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-02; Sez. 3, n. 27442/2018, Rossetti, Rv. 651333-02; Sez. 6-1, n. 05598/2017, Di Virgilio, Rv. 643977-01; v. però Sez. 3, n. 22890/2019, Vincenti, Rv. 654942-01), dal quale tuttavia si era discostata una grande parte della giurisprudenza di merito.

D'altronde, pochi mesi prima della richiamata decisione a Sezioni Unite, **Sez. 3, n. 09237/2020, Cricenti, Rv. 657782-01**, ha ribadito la nullità della convenzione riguardante gli interessi di mora stabiliti in misura superiore al tasso soglia di cui all'art. 2 della l. n. 108 del 1996, aggiungendo che tale nullità non si estende alla pattuizione concernente gli interessi corrispettivi in quanto, pur avendo entrambi l'analoga funzione di remunerare chi ha prestato il denaro, i due interessi non coesistono nell'attuazione del rapporto, ma si succedono, sostituendosi gli uni agli altri dopo la scadenza del termine di restituzione della somma, e vanno considerati, anche in caso di inadempimento, come autonomi e non cumulabili ai fini del calcolo del loro ammontare.

La decisione delle Sezioni Unite ha anche precisato che la mancata ricomprensione degli interessi moratori nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, l. n. 108 del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio

degli interessi moratori praticato dagli operatori professionali: in questo caso, il tasso-soglia è dato dal T.e.g.m., incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti quale ulteriore margine di tolleranza dal quarto comma dell'art. 2 sopra citato. Ove, invece, i decreti ministeriali non rechino tale rilevazione, la comparazione deve essere effettuata tra il Tasso effettivo globale (T.e.g.) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il T.e.g.m. così come rilevato nei suddetti decreti (ancora **Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-01**).

Dall'accertamento dell'usurarietà discende, inoltre, l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c., di modo che gli interessi moratori non sono dovuti nella misura (usuraria) pattuita, bensì in quella dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224, comma 1, c.c. Inoltre, nei contratti conclusi con i consumatori, è applicabile anche la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36, comma 1, del d.lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), con la conseguenza che, in questo caso, i clienti possono scegliere tra l'uno o l'altro rimedio (sempre **Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-01**).

Fondamentale rilievo assume anche l'ulteriore principio affermato nella stessa sentenza, secondo il quale, nei contratti di finanziamento, sussiste l'interesse ad agire per la declaratoria di usurarietà degli interessi moratori pattuiti nel corso dello svolgimento del rapporto, e non solo ove l'inadempimento e, dunque, i presupposti della mora si siano già verificati, fermo restando che, ove gli interessi moratori non siano stati ancora applicati, il giudizio riguarderà la declaratoria della illiceità del patto, in base al tasso-soglia esistente al momento dell'accordo mentre, nel caso in cui il finanziato si sia già reso inadempiente, la valutazione di usurarietà avrà ad oggetto l'interesse concretamente praticato (v. **Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-02**).

È fondamentale comprenderne l'effettiva portata di tale principio.

In sentenza viene rilevato che spesso il contratto di finanziamento prevede un determinato tasso di interessi moratori, anche se, poi, al momento dell'inadempimento, viene applicato un tasso di misura inferiore.

Da ciò vengono fatte derivare due questioni.

La prima: se può essere domandata la nullità (per varie cause) di una clausola sugli interessi moratori in corso di svolgimento regolare del rapporto.

La seconda: se, una volta verificatosi l'inadempimento e, quindi, il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, l'indagine sulla usurarietà dei medesimi (sempre per cause varie) deve tener conto di quelli in astratto dedotti in contratto o di quelli in concreto applicati.

Alla prima questione, le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa.

L'interesse ad agire in relazione ad una clausola reputata nulla o inefficace sussiste sin dalla pattuizione della medesima, rispondendo ad esigenze di certezza del diritto che le convenzioni negoziali siano accertate come valide ed efficaci, oppure no. Tuttavia, il tasso rilevante è quello in concreto applicato dopo l'inadempimento, sicché, in questi casi, la sentenza è di mero accertamento dell'usurarietà del tasso, ma in astratto, senza alcuna relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non è attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non ha preteso alcunché a tale titolo.

In altri termini, se il finanziato agisce in corso di regolare rapporto ed ottiene una sentenza di nullità della clausola, ciò non vuol dire che da quel momento in poi egli potrà non adempiere e pretendere che nessun interesse gli sia applicato oltre a quello corrispettivo, già incluso nelle rate scadute.

Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto viene applicato al debitore inadempiente e cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato, anche se i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

In sintesi, in ipotesi di inadempimento, ciò che rileva è il tasso moratorio in concreto applicato. Se il finanziato intende agire prima allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, come fissata al momento dell'accordo, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, di detta nullità, utile per il caso in cui tale patto dovesse in futuro essere azionato dal finanziatore, ma non avrà ancora, in concreto, l'effetto di rendere dovuto solo un interesse moratorio pari al tasso degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti (*ex* art. 1224 c.c.), potendo verificarsi tale evenienza solo alla condizione che quello previsto in contratto sia stato, in seguito, il tasso effettivamente applicato, o comunque che, al momento della mora effettiva, il tasso applicato sulla base della clausola degli interessi moratori sia sopra la soglia. Ove il tasso applicato in concreto sia, invece, sotto soglia, esso sarà dovuto, senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero, che su di esso non ha statuito.

Le Sezioni Unite hanno, poi, affermato un ultimo importante principio, precisando che, nelle controversie relative alla spettanza e alla misura degli interessi moratori, l'onere della prova si atteggia nel senso che il debitore che intenda dimostrare l'entità usuraria degli stessi è tenuto a dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale relativa agli interessi moratori e quelli applicati in concreto, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato e gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento, mentre la controparte deve allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto (v. **Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-03**).

In proposito, si deve subito richiamare **Sez. 3, n. 08883/2020, Fiecconi, Rv. 657840-01**, ove la S.C. ha ritenuto che le prescrizioni dei decreti ministeriali di fissazione del tasso soglia, rilevanti ai fini dell'individuazione dell'usurarietà degli interessi concernenti i rapporti bancari hanno, nella fase dei giudizi di merito, natura integrativa della legge penale e civile e, pertanto, devono esser conosciute ed applicate dal giudice, indipendentemente dall'attività probatoria delle parti che le hanno invocate, essendo delle disposizioni di carattere secondario, continuamente aggiornate, che completano il precetto normativo. Detto giudice, quindi, a prescindere dalla mancata produzione dei menzionati decreti, può acquisirne conoscenza o attraverso la sua scienza personale o con la collaborazione delle parti o con la richiesta di informazioni alla P.A. o con una CTU contabile. Tale attività è, invece, preclusa in sede di legittimità, ove è inammissibile l'ingresso di documentazione non prodotta nei precedenti gradi e non può trovare spazio, con riferimento ai menzionati decreti, il principio *iura novit curia*, trattandosi di atti amministrativi.

5. Contratti di conto corrente e contratti regolati in conto corrente.

Le statuizioni di seguito riportate riguardano, in generale, il contratto di conto corrente e i contratti regolati in conto corrente. Al tema della nullità della pattuizione sugli interessi in tali contratti e al conseguente problema della rideterminazione del saldo sono dedicati i successivi paragrafi.

In primo luogo, deve richiamarsi **Sez. 6-3, n. 21362/2020, Cricenti, Rv. 659159-02**, ove la S.C., confermando un orientamento già espresso (Sez. 6-1, n. 08576/2014, Scaldaferri, Rv. 630658-01), ha ritenuto che la clausola derogatoria della competenza per territorio, contenuta nel contratto di conto corrente per il quale è sorta controversia, determina l'estensione del foro convenzionale anche alla lite concernente la relativa garanzia fideiussoria, in ragione del disposto dell'art. 31 c.p.c. e nonostante la coincidenza solo parziale dei soggetti processuali, tenuto conto dello stretto legame esistente tra i due rapporti e del rischio che, in caso di separazione dei procedimenti, si formino due diversi giudicati in relazione ad un giudizio sostanzialmente unico.

In tema di delega a terzi per il compimento di operazioni in conto corrente, **Sez. 3, n. 00859/2020, Cricenti, Rv. 656573-01**, ha evidenziato che l'accordo tra il cliente e la banca, in base al quale anche un altro soggetto, a ciò delegato, è autorizzato a compiere operazioni sul conto corrente, spiega unicamente l'effetto, per le operazioni e nei limiti di importo stabiliti, di vincolare la medesima banca a considerare alla stessa stregua di quella del delegante la firma di tale delegato, ma non comporta il conferimento a quest'ultimo di un potere generale di agire in rappresentanza del detto

delegante per il compimento di qualsiasi tipo di atto negoziale riferibile al conto (nello stesso senso, v. già Sez. 3, n. 11866/2007, Travaglino, Rv. 597717-01).

In ordine al diritto del cliente di ottenere copia della documentazione relativa alle operazioni compiute, si deve menzionare **Sez. 3, n. 24181/2020, Moscarini, Rv. 659530-01**, ove viene, prima di tutto, affermato che il titolare del rapporto di conto corrente ha sempre diritto di ottenere dalla banca il rendiconto, ai sensi dell'art. 119 T.U.B., anche in sede giudiziaria, fornendo la sola prova dell'esistenza del rapporto contrattuale, non potendosi ritenere corretta una diversa soluzione sul fondamento del disposto di cui all'art. 210 c.p.c., perché non può convertirsi un istituto di protezione del cliente in uno strumento di penalizzazione del medesimo, trasformando la sua richiesta di documentazione da libera facoltà ad onere vincolante. Nella stessa decisione è, tuttavia, enunciato anche un altro importante principio, perché la S.C. ha precisato che il diritto appena descritto spetta anche al fideiussore il quale, in ragione dell'accessorietà del rapporto di fideiussione rispetto al contratto di conto corrente, può definirsi, in senso lato, un cliente della banca, non diversamente dal correntista debitore principale.

Proprio con riferimento alle operazioni contabili effettuate in pendenza del rapporto di conto corrente, **Sez. 1, n. 29415/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 660110 – 01,** ha evidenziato che, ove non sia provato l'invio degli estratti conto periodici, ma risulti che il correntista abbia comunque controllato periodicamente le operazioni annotate, recandosi in banca e acquisendo copia degli estratti conto presso lo sportello, opera lo stesso la presunzione di veridicità delle scritturazioni, in applicazione dell'art. 1832 c.c., quando il clienti neghi in modo generico la propria esposizione debitoria senza operare alcuna contestazione specifica (nello stesso senso, sia pure con riferimento ad una diversa fattispecie, Sez. 1, n. 09008/2000, Ferro, Rv. 538276-01).

Ovviamente, il correntista può operare il disconoscimento della documentazione contabile ad apparente sua firma ed anche proporre querela di falso contro di essa senza aspettare che venga disconosciuta.

In proposito, deve essere menzionata **Sez. 6-1, n. 15823/2020, Terrusi, Rv. 658501-01**, ove la S.C. – dopo avere affermato, in via generale, che alla parte cui sia riferita una scrittura privata è sempre consentito non solo il disconoscimento della stessa, così ponendo a carico della controparte l'onere della verificazione, ma anche, e in via alternativa, la proposizione della querela di falso, al fine di negare definitivamente la genuinità del documento – ha cassato la sentenza d'appello che aveva reputato non proponibile la querela di falso, se non dopo l'esito sfavorevole di un'eventuale verificazione, proprio con riguardo ad alcune distinte bancarie di versamento e prelevamento, apparentemente sottoscritte dal correntista.

Sempre con riguardo alle operazioni eseguite in pendenza di rapporto di conto corrente, si deve, infine, menzionare **Sez. 6-1, n. 01445/2020, Iofrida, Rv. 656820-01**, ove la S.C. ha esaminato l'operatività dell'art. 1853 c.c., rilevando che tale disposizione (a mente della quale, se tra la banca ed il correntista esistono più rapporti o più conti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario) prevede che la compensazione tra saldi attivi e passivi (anche a favore del correntista) sia attuata mediante annotazioni in conto e, in particolare (alla luce del principio dell'unità dei conti), attraverso l'immissione del saldo di un conto, come posta passiva, in un altro conto ancora aperto (con le modalità proprie di tale tipo di operazione), salva manifestazione di volontà di segno contrario da parte del cliente.

Passando ad esaminare i contratti regolati in conto corrente, si deve senza dubbio menzionare **Sez. 1, n. 29317/2020, Amatore, Rv. 660151 – 01,** ove la S.C. ha precisato che, nel corso dell'esecuzione di un rapporto di apertura di credito bancario a tempo indeterminato, risulta legittimo l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* dell'istituto di credito, purché anticipato dalla comunicazione al cliente di un congruo preavviso, tenuto conto che tale facoltà è espressamente prevista dall'art. 1845, comma 3, c.c. La Corte ha anche rilevato che l'esercizio di tale facoltà non entra neanche in conflitto con il principio generale di buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 c.c., allorquando sia tenuta in presenza di comportamenti inaffidabili del debitore che, ripetutamente ed in modo ingiustificato, superi il limite di affidamento concesso, senza che la condotta omissiva della banca di fronte a tali sconfinamenti possa essere intesa come autorizzazione ad un innalzamento del limite dell'apertura di credito, dovendo essere, invece, ricondotta ad un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria non autorizzata.

Una particolare fattispecie è stata, infine, esaminata da **Sez. 3, n. 09250/2020, Olivieri, Rv. 657687-01**, riguardante gli enti pubblici sottoposti a regime di tesoreria unica mista, ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 279 del 1997, ove la Corte ha ritenuto che l'esposizione dell'ente pubblico per anticipazioni di cassa erogate in conto corrente bancario dalla banca-tesoriere, ove non sia ripianata attraverso le rimesse delle entrate non vincolate dell'ente, deve essere estinta a valere sulle eventuali risorse pubbliche trasferite, senza vincolo di destinazione, sul conto corrente in contabilità speciale, previa emissione del titolo di spesa in favore della banca creditrice, secondo la procedura di cui al d.m. 4 agosto 2009, la quale non introduce alcun titolo di preferenza, in deroga al principio *ex* art. 2741 c.c., a favore della banca titolare del servizio di tesoreria, ma realizza lo stesso effetto solutorio della rimessa eseguita su un conto corrente affidato.

5.1. La nullità delle clausole relative agli interessi.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha esaminato la questione della nullità delle clausole relative alla pattuizione del tasso d'interesse sotto molteplici punti di vista.

In primo luogo, vengono richiamate le decisioni che hanno nuovamente affrontato il tema della capitalizzazione periodica degli interessi a debito del cliente.

Com'è noto, la giurisprudenza di legittimità – operando un vero e proprio *revirement* rispetto al consolidato indirizzo precedente – a partire dal 1999 ha adottato una serie di pronunce, in cui ha ritenuto la nullità della clausola contenuta nei contratti bancari, che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente.

Le richiamate statuizioni, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con le pronunce del ventennio precedente, hanno enunciato il principio secondo cui gli "usi contrari", idonei *ex* articolo 1283 c.c. a derogare il precetto ivi stabilito, sono solo gli usi "normativi" in senso tecnico, mentre le clausole che prevedono l'anatocismo bancario sono espressione di un mero uso negoziale.

Tale soluzione interpretativa è stata fatta propria dal legislatore, considerato che con l'emanazione del d.lgs. n. 342 del 1999, in attuazione della delega conferita dalla l. n. 128 del 1998 (legge comunitaria 1995/1997), ha ritenuto di dover modificare il T.U.B., per introdurre regole specificamente dedicate all'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

In particolare, l'art. 25 d.lgs. cit., al comma 2, modificando l'art. 120 T.U.B., ha demandato al CICR (che vi ha provveduto con delibera del 9 febbraio 2000) di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi, imponendo alle banche, relativamente alle operazioni regolate in conto corrente, di assicurare nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.

Al successivo comma 3, l'art. 25 d.lgs. cit. ha previsto una fase di transizione, durante la quale è stata mantenuta validità ed efficacia alle clausole anatocistiche in precedenza stipulate fino al decorso del termine di adeguamento alle nuove norme, che doveva essere fissato nella sopra menzionata delibera CICR.

In altre parole l'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342 del 1999 ha reso valide ed efficaci, sino alla data di entrata in vigore della deliberazione del CICR, tutte le clausole anatocistiche previste nei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. (e cioè prima del 19 ottobre 1999) e prima dell'entrata in vigore della delibera CICR (e cioè prima del 22 aprile 2000), sia pure con effetti limitati sino al termine indicato dalla menzionata delibera per l'adeguamento delle condizioni contrattuali.

Si deve precisare che il menzionato art. 25, comma 3, d.lgs. cit. ha attribuito al CICR la potestà di stabilire non solo i tempi, ma anche le modalità di adeguamento delle clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi, contenute nei

contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera CICR. E l'art. 7 di detta delibera, recante la disciplina transitoria, oltre a individuare, al comma 1, il termine entro il quale avrebbero dovuto essere adeguati i contratti in corso (30 giugno 2000), ha anche stabilito, al successivo comma 2, che l'adeguamento delle condizioni contrattuali poteva essere operato, in via generale, mediante pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, se non comportava un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, stabilendo che le nuove condizioni avrebbero dovuto essere rese note alla clientela alla prima occasione utile e comunque entro il 31 dicembre 2000.

Com'è noto, la Corte costituzionale (con sentenza n. 425 del 2000) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342 del 1999, per violazione dell'art. 76 Cost. (eccesso di delega), nella parte in cui ha dichiarato valide ed efficaci le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della menzionata delibera CICR.

Le Sezioni Unite della S.C. si sono pronunciate sugli effetti di tale statuizione, evidenziando che, a seguito della decisione della Corte costituzionale, le clausole anatocistiche stipulate prima dell'entrata in vigore della delibera CICR, devono ritenersi disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, richiamato l'orientamento fino ad allora maturato, sono da considerarsi nulle, perché stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c. (Sez. U, n. 21095/2004, Morelli, Rv. 577944-01).

Tale sentenza ha trovato conferma in numerose pronunce a sezioni semplici della Corte di cassazione (tra le tante, v. Sez. 1, n. 10599/2005, Celentano, Rv. 582117- 01).

Nell'anno in rassegna, **Sez. 1, n. 09140/2020, Falabella, Rv. 657637-01**, ha ribadito che, in ragione della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342 del 1999, le clausole anatocistiche inserite in contratti di conto corrente, conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, sono radicalmente nulle, ma – ed è ciò che maggiormente interessa – ha affermato che tale nullità impedisce di effettuare quel giudizio di comparazione, previsto dal sopra menzionato art. 7, comma 2, della delibera del CICR, teso a verificare se le nuove pattuizioni abbiano o meno comportato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, sicché, in tali contratti, perché sia introdotta validamente una nuova clausola di capitalizzazione degli interessi, è necessaria una espressa pattuizione scritta formulata nel rispetto dell'art. 2 della predetta delibera.

In motivazione, si precisa che la pronuncia di incostituzionalità non ha interessato quella parte del comma 3 dell'art. 25 cit. in cui è stato regolamentato l'adeguamento dei vecchi contratti alle prescrizioni della delibera CICR. Viene, tuttavia, evidenziato che l'art. 7, comma 2, della delibera richiede una valutazione comparativa tra vecchie e nuove condizioni contrattuali, per verificare se vi sia stato

un peggioramento delle stesse, con la precisazione che tale valutazione deve riguardare esclusivamente le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi (e non le altre), essendo questo l'ambito di intervento normativo, sicché, tenuto conto che quelle contenute nei vecchi contratti devono ritenersi nulle, la comparazione non può essere in concreto effettuata, non essendovi pregresse clausole valide da porre in comparazione con le nuove.

Tale pronuncia è stata confermata da **Sez. 1, n. 29420/2020, Amatore, Rv. 660127 - 01**.

Sempre in tema di nullità delle clausole del contratto di conto corrente, ma con riferimento a tutt'altra questione, si deve menzionare **Sez. 6-1, n. 11876/2020, Dolmetta, Rv. 657990-01**, ove la S.C. ha affermato che, quando sia contestata l'indeterminatezza del contenuto del contratto di conto corrente in relazione all'ammontare del tasso convenzionale d'interesse, trova applicazione la sanzione generale prevista dall'art. 1346 c.c., perché la disciplina della nullità delle clausole dei contratti bancari contenuta nell'art. 117, comma 7, d.lgs. n. 385 del 1993, si applica esclusivamente ai casi espressamente richiamati dalla norma, di cui ai commi 4 («I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora») e 6 («Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati») dello stesso art. 117.

La fattispecie ha riguardato una clausola che è stata ritenuta avente un oggetto non determinato e non determinabile, perché stabiliva l'applicazione di un tasso variabile, ma non in relazione a fattori esterni, su cui le parti contrattuali non avevano l'oggettiva possibilità di incidere, bensì in relazione alla mera discrezionalità di una di esse (la banca).

La Corte di cassazione ha escluso l'applicazione dell'art. 117, comma 7, T.U.B., perché, come indica chiaramente la formula di apertura («in caso di inosservanza del comma 4 e ipotesi di nullità indicate nel comma 6»), la disciplina "rimediale", prevista da tale norma, riguarda unicamente le ipotesi in cui la nullità sia stata dichiarata in ragione della violazione delle citate disposizioni.

La stessa Corte ha anche rilevato che tale regola si pone come disciplina correttiva e limitativa del principio della c.d. nullità a vantaggio (di protezione del cliente, cioè), che – ai sensi del successivo art. 127, comma 2, – informa le peculiari ipotesi di nullità previste dal titolo del T.U.B., dedicato alla materia della trasparenza delle condizioni contrattuali, mentre, invece, la causa di nullità prevista dall'art. 1346 c.c. è di ordine generale e richiama, per la definizione dei suoi aspetti disciplinari ed effettuali rispetto alla relativa dichiarazione, le semplici regole di diritto comune.

In argomento, ma con riferimento al tasso di interesse previsto per l'apertura di credito in conto corrente, **Sez. 1, n. 29576/2020, M. Di Marzio, Rv. 660184 – 01,** ha risposto al problema dell'individuazione del tasso in concreto applicabile, ai sensi dell'art. 117, comma 7, T.U.B., in una fattispecie in cui era mancata la pattuizione relativa al tasso d'interesse dovuto in assenza di sconfinamento del fido, evidenziando che, sulla base delle comuni regole di tecnica bancaria, il riferimento alle operazione attive e a quelle passive, contenuto nella norma sopra richiamata, debba essere inteso nel senso dell'applicazione del tasso minimo ai saldi debitori del conto (saldi dare), che infatti derivano da operazioni attive (per la banca), e del tasso massimo ai saldi creditori (saldi avere), derivanti dalle operazioni passive (per la banca).

Sempre con riguardo al contratto di apertura di credito in conto corrente, il giudice di legittimità ha, poi, confermato l'orientamento espresso nell'anno precedente dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 15895/2019, Sambito, Rv. 654580-01), ove, in tema di prescrizione estintiva, si è precisato che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, intenda opporre l'eccezione di prescrizione al correntista, che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte (così **Sez. 3, n. 07013/2020, Sestini, Rv. 657160-01**).

Sez. 6-1, n. 14958/2020, Falabella, Rv. 658366-01, sempre con riguardo all'apertura di credito in conto corrente, ha poi precisato che, nel caso in cui il cliente agisca per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, la questione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse, rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione, può essere sollevata anche per la prima volta in appello, in quanto è la stessa proposizione dell'eccezione di prescrizione ad imporre di prendere in esame tale profilo, tenuto conto che, come appena evidenziato, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito è soddisfatto semplicemente con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare.

In tema, **Sez. 1, n. 09141/2020, Fidanzia, Rv. 658248-01**, ha inoltre affermato che, ove il cliente agisca in giudizio per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti per nullità delle clausole anatocistiche del contratto di apertura di credito in conto corrente, e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, al fine di verificare se un versamento abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria, occorre previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente rideterminare il reale saldo passivo del conto, verificando poi se

siano stati superati i limiti del concesso affidamento ed il versamento possa perciò qualificarsi come solutorio.

5.2. La rideterminazione del saldo e le restituzioni.

Una volta accertata la non debenza a vario titolo di importi addebitati in conto, occorre ricostruire il rapporto dare-avere regolato in conto corrente, alla cui soluzione concorrono diverse varianti.

Anche nell'anno in rassegna, come in quelli immediatamente precedenti, la S.C. è stata chiamata a pronunciarsi su tale problema, rendendo sempre più chiaro il percorso logico che il giudice è chiamato ad effettuare.

Si è già richiamata **Sez. 1, n. 09141/2020, Fidanzia, Rv. 658248-01**, in ordine alla procedura da seguire al fine di verificare la natura solutoria o ripristinatoria della rimessa effettuata in conto.

In argomento, occorre senza dubbio menzionare **Sez. 1, n. 29411/2020, Falabella, Rv. 660126 - 01,** ove la S.C. ha cassato la decisione di merito, in una fattispecie in cui il giudice, dopo aver svolto attività istruttoria, aveva deferito al correntista il giuramento estimatorio per determinare l'importo preciso a credito di quest'ultimo per gli interessi indebitamente corrisposti alla banca, spiegando che detto giuramento non può essere ammesso nel caso in cui, trattandosi di stabilire l'ammontare della somma spettante al creditore, il giudice abbia acquisito gli elementi di prova utili per tale accertamento.

In motivazione, la Corte ha affermato che, sebbene il giuramento estimatorio possa avere ad oggetto una somma di danaro, allo scopo di stabilirne l'esatto ammontare, tuttavia esso non può essere utilizzato per supplire a un esame del materiale probatorio acquisito al processo che, invece, il giudice è chiamato a valutare.

Con riferimento ai casi in cui occorre rideterminare gli importi a credito del correntista, per essere stati illegittimamente trattenuti dalla banca in virtù di addebiti ritenuti illegittimi, ma non siano stati prodotti tutti gli estratti conto necessari, **Sez. 1, n. 29190/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 660146 - 01**, ha ritenuto che, in questi casi, non può rigettarsi la domanda del correntista, in conseguenza della mancata produzione di alcuni degli estratti conto, senza valutare la possibilità che la prova dell'indebito sia desumibile *aliunde*, ben potendo, ad esempio, il giudice integrare quella offerta dal correntista, eventualmente con mezzi di cognizione disposti d'ufficio, come la CTU, alla quale può ricorrere quando, sebbene non sia contestato il rapporto, la prova dei movimenti del conto, di cui il correntista è onerato, non sia completa.

La Corte ha, in particolare, precisato che gli estratti conto non forniscono la prova legale di fatti relativi al rapporto di conto corrente, i quali sono suscettibili di

prova libera, potendo anche essere dimostrati da argomenti di prova o elementi indiretti, che compete al giudice di merito valutare nell'ambito del suo prudente apprezzamento.

Per il caso in cui nel processo siano formulate domande contrapposte dal correntista e dalla banca, **Sez. 1, n. 23852/2020, Falabella, Rv. 659438-01**, ha ritenuto che, nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa. Ne deriva che, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo nel periodo non documentato, ed in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza, in quell'arco di tempo, di un credito o di un debito di un certo importo, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi.

6. Il mutuo fondiario.

Quest'anno l'attenzione della S.C. si è più volte soffermata sui contratti di mutuo fondiario, esaminandone diversi.

Si richiama subito, in tal senso, **Sez. 3, n. 14603/2020, Porreca, Rv. 658324-01**, ove la Corte di cassazione ha precisato che l'elezione di domicilio inserita dal mutuatario nel contratto di mutuo, priva della dichiarazione espressa di obbligatorietà, non è utile per la notifica degli atti processuali ai sensi dell'art. 141 c.p.c., restando irrilevante a tal fine il disposto dell'art. 39 T.U.B., che abilita all'elezione di domicilio, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, il solo creditore bancario.

Con riguardo ai requisiti per l'applicazione della disciplina propria del mutuo fondiario, **Sez. 1, n. 00219/2020, Amatore, Rv. 656517-01**, ha evidenziato che, nel caso di cancellazione dell'originaria iscrizione ipotecaria di primo grado su bene immobile effettuata in applicazione dell'art. 38 T.U.B., la successiva iscrizione ipotecaria, operata ai sensi dell'art. 2881 c.c. da parte dello stesso creditore, in relazione al medesimo credito, non muta la natura fondiaria del credito, qualora nel frattempo non sia intervenuta sul bene immobile oggetto di garanzia altra iscrizione ipotecaria di primo grado.

Secondo la S.C., infatti, gli elementi costitutivi della qualifica fondiaria del credito sono, da un lato, la concessione da parte di un istituto di credito di "finanziamenti a medio e lungo termine" e, dall'altro, la garanzia da "ipoteca di primo grado su immobili", senza che occorra, per l'acquisto della sopra ricordata qualifica, la

necessaria contestualità temporale tra l'atto di concessione della garanzia ipotecaria da parte del debitore (art. 2741 c.c.) e la successiva iscrizione da parte del creditore della garanzia stessa nell'ufficio dei registri immobiliari del luogo ove si trovano gli immobili (art. 2827 c.c.), fermo restando che l'iscrizione riveste comunque natura costitutiva.

Con riguardo a casi in cui venga operato il frazionamento del mutuo fondiario, **Sez. 3, n. 24952/2020, Olivieri, Rv. 659771-01**, ha affermato che tale frazionamento costituisce una rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca e, dunque, è da qualificare alla stregua di atto unilaterale del creditore ipotecario, che non muta natura quand'anche a tale rinuncia sia stato fatto riferimento in eventuali accordi raggiunti dal concedente con il mutuatario o da quest'ultimo con i promissari acquirenti. Ne consegue che il rifiuto opposto dalla banca, in quanto esercizio di un diritto del creditore ipotecario, non potrà integrare di per sé una condotta omissiva colposa, salvo che la rinuncia alla indivisibilità dell'ipoteca abbia costituito oggetto di assunzione di specifica obbligazione avente fonte in un titolo negoziale, ovvero la legge preveda espressamente detta rinuncia quale corrispondente obbligo dell'attribuzione di un diritto al frazionamento posto in capo a specifici soggetti legittimati a richiederlo.

7. Gli assegni, le cambiali e i buoni postali.

Le pronunce di rilievo, adottate nell'anno in esame in materia di assegni, attengono non solo alla materia strettamente bancaria ma anche a quella negoziale in genere, ove tali titoli sono impiegati in vario modo per dare certezza in ordine alla serietà delle trattative.

In primo luogo, deve essere richiamata **Sez. U, n. 09769/2020, Mercolino, Rv. 657884-01**, che risolvendo un contrasto, ha evidenziato come la spedizione per posta ordinaria di un assegno, ancorché munito di clausola d'intrasferibilità, costituisce, in caso di sottrazione del titolo e riscossione da parte di un soggetto non legittimato, condotta idonea a giustificare l'affermazione del concorso di colpa del mittente, comportando, in relazione alle modalità di trasmissione e consegna previste dalla disciplina del servizio postale, l'esposizione volontaria del mittente ad un rischio superiore a quello consentito dal rispetto delle regole di comune prudenza e del dovere di agire per preservare gl'interessi degli altri soggetti coinvolti nella vicenda, e configurandosi dunque come un antecedente necessario dell'evento dannoso, concorrente con il comportamento colposo eventualmente tenuto dalla banca nell'identificazione del presentatore.

Il principio è stato subito ribadito da **Sez. 3, n. 25873/2020, Olivieri, Rv. 659854-01**, in tutto conforme.

Sempre in tema di pagamento dell'assegno a soggetto diverso dall'effettivo beneficiario, **Sez. 6-1, n. 09204/2020, Dolmetta, Rv. 657736-01**, ha evidenziato che la relativa controversia non è sottoposta alla mediazione obbligatoria, trattandosi di fattispecie che non rientra nell'ambito dei "contratti bancari", perché la convenzione di assegno, se può trovarsi inserita anche nel corpo dei detti contratti, conserva sempre la propria autonomia, rientrando l'assegno nel novero dei "servizi di pagamento", ai sensi dell'art. 2, lett. g), d.lgs. n. 11 del 2010, che prescindono dalla natura "bancaria" del soggetto incaricato di prestare il relativo servizio.

In generale, sulla legittimazione a riscuotere l'assegno bancario, **Sez. 1, n. 00731/2020, A.P. Lamorgese, Rv. 656756-01**, ha affermato che il mero possessore, il quale non risulti prenditore o giratario dello stesso (nella specie, mancante dell'indicazione del beneficiario), non è legittimato alla pretesa del credito ivi contenuto se non dimostrando l'esistenza del rapporto giuridico da cui deriva il credito, poiché il semplice possesso del titolo non ha un significato univoco ai fini della legittimazione (non potendo escludersi che l'assegno sia a lui pervenuto abusivamente), aggiungendo che, in questo caso, l'assegno non può neppure valere come promessa di pagamento ai sensi dell'art. 1988 c.c., atteso che l'inversione dell'onere della prova, prevista da tale disposizione, opera solo nei confronti del soggetto a cui la promessa sia stata effettivamente fatta, sicché anche in tal caso il mero possessore di un titolo all'ordine (privo del valore cartolare), non risultante dal documento, deve fornire la prova della promessa di pagamento a suo favore (conf. Sez. 1, n. 15688/2013, A. P. Lamorgese, Rv. 627233-01).

Con riferimento, invece, alla revoca dell'autorizzazione ad emettere assegni, **Sez. 2, n. 20514/2020, Oliva, Rv. 659194-01**, ha ritenuto che la circostanza che il preavviso di tale revoca sia stato notificato al traente oltre il termine di dieci giorni dalla presentazione al pagamento del titolo, importa che il trattario è obbligato a pagare gli assegni emessi dal traente dopo tale data e fino al giorno successivo alla comunicazione, anche se manca o è insufficiente la provvista, nel limite di euro 10.329,14 per ogni assegno, ai sensi dell'art. 9 *bis*, comma 5 l. n. 386 del 1990, ma non produce alcun effetto ai fini dell'iscrizione del nominativo del traente nell'archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari, istituito presso la Banca d'Italia (cd. Centrale di allarme interbancaria, CAI), di cui all'art. 10 *bis* l. cit., tenuto conto che tale iscrizione non può comunque aver luogo se non dopo il decorso di almeno dieci giorni dalla data di ricevimento del preavviso di revoca.

Per quanto riguarda la disciplina dell'ammortamento, occorre menzionare **Sez. 6-3, n. 18098/2020, Gorgoni, Rv. 658765-01**, ove è precisato che la notificazione del decreto di ammortamento non è idonea ad interrompere la prescrizione del credito, atteso che detta notificazione non è un atto volto ad esercitare il diritto di

credito, ma ha pacificamente la funzione di impedire che il pagamento eseguito nelle mani di un soggetto, detentore del titolo, diverso dal notificante sia valido (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza gravata che aveva escluso efficacia interrutiva della prescrizione alla notificazione di un decreto di ammortamento relativo ad un assegno bancario).

Infine, con riferimento all'impiego dell'assegno nelle trattative negoziali, si deve richiamare la particolare fattispecie esaminata da **Sez. 6-1, n. 09114/2020, Dolmetta, Rv. 657675-01**, ove, sul presupposto che la promessa del fatto del terzo *ex* art. 1381 c.c. si connota per la funzione di garanzia di un determinato risultato, la S.C. ha ritenuto che la possibilità di operare tale qualificazione laddove, nel corso delle trattative per la stipula di un contratto di vendita, un terzo estraneo consegni ad una delle parti contraenti un assegno bancario, la cui restituzione sia condizionata alla successiva effettiva conclusione dell'affare.

Per quanto riguarda, invece, le pronunce adottate in tema di cambiali, deve senza dubbio menzionarsi **Sez. 1, n. 02549/2020, Fidanzia, Rv. 656621-01**, ove la S.C. ha precisato che gli obblighi di diligenza che gravano su una banca, cui sia stato conferito mandato al pagamento di una cambiale impongono, una volta avvenuto l'atto solutorio, di attivarsi immediatamente per intervenire sul processo di levata del protesto e, ove tale meccanismo si trovi in una fase così avanzata da non poter più essere interrotto, di avvisare prontamente il mandante al fine di consentirgli di accedere tempestivamente alla procedura di cancellazione del protesto, secondo quanto previsto dall'art. 12 l. n. 349 del 1973, salvo in ogni caso l'obbligo per la banca – ove sia intervenuta comunque la levata del protesto – di restituire la provvista utilizzata per l'operazione non andata a buon fine.

La S.C. si è anche pronunciata in tema di buoni postali fruttiferi cointestati, evidenziando che, in assenza di una previsione specifica, al loro rimborso è applicabile per analogia la disciplina prevista dall'art. 187, comma 1, d.P.R. n. 256 del 1989, relativo ai libretti di risparmio postale (per effetto del rinvio di cui all'art. 203, comma 1, dell'anzidetto regolamento), sicché, nel caso di decesso di uno degli intestatari, tale rimborso deve essere eseguito con quietanza di tutti gli aventi diritto (**Sez. 6-1, n. 11137/2020, Meloni, Rv. 658206-01**).

8. I fondi comuni d'investimento.

Anche nel corso del 2020 la S.C. si è pronunciata sulla possibilità di ricondurre la disciplina dei fondi comuni di investimento alla disciplina propria dei titoli di credito.

In particolare, **Sez. 6-1, n. 11177/2020, L. Tricomi, Rv. 658207-01**, ha ritenuto che la partecipazione al fondo comune di investimento, in assenza del certificato individuale, autonomo e separato, costituisce non un titolo di credito nei confronti

del fondo, ma solo un credito, rappresentato dall'obbligo della società di investimento di gestire il fondo e di restituire al partecipante il valore della quota di partecipazione. In conseguenza di ciò, ha ritenuto legittimo il pegno costituito sulla quota di partecipazione solo nel caso in cui sia rispettata la disciplina prevista (per il pegno di crediti) dall'art. 2800 c.c., essendo cioè necessaria la notifica della costituzione del pegno al debitore ovvero la sua accettazione con atto di data certa (nella specie la S.C. ha confermato il decreto impugnato che aveva ritenuto che la girata non fosse sufficiente a far ritenere integrata la notificazione della costituzione del pegno al debitore o la sua accettazione).

La Corte si è già pronunciata in questi termini.

In tutto conformi alla pronuncia appena riportata si rivelano, infatti, Sez. 1, n. 28900/2011, Di Virgilio, Rv. 620999-01 e Sez. 3, n. 10990/2003, Calabrese, Rv. 565017-01.

Nella stessa ottica, ma in presenza dei menzionati certificati (nella specie, nominativi), Sez. 1, n. 14325/2019, Amatore, Rv. 653889-01, ha affermato che i certificati di partecipazione al fondo, previsti dall'art. 36, comma 5, T.U.F. posseggono la natura giuridica di titoli di credito, perché incorporano il diritto alla prestazione e possono circolare secondo le regole che li caratterizzano, quali titoli nominativi o al portatore, limitatamente ad uno dei soggetti partecipanti al fondo comune.

9. L'intermediazione finanziaria.

Vengono di seguito illustrate le pronunce adottate dalla S.C., nell'anno in rassegna, relative all'attività di intermediazione finanziaria, svolta dalle banche e dagli altri soggetti abilitati.

Le statuizioni riguardano essenzialmente la prestazione dei servizi d'investimento.

Per quanto riguarda le decisioni che hanno esaminato le condotte rilevanti ai fini dell'applicazione di sanzioni amministrative, si rinvia alla parte di questa rassegna dedicata a questo argomento.

In questa sede vengono prima richiamate le pronunce che hanno affrontato alcune comuni questioni processuali e poi quelle che si sono interessate, in generale, dell'attività d'intermediazione finanziaria. Ai singoli contratti d'investimento viene dedicato un distinto paragrafo.

Con riferimento alle questioni processuali, si deve, dunque, menzionare **Sez. 1, n. 18121/2020, Amatore, Rv. 658608-01**, ove la S.C. ha ribadito un orientamento già espresso, secondo il quale, in tema di intermediazione mobiliare, non importa incapacità a testimoniare *ex* art. 246 c.p.c. per i dipendenti dell'intermediario la

circostanza che quest'ultimo, evocato in giudizio da un risparmiatore, potrebbe convenirli in garanzia nello stesso giudizio, per essere responsabili dell'operazione che ha dato origine alla controversia, poiché le due cause, anche se proposte nello stesso giudizio, si fondano su rapporti diversi ed i dipendenti hanno un interesse solo riflesso ad una determinata soluzione della causa principale, che non li legittima a partecipare al giudizio promosso dal risparmiatore, in quanto l'esito di questo, di per sé, non è idoneo ad arrecare ad essi pregiudizio (conf. Sez. 1, n. 08462/2014, Didone, Rv. 630885-01).

In proposito, assume rilievo anche **Sez. 1, n. 18122/2020, Amatore, Rv. 658608-01**, ove la S.C. ha affermato che la dichiarazione resa dal cliente su modulo sottoscritto predisposto dall'intermediario in ordine alla propria consapevolezza, conseguente alle informazioni ricevute, della rischiosità dell'investimento suggerito dal medesimo intermediario e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo d'investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, essendo rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo (nello stesso senso, Sez. 1, n. 06142/2012, Schirò, Rv. 622512-01).

9.1. Nullità contrattuali e statuizioni conseguenti.

Fondamentale rilievo assume, in argomento, **Sez. 1, n. 18122/2020, Amatore, Rv. 658609-02**, ove la S.C. ha evidenziato che l'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui impone la forma scritta a pena di nullità per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, si riferisce ai contratti quadro, e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) impartiti nel corso del rapporto, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione nello stesso contratto quadro, precisando che tali ordini rappresentano un elemento di attuazione delle obbligazioni previste dal contratto di investimento, del quale condividono la natura negoziale, come negozi esecutivi, concretandosi attraverso di essi i negozi di acquisizione – per il tramite dell'intermediario – dei titoli che poi sono destinati ad essere custoditi secondo le clausole contenute nel contratto quadro (alle stesse conclusioni è, da ultimo, pervenuta Sez. 1, n. 19759/2017, Falabella, Rv. 645194-02).

Con riguardo agli effetti della menzionata nullità, **Sez. 1, n. 23448/2020, Ferro, Rv. 659602-01**, ha affermato che la prescrizione dell'azione dell'intermediario volta alla restituzione dei titoli, conseguente all'accertamento della nullità del contratto di investimento finanziario, decorre *ex* art. 2935 c.c. da quando la nullità, quale azione di parte, o l'omologo rilievo officioso, siano intervenuti, pur se ciò determina che la domanda di ripetizione assuma portata dipendente dal giudizio promosso dall'investitore.

Nel dare applicazione a Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01, la S.C. ha, infine, rilevato che, nel caso in cui l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per evitare un uso oggettivamente distorsivo delle regole di legittimazione in tema di nullità protettive, al solo fine di paralizzare, in tutto o in parte, gli effetti restitutori conseguenti all'esperimento selettivo dell'azione di nullità da parte del cliente investitore, nei limiti della complessiva *utilitas* economica ritratta da quest'ultimo, grazie all'esecuzione del contratto quadro affetto dalla nullità dal medesimo fatta valere, le cedole *medio tempore* riscosse dall'investitore non vengono in considerazione né come oggetto dell'indebito, né quali frutti civili *ex* art. 820 e 2033 c.c., ma rilevano solo come limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore (**Sez. 1, n. 10505/2020, Scotti, Rv. 657894-01**).

9.2. Gli obblighi informativi: contenuto, violazione e rimedi.

In argomento, confermando un orientamento già espresso (da ultimo, Sez. 1, n. 10112/2018, M. Di Marzio, Rv. 658571-01), **Sez. 1, n. 17949/2020, Nazzicone, Rv. 658571-01** ha affermato, in via generale, che gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario ai sensi dell'articolo 21, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 58 del 1998 sono finalizzati a consentire al cliente di effettuare investimenti pienamente consapevoli, sicché tali obblighi, al di fuori dei contratti di gestione e di consulenza, devono essere adempiuti in vista dell'operazione da compiere e si esauriscono con essa (nella specie, la S.C. ha respinto il ricorso dell'investitore, che si era avvalso dell'intermediario per acquistare titoli di stato argentini, lamentando si non essere stato informato, dopo l'acquisto, sull'andamento dei titoli, neppure nel caso di abbassamento del loro "rating" o di rischio di "default" dell'emittente).

Sez. 1, n. 18153/2020, Nazzicone, Rv. 658879-01, ha, poi, rilevato che, pure in presenza di un investitore aduso ad operazioni finanziarie a rischio elevato che risultino dalla sua condotta pregressa, l'intermediario non è esonerato dall'assolvimento degli obblighi informativi previsti dal d.lgs. n. 58 del 1998 e dalle relative prescrizioni di cui al regolamento Consob n. 11522 del 1998 e successive modificazioni, permanendo in ogni caso il suo obbligo di offrire la piena informazione circa la natura, il rendimento ed ogni altra caratteristica del titolo.

Nello stesso senso si è pronunciata **Sez. 6-1, n. 17640/2020, Caiazzo, Rv. 658722-02**, ove la S.C. ha anche precisato che, a fronte di un'operazione non adeguata, l'intermediario può darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto, in cui l'investitore faccia esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Identico principio è affermato da **Sez. 1, n. 18121/2020, Amatore, Rv. 658608-02**.

In argomento, **Sez. 1, n. 23131/2020, Amatore, Rv. 659519-01**, ha precisato che la sottoscrizione da parte del cliente della clausola in calce al modulo d'ordine, contenente la segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione sulla quale egli è stato avvisato, è idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto in capo all'intermediario dall'art. 29, comma 3, regolamento Consob n. 11522 del 1998, ma, a fronte della contestazione del cliente, il quale alleghi l'omissione di specifiche informazioni dovute, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di averle specificamente rese (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 11578/2016, Nazzicone, Rv. 639884-01).

Anche **Sez. 1, n. 23570/2020, Rv. 659599-01**, ha affermato lo stesso principio, ribadendo che, quando il cliente allega l'omissione di specifiche informazioni, grava sull'intermediario l'onere di provare, con ogni mezzo, che quelle informazioni siano state fornite o che non fossero dovute.

Si deve comunque tenere presente che, come evidenziato da **Sez. 1, n. 18119/2020, Nazzicone, Rv. 658607- 01**, non sussiste un obbligo di "diffidenza" dell'intermediario nei confronti delle dichiarazioni rese dal cliente ai sensi dell'art. 28 regolamento Consob n. 11522 del 1998, in ordine all'elevata propensione al rischio e all'attesa di ingenti guadagni, sicché nessuna responsabilità è al medesimo intermediario addebitabile ove, dopo avere dettagliatamente informato l'investitore delle criticità delle operazioni prospettate, abbia dato esecuzione agli ordini impartiti.

Con riguardo al nesso causale tra carenza informativa e pregiudizio dell'investitore, **Sez. 1, n. 07905/2020, Scotti, Rv. 657681-01**, ha ritenuto che dalla funzione sistematica assegnata all'obbligo informativo gravante sull'intermediario finanziario, preordinato al riequilibrio dell'asimmetria del patrimonio conoscitivo-informativo delle parti in favore dell'investitore, al fine di consentire a quest'ultimo una scelta realmente consapevole, scaturisce una presunzione legale di sussistenza del nesso causale fra inadempimento informativo e pregiudizio, pur suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario, anche se tale prova non può consistere nella dimostrazione di una generica propensione al rischio dell'investitore, desunta anche da scelte intrinsecamente rischiose pregresse, perché anche l'investitore speculativamente orientato e disponibile ad assumersi rischi deve poter valutare la sua scelta speculativa e rischiosa nell'ambito di tutte le opzioni dello stesso genere offerte dal mercato, alla luce dei fattori di rischio che gli sono stati segnalati.

Lo stesso principio è stato enunciato da **Sez. 1, n. 16126/2020, Campese, Rv. 658562-01**, in una fattispecie in cui la S.C. ha confermato la decisione di merito, in cui l'intermediario era stato condannato al risarcimento dei danni subiti da un cliente per l'acquisto di bond Cirio, avendo ritenuto determinante, per la formazione del consenso di quest'ultimo, l'inadempimento degli obblighi informativi gravanti sullo

stesso intermediario, che non aveva dedotto l'intervento di fattori causali esterni, autonomamente idonei a determinare l'evento dannoso.

Inoltre, **Sez. 1, n. 17948/2020, Iofrida, Rv. 658606-01**, ha ritenuto che, ove l'intermediario sia condannato a risarcire il danno cagionato al cliente, per avere dato corso a un ordine di acquisto di titoli ad alto rischio in violazione degli obblighi informativi su di lui gravanti, senza che sia pronunciata anche la risoluzione del contratto di negoziazione, si deve tenere conto che l'investitore resta in possesso dei titoli, sicché, in applicazione del criterio generale della *compensatio lucri cum damno*, dalla liquidazione va decurtato il valore residuo dei titoli acquistati – così come risultante dalle quotazioni ufficiali al momento della decisione – nonché l'ammontare delle cedole nel frattempo riscosse.

Da ultimo, deve essere menzionata **Sez. 1, n. 08212/2020, Federico, Rv. 657629-01**, ove, nel pronunciarsi, in generale, sulla risoluzione per inadempimento, la S.C. ha rilevato che la valutazione di gravità ai sensi dell'art. 1455 c.c. deve essere sempre commisurata all'interesse che la parte adempiente abbia o potrebbe avere alla regolare esecuzione del contratto, così cassando la decisione di merito che, dopo avere accertato l'inadempimento della banca agli obblighi informativi correlati ad un'operazione di acquisto di bond argentini del 1997, aveva poi escluso l'importanza dell'inadempimento, in ragione della successiva stipula nel 2000, da parte del medesimo cliente, di un contratto di intermediazione finanziaria con identico oggetto.

9.3. L'operato dei promotori.

Anche nell'anno in rassegna, si rinvengono alcune pronunce in tema di responsabilità delle società di intermediazione mobiliare per le condotte dei promotori.

In particolare, **Sez. 3, n. 00857/2020, Iannello, Rv. 656687-01**, ha affermato che la società preponente risponde del danno causato al risparmiatore dai promotori finanziari in tutti i casi in cui sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esecuzione delle incombenze affidate al promotore, aggiungendo che la condotta del terzo investitore può fare venire meno questa responsabilità solo quando sia per lui chiaramente percepibile che il preposto, abusando dei suoi poteri, agisca per finalità estranee a quelle del preponente, ovvero quando il medesimo danneggiato sia consapevolmente coinvolto nell'elusione della disciplina legale da parte dell'intermediario od abbia prestato acquiescenza all'irregolare agire dello stesso, palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il loro valore complessivo, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso *iter* funzionale

alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche (conf. Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-01).

Anche **Sez. 1, n. 17947/2020, Iofrida, Rv. 658570-01**, ha ritenuto che la società preponente non risponde solidalmente del danno causato al risparmiatore dai suoi promotori finanziari, qualora il nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esecuzione delle incombenze affidate a questi ultimi sia interrotto dalla condotta del danneggiato, il quale, inosservante ai canoni di prudenza e agli oneri di cooperazione nel compimento dell'attività di investimento, serbi un contegno anomalo, contrassegnato da collusione o consapevole acquiescenza alla violazione delle regole ordinarie sul rapporto professionale con il cliente e sulle modalità di affidamento dei capitali da investire (nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva respinto il ricorso dell'investitore contro l'istituto di credito per il danno provocato dal suo promotore, il quale aveva incamerato le somme ricevute, valorizzando la consegna da parte del cliente di denaro con modalità difformi da quelle con cui il promotore sarebbe stato legittimato a riceverlo, l'omessa compilazione e sottoscrizione di contratti o moduli, l'assenza di evidenza contabile dei supposti investimenti).

10. I singoli contratti d'investimento.

La Corte di cassazione, nel corso del 2020, ha adottato importanti decisioni che approfondiscono la disciplina propria di alcuni tra i più frequenti contratti d'investimento.

10.1. L'offerta fuori sede.

Com'è noto, l'art. 30 T.U.F. contiene la disciplina dell'offerta fuori sede, che comprende la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio.

In proposito, **Sez. 1, n. 23569/2020, Falabella, Rv. 659238-01**, ha rilevato che, per escludere l'applicabilità della disciplina relativa all'offerta fuori sede di cui all'art. cit., nella vigenza del regolamento Consob n. 16190 del 2007, non è sufficiente che la promozione e il collocamento di strumenti finanziari si attuino in luogo di pertinenza del promotore finanziario, ma è necessario che tali attività si perfezionino presso la sede legale dell'intermediario autorizzato, ovvero presso una dipendenza dello stesso, per tale dovendosi intendere l'unità locale costituita da una stabile

organizzazione di mezzi e di persone, aperta al pubblico, dotata di autonomia tecnica e decisionale, che presta in via continuativa servizi e attività di investimento.

Nel contempo, **Sez. 1, n. 18155/2020, Amatore, Rv. 658615-01**, ha ritenuto che, nel caso di contratti d'investimento stipulati fuori della sede dell'intermediario, ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 58 del 1998, la circostanza che la sola sottoscrizione del contratto sia avvenuta presso l'abitazione dell'investitore non è sufficiente per qualificare l'offerta come avvenuta fuori sede, occorrendo a tal fine che l'investimento sia stato sollecitato presso il domicilio dell'investitore da un promotore finanziario o da un dipendente della banca intermediaria, tale da sorprendere l'investitore ed indurlo ad aderire ad una proposta non meditata adeguatamente e così far ritenere che la decisione di investimento sia stata assunta fuori sede.

Infine, **Sez. 1, n. 09460/2020, Scotti, Rv. 657682-01**, ha precisato che, nel vigore dell'art. 36 regolamento Consob n. 11522 del 1998, in caso di collocamento fuori sede di strumenti e di altri prodotti finanziari, la consegna del prospetto informativo redatto dall'emittente e degli altri documenti informativi è adempimento necessario, ma non sufficiente, per soddisfare l'obbligo informativo gravante sull'intermediario, come evidenziato dalla previsione degli ulteriori oneri d'informazione, previsti al comma 1, lett. b) e c), della detta disposizione, dovendo quest'ultimo operare in modo che i clienti siano sempre adeguatamente informati sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento, con particolare riguardo ai relativi costi e rischi patrimoniali.

10.2. La gestione di portafogli.

Per quanto riguarda la gestione di portafogli, regolata dall'art. 24 T.U.F., assume fondamentale rilievo **Sez. 1, n. 23568/2020, Falabella, Rv. 659598-01**, ove la S.C. ha nuovamente esaminato le caratteristiche e la funzione del "benchmark", evidenziando che quest'ultimo rappresenta la linea d'investimento prescelta dal cliente, in conformità a quanto previsto dall'art. 42 del Regolamento Consob n. 11522 del 1998, e importa la costituzione di obblighi di condotta da parte del gestore, rappresentando un parametro di riferimento coerente con i rischi della gestione, al quale devono essere commisurati i risultati di questa. Anche se non impone al gestore di acquistare titoli nelle proporzioni indicate, il "benchmark" prescelto costituisce, dunque, un modo per valutare la razionalità e l'adeguatezza dell'attività dell'intermediario, derivandone che, ove la gestione sia risultata in contrasto con il predetto parametro e, quindi, con i rischi contrattualmente assunti dall'investitore, l'intermediario è chiamato a rispondere delle perdite che il cliente abbia subìto in conseguenza (nello stesso senso, Sez. 1, n. 00024/2017, Rv. 643007-01).

In tale quadro, **Sez. 1, n. 09024/2020, Falabella, Rv. 657908-01,** ha precisato che la valutazione di adeguatezza non attiene soltanto al momento dell'acquisto di titoli, evidenziando che, nel giudizio sulla responsabilità nell'esecuzione del contratto di gestione individuale di patrimoni mobiliari, il gestore è tenuto ad un comportamento diligente per tutta la durata del rapporto, sicché, ove sia contestato il suo inadempimento, è necessario anche valutare se il mantenimento nel portafoglio di titoli precedentemente acquistati, avuto riguardo al mutato scenario del mercato, sia conforme alla linea di investimento indicata dall'investitore e, in termini generali, agli obblighi su di lui gravanti, il quale è altrimenti chiamato a rispondere del danno da lui provocato.

Nel compimento di tale valutazione, ha aggiunto **Sez. 1, n. 09024/2020, Falabella, Rv. 657908-02,** si deve tenere presente che l'istruzione vincolante impartita dal cliente, non implica, di per sé, approvazione tacita del precedente operato dall'incaricato nel corso della gestione.

Infine, nell'esaminare una fattispecie in cui l'investitore aveva deciso di operare per il tramite di una società fiduciaria, **Sez. 1, n. 29410/2020, Acierno, Rv. 660198 - 01**, ha evidenziato che tale società è legittimata ad esperire le azioni contrattuali derivanti dal contratto da lei stipulato per conto del fiduciante, perché il rapporto intercorrente tra quest'ultimo e il fiduciario è assimilabile al mandato senza rappresentanza, aggiungendo che tale legittimazione sussiste anche quando il rapporto fiduciario sia cessato, sempre che riguardi azioni attinenti ad atti o attività compiute durante la vigenza dello stesso.

10.3. Il contratto di *swap*.

Nel corso dell'anno 2020, le Sezioni Unite della S.C. hanno esaminato con particolare attenzione le caratteristiche proprie dei contratti di *swap*, approfondendo la disciplina ad essi applicabile nel caso in cui siano stipulati da enti pubblici.

In particolare, è stato chiarito che l'*interest rate swap* è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono: a) è *over the counter*, vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; b) è non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; c) l'intermediario versa in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e di consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-01**).

Sono stati, poi, ritenuti elementi essenziali del contratto la data di stipulazione, quella di inizio della decorrenza degli interessi, quelle di scadenza e di pagamento, il

capitale di riferimento (cd. nozionale) e i diversi tassi di interesse ad esso applicabili (ancora **Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-01**).

Inoltre, si è precisato che la causa dell'*interest rate swap*, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-02**).

Ai fini della validità del contratto, è stato, dunque, ritenuto necessario accertare se vi sia un accordo tra intermediario e investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi. Tale accordo non si può limitare al *mark to market*, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto o un terzo (estraneo all'operazione) è disposto a subentrarvi, ma deve investire gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-03**).

Nell'affrontare, poi, la questione relativa all'acquisto di titoli derivati da parte dei comuni, le Sezioni Unite hanno, prima di tutto, evidenziato che la normativa che ne ha autorizzato la conclusione, fino al divieto introdotto dalla l. n. 147 del 2013, ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione, poiché ha consentito alla P.A. di stipulare contratti che, in quanto aleatori, non avrebbe potuto, di per sé, sottoscrivere. Il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere tali contratti deve, pertanto, essere considerato possibile per i soli derivati di copertura, con esclusione di quelli speculativi. Inoltre, deve ritenersi necessario che i menzionati contratti siano stipulati con intermediari finanziari qualificati e che il relativo oggetto sia determinato con precisione, mediante l'indicazione del *mark to market*, degli scenari probabilistici e dei costi occulti, al fine di ridurre al minimo e di rendere evidente all'ente ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, comportando tale caratteristica una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole della contabilità pubblica, dal momento che introduce variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-04**).

Si è poi precisato che, qualora gli enti pubblici, nello stipulare contratti derivati, ricevano importi a titolo di *upfront*, tali somme rappresentano un finanziamento, che deve essere qualificato come indebitamento, ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost. (anche per il periodo antecedente l'approvazione dell'art. 62, comma 9, d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. in l. n. 133 del 2008, successivamente sostituito dall'art. 3 l. n. 203 del 2008, che ha solo preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con detto *upfront*), mentre lo stesso non può dirsi della collegata operazione di *swap,* la quale deve essere guardata nel suo complesso, al fine di verificare se l'effetto che produce può consistere sostanzialmente in un indebitamento (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-05**).

In tale quadro, si è, infine, affermato che l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di *swap* da parte dei comuni, in particolare se vi è un finanziamento *upfront* – ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti, ovvero nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni – deve essere data, a pena di nullità, dal consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L., non potendo essere assimilata ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale, avente finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti (di competenza della giunta comunale, in virtù della sua residuale attribuzione gestoria *ex* art. 48, comma 2, dello stesso testo unico). Tale autorizzazione è, in particolare, di competenza del consiglio comunale, quando l'"IRS" negoziato incida sull'entità globale dell'indebitamento del comune, tenuto conto che la ristrutturazione del debito deve essere accertata considerando l'operazione nel suo complesso, con la ricomprensione dei costi occulti che gravano sul rapporto (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-06**).

10.4. Il contratto "4You".

Nel corso del 2020, la S.C. si è nuovamente pronunciata anche sul contratto "4You", evidenziando che si tratta di un contratto atipico, con il quale una banca eroga al cliente un mutuo, contestualmente impiegato per acquistare, per conto del cliente, strumenti finanziari predeterminati, emessi dalla banca stessa, a loro volta contestualmente costituiti in pegno a garanzia della restituzione del finanziamento concesso, la cui causa concreta risiede nella realizzazione di un lucro finanziario da ricondurre ai "servizi di investimento", di cui all'art. 1, comma 5, d.lgs. n. 58 del 1998, assimilabile all'analogo contratto *My Way* (**Sez. 1, n. 06201/2020, Caradonna, Rv. 657051-01**).

La decisione si è limitata a cassare con rinvio la statuizione del giudice di merito, che aveva ritenuto si trattasse di un contratto tipico (erroneamente ricondotto alle ipotesi previste dall'art. 1, comma 6, lett. c) d.lgs. n. 58 del 1998).

Nelle fattispecie in precedenza esaminate, invece, la S.C. ha operato un sindacato sulla valutazione di meritevolezza *ex* art. 1322 c.c. di tale contratto, che fino ad ora ha escluso (v. Sez. 1, n. 22950/2015, Nazzicone, Rv. 638094-01, con riferimento al contratto *My Way*, e Sez. 1, n. 26057/2017, Marulli, Rv. 646060-01, con riferimento al contratto 4*You*; v. anche Sez. 1, n. 25630/2017, Marulli, Rv. 647222-01, sempre in ordine al contratto 4*You*).

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO)

SOMMARIO: 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. - 1.1. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. - 1.2. Il procedimento prefallimentare. - 1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. - 2. Gli organi delle procedure concorsuali. - 2.1 I reclami endoconcorsuali. - 3. Le azioni di inefficacia in generale. - 3.1 Le azioni *ex* art. 66 l. fall.. - 3.2. Le revocatorie fallimentari. - 4. I rapporti pendenti. 5. La formazione dello stato passivo. – 5.1. Le prove documentali. - 5.2. Le prelazioni e le prededuzioni. - 6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo, le revocazioni. - 7 La liquidazione dell'attivo. - 8 La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. - 9. Il concordato fallimentare. - 10. Il concordato preventivo in generale. - 10.1. L'ammissione alla procedura e la sua revoca. - 10.2. L'omologa e le impugnazioni. - 11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. - 12. Il sovraindebitamento.

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti.

Interessanti pronunce hanno ulteriormente definito il perimetro dei soggetti fallibili.

Si è affermato che l'ente associativo dedito esclusivamente all'attività di formazione professionale sulla base di progetti predisposti dalla regione, dalla quale riceva contributi per la copertura integrale dei costi di organizzazione, non può essere dichiarato fallito, atteso che la gratuità di una simile attività, concretamente assicurata con l'erogazione dei predetti contributi, esclude che l'ente operi in modo che siano remunerati, anche solo in parte, i fattori di produzione con i propri ricavi (**Cass., sez. 1, n. 22955/2020, Campese, Rv. 659421-01**).

La Corte ha poi chiarito, in tema di intervento del Fondo di garanzia gestito dall'INPS, che il presupposto della non assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore, sia in astratto che in concreto, costituisce una tipica questione pregiudiziale in senso logico rispetto alla domanda giudiziale concernente la prestazione previdenziale, che può essere accertata dal giudice adìto in via incidentale, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., senza che sia necessaria una preventiva verifica da parte del tribunale fallimentare con il concorso degli altri creditori (**Cass., sez. L, n. 1887/2020, Cavallaro Rv. 656693-01**).

Si è poi soggiunto che quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza, deve essere effettuata con riferimento alla situazione esistente alla data della sentenza dichiarativa di fallimento, e deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori

sociali, e ciò in quanto, non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori previa realizzazione delle attività, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci, non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte (**Cass., sez. 6-1, n. 24660/2020, Pazzi, Rv. 659891 - 01**).

Sul versante della prova negativa dell'insussistenza dei requisiti per la dichiarazione di fallimento di cui all'art. 1, comma 2, l.fall., è stato posto in evidenza che, sebbene i bilanci degli ultimi tre esercizi depositati ai sensi dell'art. 15, comma 4, l.fall. costituiscano mezzo di prova privilegiato, essi non assurgono a prova legale, sicché il debitore può assolvere all'onere di dimostrare la sua non fallibilità con strumenti probatori alternativi, esemplificativamente avvalendosi delle scritture contabili provenienti dall'impresa, come di qualunque altro documento, anche formato da terzi, suscettibile di fornire la rappresentazione storica dei fatti e dei dati economici e patrimoniali dell'impresa (**Cass., sez. 1, n. 25025/2020, Dolmetta, Rv. 659730 - 01**).

Un interessante arresto giurisprudenziale ha adombrato che ai fini della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore commerciale, l'affitto dell'azienda comporta, di regola, la cessazione della qualità di imprenditore, salvo l'accertamento in fatto che l'attività d'impresa sia, invece, proseguita in concreto, non essendo sufficiente affermare la compatibilità tra affitto di azienda e prosecuzione dell'impresa, la quale va positivamente accertata dal giudice di merito (**Cass., sez. 6-1, n. 7311/2020, Nazzicone, Rv. 657557-01**).

1.1. Le società cancellate e l'estensione del fallimento.

La Corte ha affermato che in caso di trasformazione di una società di capitali in comunione di azienda, i creditori muniti di titolo anteriore alla trasformazione beneficiano dell'originario regime di responsabilità della società, la quale nel termine di cui all'art. 10 l.fall. potrà essere dichiarata fallita, dovendo escludersi che l'opposizione dei creditori, ex art. 2500 *novies* c.c., costituisca un rimedio sostitutivo al fallimento, trattandosi piuttosto di uno strumento aggiuntivo che appronta una tutela di intensità inferiore (**Cass., sez. 1, n. 23174/2020, Dolmetta, Rv. 659277-01**).

I giudici nomofilattici hanno anche ritenuto che in ipotesi di trasformazione cd. "regressiva" di una società a responsabilità limitata in una società semplice, sottratta al fallimento, con conseguente cancellazione della società trasformata dalla sezione ordinaria del registro delle imprese ed iscrizione in quella speciale di cui all'art. 2 del

d.P.R. n. 558 del 1999, il termine annuale di cui all'art. 10 L. FALL. va sempre calcolato dalla data della cancellazione dalla sezione ordinaria del registro (**Cass., sez. 1, n. 10302/2020, Di Marzio, Rv. 657714-01**).

Si è evidenziato che anche la società scissa è assoggettabile al fallimento, in quanto la previsione della responsabilità solidale delle beneficiarie, ex artt. 2506 *bis*, comma 3, e 2506 *quater* c.c., non vale ad escludere che essa risponda per i propri debiti (**Cass., sez. 1, n. 4737/2020, Dolmetta, Rv. 658121-01**).

Tuttavia, con riferimento alla dichiarazione di fallimento in presenza di una scissione di società totalitaria, verificandosi un fenomeno di tipo successorio tra soggetti distinti e dunque l'estinzione della società scissa, trova applicazione la regola di cui all'art. 10 l. fall., per cui il fallimento di quest'ultima potrà essere pronunciato entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese (**Cass., sez. 1, n. 11984/2020, Amatore, Rv. 657960-01**).

Di converso, ai fini del rispetto del termine previsto dall'art. 10 l.fall., l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 c.c., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta, fa presumere fino a prova contraria la continuazione dell'attività d'impresa, atteso che il rilievo di regola solo dichiarativo della pubblicità comporta che l'iscrizione del detto decreto rende opponibile ai terzi l'insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e determina altresì, con effetto retroattivo, il venir meno dell'estinzione della società per non essersi questa effettivamente verificata (**Cass., sez. 6-1, n. 22290/2020, Terrusi, Rv. 659007-01**).

È stato, inoltre, precisato che il termine di un anno, entro il quale l'imprenditore individuale che abbia cessato la sua attività può essere dichiarato fallito ai sensi dell'art. 10 l. fall., decorre esclusivamente dalla cancellazione dal registro delle imprese e senza possibilità per l'imprenditore medesimo di dimostrare il momento anteriore dell'effettiva cessazione dell'attività, sicché la pregressa cancellazione dall'albo dei trasportatori non è idonea a far decorrere il termine annuale per la dichiarazione di fallimento (**Cass., sez. 6-1, n. 17377/2020, Acierno, Rv. 658715-01**).

Utile la sottolineatura in base alla quale, il combinato disposto degli artt. 2495 c.c. e 10 l. fall. impedisce all'imprenditore individuale volontariamente cancellatosi dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di richiedere l'ammissione al concordato preventivo, trattandosi di procedura che, diversamente dal fallimento, caratterizzato da finalità solo liquidatorie, tende piuttosto alla risoluzione della crisi d'impresa, sicché l'intervenuta e consapevole scelta di cessare l'attività imprenditoriale, necessario presupposto della cancellazione, preclude "ipso facto" l'utilizzo della procedura concordataria per

insussistenza del bene al cui risanamento essa dovrebbe mirare (**Cass., sez. 1, n. 4329/2020, De Marzo, Rv. 657075-01)**.

Proprio per i motivi enunciati nell'arresto testé citato, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 2495 c.c. e 10 l. fall., nella parte in cui impedisce al liquidatore della società cancellata dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di chiedere l'accesso al concordato preventivo. Inoltre, l'istanza concordataria non può essere intesa come uno dei mezzi attraverso i quali si esplica il diritto di difesa del fallendo in sede di istruttoria fallimentare (**Cass., sez. 6-1, n. 12045/2020, Vella, Rv. 658208-01**).

Per quanto riguarda la posizione dei soci illimitatamente responsabili, si è precisato che l'art. 147, comma 5, l. fall. trova applicazione non solo quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto tra il fallito e uno o più soci occulti, ma, in virtù di una sua interpretazione estensiva, anche laddove il socio già fallito sia una società, anche di capitali, che partecipi, con altre società o persone fisiche, ad una società di persone (cd. supersocietà di fatto), non assoggettata ad altrui direzione e coordinamento, la cui sussistenza, però, postula la rigorosa dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci, dovendosi ritenere che la circostanza che le singole società perseguano, invece, l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo, anche solo di fatto, costituisca, piuttosto, una prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto (**Cass., sez. 1, n. 7903/2020, Terrusi, Rv. 658600-01**).

Si è anche osservato che il fallimento personale del socio illimitatamente responsabile, pur presentando una relativa autonomia rispetto a quello della società, potendo il singolo socio contestare la propria appartenenza alla compagine societaria ovvero l'ingerenza nella sua gestione, costituisce un effetto dipendente ed accessorio rispetto all'apertura del fallimento sociale, onde la revoca di quest'ultimo comporta automaticamente la revoca di quello personale, anche in mancanza di un'impugnazione da parte del socio. Ne consegue che, se passa in giudicato la sentenza con la quale la corte di appello revoca la dichiarazione di fallimento della società, deve essere revocata anche la dichiarazione di fallimento in estensione pronunciata nei confronti del socio (**Cass., sez. 1, n. 22956/2020, Campese, Rv. 659422-01**).

Il carattere "riflesso" della dichiarazione di fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili rispetto alla dichiarazione di fallimento della società si coglie anche con riferimento all'istituto dell'esdebitazione. L'ambito soggettivo di quest'ultima, per quanto circoscritto dall'art. 142 l. fall. al fallito persona fisica, deve

essere esteso anche al socio illimitatamente responsabile di una società, fallito in estensione. Ne consegue che, al fine di valutare il presupposto di cui al comma 2 del citato art. 142 l. fall., ossia l'avvenuto soddisfacimento almeno in parte dei creditori concorsuali, occorre considerare che tali sono, per il socio fallito in estensione, anche e necessariamente quelli della società, in quanto, pur rimanendo distinte le diverse procedure, il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per intero anche nel fallimento dei singoli soci (**Cass., sez. 6-1, n. 16263/2020, Terrusi, Rv. 658713-01**).

1.2. Il procedimento prefallimentare.

È giunta utile la precisazione per la quale, allorquando l'istanza di fallimento sia stata depositata dinanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello innanzi al quale sia già pendente una domanda di concordato preventivo, l'obiettivo della gestione coordinata dei due procedimenti può essere conseguito sollecitando il tribunale successivamente adìto all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 39, comma 2, c.p.c., che in ogni caso, in ossequio ai princìpi generali, e vieppiù nell'ottica di garantire preferibilmente la soluzione negoziale della crisi, debbono essere adottati anche di ufficio; è onere del debitore impugnare, nei limiti in cui ciò sia consentito, tutti i provvedimenti adottati, anche in rito, che possano ostacolare il preliminare esame della domanda di concordato preventivo da lui proposta, atteso che l'eventuale accoglimento del reclamo ex art. 18 L. FALL. contro la sentenza di fallimento, di cui si pretenda l'illegittimità a causa del mancato preventivo esame della domanda concordataria, presuppone che quest'ultima sia ancora *"sub iudice"* (**Cass., sez. 1, n. 4343/2020, Campese, Rv. 657079-03**).

Parallelamente, si è affermato che ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, ferma la regola della continenza ex art. 39, comma 2, c.p.c., è onere del debitore che conosce della pendenza dell'istruttoria prefallimentare, anteriormente introdotta, proporre la domanda di concordato preventivo dinanzi al tribunale investito dell'istanza di fallimento, anche quando lo ritenga incompetente, affinché i due procedimenti confluiscano dinanzi al medesimo tribunale, e senza che una siffatta condotta determini acquiescenza ad una eventuale violazione dell'art. 9 L. FALL. (**Cass., sez. 1, n. 4343/2020, Campese, Rv. 657079-02**).

Ancora, al fine di garantire il più stretto coordinamento possibile tra una procedura tesa, come il concordato preventivo, alla soluzione negoziale della crisi e il procedimento volto alla dichiarazione di fallimento, si è affermata la opportunità che le due procedure, ove siano contemporaneamente pendenti dinanzi ad uno stesso ufficio giudiziario, siano riunite ex art. 273 c.p.c., anche di ufficio, consentendo la

riunione di raggiungere l'obiettivo della gestione coordinata delle stesse (**Cass., sez. 1, n. 4343/2020, Campese, Rv. 657079-01**).

Sempre in tema di rapporti tra la composizione negoziale della crisi d'impresa ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento, è stato affermato che la mera presentazione di una richiesta di concessione di un termine ex art. 161, commi 6 e 10, L. FALL. costituisce un fatto neutro inidoneo di per sé a dimostrare la volontà del debitore di sfuggire alla dichiarazione di fallimento, giacché il mero differimento del procedimento prefallimentare che ne discende rimane neutralizzato dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali; nondimeno, la circostanza della presentazione della domanda anticipata di concordato all'ultimo momento utile può concorrere a dimostrare, unitamente ad altri elementi atti a rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta, il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa (**Cass., sez. 1, n. 7117/2020, Pazzi, Rv. 657492-02**).

D'altra parte, è altrettanto vero che la consecuzione tra il concordato preventivo e il fallimento non rileva a tutti i possibili effetti regolativi dell'insolvenza: l'art. 150 del d.lgs. n. 5 del 2006, nel prevedere che le procedure fallimentari e di concordato pendenti alla data di entrata in vigore del decreto medesimo restano soggette alla legge fallimentare anteriore, valorizzano in via esclusiva, ai fini dell'applicazione delle nuove disposizioni, la data di deposito di ricorso per la dichiarazione di fallimento, senza che assuma alcun rilievo, sul piano della disciplina processuale applicabile, l'eventuale consecuzione tra procedure. Ne consegue che se il fallimento in consecuzione sia stato dichiarato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, si applica la norma sulla decadenza dalle azioni revocatorie di cui all'art. 69 *bis* L. FALL., nonostante che la domanda di concordato preventivo fosse stata depositata prima dell'entrata in vigore della novella alla legge fallimentare (**Cass., sez. 1, n. 6506/2020, Federico, Rv. 657485-01**).

Di valenza chiarificatrice la sottolineatura per cui l'attuale formulazione dell'art. 6 L. FALL., nell'escludere l'iniziativa d'ufficio del tribunale, implica che il giudice possa pronunciarsi nel merito solo in presenza di iniziativa proposta da soggetto legittimato e a condizione che la domanda non sia rinunciata, sicché in caso di accertamento dell'insussistenza del credito in capo al ricorrente, la sua carenza di legittimazione impone una pronuncia in rito di inammissibilità (**Cass., sez. 6-1, n. 5312/2020, Falabella, Rv. 657229-01**).

Sempre in tema di legittimazione all'istanza di fallimento, si è affermato recentemente che "il fideiussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato, ai sensi dell'art. 6 l. fall., a proporre l'istanza di fallimento contro il debitore principale per il solo fatto di averlo convenuto in giudizio con l'azione di rilievo ex art. 1953 c.c., atteso che tale azione

non lo munisce di un titolo astrattamente idoneo ad attribuirgli la qualità di creditore concorsuale in caso di apertura del fallimento; deve escludersi, per altro verso, che il diritto del fideiussore al regresso (o alla surrogazione nella posizione del creditore principale) possa sorgere, ancorché in via condizionale, anteriormente all'adempimento dell'obbligazione di garanzia (**Cass., sez. 1, n. 25317/2020, Ferro, Rv…**).

Sul piano della regolarità del rito, si è evidenziato che la notifica del ricorso per la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, con il pedissequo decreto di convocazione ex art. 15 l. fall., è ritualmente eseguita nei confronti della persona fisica dell'imprenditore, secondo le regole di cui agli artt. 138 e ss. c.p.c., attesa la totale identificazione esistente tra quest'ultimo e l'impresa (**Cass., sez. 6-1, n. 2345/2020, Campese, Rv. 656984-01**).

Ancora in ambito di notifica, si è rilevato che il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere notificato alla società cancellata dal registro delle imprese e già in liquidazione, ai sensi dell'art. 15, comma 3, L. FALL. (nel testo successivo alle modifiche apportategli dall'art. 17 del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla legge n. 221 del 2012), all'indirizzo di posta elettronica certificata dalla stessa in precedenza comunicato al registro delle imprese (**Cass., sez. 6-1, n. 18544/2020, Campese, Rv. 658998-01**).

Nel medesimo contesto si è considerato che in materia di notificazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 15 l. fall., una volta che la notificazione a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore sia risultata impossibile o non abbia avuto esito positivo, l'onere della notificazione ricade definitivamente sul ricorrente, sicché, ove sia stata disposta la rinnovazione della notificazione da questi eseguita, essa è effettuata a cura del ricorrente medesimo, senza che debba essere preceduta da un nuovo tentativo di notificazione a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata dal debitore (**Cass., sez. 1, n. 10511/2020, Di Marzio, Rv. 657895-01**).

Saliente anche la statuizione per cui l'art. 15, comma 3, L. FALL. (nel testo novellato dall'art. 17 del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. dalla legge n. 221 del 2012), nel prevedere che la notificazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento alla società può essere eseguita tramite PEC all'indirizzo della stessa e, in caso di esito negativo, presso la sua sede legale come risultante dal registro delle imprese, oppure, qualora neppure questa modalità sia andata a buon fine, mediante deposito dell'atto nella casa comunale della sede iscritta nel registro, introduce una disciplina speciale semplificata che esclude l'applicabilità della disciplina ordinaria prevista dall'art. 145 c.p.c. per le ipotesi di irreperibilità del destinatario della notifica (**Cass., sez. 6-1, n. 5311/2020, Falabella, Rv. 657226-01**).

Ai fini della rituale instaurazione del contraddittorio in ordine all'istanza di fallimento proposta nei confronti di una società di capitali della quale sia stato deliberato lo scioglimento senza che si sia provveduto alla designazione del liquidatore, non è necessaria la nomina del liquidatore giudiziario di cui all'art. 2487 c.c. e all'art. 15, comma 8, l. fall., novellato dall'art. 2 del d.lgs. n. 169 del 2007, nomina alla cui richiesta sono legittimati i soci, gli amministratori e i sindaci, non anche i terzi. Ai terzi che intendano presentare l'istanza di fallimento è sufficiente provocare la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c., il quale è legittimato a resistere all'istanza medesima, non implicando tale resistenza il compimento di attività di gestione, al di fuori di quella, che l'art. 78 c.p.c. commette allo stesso curatore, volta a promuovere il ripristino della rappresentanza legale dell'ente (**Cass., sez. 6-1, n. 18544/2020, Campese, Rv. 658998-02**).

Nell'ambito del procedimento prefallimentare, la valutazione della ricorrenza delle particolari ragioni d'urgenza, che giustificano l'abbreviazione del termine per la comparizione del debitore, compete solo al presidente del tribunale (ovvero al presidente di sezione tabellarmente designato per l'adozione di tali provvedimenti) il quale può disporla ance d'ufficio, per la particolare natura dell'istruttoria prefallimentare, non riducibile ad un processo tra parti contrapposte, in quanto idonea a dar luogo (nel caso di accoglimento della domanda) ad un accertamento costitutivo valevole "erga omnes": tuttavia, la facoltà di abbreviare i termini per la comparizione del debitore è delegabile al giudice incaricato dell'esame del ricorso di fallimento dal presidente del tribunale, come previsto dal combinato disposto dei commi terzo e quinto dell'art. 15 L. FALL. (**Cass., sez. 1, n. 8611/2020, Solaini, Rv. 657902-01**).

Con riferimento all'istruttoria prefallimentare si è acclarato che le disposizioni di cui agli artt. 214 e ss. c.p.c., sul riconoscimento e la verificazione della scrittura privata, non sono applicabili, tenuto conto del carattere sommario e camerale che tale procedimento ha conservato anche dopo la riforma della legge fallimentare e degli ampi poteri istruttori officiosi che spettano al giudice, sicché il tribunale può accertare la genuinità della scrittura privata anche d'ufficio e con ogni mezzo (**Cass., sez. 6-1, n. 15645/2020, Dolmetta, Rv. 658709-01**).

La sentenza dichiarativa di fallimento produce rilevanti effetti processuali sui giudizi in corso in cui è parte il debitore dichiarato fallito. In particolare, la legge dispone, in via generale, che l'apertura del fallimento determini l'interruzione del processo (art. 43, comma 3, l. fall.), il quale potrà essere riassunto su iniziativa del curatore o della controparte: l'interruzione avviene automaticamente senza che l'evento interruttivo debba essere dichiarato in udienza dal difensore del fallito (art. 300 c.p.c.); non possono inoltre essere iniziate o proseguite le azioni esecutive o cautelari sui beni compresi nel fallimento, ancorché per crediti maturati nel corso

dello stesso (art. 51 l. fall.), fatte salve le ipotesi espressamente stabilite dalla legge (art. 41, comma 2, T.U.B.). Il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c. decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate (Cass., sez. 1, n. 2658/2019, Di Marzio, Rv. 65254601). La comunicazione da parte del curatore può anche essere fatta a mezzo pec, trattandosi di uno dei mezzi all'uopo consentiti dalla legge, ma questa deve avere specificamente ad oggetto il processo nel quale l'evento esplica i suoi effetti e deve essere diretta al procuratore che assiste la parte costituita non colpita dall'evento nel giudizio in cui la conoscenza legale dell'interruzione viene in rilievo (**Cass., sez. 3, n. 12890/2020, Iannello, Rv. 658021-01**).

Di notevole riflesso pratico la decisione in base alla quale la desistenza del creditore istante, non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione, in quanto atto di natura meramente processuale rivolto, al pari della domanda iniziale, al giudice, è inidonea a spiegare i propri effetti qualora venga depositata allorché il procedimento prefallimentare sia stato definito con la deliberazione della decisione, anche se questa non sia stata ancora pubblicata (**Cass., sez. 6-1, n. 13187/2020, Falabella, Rv. 658075-01**).

È stato anche chiarito che non sussiste una violazione del principio dell'immutabilità del collegio, inteso unicamente ad assicurare che i giudici che pronunciano la sentenza siano gli stessi che hanno assistito alla discussione della causa, qualora la composizione del tribunale che pronuncia la sentenza dichiarativa di fallimento sia diversa da quella indicata nel decreto di fissazione dell'udienza collegiale ex art. 15 L. FALL. (**Cass., sez. 6-1, n. 9208/2020, Di Marzio, Rv. 657790-01**).

Si è poi osservato che la dichiarazione di fallimento presuppone un'autonoma delibazione incidentale, da parte del tribunale fallimentare, compatibilmente con il carattere sommario del rito, circa la sussistenza del credito dedotto a sostegno dell'istanza, quale necessario postulato della verifica della legittimazione del creditore a chiedere il fallimento. In tale ambito il giudice deve valutare non solo le allegazioni e le produzioni della parte istante ma anche i fatti rappresentati dal debitore che valgano a dimostrare l'insussistenza dell'obbligazione addotta o la sua intervenuta estinzione (**Cass., sez. 6-1, n. 23494/2020, Pazzi, Rv. 659433-01**).

1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto.

Si è ritenuta l'inammissibilità del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., rivolto nei confronti del provvedimento con il quale la corte di appello abbia dichiarato non reclamabile il rigetto dell'istanza formulata dal ricorrente, ai sensi

dell'art. 19 l. fall.., di sospensione della liquidazione dell'attivo, in attesa della definizione del reclamo avverso la sentenza di fallimento, trattandosi di provvedimento in tutto equiparabile all'ordinanza, non impugnabile, ed in quanto priva di decisorietà, non ricorribile per cassazione, emessa ai sensi degli artt. 283 e 351 c.p.c., sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza di primo grado (**Cass., sez. 1, n. 11887/2020, Vella, Rv. 657958-01**).

Si è appurato che in caso di reclamo avverso la sentenza di fallimento, qualora il reclamato non compaia in udienza o si costituisca irritualmente, il giudice, verificata la regolarità del contraddittorio, deve decidere il reclamo nel merito, non potendosi far discendere dalle predette circostanze il disinteresse processuale della parte a coltivare la domanda di fallimento (**Cass., sez. 1, n. 7121/2020, Amatore, Rv. 657487-01**, in una fattispecie in cui il P.G. presso la corte di appello, quale reclamato, non era comparso in udienza nel giudizio di reclamo).

Si è reputato che avverso la sentenza dichiarativa di fallimento è esclusa l'esperibilità dell'opposizione del terzo, ex art. 404, comma 1 c.p.c., in quanto detto rimedio è assorbito in quello di carattere generale previsto dall'art. 18 l. fall., proponibile, oltre che dal debitore fallito, anche da "qualunque interessato" (**Cass., sez. 1, n. 4786/2020, Di Marzio, Rv. 657031-01**).

È stato posto in luce che il difetto di legittimazione attiva ad instare per la dichiarazione di fallimento è tardivamente eccepito qualora, ancorché conosciuto (se del caso in conseguenza dell'approvazione dello stato passivo), non sia stato tempestivamente sollevato con il reclamo ex art. 18 l. fall., ma affidato a successive note; né tale difetto è rilevabile d'ufficio qualora sussista una anteriore statuizione implicita del tribunale fallimentare su cui si sia formato il giudicato interno (**Cass., sez. 21144/2020, Fidanzia, Rv. 658980-01**).

È stato posto in apice che la sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale, prevista dall'art. 1 della legge n. 742 del 1969, non si applica (ai sensi del successivo art. 3 della citata legge, in relazione all'art. 92 dell'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. n. 12 del 1941) alle "cause inerenti alla dichiarazione e revoca del fallimento", senza alcuna limitazione o distinzione fra le varie fasi ed i diversi gradi del giudizio (**Cass., sez. 6-1, n. 24019/2020, Vella, Rv. 659594 - 01**).

In tema di effetti del giudizio di rinvio su quello per la dichiarazione di fallimento, è stato reputato che ove la sentenza di rigetto del reclamo contro la sentenza dichiarativa, di cui all'art. 18 l.fall., sia stata cassata con rinvio e il processo non sia stato riassunto nel termine prescritto, trova piena applicazione la regola generale di cui all'art. 393 c.p.c., alla stregua della quale alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero processo e, quindi, anche l'inefficacia della sentenza di fallimento (**Cass., sez. 1, n. 3022/2020, Terrusi, Rv. 657053-01**).

Con riguardo al caso di mancata proposizione di autonoma impugnazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost., avverso il decreto della corte di appello di revoca dell'omologazione del concordato preventivo, è stato ritenuto che il debitore possa legittimamente proporre le proprie doglianze in merito nel giudizio di impugnazione della sentenza di fallimento successivamente pronunciata dal tribunale, a seguito della rimessione degli atti da parte della corte di appello ai sensi dell'art. 22, comma 4, l. fall., in quanto i rapporti tra i due procedimenti si atteggia come di consequenzialità (eventuale del fallimento) e di assorbimento dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento (**Cass., sez. 1, n. 11354/2020, Amatore, Rv. 657913-01**). Con la pronuncia in commento la Suprema Corte è tornata, in definitiva, sulla controversa questione del regime di impugnazione applicabile ai provvedimenti emessi nell'ambito della procedura di concordato preventivo, nonché sulla problematica, ad essa strettamente correlata, dei rapporti tra la procedura concordataria e la dichiarazione di fallimento. Il Supremo consesso ha avuto modo di affermare che il provvedimento reso dalla Corte d'appello all'esito del procedimento di reclamo *ex* art. 183 l. fall. è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111, comma 7, cost. solo allorché al suddetto provvedimento non faccia seguito la dichiarazione di fallimento, dal momento che, sopravvenuta quest'ultima, a discenderne è l'improcedibilità del giudizio di omologazione in corso, con la conseguenza che i motivi di impugnazione avverso la declaratoria di inammissibilità della domanda concordataria o avverso il diniego dell'omologazione del concordato devono necessariamente essere dedotti in sede di reclamo *ex* art. 18 l. fall. nei confronti della sentenza dichiarativa di fallimento, in conformità a quanto previsto dagli artt. 162, ult. comma, e 183, ult, comma, l. fall..

In forza di quest'ultimo principio, ritenuto applicabile anche all'ipotesi – che ricorreva nel caso in esame - di **revoca** dell'omologazione del concordato con conseguente dichiarazione di fallimento *ex* **art. 173, comma 2, l. fall.**, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata, con la quale la corte territoriale, nel respingere il reclamo *ex* art. 18 l. fall. proposto dalla ricorrente, aveva omesso di pronunciarsi sulle censure da questa formulate in merito all'omologabilità del concordato.

2. Gli organi delle procedure concorsuali.

La Corte ha stabilito che sussiste la competenza funzionale del tribunale fallimentare e non della sezione specializzata in materia di impresa, nel caso di azione promossa dal curatore tesa all'accertamento della simulazione dell'assegnazione di partecipazioni sociali della società fallita ai soci in occasione del loro recesso, in quanto, avuto riguardo al "petitum" e alla "causa petendi", la stessa non attiene a

situazioni rilevanti sulla vita sociale, vale a dire a vicende di governo interno ovvero inerenti alla persona del singolo socio nei suoi rapporti con la società, con gli organi societari e con gli altri soci (**Cass., sez. 6-1, n. 9224/2020, Marulli, Rv. 657678-01**).

La "vis" attrattiva del tribunale fallimentare, funzionalmente competente ai sensi dell'art. 24 l. fall., emerge anche nel caso in cui il debitore ceduto sia stato dichiarato fallito e la curatela contesti l'opponibilità al fallimento della cessione del credito tra il cedente e il cessionario o, in subordine, deduca la revocabilità della stessa (**Cass., sez. 3, n. 11287/2020, Rossetti, Rv. 658155-01**).

Di converso, è stato affermato che l'opposizione a precetto ex art. 615 c.p.c., promossa dall'imprenditore "in bonis" che, in corso di giudizio, sia stato dichiarato fallito, non rientra, ai sensi dell'art. 24 l. fall., nella competenza funzionale del tribunale fallimentare, trattandosi di un'azione inerente ad un diritto già esistente nel patrimonio del fallito anteriormente alla declaratoria della sua insolvenza, che si sottrae alle regole della concorsualità (**Cass., sez. 6-3, n. 21009/2020, Pellecchia, Rv. 659154-01**).

Con riferimento, poi, alla giurisdizione, in materia di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, è il giudice ordinario che si deve pronunciare sulla controversia tra il gestore del servizio energetico e il fallimento della società di produzione energetica, qualora la materia del contendere non riguardi le tariffe, il criterio della loro quantificazione o la concessione degli incentivi, ma soltanto l'opponibilità o meno alla procedura fallimentare della cessione di crediti inerenti agli incentivi concessi, in correlazione alla produzione anzidetta, per il periodo successivo alla dichiarazione da parte della curatela del fallimento di voler subentrare nel rapporto; né è idonea ad incidere sull'individuazione dell'autorità giurisdizionalmente competente la proposizione dell'eccezione riconvenzionale del gestore in punto di giurisdizione, in quanto quest'ultima è determinata solo in base al "petitum" sostanziale, che non muta in seguito all'eccezione in parola (**Cass., Sez. U., n. 7560/2020, Rubino, Rv. 657472-01**).

Tra i compiti del giudice delegato vi è quello di autorizzare le azioni giudiziarie del curatore. L'autorizzazione a promuovere un'azione giudiziaria, conferita dal giudice delegato al curatore del fallimento, si estende, secondo la Corte, senza bisogno di specifica menzione, a tutte le possibili pretese ed istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui si riferisce (**Cass., sez. 6-1, n. 24651/2020, Dolmetta, Rv…**).

La mancanza di autorizzazione del giudice delegato al curatore perché intraprenda un giudizio, concernendo un'attività svolta nell'esclusivo interesse del fallimento procedente, è suscettibile di sanatoria con effetto "*ex tunc*", anche mediante successiva autorizzazione nel corso del processo, purché l'inefficacia degli

atti non sia stata nel frattempo già accertata e sanzionata dal giudice (**Cass., sez. 6-1, n. 12252/2020, Di Marzio, Rv. 658060-01**).

Con riferimento al curatore si è evidenziato che il decreto di liquidazione del compenso deve essere specificamente motivato in ordine alle opzioni discrezionali adottate dal giudice di merito così come demandategli dall'art. 39 l.fall. e dalle norme regolamentari ivi richiamate, con conseguente nullità del decreto predetto qualora lo stesso risulti del tutto privo di motivazione, ovvero corredato di parte motiva soltanto apparente, denunciabile con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.; la motivazione tuttavia può anche essere implicita, ossia integrata dal contenuto dell'istanza e dai relativi allegati, ma con richiami espliciti ai parametri applicati, non bastando il mero richiamo all'istanza del curatore, se privo dei caratteri in concreto adottati (**Cass., sez. 1, n. 3871/2020, Ferro, Rv. 657057-01**).

Ai fini della liquidazione del compenso in parola non può ricomprendersi, ad avviso della Corte, nel concetto di "attivo realizzato", alla cui entità ragguagliare le percentuali previste dal d.m. n. 30 del 2012, il valore dell'immobile liquidato nella procedura esecutiva promossa dal creditore fondiario, a meno che il curatore non sia intervenuto nell'esecuzione svolgendo un'attività diretta a realizzare una concreta utilità per la massa dei creditori, anche mediante la distribuzione a questi ultimi di una parte del ricavato della vendita (**Cass., sez. 6-1, n. 1175/2020, Caiazzo, Rv. 656682-01**).

L'art. 38 l. fall. prevede l'azione di responsabilità nei confronti del curatore revocato. L'esercizio di tale azione comporta, secondo il giudice nomofilattico, una valutazione della condotta dell'organo gestorio secondo il paradigma della diligenza "qualificata" di cui all'art. 1176, comma 2 c.c., avuto riguardo alla natura professionale dell'incarico svolto, sia pure con la facoltà di avvalersi, a fronte di problemi tecnici di particolare difficoltà, della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., palesandosi, di contro, irrilevante, ai fini esimenti, l'eventuale autorizzazione resa al curatore dal giudice delegato (**Cass., sez. 1, n. 13597/2020, Vella, Rv. 658238-01**).

Il curatore fallimentare è un pubblico ufficiale, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni (art. 30 l. fall.). Ne consegue che le sue attestazioni hanno valore di prova privilegiata ex art. 2700 c.c. quando abbiano per oggetto fatti da lui compiuti o che egli attesta essere avvenuti in sua presenza, ma non quando riguardino circostanze conosciute attraverso l'esame della documentazione dell'imprenditore dichiarato fallito, con la conseguenza che, ove l'amministrazione finanziaria emetta un avviso di accertamento a seguito del disconoscimento di una nota di variazione intestata alla società fallita per fatture non pagate, anch'esse intestate alla società, le dichiarazioni del curatore fondate sull'esame di tali documenti non fanno piena prova del mancato pagamento (**Cass., sez. 6-5, n. 21994/2020, D'Aquino, Rv…**)

2.1. I reclami endofallimentari.

Si è precisato che il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 36, comma 2 l. fall., sul provvedimento reso dal giudice delegato in ordine all'impugnativa del programma di liquidazione adottato dal curatore non ha natura definitiva e decisoria, in quanto non incide con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale, rientrando viceversa tra i provvedimenti di controllo sull'esercizio del potere amministrativo del curatore, espresso attraverso un atto avente funzione pianificatrice e di indirizzo; ne consegue che il decreto non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (**Cass., sez. 1, n. 4346/2020, Amatore, Rv. 657080-01**).

Si posto in risalto che il decreto del tribunale fallimentare reso in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato di autorizzazione alla vendita ha carattere decisorio, restando così suscettibile di ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., quando esso provveda su contestazioni in ordine alla legittimità di provvedimenti del giudice delegato incidenti su diritti soggettivi di natura sostanziale e non meramente processuale, connessi alla regolarità procedurale della liquidazione dell'attivo (**Cass., sez. 6-1, n. 21963/2020, Pazzi, Rv. 659006-01**).

È stato chiarito che ai sensi dell'art. 26 l. fall., nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006, la comunicazione a cura della cancelleria del decreto reso dal tribunale è sufficiente a far decorrere il termine di sessanta giorni per la proposizione, ai sensi dell'art. 111 Cost., del ricorso straordinario per cassazione (**Cass., sez. 1, n. 23173/2020, Mercolino, Rv. 659520-01**).

3. Le azioni di inefficacia in generale.

Si è ritenuto che i pagamenti avvenuti dopo il fallimento e riconducibili, anche indirettamente, al fallito, perché effettuati con suo denaro, su suo incarico ovvero in suo luogo, sono inefficaci, ai sensi dell'art. 44 l. fall., e le conseguenti domande di accertamento della loro inefficacia e di restituzione delle somme indebitamente versate in violazione della "par condicio creditorum" vanno proposte nei confronti dell' "accipiens", che è l'unico legittimato passivo, essendo l'effettivo beneficiario dell'atto solutorio, e non contro il soggetto eventualmente incaricato dal medesimo fallito della sua esecuzione (**Cass., sez. 3, n. 7477/2020, Olivieri, Rv. 657470-02**). In buona sostanza, l'inefficacia dei pagamenti effettuati dal debitore *post* fallimento è posta a tutela della *par condicio creditorum*: l'azione di cui all'art. 44 l. fall. neutralizza la possibilità che il beneficiario eluda il procedimento d'accertamento del passivo ed al pari che si avvantaggi di un soddisfacimento integrale del proprio credito. Ai fini della legittimazione passiva, il destinatario dell'azione dichiarativa di inefficacia ai sensi della richiamata norma in relazione ai pagamenti effettuati dal debitore dopo

l'apertura del concorso deve essere individuato, esclusivamente, nell'*accipiens*. Infatti, rimane estraneo alla domanda "restitutoria" della curatela il soggetto incaricato dal debitore di eseguire i pagamenti dedotti, egli agendo nell'interesse del fallito e, dunque, non ricevendo dal medesimo alcun correlato, diretto pagamento.

Rimane, così, da ultimo, estraneo alla proponibile azione restitutoria l'istituto bancario, quale soggetto contrattualmente incaricato dal debitore di eseguire i pagamenti dallo stesso stabiliti, dunque agendo in nome e nell'interesse dell'imprenditore fallito.

Si è statuito che in caso di fallimento del debitore già assoggettato ad espropriazione presso terzi, il pagamento eseguito dal "debitor debitoris" al creditore che abbia ottenuto l'assegnazione del credito pignorato ex art. 553 c.p.c. è inefficace, ai sensi dell'art. 44 l. fall., qualora intervenuto successivamente alla dichiarazione di fallimento, non assumendo rilievo, a tal fine, l'anteriorità dell'assegnazione che, disposta "salvo esazione", non determina l'immediata estinzione del debito dell'insolvente, essendo l'effetto satisfattivo per il creditore procedente rimesso alla riscossione del credito, ossia ad un momento che, in quanto posteriore alla declaratoria fallimentare, sconta la sanzione dell'inefficacia (**Cass., sez. 1, n. 10867/2020, Vella, Rv. 658122-01**).

In tema di dichiarazione di inefficacia degli atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64 l. fall., si è rilevato che la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare e non può quindi fondarsi sull'esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni sul piano tipico e astratto, dipendendo invece dall'apprezzamento dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del soggetto poi dichiarato fallito, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento, collegato o meno ad un sia pur indiretto guadagno ovvero ad un risparmio di spesa. Ne deriva che il negozio posto in essere dal soggetto poi fallito può dirsi gratuito, solo quando dall'operazione egli non tragga nessun concreto vantaggio patrimoniale, avendo inteso recarne uno ad altri, mentre sarà oneroso tutte le volte che il fallito riceva un vantaggio per questa sua prestazione, tanto da elidere quel pregiudizio cui l'ordinamento pone rimedio con l' "inefficacia" *ex lege* (**Cass., sez. 1, n. 23140/2020, Pazzi, Rv. 659119-01**).

Su un altro piano è stato messo in chiaro che l'art. 95, comma 1 l. fall., nel riferirsi all'eccezione revocatoria sollevata per le vie brevi dal curatore e alla relativa prescrizione dell'azione, richiama il doppio termine, di prescrizione e di decadenza, di cui all'art. 69 *bis*, comma 1 l. fall., nonostante l'espresso richiamo nella rubrica di quest'ultima solo del termine di decadenza (**Cass., sez. 1, n. 9136/2020, Amatore, Rv. 657761-01**).

3.1. Le azioni *ex* art. 66 l. fall..

Si è rilevato che oggetto della domanda revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, non è il bene trasferito in sé, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori, mediante il suo assoggettamento ad esecuzione forzata, sicché quando l'azione sia stata promossa dopo il fallimento dell' "*accipiens*", non potendo essere esperita con la finalità di recuperare il bene ceduto stante l'intangibilità dell'asse fallimentare, i creditori del cedente (ovvero il curatore nel caso di suo fallimento) potranno insinuarsi al passivo del fallimento del cessionario per il valore del bene oggetto dell'atto di disposizione (**Cass., Sez. U., n. 12476/2020, Terrusi, Rv. 658004-01**).

Qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per fare dichiarare in opponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore e, in pendenza del relativo giudizio, a seguito del sopravvenuto fallimento di questi, il curatore subentri nell'azione in forza della legittimazione accordatagli dall'art. 66 l. fall., accettando la causa nello stato in cui si trova, la legittimazione e l'interesse ad agire dell'attore originario vengono meno, con conseguente improcedibilità della domanda dallo stesso proposta, salva la dimostrazione dell'inerzia degli organi della procedura in relazione al diritto azionato (**Cass., sez. 3, n. 13862/2020, Positano, Rv. 658304-01**).

La cessione di crediti costituisce una modalità autonoma di estinzione dell'obbligazione, come tale assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria promossa dalla curatela fallimentare, ai sensi dell'art. 66 l. fall., anche quando rappresenti l'unico mezzo per adempiere all'obbligazione scaduta, poiché si tratta di atto discrezionale, quindi non dovuto, e non operando, in questo caso, per il principio della tutela della "par condicio", l'irrevocabilità dell'adempimento del debito scaduto prevista dall'art. 2901, comma 3 c.c. (**Cass., sez. 3, n. 4244/2020, Tatangelo, Rv. 656908-01**).

4. Le revocatorie fallimentari.

Si è messo in risalto che ai sensi dell'art. 67, comma 2 l. fall., la conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore da parte del terzo contraente, che deve essere effettiva e non meramente potenziale, può essere provata dal curatore, su cui incombe il relativo onere probatorio, tramite presunzioni gravi, precise e concordanti, desumibili anche dall'esistenza di un'ipoteca giudiziale sul bene venduto, menzionata nel contratto ed iscritta in virtù di un provvedimento definitivo di condanna della venditrice al pagamento di un rilevante importo (**Cass., sez. 1, n. 13169/2020, Terrusi, Rv. 658382-01**).

La revocatoria fallimentare del pagamento di debiti del fallito ex art. 67 l. fall. è stata ritenuta esperibile anche quando il pagamento sia stato effettuato da un terzo,

purché questi abbia pagato il debito con denaro dell'imprenditore poi fallito, ovvero con denaro proprio, sempre che, dopo aver pagato, abbia esercitato azione di rivalsa prima dell'apertura del fallimento (**Cass., sez. 1, n. 13165/2020, Terrusi, n. 658249-01**).

Si è evidenziata l'utilizzabilità del rimedio in parola anche con riferimento al pagamento che il soggetto fallito abbia eseguito prima del fallimento, volontariamente o coattivamente, sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, emesso in suo danno e da lui opposto. Non è escluso, peraltro, che, se non ricorrano i presupposti per l'esperimento dell'azione revocatoria, il curatore possa agire per la ripetizione dell'indebito nei confronti dell'*accipiens*, quando sia mancato qualsiasi titolo alla base del pagamento effettuato (**Cass., sez. 1, n. 3878/2020, Campese, Rv. 657072-01**).

Con riguardo alla revocatoria delle rimesse bancarie, si è chiarito che la natura non solutoria delle stesse, qualora affluite su un conto scoperto, postula la prova dell'esistenza di una pattuizione idonea ad impedire al credito della banca di palesarsi esigibile e alla rimessa di assumere la funzione di pagamento. Detta prova, che è onere della banca fornire, ove non derivi da un atto scritto, può anche essere desunta da "facta concludentia", purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale (**Cass., sez. 1, n. 13175/2020, Amatore, Rv. 658128-01**).

Utile sottolineatura quella per cui, nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore, in caso di revocatoria fallimentare esercitata dal curatore per la declaratoria di inefficacia del pagamento eseguito dall'amministrazione committente, quale terzo pignorato, nei confronti del subappaltatore, nessun rilievo assume la circostanza che la stazione appaltante abbia o meno opposto, quale condizione di esigibilità, la prerogativa della sospensione di cui all'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, assumendo invece valore assorbente la circostanza che la stessa si sia dichiarata debitrice nei confronti dell'appaltatore e, in quella veste, abbia ottemperato all'ordinanza di assegnazione del giudice dell'esecuzione (**Cass., sez. 1, n. 16708/2020, Ferro, Rv. 658803-01**).

Si è poi affermato che l'art. 67, comma 3, lett. a), l.fall. va interpretato nel senso che non sono revocabili quei pagamenti per i quali l'accipiens dimostri che, pur se avvenuti oltre i tempi contrattualmente previsti, siano stati, anche mediante comportamenti di fatto, eseguiti ed accettati in termini diversi, nell'ambito di plurimi adempimenti con le nuove caratteristiche, evidenziatesi già in epoca anteriore a quelli in discorso, onde questi ultimi non possono più considerarsi eseguiti "in ritardo", ma divengono esatti adempimenti (**Cass., sez. 1, n. 27939/2020, Nazzicone, Rv…**).

È stato puntualizzato che a norma dell'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (nel testo previgente al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 134 del 2012), la veridicità dei dati aziendali è uno degli oggetti dell'attestazione, quale necessario

presupposto della valutazione di ragionevolezza del piano attestato di risanamento (**Cass., sez. 1, n. 3018/2020, Federico, Rv. 657046-01**).

Quanto al recinto dell'esenzione dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela degli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. (nel testo previgente al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella legge n. 134 del 2012), si è chiarito che il giudice deve effettuare, con giudizio *"ex ante"*, una valutazione, parametrata sulla condizione professionale del terzo contraente, circa l'idoneità del piano, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, seppure in negativo, vale a dire nei soli limiti dell'assoluta, evidente inettitudine del piano presentato dal debitore a tal fine (**Cass., sez. 1, n. 3018/2020, Federico, Rv. 657046-02**).

Ancora con riferimento alle esenzioni da revocatoria fallimentare, si è affermato che il pagamento effettuato in favore del consulente della società anteriormente alla dichiarazione di fallimento non rientra nell'esenzione dalla revocatoria di cui all'art. 67, comma 3 lett. g) l. fall., qualora il servizio reso dal consulente si sia risolto in un mero esame preliminare di fattibilità per l'impresa della soluzione concordataria, senza estrinsecarsi nell'atto a rilevanza esterna della presentazione della domanda di accesso al concordato; non sussiste, infatti, in tale ipotesi, ad una valutazione "ex ante", l'astratta configurabilità della strumentalità necessaria e diretta fra prestazione e procedura concorsuale che è requisito costitutivo ai fini dell'esenzione (**Cass., sez. 1, n. 4340/2020, Federico, Rv. 657077-01**).

In ogni caso le esenzioni dalla revocatoria fallimentare sono state ricostruite alla stregua di fattispecie a carattere eccezionale e ne è esclusa l'applicazione fuori dei casi in esse contemplati (**Cass., sez. 1, n. 4340/2020, Federico, Rv. 657077-02**).

4. I rapporti pendenti.

In tema si è ritenuto che il credito da equo indennizzo, ex art. 79 l. fall., pur collegato al contratto di affitto di azienda, diviene certo solo a seguito dell'esercizio del diritto di recesso da parte del curatore, successivamente alla dichiarazione di fallimento, sicché non è suscettibile di compensazione ai sensi dell'art. 56 l. fall. con i contrapposti crediti, in quanto la norma citata postula che oggetto di compensazione siano i reciproci crediti aventi radice causale anteriore all'apertura del concorso (**Cass., sez. 1, n. 10869/2020, Vella, Rv. 658123-01**).

L'indennizzo di cui all'art. 79 l. fall., conseguente al recesso, è determinato dal giudice delegato, con atto reclamabile ex art. 26 l. fall.. Qualora tale atto sia viziato in quanto assunto senza sentire l'interessato, e dunque senza attivare il contraddittorio,

l'omesso esperimento del reclamo non può essere "rimediato" con una *actio nullitatis* svincolata da termini di decadenza, in quanto questa è limitata ai soli casi eccezionali riconducibili al concetto di abnormità o inesistenza giuridica, nei quali faccia difetto un requisito essenziale del provvedimento e non si estende alle ipotesi in cui ricorrano vizi attinenti al suo contenuto, poiché la mera deviazione dal corretto esercizio del potere non determina l'inesistenza dell'atto, ma un vizio dello stesso che legittima l'impugnazione nelle forme consentite dalla legge (**Cass., sez. 6-1, n. 22334/2020, Nazzicone, Rv. 659248-01**).

In caso di fallimento del conduttore, il contratto di locazione di un immobile prosegue in capo ala curatela fallimentare, che subentra nei diritti e negli obblighi contrattuali fino a quando, esercitato il recesso, rimane tenuta alla restituzione della cosa locata, con la corresponsione dell'eventuale indennizzo, nonché al versamento dei canoni maturati fino alla riconsegna. È configurabile, in astratto, anche la responsabilità dell'organo concorsuale, deducibile con la domanda di ammissione al passivo, per i danni alla cosa locata cagionati dal fallito che non siano, ex art. 1490 c.c., effetto del deterioramento o del consumo derivanti dall'uso di essa in conformità al contratto, rendendosi in tal caso necessario valutare in concreto, da parte del giudice di merito, la legittimità, o meno, del rifiuto della locatrice istante alla riconsegna del bene in suo favore (**Cass., sez. 1, n. 20041/2020, Campese, Rv. 658979-01**).

Sul fronte dei rapporti di lavoro si è posto in risalto che, se vi è cessazione dell'attività aziendale con sospensione dei medesimi, è anche sospeso temporaneamente il diritto alla retribuzione in capo al singolo lavoratore, salvo il caso di licenziamento dichiarato illegittimo, in quanto esso non sorge in ragione dell'esistenza e del protrarsi del rapporto, ma presuppone, per la natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni. Ne consegue che, non essendovi, per effetto della dichiarazione di fallimento e fino alla data della dichiarazione del curatore, ai sensi dell'art. 72, comma 2 l. fall., un obbligo retributivo per l'assenza di prestazione lavorativa, non è configurabile un credito contributivo previdenziale, principio valido anche per la domanda concernente il credito per le retribuzioni e le voci successive alla dichiarazione di fallimento, ma non per quello relativo al TFR, che matura nell'arco di durata del rapporto di lavoro (**Cass., sez. L, n. 15407/2020, Patti, Rv. 658489-01**).

Per effetto della dichiarazione di fallimento del cliente, il mandato difensivo si scioglie immediatamente, anche nel caso in cui esso sia relativo ad un procedimento pendente in Cassazione. Invero, il fatto che il processo di cassazione prosegue normalmente nonostante il fallimento di una delle parti non dipende dalla circostanza che l'apertura del concorso non si configura, in pendenza del giudizio di legittimità, quale evento interruttivo automatico, quanto dalla circostanza che tale giudizio,

essendo dominato dall'impulso d'ufficio, non risente dell'effetto interruttivo normalmente spiegato dalla dichiarazione di fallimento, che produce comunque lo scioglimento del mandato difensivo conferito al procuratore del fallito (**Cass., sez. 1, n. 4795/2020, Fidanzia, Rv. 657023-01**).

Con riferimento ai rapporti processuali pendenti alla data di dichiarazione di fallimento, è stato affermato che l'art. 72, comma 5 l. fall. postula che la domanda di risoluzione proposta prima della dichiarazione di fallimento, se diretta in via esclusiva a far valere le consequenziali pretese risarcitorie o restitutorie in sede concorsuale, non può proseguire in sede di cognizione ordinaria, ma deve essere interamente proposta secondo il rito speciale disciplinato dagli artt. 93 e ss. l. fall. Deve parimenti essere esaminata e decisa dal giudice fallimentare la domanda di risoluzione che costituisca antecedente logico-giuridico della domanda di risarcimento o restituzione, non essendo applicabile in via analogica l'istituto dell'ammissione con riserva ai sensi dell'art. 96, n. 1 e n. 3 l. fall., né potendosi disporre la sospensione necessaria ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della decisione della causa pregiudiziale di risoluzione in ipotesi proseguita in sede di cognizione ordinaria. Viceversa, la domanda di risoluzione diretta a conseguire finalità estranee alla partecipazione al concorso (come la liberazione della parte *in bonis* dagli obblighi contrattuali o l'escussione di una garanzia di terzi) è procedibile in sede di cognizione ordinaria, dopo l'interruzione del processo ex art. 43 l. fall. e la sua riassunzione nei confronti della curatela fallimentare (**Cass., sez. 1, n. 2990/2020, Vella, Rv. 656647-01**).

Ai sensi dell'art. 43, comma 3 l. fall., l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo. In caso di interruzione automatica del processo determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti ai sensi della norma anzidetta, il termine per la riassunzione ex art. 305 c.p.c. decorre dalla conoscenza legale di detto evento, la cui comunicazione può provenire anche dal curatore fallimentare mediante posta elettronica certificata, trattandosi di uno dei mezzi all'uopo consentiti dalla legge, ma questa deve avere specificamente ad oggetto il processo nel quale l'evento esplica i suoi effetti e deve essere diretta al procuratore che assiste la parte costituita, non colpita dall'evento, nel giudizio in cui la conoscenza legale dell'interruzione viene in rilievo (**Cass., sez. 3, n. 12890/2020, Iannello, Rv. 658021-01**).

Recentemente, con ordinanza interlocutoria, **Cass., sez. 1, n. 21961/2020, Falabella**, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione dell'individuazione del *dies a quo* della decorrenza del termine per la prosecuzione o riassunzione del processo interrotto a causa della dichiarazione di fallimento di una delle parti.

5. La formazione dello stato passivo.

Con riferimento alla domanda di ammissione al passivo, la ricognizione di debito avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento del suo autore non determina la presunzione dell'esistenza del rapporto fondamentale, trattandosi di documento liberamente apprezzabile dal giudice al pari di quanto avviene per la confessione stragiudiziale resa ad un terzo, qual è il curatore fallimentare (Cass., sez. 1, n. 10215/2019, Dolmetta, Rv. 653694-01). Su tale questione in seno alla prima sezione della S.C. si è manifestato un contrasto, in quanto **Cass., sez. 6-1, n. 2431/2020, Ferro, Rv. 656986-01** ha ritenuto che la ricognizione di debito avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento del suo autore è opponibile alla massa dei creditori, in quanto deve presumersi l'esistenza del rapporto fondamentale, salva la prova, a carico del curatore fallimentare, della sua inesistenza o invalidità.

Su altro versante, si è chiarito che ai fini dell'obbligo del pagamento delle ultime tre mensilità di retribuzione da parte del Fondo di Garanzia gestito dall'INPS di cui alla legge n. 297 del 1982, l'iniziativa del lavoratore, da cui computare a ritroso il segmento temporale annuale entro il quale collocare gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1992, assume rilievo solo se intrapresa nell'ambito della verifica dei crediti disposta nel corso del'accertamento dello stato passivo fallimentare ovvero attraverso la sua consacrazione in un titolo ugualmente eseguibile nei confronti del datore di lavoro (**Cass., sez. L, n. 16249/2020, Mancino, Rv. 658494-01**).

Il lavoratore può conseguire il pagamento del T.F.R. dal Fondo di Garanzia costituito presso l'INPS, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 297 del 1982, ove, accertata l'insolvenza del datore di lavoro con sentenza dichiarativa di fallimento, dimostri di essere stato ammesso al passivo ovvero, in mancanza, che l'esame della domanda tardiva di insinuazione è stata impedita dalla previa chiusura del fallimento per insufficienza di attivo, sempre che, in tal caso, prima di agire per la condanna del Fondo, abbia esperito l'azione esecutiva contro il datore di lavoro tornato "in bonis" e il patrimonio di quest'ultimo sia risultato incapiente (**Cass., sez. L, n. 1886/2020, Cavallaro, Rv. 656656-01**).

Qualora l'azienda sia stata fatta oggetto di cessione anteriormente al fallimento del cedente, il credito da TFR del lavoratore dell'azienda ceduta non è suscettibile di ammissione al concorso, poiché esso matura progressivamente in ragione dell'accantonamento annuale divenendo esigibile solo al momento della cessazione definitiva del rapporto di lavoro (**Cass., sez. 1, n. 5376/2020, Ferro, Rv. 658966-01**).

Ancora in tema di insinuazione dei crediti derivanti da un rapporto di lavoro, nel valutare il conteggio operato dal lavoratore occorre distinguere tra la componente fattuale e quella normativa dei calcoli, restando irrilevante, ex art. 115 c.p.c., l'eventuale non contestazione del curatore sull'interpretazione della disciplina legale o contrattuale, la cui cognizione rientra nel potere-dovere del giudice di qualificazione giuridica dei fatti da accertare nel processo (**Cass., sez. 6-1, n. 15339/2020, Pazzi, Rv. 658706-01**).

Sul delicato fronte dei rapporti fra procedura concorsuale e Fisco, si è appurato che, in seguito alla dichiarazione di fallimento del contribuente, ove il credito impositivo sia stato ammesso al passivo, la notifica della cartella di pagamento effettuata successivamente alla chiusura del fallimento non determina la decadenza dell'amministrazione finanziaria in quanto, finché pende il fallimento, il termine non inizia a decorrere, non potendo essere notificata al socio fallito la cartella prodromica all'esecuzione individuale (**Cass., sez. 5, n. 23513/2020, Perrino, Rv. 659639-01**).

L'eventuale, avvenuta notifica di cartella di pagamento (o altro atto di riscossione coattiva) da parte dell'agente della riscossione nei confronti della società "in bonis" successivamente fallita non produce effetto novativo della natura del credito, il quale resta assoggettato alla sua specifica disciplina anche in ordine al regime prescrizionale, sicché qualora sia prevista una prescrizione più breve di quella ordinaria, non si rende applicabile il termine decennale di cui all'art. 2953 c.c., salvo che in presenza di un accertamento divenuto definitivo per il passaggio in giudicato di una sentenza (**Cass., sez. 1, n. 25028/2020, Nazzicone, Rv…**).

In tema di formazione dello stato passivo, il credito concernente l'aggio per la riscossione e la eventuale esecuzione esattoriale riveste carattere concorsuale solo se la corrispondente attività venga intrapresa e svolta dal concessionario, sia pure solo con la notifica della cartella di pagamento, prima della dichiarazione di fallimento del contribuente, mentre una siffatta natura va esclusa laddove una tale attività abbia avuto inizio dopo la predetta dichiarazione, atteso che, per il principio di cristallizzazione del passivo, i diritti di credito i cui elementi costitutivi non sia siano integralmente realizzati anteriormente ad essa sono estranei ed in opponibili alla procedura concorsuale (**Cass., sez. 1, n. 11883/2020, Amatore, Rv. 657957-01**). La Suprema Corte - nel ribadire il principio secondo cui l'Agente della riscossione ha diritto all'ammissione al passivo del proprio compenso (aggio), solo laddove abbia provveduto a notificare le cartelle di pagamento in data anteriore al fallimento – ha, dunque, avuto occasione di puntualizzare che il solo affidamento del ruolo all'agente della riscossione non determina - *ex se* - il diritto dell'Agente all'ammissione al passivo dell'aggio. L'ammissione al passivo dell'aggio rimane agganciata alla prova della notifica della cartella di pagamento (anteriormente alla declaratoria di fallimento) la

cui mancanza – trattandosi di eccezione in senso lato – può essere rilevata anche dal Giudice dell'opposizione allo stato passivo.

Il credito erariale maturato a seguito della revoca dei finanziamenti disposti in base al d.lgs. n. 297 del 1999 è assistito da privilegio per il capitale e per gli interessi, sia in quanto l'art. 4, comma 3, del decreto richiamato ricalca il disposto dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 123 del 1998, che fa riferimento alle "restituzioni", sia in quanto occorre salvaguardare a pieno, in consonanza con le finalità della misura, il recupero delle risorse in funzione del loro proficuo reimpiego (**Cass., sez. 6-1, n. 15199/2020, Marulli, Rv. 658704-01**).

Il credito vantato dall'importatore nei confronti dello spedizioniere doganale dichiarato fallito che, ricevute dall'importatore le somme necessarie al pagamento dei tributi, poi non ne abbia curato il pagamento, così provocando l'escussione delle garanzie da parte dell'Agenzia delle dogane e la surroga dei garanti nei confronti dell'importatore, non gode del privilegio ex art. 2752 c.c., perché lo spedizioniere, ancorché legittimato al pagamento dei tributi doganali, è solo un mandatario dell'importatore, il quale è l'unico soggetto passivo del rapporto tributario e quindi non ha rivalsa o regresso nei confronti dello spedizioniere, né può agire surrogandosi all'erario (**Cass., sez. 6-1, n. 2454/2020, Dolmetta, Rv. 657225-01**).

Il creditore che non abbia provveduto nei trenta giorni antecedenti all'udienza di verifica all'invio della domanda di ammissione al passivo può egualmente avanzare l'istanza di ammissione tardiva (art. 101 l. fall.), ma in nessun caso oltre l'anno successivo al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (termine prorogabile fino a diciotto mesi dal tribunale nella sentenza dichiarativa di fallimento, nei casi in cui la procedura presenti particolare complessità) ovvero, se il creditore dimostri che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, persino oltre tale termine, ma tuttavia solo fino a quando non siano esaurite le attività di riparto.

La domanda di insinuazione tardiva è ammissibile se diversa, per "petitum" e "causa petendi", rispetto a quella di insinuazione ordinaria, poiché il carattere giurisdizionale e decisorio del procedimento di verificazione del passivo esclude che, per il giudicato interno formatosi sull'istanza tempestiva, possa proporsi una nuova insinuazione per un credito, o una parte di esso, che sia stato in precedenza escluso dal passivo (**Cass., sez. 6-1, n. 4506/2020, Di Virgilio, Rv. 657239-01**).

Sul fronte delle prededuzioni, si è posto in risalto avuto riguardo ai crediti prededucibili sorti nel corso della procedura fallimentare che l'insinuazione al passivo non sia soggetta al termine di decadenza di cui all'art. 101, commi 1 e 4, l. fall. Tuttavia, tale insinuazione incontra un limite temporale, da individuarsi nel termine di un anno, espressivo dell'attuale sistema in materia, decorrente dal momento in cui si verificano le condizioni di partecipazione al passivo fallimentare (**Cass., sez. 1, n. 3872/2020, Pazzi, Rv. 657058-01**).

In sede di formazione dello stato passivo, il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c., che sia stato opposto con giudizio cancellato dal ruolo per inattività delle parti e non riassunto, non è opponibile alla massa fallimentare, laddove il giudizio sia iniziato prima dell'entrata in vigore, il 25 giugno 2008, ex art. 50 del d.l. n. 118 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008, del nuovo testo dell'art. 181, comma 1, c.p.c., alla luce del quale l'estinzione del giudizio in caso di inattività delle parti può essere pronunciata d'ufficio. Ne consegue che, in difetto di una esplicita pronuncia di estinzione divenuta inoppugnabile, richiesta secondo la formulazione della norma applicabile *ratione temporis*, il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, del decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. non può considerarsi passato in cosa giudicata formale e sostanziale e pertanto non è opponibile al fallimento (Cass., sez. 1, n. 5657/2019, Vella, Rv. 652819-01).

Il principio è stato confermato da **Cass., sez. 6-1, n. 24157/2020, Nazzicone, Rv. 659415-01**, secondo cui non è opponibile alla procedura fallimentare il decreto ingiuntivo non opposto ma privo di dichiarazione di esecutività ex art. 647 c.p.c. intervenuta prima della dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che non sono ammissibili al passivo neanche le spese sostenute per l'ipoteca giudiziale eventualmente iscritta in base al predetto decreto ingiuntivo.

In caso di interruzione per intervenuto fallimento dell'opponente del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, quest'ultimo rimane inopponibile alla massa, mentre è interesse e onere del debitore fallito riassumere il processo nei confronti del creditore opposto, onde evitare che il provvedimento monitorio consegua la definitiva esecutorietà per mancata o intempestiva riassunzione, divenendo opponibile nei suoi confronti una volta tornato *in bonis* (**Cass., sez. 1, n. 22047/2020, Falabella, Rv. 658984-01**).

Coerente con il principio espresso con il citato arresto è quanto affermato da **Cass., sez. 6-1, n. 23474/2020, Caiazzo, Rv. 659536-01**, secondo cui nel caso in cui la dichiarazione di fallimento del debitore sopravvenga nelle more dell'opposizione da lui proposta contro il decreto ingiuntivo, il curatore non è tenuto a riassumere il giudizio, poiché il provvedimento monitorio, quand'anche provvisoriamente esecutivo, non è equiparabile ad una sentenza non ancora passata in giudicato, che viene emessa nel contraddittorio delle parti, ed è, come tale, totalmente privo di efficacia nei confronti del fallimento, al pari dell'ipoteca giudiziaria iscritta a ragione della sua provvisoria esecutività.

L'insinuazione al passivo dei crediti sorti nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, invece, non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 101, commi 1 e 2, l. fall. (Cass., sez. 1, n. 1391/2019, Di Marzio, Rv. 652403-01).

Nel fallimento, la prescrizione degli interessi maturati sui crediti chirografari è interrotta con effetto permanente per tutto il corso della procedura solo dalla domanda di insinuazione al passivo, mentre nell'amministrazione straordinaria, sottoposta alla disciplina originaria di cui alla legge n. 95 del 1979, l'esecutività dello stato passivo depositato dal commissario, ai sensi dell'art. 209 l. fall., determina l'interruzione della prescrizione con effetto permanente anche per i creditori ammessi direttamente a seguito della comunicazione inviata ai sensi dell'art. 207, comma 1, l. fall. (**Cass., sez. 1, n. 11983/2020, Amatore, Rv. 657959-02**).

Le risultanze dello stato passivo formato nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ex d.l. n. 26 del 1979, hanno efficacia solo endoconcorsuale e sono prive di uno speciale valore probatorio nei giudizi instaurati dal creditore nei confronti del debitore tornato "in bonis", in quanto l'accertamento del passivo è caratterizzato dalla speciale disciplina della opponibilità degli atti alla massa dei creditori e dalla posizione marginale del fallito, privo di mezzi per impugnare le relative decisioni (**Cass., sez. 1, n. 22611/2020, Dolmetta, Rv. 658985-01**).

In caso di insolvenza del concessionario della riscossione di tributi e della conseguente ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, l'ente impositore non può esperire l'azione di rivendica e restituzione, ex art. 103 l. fall., delle somme riscosse e versate dal concessionario su conti correnti bancari e postali a sé intestati, poiché tali somme, ex artt. 1852 e 1834 comma 1 c.c., non sono di proprietà dell'intestatario del conto corrente, ma della banca, che assume l'obbligo di restituire al titolare del conto altrettante cose dello stesso genere, mentre l'ente impositore vanta per la corresponsione delle medesime somme un diritto di credito nei confronti del concessionario (**Cass., sez. 6-1, n. 23477/2020, Dolmetta, Rv. 659430-01**).

Il necessario accertamento dei crediti concorsuali secondo le regole speciali che lo disciplinano riguarda anche la liquidazione coatta amministrativa, in relazione alla quale si è affermato che la domanda formulata da chi si afferma creditore in sede di cognizione ordinaria , se proposta prima dell'inizio della liquidazione coatta amministrativa, diviene improcedibile, e tale improcedibilità sussiste anche se la procedura concorsuale sia stata aperta dopo una pronuncia di condanna nei confronti dell'imprenditore insolvente, nel corso del giudizio per cassazione **(Cass., sez. 1, n. 9461/2020, Scotti, Rv. 657683-01**).

Con riferimento ai rapporti tra concordato preventivo e fallimento, se quest'ultimo sia stato dichiarato quando era ancora possibile la risoluzione ex art. 186 l. fall. del concordato preventivo omologato, il creditore istante non è tenuto a sopportare gli effetti esdebitatori e definitivi ex art. 184 l. fall., posto che l'attuazione del piano è resa impossibile per l'intervento di un evento come il fallimento che,

sovrapponendosi al concordato medesimo, inevitabilmente lo rende irrealizzabile (**Cass., sez. 6-1, n. 12085/2020, Vella, Rv. 658058-01**).

Il creditore che agisce in sede di verifica del passivo fallimentare in base ad un contratto di mutuo è tenuto a fornire la prova dell'esistenza del titolo, della sua anteriorità al fallimento e della disciplina dell'ammortamento, con le scadenze temporali e con il tasso di interesse convenuti, mentre il debitore mutuatario, e per esso il curatore, ha l'onere di provare il pagamento delle rate di mutuo scadute prima della dichiarazione di fallimento, atteso che le rate successive, agli effetti del concorso, si considerano scadute alla data della sentenza dichiarativa, a norma dell'art. 55, comma 2 l. fall.: non è dunque necessario, per l'accertamento del capitale residuo, provare la risoluzione del contratto, che rileva solo ai fini degli interessi di mora (**Cass., sez. 1, n. 3015/2020, Federico, Rv. 657045-01**).

In sede di insinuazione al passivo del fallimento, deve ritenersi nullo ex art. 1418 c.c. il titolo negoziale dissimulante un negozio di finanziamento (nella specie erogato in più *tranches* a fronte di forniture non eseguite) stipulato dall'imprenditore insolvente , in violazione del dovere di richiedere senza indugio il fallimento o comunque di non aggravare il dissesto dell'impresa con operazioni dilatorie, in quanto contrario a norme imperative, in particolare di natura penale, quali il divieto di aggravare il dissesto e di ordine pubblico economico, integrando la relativa stipula una fattispecie di reato (art. 217, comma 1, n. 4 l. fall.), di cui è chiamato a rispondere, a titolo di concorso, anche il finanziatore (**Cass., sez. 1, n. 16706/2020, Ferro, Rv. 658613-02**).

Con riferimento alla compravendita, il credito del venditore nei confronti del compratore fallito, nel caso di beni mobili da trasportare da un luogo all'altro può essere provato con la consegna della merce al vettore o allo spedizioniere, perché è in quel momento, ai sensi dell'art. 1510 c.c., che si trasferisce all'acquirente, salvo patto contrario, la proprietà dei beni medesimi (**Cass., sez. 6-1, n. 19719/2020, Vella, Rv. 659002-01**).

La parte offesa da un reato che chiede l'ammissione al passivo del fallimento del responsabile civile per il fatto dell'imputato, al fine di conseguire l'ammissione al passivo in via privilegiata del credito per il risarcimento del danno patito deve provare: a) l'esistenza di un processo penale in corso; b) che il soggetto dichiarato fallito era legato all'imputato in detto processo da un rapporto che lo rende civilmente responsabile per il fatto dell'imputato; c) che il soggetto vittima del reato si è costituito parte civile e che il soggetto, poi dichiarato fallito, è stato convenuto nel processo penale in qualità di responsabile civile; d) che è intervenuto nel processo penale il sequestro dei beni del responsabile civile (**Cass., sez. 6-1, n. 3683/2020, Ferro, Rv. 657236-01**).

5.1. Le prove documentali.

Saliente la decisione per cui le "date valuta" risultanti dagli estratti conto bancari relativi al contratto di leasing non sono idonee a provare il tempo il cui le relative operazioni sono state realmente effettuate, né a conferire data certa alle stesse, essendo nella prassi bancaria utilizzate dette date in maniera convenzionale per postergare il tempo di effettuazione dei versamenti ed antergare invece quello dei prelievi (**Cass., sez. 6-1, n. 4953/2020, Caiazzo, Rv. 657228-01**).

L'accertamento della data certa anteriore al fallimento del contratto di apertura di conto corrente bancario, ai sensi dell'art. 2704 c.c., consente di rendere opponibile alla massa dei creditori l'intero svolgimento del rapporto negoziale, anche nel periodo precedente al momento in cui viene a collocarsi detto accertamento (**Cass., sez. 6-1, n. 23490/2020, Pazzi, Rv. 659432-02**)

Ai fini dell'efficacia della cessione dei crediti futuri in pregiudizio del fallimento del cedente è sufficiente che la notifica o l'accettazione della cessione sia stata effettuata con atto avente data certa anteriore al fallimento; invece, per i crediti soltanto eventuali, la prevalenza della cessione richiede che la notificazione o accettazione non solo siano anteriori al fallimento, ma anche posteriori al momento in cui il credito sia venuto ad esistenza (**Cass., sez. 1, n. 5616/2020, Dolmetta, Rv. 657040-01**).

La mancanza di data certa nelle scritture prodotte dal creditore è rilevabile anche d'ufficio dal giudice il quale deve segnalare la questione di fatto alle parti onde consentire la discussione; tuttavia l'omissione di tale segnalazione non determina la nullità della sentenza, salvo che abbia vulnerato la facoltà di chiedere prove o di ottenere a tal fine una rimessione in termini (**Cass., sez. 1, n. 13920/2020, Solaini, Rv. 658239-01**).

Anche l'attestazione del credito da parte della cassa edile (che svolge funzioni di mutualità, di assistenza e previdenziali provvedendo ad erogare ai dipendenti delle imprese edili l'indennità integrativa di malattia, con riscossione dei relativi contributi) costituisce prova idonea sia ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 635, comma 2, c.p.c., sia della "data certa" per la partecipazione al concorso dei creditori nel fallimento ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare (**Cass., sez. L, n. 23616/2020, Negri Della Torre, Rv. 659264-01**).

Più in generale, si è affermato che la parte che contesti la mancata ammissione del proprio credito al passivo fallimentare deve dimostrare la data certa anteriore del contratto ad esso relativo, ma il giudice non è vincolato dai fatti a tal fine allegati, ben potendo attribuire rilievo a fatti diversi, comunque risultanti dagli atti di causa, in applicazione del principio di acquisizione processuale, in forza del quale ogni

emergenza istruttoria, una volta raccolta, è legittimamente utilizzata ai fini della decisione, indipendentemente dalla sua provenienza (**Cass., sez. 6-1, n. 23490/2020, Pazzi, Rv. 659432-01**).

5.2. Le prelazioni e le prededuzioni.

Sul piano delle prelazioni in ambito concorsuale rileva **Cass., Sez. 6 - 1, n. 28892/2020, Terrusi, Rv. 659900 – 01**, ha avuto modo ci porre in luce che ai fini dell'ammissione allo stato passivo del fallimento, il privilegio di cui all'art. 9, comma 5, l. n. 123 del 1998 va estensivamente riferito a tutti i crediti derivante da interventi pubblici rientranti nell'alveo della previsione, compresi quelli concessi dalle Regioni.

Nel medesimo perimetro generale, è significativo che **Cass., sez. 3, n. 8882/2020, Fiecconi, Rv. 657867 - 01**, abbia osservato che La revoca del sostegno pubblico accordato, anche sotto forma di "concessione di garanzia", per lo sviluppo delle attività produttive, deliberata ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 123 del 1998, è opponibile alla massa dei creditori, pur se intervenuta dopo che il beneficiario abbia proposto domanda di concordato preventivo e lo stesso sia stato omologato, perché il provvedimento di revoca si limita ad accertare il venire meno di un presupposto già previsto in modo puntuale dalla legge, senza che possegga alcuna valenza costitutiva, sorgendo il credito come privilegiato "ex lege" dal momento in cui viene concesso ed erogato il beneficio e dovendosi, di conseguenza, intendere la revoca del contributo solo come condizione affinché si possa agire per il recupero del credito.

Cass., sez. 1, n. 22954/2020, Vella, Rv. 659117 – 01, s'è opportunamente incaricata di delineare il recinto del c.d. giudicato endofallimentare ex art. 96, comma 5, l.fall., che nella ricostruzione svolta riguarda solo l'"*an*" il "*quantum*" e l'eventuale esistenza di un titolo di prelazione, non già la graduazione dei vari privilegi accertati. Si evidenzia, infatti, che - specie dopo la soppressione, con il d.lgs. n. 169 del 2007, dell'onere per il creditore istante di indicare, oltre all'eventuale titolo di prelazione, anche la "graduazione del credito" - il giudice delegato non è tenuto ad accertare l'eventuale collocazione privilegiata del credito in modo "comparativo", cioè graduando i crediti secondo l'ordine delle prelazioni stabilite dagli artt. 2777 e ss. c.c., attività che resta invece riservata alla successiva fase del riparto.

In ambito di prededuzioni nel fallimento, la decisione di maggior impatto è certamente rappresentata da **Cass., sez. U., n. 5885/2020, Lamorgese, Rv. 657207 – 01**, la quale componendo un contrasto in precedenza insorto ha chiarito che, qualora il fallimento colpisca l'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi riferito

all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della "par condicio creditorum" e dell'ordine delle cause di prelazione, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione ex art. 111, comma 2, l.fall..

Cass., sez. 1, n. 13596/2020, Vella, Rv. 658383 – 01, dal canto suo ha precisato che in sede fallimentare, i crediti vantati dal professionista incaricato dal debitore di predisporre gli atti necessari ai fini della presentazione della domanda di concordato preventivo, rientrano tra quelli sorti "in funzione" della procedura e, come tali, devono essere soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., senza che debba essere accertato, con valutazione "ex post", se la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti; la funzionalità "ex ante" delle prestazioni rese dal professionista al debitore che presenti una domanda di concordato preventivo, inoltre, non può restare inficiata da successivi inadempimenti del debitore che conducano - come in caso di mancato deposito delle somme "pro expensis" ex art. 163, comma 2, n. 4, l.fall. - alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a meno che la condotta del debitore integri atti di frode, e ad essi abbia partecipato (o almeno di essi sia stato pienamente consapevole) il professionista.

6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo e le revocazioni.

Recentemente, **Cass., sez. 1, n. 10091/2020, Vella, Rv. 657763-01**, ha affermato che nell'impugnazione dei crediti ammessi di cui all'art. 98 l. fall., novellato dal d.lgs. n. 5 del 2006, trova piena applicazione il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., onde non è il creditore di cui si contesta l'ammissione al passivo a dover dimostrare nuovamente il suo credito, già assistito dalla valutazione positiva espressa in sede di verifica dal giudice delegato, ma è l'impugnante a dover provare la fondatezza della sua contestazione.

È stato significativamente evidenziato che in sede di opposizione allo stato passivo il tribunale può anche conoscere dell'eccezione di prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, non vertendosi in un caso di giurisdizione del giudice tributario, in quanto la notifica della

cartella segna il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo (**Cass., Sez. U., n. 34447/2020, Lamorgese, Rv. 656487-01**).

Nell'opposizione allo stato passivo proposta dal concessionario della riscossione, qualora il curatore deduca fatti o circostanze che incidono sul merito della pretesa creditoria, è legittimato a partecipare al giudizio anche l'ente impositore. Il giudice, pertanto, può disporne l'intervento ai sensi dell'art. 106 c.p.c. e, in caso di accoglimento dell'opposizione, può condannare il fallimento alla rifusione delle spese processuali nei suoi confronti (**Cass., sez. L, n. 17100/2020, Patti, Rv. 658827-01**).

La domanda di ammissione proposta dalla società concessionaria per la riscossione dei tributi fondata su una cartella esattoriale, contestata dalla curatela stante l'avvenuto sgravio parziale del debito tributario, postula l'ammissione del credito residuo al passivo con riserva, perché la questione relativa allo sgravio, ove anteriore alla notifica della cartella, implica che l'obbligazione tributaria non esista più, in forza di un previo atto di autotutela amministrativa, e deve essere portata alla cognizione del giudice tributario con l'impugnazione della cartella (**Cass., sez. 6-1, n. 23809/2020, Terrusi, Rv. 659537-01**).

Ancora in ambito tributario, si è posto il problema dell'imposta di registro da pagare nel caso in cui il provvedimento emesso all'esito dell'opposizione allo stato passivo riconosca la natura privilegiata di un credito, già ammesso in chirografo in sede di verifica nella misura richiesta dal creditore.

Ebbene, un tale provvedimento è soggetto ad imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lettera d), della parte I della tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986: esso, infatti, incide esclusivamente sul profilo qualitativo del credito, determinando un mutamento della sua posizione nel concorso, in quanto l'ammontare ed il titolo, che rappresentano gli unici aspetti rilevanti ai fini dell'imposta in esame, risultano già determinati per effetto del decreto di ammissione (**Cass., sez. 6-5, n. 22253/2020, Delli Priscoli, Rv. 659357-01**).

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 e del d.lgs. n. 169 del 2007, se il creditore abbia chiesto in sede di verifica del passivo l'ammissione di un suo credito puramente e semplicemente e sia stato ammesso con riserva, è configurabile una situazione di soccombenza che legittima il creditore a proporre opposizione immediata allo stato passivo nelle forme dell'art. 98 l. fall.

Del pari, laddove il curatore o gli altri creditori intendano contestare l'ammissione, ancorché con riserva, di un altro creditore, sono legittimati e tenuti a proporre l'impugnazione immediata avverso detto provvedimento, senza attendere il decreto di cui all'art. 113 *bis* l. fall. (**Cass., sez. 1, n. 268/2020, Federico, Rv. 656518-01**).

Il creditore concorrente può impugnare ex art. 98 l. fall. solo il decreto del giudice delegato di esecutività dello stato passivo e non invece il decreto con il quale il

tribunale accoglie l'opposizione promossa da un altro creditore (che è invece ricorribile per cassazione), atteso che la legge fallimentare, che regola interamente la materia, non prevede tale ulteriore mezzo in favore del creditore in concorso, il cui interesse, al pari di quello della massa dei creditori, è comunque tutelato, nel giudizio di opposizione, dal curatore (**Cass., sez. 6-1, n. 16268/2020, Caiazzo, Rv. 658714-01**).

Invece, non sussiste la legittimazione del fallito ad impugnare i provvedimenti adottati dal giudice delegato in sede di formazione dello stato passivo non solo perché essi hanno efficacia meramente endoconcorsuale, ma anche per quanto disposto dall'art. 43 l. fall., che sancisce la legittimazione esclusiva del creditore per i rapporti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento e, soprattutto, per l'espressa previsione di cui all'art. 98 l. fall., a tenore del quale il decreto con cui il giudice rende esecutivo lo stato passivo non è suscettibile di denunzia con rimedi diversi dalle impugnazioni tipiche ivi disciplinate, esperibili soltanto dai soggetti legittimati, tra i quali non figura il fallito (**Cass., sez. 1, n. 1197/2020, Amatore, Rv. 656758-01**).

Nel giudizio di opposizione allo stato passivo non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. in materia di "ius novorum", con riguardo alle nuove eccezioni proponibili dal curatore, in quanto il riesame, a cognizione piena, del risultato della cognizione sommaria proprio della verifica, demandato al giudice dell'opposizione, se esclude l'immutazione del "thema disputandum" e non ammette l'introduzione di domande riconvenzionali della curatela, non ne comprime tuttavia il diritto di difesa, consentendo, quindi, la formulazione di eccezioni non sottoposte all'esame del giudice delegato (**Cass., sez. 1, n. 21490/2020, Campese, Rv. 659272-01**).

In caso di opposizione allo stato passivo, non incorre nella sanzione di improcedibilità il creditore opponente che abbia omesso di produrre copia autentica dello stato passivo formato dal giudice delegato, non trovando applicazione l'art. 347, comma 2, c.p.c. previsto solo per l'appello e potendo, comunque, il tribunale accedere direttamente al fascicolo di cui all'art. 90 l. fall. per conoscere il contenuto del provvedimento impugnato (**Cass., sez. 1, n. 23138/2020, Pazzi, Rv. 659426-01**).

In base allo stesso principio, l'opponente, a pena di decadenza ex art. 99, comma 2, n. 4 l. fall., deve soltanto indicare specificamente i documenti di cui intende avvalersi, già prodotti nel corso della verifica dello stato passivo innanzi al giudice delegato, sicché, in difetto della produzione di uno di essi, il tribunale deve disporne l'acquisizione dal fascicolo d'ufficio della procedura fallimentare ove esso è custodito (**Cass., sez. 6-1, n. 25663/2020, Lamorgese, Rv. 659596-01**).

Per quanto riguarda il giudizio di opposizione allo stato passivo come disciplinato prima del d.lgs. n. 5 del 2006, la relazione di dipendenza della domanda

riconvenzionale "dal titolo dedotto in giudizio dall'attore", che giustifica la trattazione simultanea delle cause, si configura non già come identità della "causa petendi" (richiedendo appunto l'art. 36 c.p.c. un rapporto di mera dipendenza), ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale con quello posto a base di un'eccezione, così da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l'azione o l'eccezione proposta (**Cass., sez. 6-1, n. 23472/2020, Dolmetta, Rv. 659535-01**).

L'art. 96, comma 5 c.p.c., fonda la nozione del cd. "giudicato endofallimentare", che riguarda solo l' "an", il "quantum" e l'eventuale esistenza di un titolo di prelazione, non già la graduazione dei vari privilegi accertati, poiché, specie dopo la soppressione, con il d.lgs. n. 169 del 2007, dell'onere per il creditore istante di indicare, oltre all'eventuale titolo di prelazione, anche la "graduazione del credito", il giudice delegato non è tenuto ad accertare l'eventuale collocazione privilegiata del credito in modo "comparativo", cioè graduando i crediti secondo l'ordine delle prelazioni stabilite dagli artt. 2777 e ss. c.c., attività che resta invece riservata alla successiva fase del riparto (**Cass., sez. 1, n. 22954/2020, Vella, Rv. 659117-01**).

Con riferimento al giudizio di legittimità, la dimidiazione del termine per proporre ricorso per cassazione, di cui all'art. 99, ultimo comma l. fall., non si applica al controricorso in quanto il tenore letterale e il carattere eccezionale della disposizione, che deroga alla disciplina generale del detto termine, ne impediscono l'estensione anche analogica (**Cass., sez. 1, n. 1193/2020, Terrusi, Rv. 656790-01**).

Al curatore fallimentare, che agisca non in via di successione in un rapporto precedentemente facente capo al fallito ma nella sua funzione di gestione del patrimonio di costui, non è opponibile l'efficacia probatoria tra imprenditori, di cui agli artt. 2709 e 2710 c.c., delle scritture contabili regolarmente tenute, senza che tale inopponibilità, in sede di accertamento del passivo, resti preclusa ove non eccepita, trattandosi di eccezione in senso lato (e, dunque, rilevabile d'ufficio in caso di inerzia del curatore), poiché non si riconnette ad una azione necessaria dell'organo, ma al regime dell'accertamento del passivo in sé, nel cui ambito il curatore, quale rappresentante della massa dei creditori, si pone in posizione di terzietà rispetto all'imprenditore fallito (**Cass., sez. 6-1, n. 27902/2020, Ferro, Rv…**).

Nel giudizio di opposizione allo stato passivo, il terzo interveniente volontario, principale o litisconsortile, sottostà al regime delle preclusioni istruttorie di cui agli artt. 98 e 99 l. fall., applicandosi nei suoi confronti il disposto dell'art. 268, comma 2 c.p.c., che interdice all'interveniente, non sul piano assertivo, ma sul piano probatorio, con riferimento sia alle prove precostituite che costituende, il

compimento di atti che, al momento dell'intervento, non sono più consentiti ad alcuna delle parti (**Cass., sez. 6-1, n. 19422/2020, Iofrida, Rv. 659143-01**).

Si deve, inoltre, rilevare quanto statuito da **Cass., sez. 6-1, n. 5320/2020, Pazzi, Rv. 657241-01**: la giornata del 29 giugno deve essere considerata, per il solo Comune di Roma, giorno festivo, sicché la scadenza del termine processuale per gli atti che riguardino procedimenti celebrati davanti ad un'autorità giudiziaria avente sede nel detto Comune si proroga di diritto, ex art. 155, comma 4 c.p.c., al primo giorno seguente non festivo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 della l. n. 260 del 1949, ed 1 del d.P.R. n. 792 del 1985.

7. La liquidazione dell'attivo.

Di rilievo è essenzialmente la pronuncia resa **da Cass., sez. U., n. 28387/2020, De Stefano, Rv. 659870 - 01**, che ha appianato un contrasto di forte rilievo pratico, soffermandosi sul tema delle modalità e del tempo delle cancellazioni dei vincoli "afflittivi" in ambito di vendite eseguite nel contesto delle esecuzioni immobiliari o in ambito concorsuale, ma con impiego del "modello" processualcodicistico *ex* art. 107, comma 2, l. fall.. Ad avviso del Collegio "*Il decreto di trasferimento immobiliare ex art.* 586 *c.p.c., tanto nell'espropriazione individuale che in quella concorsuale che si svolga sul modello della prima, implica l'immediato e indifferibile trasferimento del bene purgato e libero dai pesi indicati dalla norma o ricavabili dal regime del processo esecutivo, con conseguente obbligo per il Conservatore dei Registri immobiliari (o, secondo l'attuale definizione, Direttore del Servizio di pubblicità immobiliare dell'Ufficio provinciale del territorio istituito presso l'Agenzia delle entrate) di procedere alla cancellazione di questi immediatamente, incondizionatamente e, in ogni caso, indipendentemente dal decorso dei termini previsti per la proposizione delle opposizioni agli atti esecutivi avverso il provvedimento traslativo in parola*".

8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.

In correlazione agli istituti della chiusura del fallimento e delle esdebitazione constano alcune importanti puntualizzazioni. La prima è stata resa da da **Cass., sez. 5, sez. U, n. 23513/2020, Perrino, Rv. 659639 - 01**, che ha evidenziato come in tema di riscossione delle imposte, a seguito della dichiarazione di fallimento del contribuente, ove il credito impositivo sia stato ammesso al passivo, la notifica della cartella di pagamento effettuata successivamente alla chiusura del fallimento non determini la decadenza dell'Amministrazione finanziaria in quanto il termine, finché pende il fallimento, non inizia a decorrere, non potendo essere notificata al socio fallito la cartella prodromica all'esecuzione individuale.

Non meno saliente, il *decisum* che si ritrova in **Cass., sez. 1, n. 16263/2020, Terrusi, Rv. 658713 - 01**, a tenore della quale l'ambito soggettivo dell'esdebitazione, per quanto circoscritto dall'art. 142 l.fall., al fallito persona fisica, deve essere riferito anche al socio illimitatamente responsabile di una società, fallito in estensione. Ne consegue che, al fine di valutare il presupposto di cui al comma 2, ossia l'avvenuto soddisfacimento almeno in parte dei creditori concorsuali, occorre considerare che tali sono, per il socio fallito in estensione, anche e necessariamente quelli della società, in quanto, pur rimanendo distinte le diverse procedure, il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende dichiarato per intero anche nel fallimento dei singoli soci.

Importante anche la precisazione di diritto intertemporale contenuta in **Cass., sez. 1, n. 05618/2020, Terrusi, Rv. 657034 – 01**, a mente della quale nel caso di dichiarazione di fallimento anteriore all'entrata in vigore dell'art. 117, comma 5, l.fall. nella formulazione introdotta dall'art. 107 del d.lgs. n. 5 del 2006, le somme rimaste a disposizione dei creditori irreperibili secondo le forme dei depositi giudiziari non sono suscettibili, trascorso un certo tempo senza che siano state riscosse, di ulteriore riparto fra gli altri creditori concorsuali, in quanto il loro deposito presso l'istituto di credito designato equivale a distribuzione, sicchè, da detto momento, esse fuoriescono dalla massa attiva fallimentare e sono sottratte alla disponibilità degli organi concorsuali.

9. Il concordato fallimentare.

Cass., sez. 1, n. 25316/2020, Ferro, Rv. 659732 - 01 – sulla scia di una precedente pronuncia (Cass., sez. 1, n. 11178/2011, Mercolino, Rv. 617874 - 01) ha ribadito che il provvedimento del tribunale che in sede di reclamo confermi il decreto con cui il giudice delegato ha respinto la domanda di concordato fallimentare, sostituendosi al prescritto parere del comitato dei creditori, ai sensi dell'art. 41 l.fall., manca del carattere di decisorietà e definitività, non precludendo la riproponibilità della proposta, sicchè non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Di interesse è **Cass., sez. 1, n. 25318/2020, Ferro, Rv. 659734 – 01**, che ha evocato la figura dell'abuso del diritto con riguardo all'ipotesi in cui il fine della procedura ecceda il sacrificio imposto al patrimonio del fallito per la parte non necessaria al soddisfacimento dei creditori, come nel caso si registri un divario particolarmente consistente tra attivo ceduto e passivo rilevato, secondo un criterio di valutazione dell'attivo concordatario necessariamente ancorato al tempo della proposta e non a quello del sindacato del tribunale in sede di omologa. In applicazione del predetto principio, la S.C. ha cassato la decisione della corte

d'appello che, nell'accogliere il reclamo del fallito avverso il decreto di omologa del concordato emesso dal tribunale, aveva valorizzato la stima dell'attivo concordatario al momento della decisione anziché alla data della domanda di concordato.

Pregnante sul fronte processualistico si mostra **Cass., sez. 1, n. 16707/2020, Ferro, Rv. 658605 – 01**, che ha chiarito i possibili epiloghi in ambito di concordato fallimentare, ponendo in luce che, se è vero che in difetto di opposizioni il tribunale è esonerato dal condurre un'istruttoria sul merito della proposta, tuttavia, il decreto di omologazione non costituisce l'unico ed indefettibile esito della procedura, potendo il giudice rilevare eventuali difetti di regolarità del giudizio, sicché qualora nel termine di dieci giorni dalla comunicazione dell'approvazione della proposta da parte dei creditori non sia depositata la richiesta di omologazione, la domanda di concordato fallimentare va dichiarata, anche d'ufficio, improcedibile.

10. Il concordato preventivo in generale.

Opportuna la statuizione espressa da **Cass., sez. U, n. 10080/2020, Rv. 657856 – 01**, in virtù della quale la domanda giudiziale proposta da un imprenditore che abbia presentato istanza di ammissione al concordato preventivo non necessita, ai fini della sua ammissibilità, della previa autorizzazione del tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, L.F., in quanto la mancanza di tale autorizzazione, necessaria ai fini del compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione, produce conseguenze esclusivamente sul piano dei rapporti sostanziali (a partire dalla non prededucibilità dei crediti di terzi che da tali atti derivino), ma non spiega alcun effetto sul piano processuale.

Cass., sez. 1, n. 734/2020, Pazzi, Rv. 656520 – 01, ha svolto alcune puntualizzazione essenziali in tema di c.d. "concordato misto", evidenziando che qualora la procedura concorsuale preveda che alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale, essa rimane regolata nella sua interezza, salvi i casi di abuso dello strumento, dalla disciplina speciale prevista dall'art. 186-*bis* l.fall., che al comma 1 espressamente contempla anche detta ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; la norma in parola non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnata una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una siffatta organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori. Come noto l'art. 84 del d.lgs. n. 14 del 2019 introdurrà, peraltro, proprio il criterio della prevalenza che la Corte ha, nella specie, disatteso.

Importanti alcune puntualizzazioni sul tema denso della transazione fiscale. **Cass., Sez. 5, n. 22456/2020, Leuzzi, Rv. 659301 - 01**, ha messo in luce che l'istituto di cui all'art. 182-ter l. fall., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006 e successivamente modificato, ma non ancora novellato dall'art. 1, comma 81, della l. n. 232 del 2016, che ha segnato l'obbligatorietà del procedimento ivi descritto in funzione della riduzione dei crediti tributari, si configura come istituto facoltativo e accessorio, essendo rimessa al debitore la facoltà di ricorrervi e rimanendo per questi ferma la possibilità di prospettare la falcidia o la dilazione del pagamento di tutte le proprie passività fiscali, o anche solo di parte di esse, direttamente nella proposta di concordato.

Cass., Sez. 5, n. 16755/2020, Condello, Rv. 658653 – 01, ha misurato l'impatto della transazione fiscale conclusa nell'ambito della procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 182-ter, comma 5, l.fall. sul giudizio tributario, del quale essa comporta la cessazione della materia del contendere, che deve essere dichiarata dal giudice di legittimità anche d'ufficio, con conseguente inefficacia sopravvenuta della sentenza impugnata, non vertendosi in una delle tipologie decisorie di cui agli artt. 382, comma 3, c.p.c., 383 e 384 c.p.c. L'intervenuto accordo negoziale consente, altresì, di escludere che l'Amministrazione finanziaria possa emettere una cartella esattoriale volta al recupero delle somme oggetto della transazione stessa, riespandendosi il potere impositivo solo ove essa venga meno in conseguenza dell'inadempimento del contribuente poiché, anche prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 159 del 2015, l'esistenza di una transazione perfezionatasi e puntualmente eseguita esclude un qualsiasi pregiudizio per l'erario.

A regolare i rapporti fra Amministrazione finanziaria e società in concordato si volge **Cass., Sez. 5, n. 13467/2020, D'Aquino, Rv. 658109 – 01**, la quale ha puntualizzato che in materia di concordato preventivo, ove l'imprenditore concordante o i suoi aventi causa chiedano il rimborso di un credito IVA formatosi durante lo svolgimento della procedura concorsuale, l'amministrazione finanziaria può opporre in compensazione crediti che siano sorti successivamente all'apertura della procedura medesima, mentre - al contrario - non può opporre in compensazione crediti formatisi in epoca precedente l'apertura della procedura, stante il principio richiamato dagli artt. 56 e 169 l. fall., applicabile anche ai crediti erariali.

Cass., Sez. 1, n. 12171/2020, Fidanza, Rv. 658127 – 01, sottolinea l'importanza in capo all'attestatore dei dei requisiti di terzietà ed indipendenza, dalla cui mancanza fa derivare la nullità dell'atto di nomina del medesimo e il conseguente venir meno del diritto al compenso in sede di insinuazione allo stato passivo del successivo fallimento.

Importante il chiarimento reso da **Cass. Sez. 6-1, 12045/2020, Vella, Rv. 658208 – 01**, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 2495 c.c. e 10 l.fall., nella parte in cui impedisce al liquidatore della società cancellata dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di richiedere il concordato preventivo. Quest'ultima procedura, infatti, diversamente dalla prima, che ha finalità solo liquidatorie, tende alla risoluzione della crisi di impresa, sicché l'intervenuta e consapevole scelta di cessare l'attività imprenditoriale, necessario presupposto della cancellazione, ne preclude "*ipso facto*" l'utilizzo, per insussistenza del bene al cui risanamento essa dovrebbe mirare; né l'istanza concordataria può essere intesa come uno dei mezzi attraverso i quali si esplica il diritto di difesa del fallendo in sede di istruttoria prefallimentare.

Non meno rilevante la puntualizzazione svolta da **Cass., Sez. 1 , n. 11882/2020, Amatore, Rv. 657956 – 01**, a tenore della quale in tema di ammissione al concordato preventivo, la mancata formulazione da parte del giudice, nel corso dell'udienza camerale, di osservazioni critiche in ordine alla proposta concordataria non impedisce al proponente di richiedere, nel suo interesse, un termine per integrarla, in relazione ad eventuali profili di inammissibilità che potrebbero emergere in sede di decisione, mentre l'art. 162, comma 1, l.fall. attribuisce al giudice un potere discrezionale, il cui omesso esercizio non necessita di motivazione, né è censurabile in sede di legittimità. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la corte d'appello, aveva accolto il reclamo della proponente, che lamentava il pregiudizio subito per avere il tribunale omesso, in sede di udienza camerale, di prospettarle la questione posta a fondamento della decisione di inammissibilità della proposta concordataria.

Dalla stessa pronuncia (**Rv. 657956 - 02**) è poi evincibile un importante principio in materia di concordato preventivo con continuità aziendale, essendo chiarita la possibilità della dilazione del pagamento dei crediti privilegiati anche oltre il termine di un anno dall'omologazione, purché si accordi ai titolari di tali crediti il diritto di voto e la corresponsione degli interessi. In tal caso, il diritto di voto dei privilegiati dilazionati andrà calcolato sulla base del differenziale tra il valore del loro credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello calcolato al termine della moratoria, dovendo i criteri per tale determinazione essere contenuti nel piano concordatario a pena di inammissibilità della proposta, come si desume sia dall'art. 86 del d.lgs. n. 14 del 2019 che dall'art. 2426, comma 1, n. 8), c.c.

Interessanti le pronunce definitorie del perimetro applicativo dell'art. 169-*bis* l.fall..

Cass., Sez. 1, n. 11523/2020, Mercolino, Rv. 658125 – 01, ha evidenziato che in tema di anticipazione di credito in conto corrente, nel regime precedente all'entrata in vigore dell'art. 169 *bis* l.fall., è ammissibile la compensazione tra il credito vantato dalla banca per il rimborso dell'anticipazione concessa alla società ammessa al concordato preventivo ed il debito nei confronti di quest'ultima per la restituzione degli importi riscossi in esecuzione dell'incarico conferitole, a nulla rilevando che detto credito sia anteriore all'ammissione alla procedura concorsuale ed il correlativo debito invece posteriore, in quanto, non operando il principio della "cristallizzazione dei crediti", né l'imprenditore in costanza di procedura, né gli organi concorsuali vantano il diritto a che la banca riversi loro le somme riscosse anziché compensarle.

Cass., Sez. 1, n. 11524/2020, Fidanzia, Rv. 658126 – 02, ha ritenuto l'inapplicabilità della norma testè richiamata alla singola operazione di anticipazione bancaria in conto corrente contro cessione di credito o mandato all'incasso con annesso patto di compensazione, ancora in corso al momento dell'apertura del concordato, avendo la banca, con l'erogazione della anticipazione, già compiutamente eseguito la propria prestazione. Viceversa, la medesima pronuncia (Rv. 658126 – 01) ha ritenuto applicabile l'art. 169 *bis* l.fall. al contratto-quadro di anticipazione bancaria contro cessione di credito o mandato all'incasso ed annesso patto di compensazione, fino a quando la banca, nell'anticipare al cliente l'importo dei crediti non ancora scaduti vantati da quest'ultimo nei confronti dei terzi, non abbia raggiunto il tetto massimo convenuto tra le parti.

La decisione in esame rappresenta il primo pronunciamento della Corte sull'applicazione delle disposizioni dettate dall'art. 169-*bis* l.fall. ai contratti di finanziamento c.d. "autoliquidanti", formulando un principio di diritto di segno antitetico rispetto ad un orientamento diffuso nella giurisprudenza di merito.

Pertanto la decisione è destinata ad assurgere a punto di riferimento importante nella disciplina dei finanziamenti autoliquidanti nel concordato preventivo, quantomeno sino all'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza che prevede al riguardo una disciplina specifica sul tema in esame. Lo schema dei principi è perspicuo: la norma è applicabile al contratto-quadro di anticipazione bancaria fino a quando la banca non abbia ancora raggiunto il tetto massimo convenuto fra le parti; la norma non è, viceversa, applicabile alla singola operazione di anticipazione bancaria in conto corrente contro cessione di credito o mandato all'incasso con annesso patto di compensazione, avendo la banca, con l'erogazione della anticipazione, già compiutamente eseguito la propria prestazione; il collegamento negoziale e funzionale sussistente tra il contratto di anticipazione bancaria ed il mandato all'incasso con patto di compensazione, che consente alla banca di incamerare e riversare in conto corrente le somme derivanti dall'incasso dei singoli crediti del proprio cliente nei confronti di terzi, dando luogo ad un unico

rapporto negoziale, determina l'applicazione dell'istituto della c.d. "compensazione impropria" tra i reciproci debiti e crediti della banca con il cliente, sterilizzando il principio di "cristallizzazione" dei crediti e rendendo, pertanto, del tutto irrilevante che l'attività di incasso della banca sia svolta in epoca successiva all'apertura della procedura di concordato preventivo.

Secondo **Cass., Sez. 1, n. 26568/2020, Vella, Rv. 659745 - 02** il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto preliminare a norma dell'art. 169-*bis* l.fall. ha natura concorsuale, in quanto va soddisfatto come credito anteriore al concordato, anche quando la facoltà di scioglimento sia stata esercitata dal debitore successivamente al deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall., come chiarito con le modifiche apportate all'art. 169-*bis* l.fall. dall'art. 8 del d.l. n. 83 del 2015 (conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015), avente sul punto natura sostanzialmente interpretativa; tale previsione, infatti, ha chiarito che la collocazione in prededuzione può essere riservata solo al credito derivante da eventuali prestazioni contrattuali eseguite legalmente ed in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161 l.fall. In base alla medesima pronuncia (**Rv. 659745 - 01**), l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il terzo contraente che abbia subito lo scioglimento del contratto, a norma dell'art. 169-*bis* l.fall., va effettuato, come per tutti i restanti creditori concorsuali, nelle forme della cognizione ordinaria, fermo restando in capo al giudice delegato e al tribunale, in sede di omologazione, il potere di ammettere in tutto o in parte i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, ai sensi dell'art. 176 l.fall.

La medesima pronuncia (**Rv. 659745 – 03**), si è curata di precisare che l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto pendente, ai sensi dell'art. 169-*bis* l.fall., presuppone che, al momento della domanda di concordato preventivo, esso non abbia avuto completa esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale; ne consegue che l'istituto non è applicabile ai contatti a prestazioni corrispettive in cui una delle parti abbia già compiutamente eseguito la propria prestazione. Il principio enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 1, c.p.c. in relazione ad una fattispecie relativa ad un contratto preliminare di vendita in cui, prima del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall., il promissario acquirente aveva già corrisposto l'intero prezzo, era stato immesso nella detenzione dell'immobile ed aveva promosso un giudizio, ex art. 2932 c.c., per ottenere la prestazione del consenso dell'altra parte alla stipulazione del contratto definitivo. La pronuncia mette in risalto, ancora (**Rv. 659745 - 04**), che il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda, è tenuto, in linea con i principi della normativa unionale in tema di ristrutturazione preventiva, a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo

scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-*bis* l.fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario. La fattispecie era relativa ad uno scioglimento del contratto preliminare di vendita in cui, prima del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall., il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, aveva conseguito la detenzione dell'immobile ed aveva promosso un giudizio ex art. 2932 c.c., subendo una quantificazione dell'indennizzo in misura corrispondente alla mera restituzione del prezzo versato, oggetto di falcidia concordataria nella misura dell'85%.

Cass., **Sez. 6 - 1, n. 26895/2020, Ferro, Rv. 659895 – 01**, sul piano delle incombenze del commissario giudiziale mette in risalto che l'inventario costituisce uno strumento indispensabile della procedura concordataria e, perciò, un autonomo e specifico compito di tale organo, che non può ritenersi adempiuto "per relationem" all'inventario allegato dall'imprenditore alla domanda di ammissione, né surrogato dalla relazione per l'adunanza dei creditori, la quale, quand'anche faccia riferimento ad attività e passività, è prevista per differenti finalità. Pertanto, nella liquidazione del compenso del commissario, il tribunale non può che riferirsi all'inventario, dovendo le consistenze allegate dalla parte istante essere riscontrate dagli accertamenti compiuti e consegnati ai documenti ufficiali della procedura.

Sull'inventario si sofferma anche **Cass., sez. 1, n. 11345/2020, Mercolino, Rv. 658132 – 01**, che ne valorizza la funzione ricognitiva e descrittiva del patrimonio dell'imprenditore, ma ne esclude l'attitudine costitutiva di un vincolo, verificandosi nella procedura concordataria uno spossessamento cd. attenuato, all'interno del quale il debitore conserva la disponibilità e la custodia dei propri beni, cosicché la sua omissione impedisce l'approvazione del rendiconto ma non si ripercuote automaticamente sugli atti successivi, potendo questi ultimi risultare invalidi solo se e nella misura in cui la mancata redazione dell'inventario abbia concretamente pregiudicato una adeguata valutazione circa la consistenza e le caratteristiche dei beni.

Sulla misura del soddisfacimento dei creditori si concentra **Cass. n. 10884/2020, Falabella, Rv. 658124 – 01**, ad avviso della quale il soddisfacimento parziale dei creditori muniti di privilegio generale può trovare fondamento giustificativo solo nell'incapienza del patrimonio mobiliare del debitore, sicché il soddisfacimento dei creditori chirografari non può che dipendere dalla presenza di beni immobili - per la parte non deputata a garantire i creditori che vantino titolo di prelazione su di essi - o di liquidità estranei al patrimonio del debitore medesimo. Il caso posto all'attenzione della Corte investe la tematica delle condizioni cui è soggetta una proposta di concordato preventivo previste dall'art. 160, comma 2, l. fall... In primo luogo, la norma ammette che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca possano

venire soddisfatti in misura parziale, purché, in ragione della collocazione preferenziale, il piano concordatario ne preveda il pagamento in termini non deteriori rispetto all'ipotesi di liquidazione; in secondo luogo essa statuisce che il trattamento stabilito per ciascuna classe non possa causare l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. La Corte evidenzia che la prima delle condizioni poste dall'art. 160, comma 2, l.fall. circoscrive i limiti minimi di soddisfacimento dei privilegiati, evincendone che il creditore chirografario non possa vedere adempiuta, neppure parzialmente, la propria obbligazione ove il presumibile valore di realizzo dei beni su cui insiste il diritto di prelazione non permetta di soddisfare i creditori privilegiati. Nella pronuncia viene poi operata una distinzione fra privilegi speciali, incidenti su di un bene specifico (ipoteca, pegno) e privilegio generale sui mobili. Esclusivamente i primi, qualora il valore del bene afferente il privilegio sia inferiore all'ammontare del credito, possono essere soddisfatti parzialmente e concorrere per il residuo secondo la regola della *par condicio* con i crediti chirografari; invero, in siffatte circostanze le ragioni del creditore prelatizio dipendono dall'ammontare ritraibile dalla liquidazione del bene su cui insiste il diritto di prelazione, pertanto, quando non sufficiente a soddisfare l'intero credito, concorrerà per il residuo, parimenti ai creditori chirografari, su altri beni su cui non vanta alcun privilegio. Al contrario nel secondo caso, lo stesso posto all'attenzione delle Suprema Corte, l'incapienza del patrimonio rispetto alle ragioni di credito dei titolari del diritto di prelazione, postula che crediti privilegiati non possano essere ulteriormente falcidiati a beneficio di quelli chirografari. Volendo giungere ad un risultato dissimile si ammetterebbe che creditori di rango inferiore siano soddisfatti prima che lo siano, per l'intero, i creditori di rango poziore. Tale risultato, non solo urterebbe il principio per cui il piano concordatario debba assicurare la soddisfazione dei creditori privilegiati in misura almeno pari a quella cui gli stessi potrebbero aspirare, in ragione della loro collocazione preferenziale, in caso di liquidazione, ma travolgerebbe anche la regola che vieta l'alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione. La ricostruzione della norma operata dalla Cassazione non sembra possa venire superata dall'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), posto che la nuova formulazione della norma sul concordato preventivo (art. 84) sembrerebbe lasciare il precetto sostanzialmente invariato.

Cass., Sez. 1, n. 7117/2020, Pazzi, Rv. 657492 – 01, attiene al cd. "preconcordato" ex art. 161, comma 6, l.fall. del quale adombra la natura di mera opzione di sviluppo del concordato, alternativa a quella prevista dai primi tre commi della medesima norma, imperniata sulla facoltà dell'imprenditore, che già ha assunto la qualità di debitore concordatario, di procrastinare il deposito di proposta, piano e relativa documentazione, al fine di anticipare i tempi dell'emersione della crisi, mediante una domanda anticipata corredata dai documenti previsti dal primo periodo

del citato comma 6 (fatti salvi gli oneri di allegazione funzionali alla valutazione della natura di ordinaria o straordinaria amministrazione degli atti compiuti dall'imprenditore in pendenza della procedura ovvero delle istanze dallo stesso presentate) in un termine, concesso dal Tribunale, cui l'imprenditore ha diritto a meno che il Tribunale non rilevi "aliunde", fin da quel frangente, che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario.

La medesima pronuncia (**Rv. 657492 – 02**) evidenzia che la concessione di un termine ex art. 161, commi 6 e 10, l.fall. costituisce un fatto neutro inidoneo di per sé a dimostrare la volontà del debitore di sfuggire alla dichiarazione di fallimento, giacché il mero differimento del procedimento prefallimentare che ne discende rimane neutralizzato dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali; nondimeno, la circostanza della presentazione della domanda anticipata di concordato all'ultimo momento utile può concorrere a dimostrare, unitamente ad altri elementi atti a rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta, il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa.

In tema di liquidazione del compenso del commissario giudiziale si è occupata **Cass., Sez. 6 - 1, n. 26894, Ferro, Rv. 659991 - 02**, a tenore della quale il relativo decreto, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del d.m. n. 30 del 2012, prevede quale autonoma voce il rimborso forfettario delle spese generali (nella misura del 5% del dovuto), sicché viola tale disposizione la liquidazione onnicomprensiva sia in quanto non reca la corrispondente indicazione, sia in quanto rende oggettivamente impossibile ricavare l'eventuale inclusione dello stesso all'interno dell'importo così unitariamente determinato.

La medesima ordinanza soggiunge (**Rv. 659991 – 01**) che in tema di compensi spettanti al commissario giudiziale del concordato preventivo, il decreto con il quale viene operata la relativa liquidazione deve essere motivato in ordine alle specifiche opzioni discrezionali demandate al giudice dall'art. 39 l.fall. e dalle norme regolamentari ivi richiamate, a pena di nullità denunciabile con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., anche se la motivazione può essere implicita, integrata cioè dal contenuto dell'istanza e dai relativi allegati, sempre che vi sia l'espresso riferimento ai parametri applicati, non bastando il mero rinvio all'istanza del commissario giudiziale, senza l'indicazione dei criteri in concreto adottati.

Cass., Sez. 1, n. 4329/2020, De Marzo, Rv. 657075 – 01, ha messo in luce come il combinato disposto degli artt. 2495 c.c. e 10 l.fall. impedisce all'imprenditore individuale volontariamente cancellatosi dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di richiedere l'ammissione al concordato preventivo, trattandosi di procedura che, diversamente dal fallimento, caratterizzato da finalità solo liquidatorie, tende piuttosto alla risoluzione della crisi

di impresa, sicché l'intervenuta e consapevole scelta di cessare l'attività imprenditoriale, necessario presupposto della cancellazione, preclude "ipso facto" l'utilizzo della procedura concordataria per insussistenza del bene al cui risanamento essa dovrebbe mirare.

Cass., Sez. 6 - 1, n. 2422/2020, Ferro, Rv. 656715 – 01, individua alla stregua di regola generale quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, osservando coerentemente che l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura equivale ad una soddisfazione non integrale degli stessi, in ragione della perdita economica conseguente al ritardo rispetto ai tempi normali con il quale i creditori conseguono le somme dovute. La determinazione in concreto di tale perdita, rilevante ai fini del computo del voto ex art. 177, comma 3, l.fall., costituisce un accertamento in fatto che il giudice di merito deve compiere alla luce della relazione giurata del professionista ex art. 160, secondo comma, l.fall., tenendo conto degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di liquidazione dei beni gravati dal privilegio in ipotesi di soluzione della crisi alternativa al concordato.

10.1.L'ammissione alla procedura e la sua revoca.

Cass., *Sez.* 1, n. 11522/2020, Mercolino, Rv. 658133 – 01, è tornata sulla distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, evidenziando come il sindacato del tribunale riferito alla prima tenda ad appurare la non incompatibilità del piano con norme inderogabili, mentre quello relativo alla seconda si incentri sulla realizzabilità del piano medesimo nei limiti della verifica della sua eventuale manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati, rimanendo riservata ai creditori la sola valutazione della convenienza della proposta rispetto all'alternativa fallimentare, oltre a quella della specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione prevista per ciascuno di essi; né sulla detta distinzione ha inciso – ad avviso della Corte – il comma 4 dell'art. 160 l.fall. (introdotto dal d.l. n. 83 del 2015, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015), laddove prevede che, fatta eccezione per il concordato con continuità aziendale, la proposta di concordato deve assicurare in ogni caso il pagamento della soglia minima di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, limitandosi ad introdurre un requisito ulteriore di validità della proposta, al cui riscontro il giudice deve procedere già in sede di ammissione alla procedura. Nella specie, il Collegio nomofilattico, procedendo alla correzione, ai sensi dell'art. 384 c.p.c. della motivazione della sentenza impugnata, ha escluso che l'art. 160, comma 4, l. fall. abbia comportato il superamento della distinzione tra il controllo di fattibilità giuridica e quello di fattibilità economica, con la conseguenza che, ai fini

della dichiarazione di ammissibilità del concordato, il sindacato del giudice dovrebbe estendersi al merito della proposta.

Le prerogative del pubblico ministero sono al centro di **Cass, Sez. 1, n. 27936/2020, Dolmetta, Rv. 659739 – 01**, ove si chiarisce che in caso di rinuncia alla domanda dopo l'apertura del procedimento di revoca di cui all'art. 173 l.fall., il P.M. ha sempre il potere di formulare, prima che il tribunale dichiari l'improcedibilità, la richiesta di fallimento, in quanto la detta rinunzia, senza determinare la cessazione automatica del procedimento concordatario, non elimina il potere di iniziativa del P.M. fondato sulla ravvisata esistenza di atti di frode. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la corte d'appello aveva ritenuto che per effetto della rinuncia alla domanda di concordato e della conseguente cessazione della procedura concordataria, fosse venuta meno la legittimazione del P.M. all'istanza di fallimento.

Nell'alveo dei rapporti fra procedura concordataria e accertamento dei crediti tributari si inscrive **Cass., Sez. 5, n. 24880/2020, Nonno, Rv. 659511 – 01**, a mente della quale l'apertura della prima non è ostativa allo svolgimento del secondo mediante iscrizione a ruolo ed emissione della cartella, né alla irrogazione delle sanzioni e degli accessori, ove i presupposti impositivi e le violazioni da cui discendono le sanzioni siano stati posti in essere anteriormente alla procedura concorsuale che nemmeno può essere invocata quale ipotesi di forza maggiore estintiva dell'obbligazione.

Sul tema ricorrente dei rapporti fra misure ablatorie penali e procedure concorsuali torna una volta di più la Suprema Corte con la sentenza resa da **Cass., Sez. 1, n. 24326/2020, Campese, Rv. 659654 – 01**, ad avviso della quale il carattere obbligatorio e sanzionatorio della confisca diretta o per equivalente del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12 *bis* comma 1, del d.lgs. n.74 del 2000, comporta che il sequestro preventivo ad essa funzionale, benché sopravvenuto rispetto alla proposizione di una domanda di concordato preventivo, sia opponibile ai creditori, non potendo in contrario invocarsi l'art. 168 l.fall., il quale vieta l'inizio delle azioni cautelari in costanza di procedura, posto che una siffatta inibizione non sussiste per la potestà cautelare che lo Stato esercita, non a tutela del suo credito, bensì nell'interesse alla repressione dei reati.

Sulla tematica sensibile dei rapporti di lavoro si appunta, invece, **Cass., Sez. L, n. 23925/2020, Patti, Rv. 659265 – 01**, che pone in evidenza come l'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo per cessione di beni, pur potendo integrare giustificato motivo di recesso, non comporti di per sè l'impossibilità giuridica della continuazione del rapporto di lavoro che permane fino al recesso di una delle parti. Nella specie, la Corte ha cassato la decisione di merito che non aveva ammesso al passivo i crediti di lavoro di un dirigente, sul presupposto

dell'impossibilità della prestazione lavorativa in pendenza del concordato preventivo per cessione di beni, stante l'esclusivo scopo liquidatorio della procedura).

Sull'importante tema dei rapporti fra risoluzione e revoca si concentra, invece, **Cass., Sez. 6 - 1, n. 19005/2020, Campese, Rv. 659000 – 01**, per la quale qualora sia accertata la sussistenza dei presupposti per la declaratoria di risoluzione del concordato già omologato e la stessa venga pronunciata, non è possibile procedere pure alla revoca dell'ammissione della società alla procedura concordataria, sicchè è nullo il provvedimento del tribunale che abbia disposto tale revoca. Detta soluzione si mostra incontrovertibile, già sulla scorta del rilievo relativo alla revocabilità dell'ammissione al concordato preventivo esclusivamente nell'intervallo temporale tra l'apertura della procedura e la successiva omologazione.

Cass., Sez. 1, n. 11522/2020, Mercolino, Rv. 658133 – 01, è tornata sulla distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, evidenziando come il sindacato del tribunale riferito alla prima tenda ad appurare la non incompatibilità del piano con norme inderogabili, mentre quello relativo alla seconda si incentri sulla realizzabilità del piano medesimo nei limiti della verifica della sua eventuale manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati, rimanendo riservata ai creditori la sola valutazione della convenienza della proposta rispetto all'alternativa fallimentare, oltre a quella della specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione prevista per ciascuno di essi; né sulla detta distinzione ha inciso – ad avviso della Corte – il comma 4 dell'art. 160 l.fall. (introdotto dal d.l. n. 83 del 2015, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015), laddove prevede che, fatta eccezione per il concordato con continuità aziendale, la proposta di concordato deve assicurare in ogni caso il pagamento della soglia minima di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, limitandosi ad introdurre un requisito ulteriore di validità della proposta, al cui riscontro il giudice deve procedere già in sede di ammissione alla procedura. Nella specie, il Collegio nomofilattico, procedendo alla correzione, ai sensi dell'art. 384 c.p.c. della motivazione della sentenza impugnata, ha escluso che l'art. 160, comma 4, l. fall. abbia comportato il superamento della distinzione tra il controllo di fattibilità giuridica e quello di fattibilità economica, con la conseguenza che, ai fini della dichiarazione di ammissibilità del concordato, il sindacato del giudice dovrebbe estendersi al merito della proposta.

Le prerogative del pubblico ministero sono al centro di **Cass, Sez. 1, n. 27936/2020, Dolmetta, Rv. 659739 – 01**, ove si chiarisce che in caso di rinuncia alla domanda dopo l'apertura del procedimento di revoca di cui all'art. 173 l.fall., il P.M. ha sempre il potere di formulare, prima che il tribunale dichiari l'improcedibilità, la richiesta di fallimento, in quanto la detta rinunzia, senza determinare la cessazione automatica del procedimento concordatario, non elimina il potere di iniziativa del P.M. fondato sulla ravvisata esistenza di atti di frode. Nella specie, la S.C. ha cassato

la sentenza con la quale la corte d'appello aveva ritenuto che per effetto della rinuncia alla domanda di concordato e della conseguente cessazione della procedura concordataria, fosse venuta meno la legittimazione del P.M. all'istanza di fallimento.

Nell'alveo dei rapporti fra procedura concordataria e accertamento dei crediti tributari si inscrive **Cass., Sez. 5, n. 24880/2020, Nonno, Rv. 659511 – 01**, a mente della quale l'apertura della prima non è ostativa allo svolgimento del secondo mediante iscrizione a ruolo ed emissione della cartella, né alla irrogazione delle sanzioni e degli accessori, ove i presupposti impositivi e le violazioni da cui discendono le sanzioni siano stati posti in essere anteriormente alla procedura concorsuale che nemmeno può essere invocata quale ipotesi di forza maggiore estintiva dell'obbligazione.

Sul tema ricorrente dei rapporti fra misure ablatorie penali e procedure concorsuali torna una volta di più la Suprema Corte con la sentenza resa da **Cass., Sez. 1, n. 24326/2020, Campese, Rv. 659654 – 01**, ad avviso della quale il carattere obbligatorio e sanzionatorio della confisca diretta o per equivalente del profitto dei reati tributari, prevista dall'art. 12 *bis* comma 1, del d.lgs. n.74 del 2000, comporta che il sequestro preventivo ad essa funzionale, benché sopravvenuto rispetto alla proposizione di una domanda di concordato preventivo, sia opponibile ai creditori, non potendo in contrario invocarsi l'art. 168 l.fall., il quale vieta l'inizio delle azioni cautelari in costanza di procedura, posto che una siffatta inibizione non sussiste per la potestà cautelare che lo Stato esercita, non a tutela del suo credito, bensì nell'interesse alla repressione dei reati.

Sulla tematica sensibile dei rapporti di lavoro si concentra, invece, **Cass., Sez. L, n. 23925/2020, Patti, Rv. 659265 – 01**, che pone in evidenza come l'ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo per cessione di beni, pur potendo integrare giustificato motivo di recesso, non comporti di per sè l'impossibilità giuridica della continuazione del rapporto di lavoro che permane fino al recesso di una delle parti. Nella specie, la Corte ha cassato la decisione di merito che non aveva ammesso al passivo i crediti di lavoro di un dirigente, sul presupposto dell'impossibilità della prestazione lavorativa in pendenza del concordato preventivo per cessione di beni, stante l'esclusivo scopo liquidatorio della procedura).

Sull'importante tema dei rapporti fra risoluzione e revoca si concentra, invece, **Cass., Sez. 6 - 1, n. 19005/2020, Campese, Rv. 659000 – 01**, per la quale qualora sia accertata la sussistenza dei presupposti per la declaratoria di risoluzione del concordato già omologato e la stessa venga pronunciata, non è possibile procedere pure alla revoca dell'ammissione della società alla procedura concordataria, sicchè è nullo il provvedimento del tribunale che abbia disposto tale revoca.

10.2. L'omologa, le impugnazioni e l'esecuzione.

Cass. Sez. 1, n. 25445/2020, Campese, Rv. 659735 – 01, ha avuto occasione di puntualizzare che in tema di concordato preventivo "con riserva", non è ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost., difettando del carattere della decisorietà, il decreto della corte d'appello reiettivo del reclamo proposto avverso il provvedimento del tribunale che abbia concesso un termine per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3, l.fall.

Cass., Sez 1, n. 26567/2000, Vella, Rv. 659744 – 01, ha chiarito che in ambito di concordato preventivo avente natura liquidatoria, ove nel corso dell'esecuzione della procedura sopravvenga la morte del debitore concordatario, è applicabile, in via analogica, l'art. 12 l. fall., con la conseguenza che la procedura prosegue nei confronti dei suoi eredi, anche se costoro hanno accettato con beneficio d'inventario ovvero, nel caso previsto dall'art. 528 c.c., nei confronti del curatore dell'eredità giacente.

Cass., Sez. 1, n. 11344/2020, Mercolino, Rv. 658087 – 01, si è occupato di tracciare la distinzione tra la risoluzione del concordato preventivo e la risoluzione o l'annullamento del concordato fallimentare, evidenziando come la prima non debba essere disposta con sentenza, ma con decreto, per effetto della clausola di compatibilità che accompagna il rinvio agli artt. 137 e 138, contenuto nell'art. 186, ultimo comma della l. fall., avuto riguardo alla differenza degli effetti dei due tipi di concordato, che, nel caso di concordato preventivo, non determinano, diversamente da quanto accade a seguito del concordato fallimentare, automatica dichiarazione di fallimento sia perché il concordato preventivo non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza del debitore, sia perché l'attuale disciplina della dichiarazione di fallimento non conosce più l'iniziativa officiosa. Ne consegue che non è nullo il provvedimento di risoluzione di concordato preventivo sottoscritto soltanto dal presidente del collegio, senza la firma del relatore, restando esclusa la sua necessità, ex art. 135 c.p.c., quando, come nella specie, il provvedimento nonostante la forma collegiale e la natura decisoria, che lo rendono sostanzialmente assimilabile ad una sentenza, debba essere emesso con decreto per espressa disposizione di legge.

Delle votazioni in ambito concordatario si occupa **Cass., Sez. 6 - 1, n. 2424/2020, Ferro, Rv. 657224 – 01**, ad avviso della quale in tema di concordato preventivo la proposta è approvata solo se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto e, in caso di suddivisione in classi, anche della maggioranza di queste, sicché, ove il concordato abbia previsto due sole classi di creditori, la proposta deve comunque ritenersi respinta se non sia stata raggiunta la maggioranza che, in questo caso, coincide con l'unanimità delle classi. Il tema della maggioranza di classi assume una fisionomia peculiare ogniqualvolta nella proposta sia prevista l'istituzione di un numero pari di esse, e ciò

sulla base dell'ovvia ragione per cui, in tal caso, per assicurarsi la maggioranza pretesa dall'art. 177 l. fall. il debitore ha necessità di acquisire un'unità in più rispetto a quelle normalmente necessarie in caso di numero dispari. Ne consegue che, se il piano concordatario presenta un numero pari di classi, la maggioranza non potrà ritenersi raggiunta laddove aderisca alla proposta concordataria solo la metà delle stesse. Il problema si aggrava qualora si opti a monte per l'istituzione di due sole classi di creditori, dacché in questo caso il concetto di "maggioranza" finisce per sovrapporsi a quello di "unanimità", con la conseguenza per cui un eventuale risultato paritario del voto per classi comporta il mancato raggiungimento della maggioranza.

12. La liquidazione coatta amministrativa.

Cass., Sez. 6 - 1, n. 23477/2020, Dolmetta, Rv. 659430 – 01, ha chiarito che in caso di insolvenza del concessionario della riscossione di tributi e della conseguente ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, l'ente impositore non può esperire l'azione di rivendica e restituzione, ex art. 103 legge fall., delle somme riscosse e versate dal concessionario su conti correnti bancari e postali a sé intestati, poiché tali somme, ex artt. 1852 e 1834 comma 1 c.c., non sono di proprietà dell'intestatario del conto corrente, ma della banca, che assume l'obbligo di restituire al titolare del conto altrettante cose dello stesso genere, mentre l'ente impositore vanta per la corresponsione delle medesime somme un diritto di credito nei confronti del concessionario. In attuazione del predetto principio, la Corte ha confermato la pronuncia del tribunale che aveva rigettato la domanda ex art. 103 l.f. proposta dall'ente impositore, accogliendone la domanda subordinata, di ammissione al passivo del credito in via privilegiata ex art. 2752 c.c..

Cass., Sez. 6 - 1, n. 23491/2020, Pazzi, Rv. 659249 – 01, ha puntualizzato che in tema di liquidazione coatta amministrativa, l'art. 111, comma 1, n. 1, l. fall., nel testo applicabile "ratione temporis", anteriormente alla modifica apportata dal d.lgs. n. 5 del 2006, ammette in prededuzione, in deroga al principio della "par condicio creditorum", il pagamento, oltre che delle spese procedurali, anche dei debiti contratti dagli organi concorsuali per l'amministrazione del fallimento e l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa.

Cass., Sez. 1, n. 23136/2020, Dolmetta, Rv. 659425 – 01, ha ritenuto che in tema di insinuazione allo stato passivo, qualora l'incaricato alla riscossione abbia domandato l'ammissione al passivo per crediti riportati in numerose cartelle esattoriali, l'estensione all'intero complesso delle voci documentali prodotte di quanto riscontrato dal giudice in riferimento soltanto a talune di esse prese a campione, si rivela una valutazione priva di una qualunque logica inferenziale, sicché la motivazione adottata dal tribunale deve qualificarsi come meramente apparente.

Cass., Sez. 1, n. 22611/2020, Dolmetta, Rv. 658985 – 01, ha reputato che le risultanze dello stato passivo formato nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ex d.l. n. 26 del 1979, hanno efficacia solo endoconcorsuale e sono prive di uno speciale valore probatorio nei giudizi instaurati dal creditore nei confronti del debitore tornato "in bonis", in quanto l'accertamento del passivo è caratterizzato dalla speciale disciplina della opponibilità degli atti alla massa dei creditori e dalla posizione marginale del fallito, privo di mezzi per impugnare le relative decisioni.

Cass., Sez. 6 - 1, n. 14959/2020, Ferro, Rv. 658703 – 01, ha ritenuto che, a seguito della chiusura della liquidazione coatta amministrativa bancaria, l'opposizione allo stato passivo avanzata ex art. 87 d.lgs. n. 385 del 1993 non diviene improcedibile, bensì prosegue nei confronti del commissario liquidatore già ai sensi dell'originario testo dell'art. 92, comma 8, del menzionato decreto legislativo, senza che rilevi la disciplina sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 181 del 2015. Nella specie, la Corte ha cassato la sentenza d'appello, che aveva sanzionato d'improcedibilità l'opposizione al passivo della procedura concorsuale sul presupposto dell'intervenuta chiusura di quest'ultima.

Cass., Sez. 1, n. 11267/2020, Pazzi, Rv. 657910 – 02, ha considerato che nei giudizi instaurati per la dichiarazione dello stato d'insolvenza degli enti creditizi, gli atti provenienti dalla Banca d'Italia o dai commissari straordinari non hanno il valore di prova privilegiata ex art. 2700 c.c. in quanto non sono formati da pubblici ufficiali nell'esercizio di una funzione specificatamente diretta alla documentazione. Tuttavia tali atti, proprio in ragione della loro origine e delle finalità perseguite dai soggetti che li pongono in essere, costituiscono una legittima fonte di informazione, utile all'accertamento dei fatti di causa in senso stretto, che, ove non sia validamente contraddetta, ben può concorre alla formazione del convincimento del giudice, il quale è tenuto ad ammettere le prove che le altre parti deducano per contrastare le risultanze in questo modo acquisite, ma non ad acquisirne d'ufficio per controllare la loro rispondenza al vero.

Cass., Sez. 1, n. 09461/2020, Scotti, Rv. 657683 – 01, ha ritenuto che nelle procedure concorsuali opera il principio secondo il quale tutti i crediti vantati nei confronti dell'imprenditore insolvente devono essere accertati secondo le norme che ne disciplinano il concorso, sicché la domanda formulata da chi si afferma creditore in sede di cognizione ordinaria, se proposta prima dell'inizio della liquidazione coatta amministrativa, diviene improcedibile e tale improcedibilità sussiste anche se la procedura concorsuale sia stata aperta, dopo una pronuncia di condanna nei confronti dell'impresa insolvente, nel corso del giudizio in Cassazione. Nella specie la Corte ha dichiarato improcedibile la domanda di risarcimento del danno proposta dal cliente di un istituto di credito sottoposto a liquidazione coatta amministrativa

soltanto nel corso del giudizio di legittimità, dopo che la banca ancora *in bonis* era rimasta soccombente all'esito di un giudizio di condanna in appello.

Cass., Sez. 1, n. 04341/2020, Federico, Rv. 657078 – 01, ha reputato che in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, l'art. 3, comma 1-ter, del d.l. n. 347 del 2003, conv. con modif. in legge n. 39 del 2004, prevede una specifica ipotesi di prededuzione in favore di determinati creditori e per particolari prestazioni eseguite, applicabile qualora la debitrice, ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria, gestisca almeno uno stabilimento industriale di interesse strategico nazionale, da individuarsi con d.p.c.m. ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 207 del 2012, conv. con modif. in legge n. 231 del 2012; trattandosi di previsione eccezionale e di stretta interpretazione, in deroga al principio generale di cui all'art. 2740 c.c., si applica alla sola debitrice che ne abbia le caratteristiche e non anche alla capogruppo o ad altra società del gruppo di imprese, pur ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria, di cui faccia eventualmente parte la debitrice. (Fattispecie relativa all'impianto siderurgico di Taranto, gestito dal gruppo Ilva di cui fa parte la debitrice, circostanza sulla quale la creditrice, ammessa in chirografo, aveva fatto "affidamento").

13. Il sovraindebitamento.

Poco incisa la materia pure attualissima del sovraindebitamento. Assolutamente degna di menzione **Cass., Sez. 6 - 1, n. 17391/2020, Terrusi, Rv. 658719 – 01**, ad avviso della quale, in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti come pure i piani del consumatore possono prevedere una dilazione del pagamento dei crediti prelatizi, oltre il termine annuale previsto dall'art. 8, comma 4, l. n. 3 del 2012, purché ai titolari di tali crediti sia attribuito il diritto di voto, tenuto conto che detta dilazione, anche se di lunga durata, non pone un problema di fattibilità giuridica, ma influisce soltanto sulla valutazione di convenienza per i creditori. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato il decreto del tribunale che, in sede di reclamo, aveva confermato il diniego di omologa di una proposta di accordo di ristrutturazione, ritenuto non fattibile a causa della dilazione in cinque anni del pagamento di un credito ipotecario).

PARTE QUINTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(coordinata da Milena d'Oriano e Luigi Di Paola)

SEZIONE PRIMA

IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO

CAPITOLO XVII

COORDINATE ERMENEUTICHE DI LEGITTIMITA' IN MATERIA DI LAVORO PRIVATO

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

SOMMARIO: 1. Questioni in materia di subordinazione. I rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015. - 1.1. Subordinazione e associazione in partecipazione - 1.2. Il contratto di apprendistato, il lavoro a progetto e la trasformazione in lavoro subordinato. - 1.3. La subordinazione cd. attenuata del lavoro dirigenziale. - 1.4. Subordinazione ed impresa familiare. - 1.5. Contratto di appalto con impresa artigiana e parasubordinazione. - 1.6. Rapporto di lavoro giornalistico e collaboratore fisso. - 2. Lavoro autonomo e prestazioni d'opera intellettuale: i professori di orchestra. - 2.1. Il contratto di agenzia. - 3. L'individuazione del datore di lavoro. - 3.1. La verifica della sussistenza di obblighi di inquadramento datoriali in caso di appalto di pubblico servizio. - 3.2. Accordo sindacale, obbligo di assunzione, contenuto minimo ed esecuzione in forma specifica. - 4. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro: il limite del rischio elettivo e del concorso colposo del dipendente, il riparto degli oneri della prova e le peculiarità del giudizio per danni *iure proprio* da perdita del rapporto parentale conseguente ad inadempimento datoriale. - 4.1. La responsabilità del committente e del sub-committente. - 5. Il *mobbing*. - 6. Demansionamento e *ius variandi*. - 7. Discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro, comportamenti antisindacali e prerogative sindacali. - 8. I poteri di controllo datoriali. - 9. Questioni retributive. - 9.1. Interessi e rivalutazione nel rapporto di lavoro privato e gli interessi compensativi nei debiti di valore. - 10. La stipula di patti a corredo del rapporto di lavoro, rinunzie abdicative, progetto individuale di inserimento e consenso del lavoratore. - 11. I congedi parentali e le previsioni della l. n. 104 del 5 febbraio del 1992 in tema di permessi, computabilità ai fini della tredicesima e esonero dall'obbligo dal lavoro notturno. - 12. Rapporti di lavoro e procedure concorsuali. - 13. Il distacco del lavoratore ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003. - 14. La cessione del trattamento di fine rapporto ed il limite del quinto, transazione e regole di ermeneutica della contrattazione collettiva e degli atti di quietanza. - 15. Dimissioni. - 16. L'esame di questioni specifiche derivanti dalla contrattazione collettiva. - 17. I danni risarcibili in caso di violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione.

1. Questioni in materia di subordinazione. I rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015.

Le questioni problematiche poste dal d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, anche alla luce delle recentissime modifiche apportate dal d.l. n. 101 del 3 settembre 2019, conv. con modif. in l. n. 128 del 2 novembre 2019, vengono ad essere dipanate da **Sez. L,**

n. 01663/2020, Raimondi, Rv. 656729-01, sicché la presente rassegna si pone in linea di continuità ideale, al riguardo, con quella dello scorso anno, che lasciava sul campo irrisolte proprio le questioni poste dall'art. 2 del d.lgs. n. 81, imponendo così alla giurisprudenza un'opera ermeneutico ricostruttiva poderosa, volta a rimeditare i rapporti tra le collaborazioni continuative e coordinate e la subordinazione.

Ebbene, nella innanzi citata sentenza vengono affermati tre principi di fondamentale importanza.

In primo luogo, quanto alla individuazione del tratto caratterizzante cui far riferimento ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, da rinvenirsi nella etero-organizzazione, di cui viene data anche la "mappatura genetica".

In tema di rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, scrive il giudice di legittimità, ai fini dell'individuazione della nozione di etero-organizzazione, rilevante per l'applicazione della disciplina della subordinazione, è sufficiente che il coordinamento imposto dall'esterno sia funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione predisposta dal primo, inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, costituendo la unilaterale determinazione anche delle modalità spazio-temporali della prestazione una possibile, ma non necessaria, estrinsecazione del potere di etero-organizzazione (**Sez. L, n. 01663/2000, Raimondi, Rv. 656729-02**).

Sul piano della disciplina, poi, afferma la Suprema Corte, ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, in un'ottica sia di prevenzione, sia "rimediale", dovrà applicarsi quella del rapporto di lavoro subordinato quando la prestazione del collaboratore sia esclusivamente personale, venga svolta in maniera continuativa nel tempo e le modalità di esecuzione della prestazione, anche in relazione ai tempi ed al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente, senza che il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta sia tenuto a compiere ulteriori indagini, né possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento dal giudizio qualificatorio di sintesi (**Sez. L, n. 01663/2020, Raimondi, Rv. 656729-01**).

Da ultimo, la conclusione del percorso argomentativo: l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 è norma di disciplina e non di fattispecie, sicché i rapporti di collaborazione di cui si sta discorrendo non costituiscono un *tertium genus* intermedio tra autonomia e subordinazione, con la conseguenza che al verificarsi delle condizioni ivi previste segue l'applicazione della disciplina della subordinazione, senza che sia necessario selezionare quali parti di questa disciplina siano ad essi applicabili (**Sez. L, n. 01663/2020, Raimondi, Rv. 656729-03**).

La decisione assume una portata fondamentale perché affronta sul piano sistematico e sulla scia dei *nova* normativi una nuova e variegata realtà sociale in cui, sempre più, si fanno strada nuovi lavori e professioni: basti pensare, per citare gli

esempi di maggiore attualità, ai motofattorini e ciclofattorini (cd. *riders*), ma anche ai *platform workers,* rispetto ai quali la pronunzia individua il sentiero ermeneutico per ravvisare la natura subordinata del rapporto, precisando che la disciplina in esame svolge solo funzione di disciplina, senza introdurre nel nostro ordinamento una nuova categoria concettuale a mezza strada tra il lavoro autonomo e quello subordinato.

Dello stesso relatore, sempre quanto alla verifica della natura subordinata del rapporto di lavoro, in armonia con il sentiero interpretativo già tracciato dal giudice di legittimità in Sez. L, n. 25204/2013, Arienzo, Rv. 629542-01, **Sez. L, n. 03912/2020, Raimondi, Rv. 656927-01,** ricorda che la sporadicità dell'attività prestata e l'affidamento - secondo indicazioni di massima e con possibilità del lavoratore di accettarli o meno - di compiti saltuariamente svolti, sono idonei ad escludere la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato, denotando tali aspetti la mancanza di eterodirezione ed inserimento stabile e costante del prestatore nella compagine organizzativa aziendale.

Nella specie, in applicazione del riportato principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la sussistenza di un rapporto subordinato tenuto conto che veniva in rilievo un unico, benché lungo, viaggio di andata e ritorno, sia pure con varie tappe intermedie, posto in essere da un camionista.

Sez. L, n. 03075/2020, Raimondi, Rv. 656771-01, affronta nuovamente il tema dei conducenti dei veicoli adibiti al trasporto di cose per conto terzi, affermando che dalla disposizione dell'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 21 novembre 2005 - la quale prescrive che, in caso di irregolarità, oltre alle sanzioni amministrative, si applicano "le sanzioni previste dalle vigenti disposizioni in materia di rapporto di lavoro dipendente" - non è possibile ricavare la volontà del legislatore di stabilire una presunzione legale di subordinazione, perché la norma si limita, senza ambiguità, a far salvo il regime sanzionatorio del rapporto di lavoro dipendente, ma non contiene alcun elemento che possa condurre ad estendere il perimetro della fattispecie legale di cui all'art. 2094 c.c.

L'essenza della subordinazione va ravvisata dunque altrove, *in primis,* nella eterodirezione della prestazione.

1.1. Subordinazione e associazione in partecipazione.

Nell'ambito del medesimo percorso di approfondimento vanno segnalate le pronunzie della S.C. nelle quali si è affrontato il tema della riconducibilità dei rapporti di lavoro alla subordinazione o piuttosto alla associazione in partecipazione.

Con specifico riferimento a detto aspetto, **Sez. L, n. 25221/2020, Amendola, Rv. 659541-01,** afferma che la riconducibilità del rapporto di lavoro, al contratto di

associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato ovvero al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili, esige un'indagine del giudice di merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, il secondo comporta un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare di colui che assume le scelte di fondo dell'organizzazione aziendale.

La pronunzia innanzi citata si pone in armonia con quanto già il giudice di legittimità aveva sostanzialmente affermato, nell'anno in corso, in **Sez. L, n. 26273/2020, Blasutto, Rv. 659445-01.**

La riconducibilità del rapporto di lavoro al contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato ovvero al contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili, ha scritto la S.C., va verificata in concreto, cogliendo la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che il primo implica l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa, configurabile pure laddove le parti abbiano escluso la partecipazione alle perdite, poiché in tal caso l'eventuale assenza di utili determina l'assenza di compensi, necessariamente correlati all'andamento economico dell'impresa.

In applicazione dei principi innanzi enunziati, la Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva qualificato come subordinato un rapporto formalmente contrattualizzato in regime di associazione in partecipazione, sul rilievo che alle lavoratrici era stato assicurato un compenso garantito mensile, sostanzialmente corrispondente alla retribuzione fissata dalla contrattazione collettiva per il profilo professionale corrispondente alle mansioni di fatto svolte - commesse di negozio - senza partecipazione alle perdite.

1.2. Il contratto di apprendistato, il lavoro a progetto e la trasformazione in lavoro subordinato.

Il contratto di apprendistato, anche nel regime normativo di cui alla l. n. 25 del 1955, si configura come rapporto di lavoro a tempo indeterminato a struttura bifasica, nel quale la prima fase è contraddistinta da una causa mista (al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge l'elemento specializzante costituito dallo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale), mentre, la

seconda, soltanto residuale, perché condizionata al mancato recesso ex art. 2118 c.c., vede la trasformazione del rapporto in tipico rapporto di lavoro subordinato (si veda, in tal senso, **Sez. L, n. 02365/2020, Amendola, Rv. 656696-01**).

Ebbene, in relazione al tema specifico di indagine concernente la trasformazione in rapporto di lavoro subordinato del contratto di apprendistato, **Sez. L, n. 16595/2020, Ciriello, Rv. 658635-01,** offre le coordinate ermeneutiche cui attendere.

In tema di contratto di apprendistato, scrive il giudice di legittimità, l'inadempimento degli obblighi di formazione ne determina la trasformazione, fin dall'inizio, in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ove l'inadempimento abbia un'obiettiva rilevanza, concretizzandosi nella totale mancanza di formazione, teorica e pratica, ovvero in una attività formativa carente o inadeguata rispetto agli obiettivi indicati nel progetto di formazione e trasfusi nel contratto, ferma la necessità per il giudice, in tale ultima ipotesi, di valutare, in base ai principi generali, la gravità dell'inadempimento ai fini della declaratoria di trasformazione del rapporto in tutti i casi di inosservanza degli obblighi di formazione di non scarsa importanza.

E' comunque consentito al datore di lavoro, sottolinea la S.C., l'uso di una circoscritta discrezionalità nel realizzare il programma di formazione, che si traduce nella possibilità di alternare la fase teorica con la fase pratica tenendo conto delle esigenze dell'impresa; essa non può però mai spingersi fino ad espungere una delle due fasi dalla esecuzione del contratto, atteso che entrambe sono coessenziali.

In relazione al lavoro a progetto, si fa luogo ad automatica conversione, ai sensi dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 ("ratione temporis" applicabile, nella versione antecedente le modifiche di cui all'art. 1, comma 23, lett. f), della l. n. 92 del 2012), che si interpreta nel senso che, quando un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa sia instaurato senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, non si fa luogo ad accertamenti volti a verificare se il rapporto si sia esplicato secondo i canoni dell'autonomia o della subordinazione, ma piuttosto - lo si ribadisce - ad automatica conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sin dalla data di costituzione dello stesso (in tal senso, si veda **Sez. L, n. 17707/2020, D'Antonio, Rv. 658889-01**).

Approfondisce il tema **Sez. L, n. 27543/2020, Negri Della Torre, Rv. 659693-01,** evidenziando che il regime sanzionatorio previsto dall'art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2003, pur imponendo in ogni caso l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, contempla due distinte e strutturalmente differenti ipotesi, atteso che, al comma 1, sanziona il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa instaurato senza l'individuazione di uno specifico progetto, realizzando un caso di cd. conversione del rapporto *ope legis*, restando priva di rilievo l'appurata natura

autonoma dei rapporti in esito all'istruttoria, mentre al comma 2 disciplina l'ipotesi in cui, pur in presenza di uno specifico progetto, sia giudizialmente accertata, attraverso la valutazione del comportamento delle parti posteriore alla stipulazione del contratto, la trasformazione in un rapporto di lavoro subordinato in corrispondenza alla tipologia negoziale di fatto realizzata tra le parti.

1.3. La subordinazione cd. attenuata del lavoro dirigenziale.

L'essenza della subordinazione viene declinata anche con riferimento al lavoro dirigenziale, attraverso il riferimento alla categoria della subordinazione cd. attenuata.

Viene riaffermato, quindi, in conformità con quanto già ritenuto in Sez. L, n. 07517/2012, Meliadò, Rv. 622886-01, che nel lavoro dirigenziale l'elemento fondamentale, al fine di qualificare il rapporto di lavoro come subordinato, va individuato nell'esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della prestazione con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale.

La delicata questione è ripresa in **Sez. L, n. 03640/2020, Boghetich, Rv. 657171-01.**

Ai fini della configurazione del lavoro dirigenziale - nel quale il lavoratore gode di ampi margini di autonomia e il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico, coerenti con la natura ampiamente discrezionale dei poteri riferibili al dirigente - il giudice di merito deve valutare, quale requisito caratterizzante della prestazione, l'esistenza di una situazione di coordinamento funzionale della prestazione rispetto agli obiettivi dell'organizzazione aziendale, tale da ricondurre il lavoro dirigenziale ai tratti distintivi della subordinazione tecnico-giuridica, anche se nell'ambito di un contesto, lo si è anticipato, caratterizzato dalla cd. subordinazione attenuata.

In applicazione del sopraindicato principio la S.C. ha quindi confermato la sentenza di merito che aveva escluso la qualificazione come subordinato di un rapporto di lavoro dirigenziale, non ritenendo sufficiente il solo elemento indiziario dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale, in mancanza di allegazione e prova circa l'esistenza di una - pur attenuata - eterodirezione da parte dei vertici della società.

1.4. Subordinazione ed impresa familiare.

In **Sez. L, n. 11533/2020, Garri, Rv. 657972-01,** sono indagati i rapporti fra subordinazione ed impresa familiare, per affermare la residualità di quest'ultima.

Nel dettaglio, la S.C. afferma il seguente principio: l'impresa familiare ha carattere residuale come emerge anche dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 230 *bis*

c.c., sicché mira a disciplinare situazioni di apporto lavorativo all'impresa del congiunto che, pur connotate dalla continuità, non siano riconducibili all'archetipo della subordinazione e a confinare in un'area limitata il lavoro gratuito.

In applicazione dell'innanzi enunciato principio, la S.C. ha quindi escluso di poter ritenere la partecipazione all'impresa familiare del congiunto che aveva offerto contributi finanziari ed occasionali consulenze professionali, ma non aveva prestato attività lavorativa continuativa per l'impresa.

1.5. Contratto di appalto con impresa artigiana e parasubordinazione.

La stipula di un formale contratto di appalto con un'impresa artigiana, nella vigenza degli artt. 61 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, impone la riqualificazione dello stesso quale rapporto di lavoro c.d. parasubordinato in presenza dei requisiti di continuazione, coordinazione e svolgimento di attività prevalentemente personale, afferma la S.C. in **Sez. L, n. 09783/2020, Ghinoy, Rv. 657834-01.**

Specifica a tal proposito il giudice di legittimità che - ai fini della qualificazione - non può assumere rilievo assorbente il *nomen iuris* utilizzato, a fronte di un accertamento fattuale che escluda anche la sussistenza di un'organizzazione di impresa; pertanto, in carenza del progetto, opererà l'automatica conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 69 del predetto decreto, con conseguente applicazione di tutte le garanzie del lavoro dipendente anche sotto il profilo assicurativo e contributivo. Nella specie, era stato accertato che l'attività era stata prestata da artigiani piastrellisti, senza avvalersi di alcun collaboratore ed utilizzando attrezzature minime, lavorando con continuità esclusivamente in favore della società ricorrente, unica loro committente per l'intero periodo di causa e soltanto a carico della quale essi avevano emesso fatture.

1.6. Rapporto di lavoro giornalistico e collaboratore fisso.

Nel corso del 2019, Sez. L, n. 03177/2019, Marotta, Rv. 652910-01, ha approfondito la questione delle conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti, in relazione alla posizione del cd. collaboratore fisso che eserciti la professione giornalistica con esclusività professionale.

L'attività svolta dal collaboratore fisso, contraddistinta da continuità, vincolo di dipendenza ed esclusività, responsabilità di un servizio, scrive il giudice di legittimità, rientra nel concetto di "professione giornalistica" e richiede la previa iscrizione nell'elenco dei giornalisti, con conseguente nullità del contratto in caso di iscrizione al solo elenco dei pubblicisti. Qualora ricorra detta ipotesi, chiarisce però la S.C., poiché la nullità non deriva da illiceità dell'oggetto o della causa, ma da violazione di

legge, l'attività svolta conserva giuridica rilevanza ed efficacia ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Il sipario sull'anno 2019, si chiudeva, ad ogni modo, senza che l'ultima parola sulla questione venisse scritta; infatti, Sez. L, n. 14262/2019, Ponterio, rimetteva alle S.U. proprio il dibattuto tema: se, ai fini della costituzione di un valido rapporto di lavoro subordinato giornalistico in capo al collaboratore fisso che eserciti la sua attività con "esclusività professionale", sia necessaria l'iscrizione all'albo dei giornalisti o basti, per converso, quella all'albo dei pubblicisti.

La questione è stata dipanata da **Sez. U, n. 01867/2020, Doronzo, Rv. 656703-01,** che afferma il principio così massimato da questo Ufficio.

In tema di rapporto di lavoro giornalistico, l'attività del collaboratore fisso espletata con continuità, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio rientra nel concetto di "professione giornalistica".

Ai fini della legittimità del suo esercizio è condizione necessaria e sufficiente la iscrizione del collaboratore fisso nell'albo dei giornalisti, sia esso elenco dei pubblicisti o dei giornalisti professionisti; conseguentemente, non è affetto da nullità per violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 45 della l. n. 69 del 1963 il contratto di lavoro subordinato del collaboratore fisso, iscritto nell'elenco dei pubblicisti, anche nel caso in cui svolga l'attività giornalistica in modo esclusivo.

2. Lavoro autonomo e prestazioni di opera intellettuale: i professori d'orchestra.

Quanto alla delimitazione della subordinazione rispetto alle prestazioni d'opera intellettuale, con riguardo alla peculiare figura professionale dei professori d'orchestra, è importante segnalare l'approdo cui è giunta **Sez. L, n. 08444/2020, Lorito, Rv. 657648-01.** In tale pronunzia si traccia il discrimine con il lavoro subordinato, affermando che in caso di prestazione d'opera di natura intellettuale, come quella resa da professori d'orchestra in esecuzione di contratti conclusi in relazione a specifici programmi, al fine di individuare gli indici sintomatici della subordinazione non può essere attribuita rilevanza assorbente all'obbligo di rispettare rigidamente gli orari (sia con riguardo alle prove che agli spettacoli), né alla soggezione alle direttive provenienti dal direttore (perché funzionali alla realizzazione dell'opera, garantita dal coordinato apporto di ciascuno dei musicisti) ed al luogo della prestazione, dovendosi piuttosto apprezzare la sussistenza di un potere direttivo del datore di disporre pienamente della prestazione altrui, nell'ambito delle esigenze della propria organizzazione produttiva, da escludersi se i lavoratori sono liberi di accettare le singole proposte contrattuali e sottrarsi alle prove in caso di variazioni

assunte in corso d'opera a fronte di pregressi impegni e di assumerne anche nei confronti dei terzi.

2.1. Il contratto di agenzia.

Centrale nell'analisi della giurisprudenza di legittimità dell'anno in corso è anche l'esame di una serie di questioni che attengono ad alcuni punti nodali del rapporto di agenzia, dal diritto di esclusiva, quale elemento da cui desumere il diritto anche alla percezione di provvigioni postume, all'esame di altre questioni che attengono agli aspetti economici del rapporto, come la ricomprensione o meno, nella provvigione pattuita, delle attività connesse all'incarico di riscossione, nonché le modalità di stipula del patto vessatorio aggiunto al contratto di agenzia.

Quanto ai rapporti tra il diritto di esclusiva e quello alla percezione di provvigioni postume, la S.C. ha evidenziato, in **Sez. L, n. 09291/2020, De Gregorio, Rv. 657673-01**, che l'esclusiva è connaturata al rapporto e dispiega i suoi effetti sia durante la permanenza dello stesso che nel periodo successivo alla sua cessazione, sicché all'agente spettano anche provvigioni postume, sempre che la conclusione dell'affare, avvenuta dopo la cessazione del contratto, sia il frutto della prevalente attività promozionale svolta dall'agente durante il mandato, senza che rilevino, in considerazione del vincolo di esclusiva, gli eventuali interventi della società preponente finalizzati alla conclusione dell'affare.

In tema di riflessi economici del rapporto, va rammentata anche **Sez. L, n. 17572/2020, Negri Della Torre, Rv. 658545-01**.

Nella pronunzia si evidenzia che il conferimento dell'incarico di riscossione all'atto della stipula del contratto fa presumere - attesa la natura corrispettiva del rapporto - che il compenso per tale attività sia compreso nella provvigione pattuita, che va riferita al complesso dei compiti affidati, mentre essa va separatamente compensata se il relativo incarico sia conferito nel corso del rapporto e costituisca una prestazione accessoria ulteriore rispetto a quella originariamente pattuita, a meno che non risulti accertata la volontà delle parti di procedere ad una novazione che, prevedendo nuovi obblighi a carico dell'agente, lasci invariati quelli del preponente.

Infine, **Sez. L, n. 04190/2020, Negri Della Torre, Rv. 656930-01,** come si è anticipato, tocca le questioni attinenti alle modalità di stipula del patto vessatorio aggiunto al contratto di agenzia, sottolineando che il patto in questione non necessita di specifica approvazione per iscritto, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., perché il regolamento negoziale non è riferito ad una platea indifferenziata di soggetti, ma solo agli agenti (nella specie i promotori finanziari di una banca), né lo stesso risulta predisposto a mezzo di moduli e formulari.

3. L'individuazione del datore di lavoro.

Il rappresentante del datore, il quale stipuli un contratto di lavoro senza dichiarare di agire in nome e nell'interesse di altri, resta personalmente vincolato agli obblighi derivanti dal rapporto, e conseguentemente esposto alle relative conseguenze, in applicazione delle regole della rappresentanza negoziale.

Esprime tale principio **Sez. L, n. 11897/2020, Negri Della Torre, Rv. 657962-01**, in consonanza con le categorie generali del diritto civile.

Se quindi il rappresentante del datore che stipuli in contratto non abbia effettuato la *contemplatio domini* resta obbligato personalmente.

In tema di interposizione di manodopera, sulla scorta di quanto già ritenuto, in Sez. L, n. 15557/2019, Blasutto, Rv. 65414601, **Sez. 6-L, n. 12551/2020, Riverso, Rv. 658115-01,** afferma che affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003, è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. *labour intensive*), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'"intuitus personae" nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro.

Nella fattispecie, relativa a un appalto di servizi affidato da un istituto di credito a un'impresa di facchinaggio, la S.C., in applicazione di detto principio, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto lecito l'appalto, nonostante le indicazioni ai lavoratori sui compiti da svolgere in concreto fossero fornite dalla committente, parte dei beni utilizzati per il lavoro fossero della banca e l'appaltatore non avesse, presso la sede della committente, alcun referente organizzativo.

Sempre con riferimento alla individuazione della parte datoriale, **Sez. L, n. 21880/2020, De Gregorio, Rv. 659258-01,** statuisce che l'incorporazione di un'associazione o comitato non riconosciuti in un'associazione o comitato o riconosciuti determina la successione dell'incorporante nei rapporti giuridici dell'incorporato, che si estingue.

Va pure ricordata **Sez. L, n. 24197/2020, Lorito, Rv. 659439-01,** con riferimento alla possibilità di configurare esercizio dell'impresa avuto riguardo al compendio

ereditario, con conseguente assunzione di responsabilità da parte degli eredi anche rispetto ai rapporti di lavoro.

A tal proposito, la Cassazione afferma che lo sfruttamento, da parte di uno o più eredi, dell'azienda facente parte del compendio ereditario, stante il fine lucrativo dell'attività imprenditoriale, non costituisce mera amministrazione dei beni ereditari, ma esercizio dell'impresa in forma individuale o societaria, anche di fatto, con conseguente assunzione da parte degli eredi della responsabilità relativa ai debiti contratti nell'esercizio dell'attività, senza che rilevi la qualità successoria o trovino applicazione le correlate limitazioni di responsabilità.

E' evidente che il principio enunziato vale anche rispetto ai rapporti di lavoro.

3.1. La verifica della sussistenza di obblighi di inquadramento datoriali in caso di appalto di pubblico servizio.

Approfondisce la sussistenza di obblighi di inquadramento, per negarne la configurabilità, in caso di appalto pubblico di servizi anche con obbligo di fornire personale in relazione alle peculiarità del servizio, **Sez. L, n. 18686/2020, Patti, Rv. 658908-01,** evidenziando che la pattuizione concerne la qualità dei servizi, senza che ridondi in obblighi di inquadramento dei lavoratori.

In sintesi si afferma che qualora, in un contratto di appalto pubblico di servizi, un'impresa appaltatrice assuma nei confronti dell'amministrazione committente l'obbligo di fornire e organizzare idoneo personale, debitamente formato in relazione alle peculiarità del servizio stesso, indicandone anche il livello di inquadramento in base alla contrattazione collettiva, la pattuizione è diretta alla definizione dello "standard" qualitativo, che esige la presenza di figure professionali adeguate, ma non attribuisce per ciò solo al terzo, lavoratore dipendente dell'impresa, il diritto ad una qualifica superiore che egli possa autonomamente azionare, dato che il vantaggio a lui attribuito non forma oggetto di un deliberato proposito che le parti del contratto di appalto abbiano consapevolmente assunto e non comporta pertanto l'assunzione da parte dell'impresa, quale promittente, di un obbligo nei confronti dell'amministrazione quale stipulante e in favore del lavoratore come terzo, che renda quest'ultimo titolare di una prestazione patrimoniale diretta, secondo lo schema del contratto a favore di terzo.

3.2. Accordo sindacale, obbligo di assunzione, contenuto minimo ed esecuzione in forma specifica.

Quanto alla possibilità di dare esecuzione in forma specifica agli accordi sindacali con i quali si sia convenuto l'obbligo per una parte datoriale di assumere personale

in forza di un'altra azienda, utilizzando lo strumento di cui all'art. 2932 c.c., va rammentata **Sez. L, n. 28415/2020, Lorito, Rv. 659959 - 01**.

In linea con quanto già ritenuto dal giudice di legittimità, in Sez. L, n. 27841/2009, Picone, Rv. 611412-01, viene enucleato il contenuto minimo di detto accordo per far luogo al meccanismo di cui all'art. 2932 c.c., rispetto al quale sono irrilevanti l'individuazione della sede lavorativa e delle mansioni

Nello specifico, la S.C. afferma che nel caso in cui le parti abbiano concordato, in sede di accordo sindacale, l'obbligo per il datore di lavoro di assumere personale in forza presso un'altra azienda, prevedendo il contratto collettivo applicabile ai nuovi dipendenti, la relativa categoria di inquadramento, nonché il riconoscimento dell'anzianità pregressa e del superminimo individuale, l'oggetto del contratto di lavoro deve ritenersi sufficientemente determinato, sicché il lavoratore, in caso di inadempimento, può richiedere, ai sensi dell'art. 2932 c.c., l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, senza che rilevi la mancata predeterminazione della concreta assegnazione della sede lavorativa e delle mansioni, che attiene alla fase di esecuzione del contratto.

4. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro: il limite del rischio elettivo e del concorso colposo del dipendente, il riparto degli oneri della prova e le peculiarità del giudizio per danni *iure proprio* da perdita del rapporto parentale conseguente ad inadempimento datoriale.

E' univocamente espresso in maniera costante dalla giurisprudenza di legittimità il principio in virtù del quale grava sempre sull'imprenditore l'onere di valutare i rischi aziendali e, in conformità, provvedere alla predisposizione di un ambiente di lavoro sicuro (cfr. da ultimo, Sez. L, n. 16835/2019, Curcio, Rv. 654360-01), salvo il ricorrere di ipotesi di rischio cd. elettivo.

Sul tema, il giudice di legittimità in **Sez. L, n. 15112/2020, Piccone, Rv. 658187-01,** ha precisato che la responsabilità dell'imprenditore ex art. 2087 c.c., pur non configurando un'ipotesi di responsabilità oggettiva, sorge non soltanto in caso di violazione di regole di esperienza o di regole tecniche già conosciute e preesistenti, ma sanziona anche la omessa predisposizione, da parte del datore di lavoro, di tutte le misure e cautele idonee a preservare l'integrità psico-fisica del lavoratore in relazione alla specifica situazione di pericolosità, inclusa la mancata adozione di direttive inibitorie nei confronti del lavoratore medesimo, sicché, in applicazione di tale principio, ha cassato la decisione di merito che, in un caso in cui il lavoratore aveva subito danni a seguito dell'impiego di una scala a pioli per movimentare pesi e non per l'innalzamento verso l'alto, aveva escluso la responsabilità datoriale senza

indagare se l'uso non conforme a quello ordinario potesse essere evitato con cautele più incisive, incluso il divieto di utilizzo.

Quanto al tema di oneri probatori, il giudice di legittimità ha anche precisato in **Sez. L, n. 03282/2020, Lorito, Rv. 6567773-01,** che la violazione dell'art. 4, lett. c) del d.P.R. n. 547 del 1955 (che obbliga i datori di lavoro a "disporre ed esigere che i singoli lavoratori osservino le norme di sicurezza ed usino i mezzi di protezione messi a loro disposizione") non può essere desunta dalla mera verificazione dell'evento infortunistico, ma postula la prioritaria dimostrazione della relativa condotta omissiva. L'assolvimento degli obblighi imposti da tale norma, insomma, puntualizza la S.C., non si traduce in una sorveglianza ininterrotta con costante presenza fisica, potendo efficacemente attuarsi anche attraverso una vigilanza generica, ma continua ed efficace, calibrata sulle caratteristiche dell'impresa e del tipo di lavorazioni, oltre che sul numero dei lavoratori e sul grado di rischio, idonea a garantire che i dipendenti seguano le disposizioni di sicurezza e utilizzino gli strumenti di protezione.

Nella specie, in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha escluso la responsabilità del datore per l'infortunio occorso al dipendente che, reso edotto e munito dei dispositivi di protezione, ometteva di agganciare la cintura di sicurezza, pur indossata, al cestello per le lavorazioni, così eludendo la sorveglianza del preposto al controllo che lavorava a terra. Trattasi peraltro di pronunzia che si pone in assoluta linea di continuità con gli orientamenti della giurisprudenza della Cassazione, che già esprimeva il medesimo orientamento in Sez. L, n. 10066/1994, Mileo, Rv. 488833-01.

Con riferimento all'accertamento del fatto di reato, ai sensi degli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965, **Sez. L, n. 12041/2020, F. Amendola, Rv. 657981-01,** si occupa delle regole probatorie che devono presidiare l'accertamento del fatto in sede civile.

Ebbene, scrive la S.C., in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 deve essere interpretata nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno cd. differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'Inail, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale fra fatto ed evento dannoso.

In quanto connessa ai temi in esame, rappresentando punto di equilibrio tra gli obblighi di protezione datoriali, da un lato, e la tutela dell'integrità psicofisica dei lavoratori, dall'altro, va pure ricordata **Sez. L, n. 07566/2020, Negri Della Torre, Rv. 657511-01.**

In essa si afferma, in tema di sorveglianza sanitaria ex art. 41 del d.lgs. n. 81 del 2008, per un verso che la visita medica a seguito di assenza del lavoratore superiore a 60 giorni, quale misura necessaria a tutelare l'incolumità e la salute del prestatore di lavoro, deve precedere l'assegnazione alle medesime mansioni svolte prima dell'inizio dell'assenza e, per altra parte, che la sua omissione giustifica l'astensione ex art. 1460 c.c. dall'esecuzione di quelle mansioni, ma non anche la mancata presentazione sul posto di lavoro, ben potendo il datore di lavoro disporre, nell'attesa della visita medica, l'eventuale e provvisoria diversa collocazione del lavoratore nell'impresa.

In limine, rispetto alle questioni che si stanno esaminando va anche ricordata **Sez. L, 00002/2020, Blasutto, Rv. 656405-01**, con riferimento alla domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla perdita del rapporto parentale, proposta *iure proprio* dai congiunti del lavoratore, quali soggetti estranei al rapporto di lavoro, anche se la morte del dipendente sia derivata da inadempimento contrattuale del datore di lavoro verso il dipendente. In detta ipotesi, infatti, è stato precisato, il risarcimento del danno trova la sua fonte esclusiva nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., sicché non è soggetta al regime probatorio proprio della responsabilità ex art. 2087 c.c. Né la circostanza che l'azione aquiliana, oggetto del giudizio, individui il nucleo dell'elemento soggettivo del convenuto in una "porzione" di un'azione contrattuale, soggetta a regole probatorie differenti, aggiunge la S.C., sposta il relativo onere ex art. 2697 c.c.

Quanto al limite del rischio elettivo ed alla sussistenza di un concorso di colpa, va ricordato come, in armonia con i principi declinati dalla giurisprudenza di legittimità, si ponga anche **Sez. 6-3, n. 08988/2020, Rv. 657940-01**, che, in tema di infortunio sul lavoro, afferma che deve escludersi la sussistenza di un concorso di colpa della vittima, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., al di fuori dei casi di cd. rischio elettivo, quando risulti che il datore di lavoro abbia mancato di adottare le prescritte misure di sicurezza, oppure abbia egli stesso impartito l'ordine, nell'esecuzione puntuale del quale si è verificato l'infortunio, od ancora abbia trascurato di fornire al lavoratore infortunato una adeguata formazione ed informazione sui rischi lavorativi. Ricorrendo tali ipotesi, puntualizza la S.C., l'eventuale condotta imprudente della vittima degrada a mera occasione dell'infortunio ed è, pertanto, giuridicamente irrilevante.

Nemmeno va sottaciuto l'approfondimento dedicato a questioni specifiche.

In tema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, nel caso in cui debbano eseguirsi lavori al di sopra di "lucernai, tetti, coperture e simili" di cui all'art. 148 del d.lgs. n. 81 del 2008, **Sez. L, n. 18137/2020, Negri Della Torre, Rv. 658592-01,** afferma che è obbligatoria la predisposizione di misure di protezione collettiva che, ai sensi dell'art. 15 dello stesso decreto, hanno natura prioritaria rispetto a quelle di protezione individuale, con l'unico esclusivo limite che la loro realizzazione risulti

incompatibile con lo stato dei luoghi o impossibile per altre ragioni tecniche, limite la cui prova in giudizio grava sul datore di lavoro e, per quanto di rispettiva competenza, sui soggetti titolari di posizioni di garanzia.

4.1. La responsabilità del committente e del sub-committente.

La responsabilità del committente o del sub-committente per i danni derivati al lavoratore nel corso dell'attività lavorativa concessa in sub-appalto, a causa dell'inosservanza delle misure di tutela delle condizioni di lavoro, è configurabile, ai sensi degli artt. 2087 c.c. e 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, a prescindere dalla conoscenza dell'esistenza del sub-appalto, atteso che il citato art. 7 (ora art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008) pone a carico del committente-datore di lavoro, in caso di affidamento dei lavori ad altre imprese, l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori, nonché quello di cooperare nell'attuazione degli strumenti di protezione e prevenzione dei rischi connessi sia al luogo di lavoro sia all'attività appaltata, nell'ambito dell'intero ciclo produttivo, obblighi rispetto al cui adempimento il dovere di sapere del sub-appalto costituisce una essenziale precondizione.

In tal senso si esprime **Sez. 6-L, n. 12465/2020, Riverso, Rv. 658114-01.**

5. Il mobbing.

La curvatura dell'obbligo di protezione di cui all'art. 2087 c.c. naturalmente si estende e fonda anche il divieto di comportamenti lesivi della personalità morale (oltre che della integrità fisica) dei lavoratori e dunque comprende il divieto di comportamenti *mobbizzanti,* ovvero quei comportamenti datoriali protratti nel tempo, con intento persecutorio del lavoratore.

In armonia con quanto innanzi e con i tratti definitori dell'istituto, già delineati da Sez. L, n. 12437/2018, Patti, Rv. 648956-01 e da Sez. L, n. 26684/2017, Di Paolantonio, Rv. 646150-01, dalle quali emerge che è configurabile il *mobbing* ove ricorra l'elemento obiettivo, integrato da una pluralità di comportamenti del datore di lavoro, e quello soggettivo dell'intendimento persecutorio del datore medesimo, **Sez. L, n. 10992/2020, Marotta, Rv. 657926-01,** sottolinea come, ai fini della configurabilità di una ipotesi di "mobbing", non è condizione sufficiente l'accertata esistenza di una dequalificazione o di plurime condotte datoriali illegittime, essendo a tal fine necessario che il lavoratore alleghi e provi, con ulteriori e concreti elementi, che i comportamenti datoriali siano il frutto di un disegno persecutorio unificante, preordinato alla prevaricazione.

E' evidente, quindi, che, ai fini della configurabilità del "mobbing orizzontale", addebitabile in astratto al datore di lavoro quale condotta omissiva in violazione

dell'art. 2087 c.c., con conseguente prova liberatoria a suo carico ex art. 1218 c.c., è necessario che il datore medesimo abbia avuto conoscenza dell'attività persecutoria, quindi necessariamente dolosa, posta in essere dai propri dipendenti nel contesto dell'ordinaria attività di lavoro, come rilevato da **Sez. L, n. 01109/2020, De Gregorio, Rv. 656597-01.**

6. Demansionamento e *ius variandi.*

Pur dopo la novella dell'art. 2103 c.c., ad opera del d. lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, che, come noto, ha ampliato in potere dello *ius variandi* datoriale, permane l'obbligo datoriale di promozione della professionalità del dipendente, come si evince dal rilievo che il legislatore ha previsto l'indispensabile assolvimento, pena la nullità della assegnazione alle nuove mansioni, dell'obbligo formativo del prestatore da parte dell'imprenditore. Si tratta di doveri peraltro riconducibili, in realtà, all'amplissima clausola della buona fede che deve presidiare ogni rapporto contrattuale, quindi, anche quello lavorativo.

Ai fini della verifica del legittimo esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, afferma **Sez. L, n. 16594/2020, Lorito, Rv. 658575-01,** proprio in consonanza con quanto si è innanzi richiamato, il giudice è tenuto a valutare la omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente, senza che assuma rilievo la clausola di fungibilità eventualmente prevista dalla contrattazione collettiva, che, sul piano formale, faccia rientrare entrambe le tipologie di mansioni nella medesima area operativa.

Delle eccezioni al divieto di demansionamento si è occupata **Sez. L, n. 06289/2020, Arienzo, Rv. 657174-01,** con riferimento alle procedure di mobilità ed alle ipotesi di distacco di personale di cui all'art. 8, comma 3, del d.l. n. 148 del 1993, conv. con modif. in l. n. 236 del 1993.

La S.C. ha infatti ritenuto che nel corso delle procedure di mobilità, ex art. 4, comma 11, della l. n. 223 del 1991, gli accordi sindacali possono prevedere, per garantire il reimpiego di almeno una parte dei lavoratori, che il datore assegni loro, in deroga all'art. 2103 c.c., mansioni diverse da quelle svolte, anche inferiori o peggiorative, trattandosi di rimedio volto ad evitare il licenziamento (fermo restando che i lavoratori non sono vincolati alla deroga poiché possono rifiutare la dequalificazione affrontando il rischio del licenziamento).

Il medesimo principio - derogabilità del divieto di demansionamento in base ad accordi collettivi fondati sull'interesse del lavoratore a non perdere il posto di lavoro

- trova applicazione, ha sottolineato il giudice di legittimità, anche nel caso di distacco del personale ove ricorra l'ipotesi specifica disciplinata dall'art. 8, comma 3, del d.l. n. 148 del 1993, conv. con modif. in l. n. 236 del 1993.

Si fa rinvio alla trattazione relativa all'area del pubblico impiego contrattualizzato, quanto alla affermazione che è possibile, in presenza di determinate condizioni, l'adibizione a mansioni accessorie inferiori a quelle di assegnazione se è garantito, in misura prevalente e assorbente, lo svolgimento di quelle proprie (cfr. **Sez. L, n. 19419/2020, Spena, Rv. 658845-01**).

7. Discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro, comportamenti antisindacali e prerogative sindacali.

Prima ancora che la legislazione lavoristica o il codice civile, attraverso la clausola della buona fede, presidio di tutti i rapporti contrattuali, è la Carta costituzionale ad imporre il divieto di atti discriminatori nei confronti dei dipendenti ed i comportamenti antisindacali.

Del tema della parità di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro si è occupata, sotto plurimi profili, **Sez. L, n. 00001/2020, Arienzo, Rv. 656650-02,** avuto riguardo alla delimitazione delle ipotesi di discriminazione ideologica.

Ebbene, afferma la Cassazione, l'espressione "convinzioni personali", richiamata dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. 216 del 2003, è caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, sicché in essa va ricompresa quella per motivi sindacali, tenuto conto che l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia, di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee e credenze, suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati.

Nella medesima pronunzia, si è inoltre affrontato anche il tema dei criteri di riparto dell'onere probatorio, sottolineando come essi non seguano i canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c., bensì quelli speciali di cui all'art. 4 del d.lgs. 216 del 2003 (applicabile "ratione temporis"), che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente, prevedendo una "presunzione" di discriminazione indiretta per l'ipotesi in cui, specie nei casi di coinvolgimento di una pluralità di lavoratori, il prestatore abbia difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori.

Ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro le

circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (cfr. la già citata **Sez. L, n. 00001/2020, Arienzo, Rv. 656650-03**).

Nella specie, la S.C. ha cassato, quindi, la sentenza di appello che, applicando i criteri presuntivi ordinari, aveva addossato l'onere probatorio sul sindacato ricorrente senza tener conto che i trasferimenti, che avevano interessato il 6% degli addetti allo stabilimento, avessero tuttavia colpito per l'80% gli iscritti al sindacato medesimo

In tema di repressione della condotta antisindacale, **Sez. L, n. 00001/2020, Arienzo, Rv. 656650-01,** si occupa anche delle questioni connesse al riconoscimento della legittimazione ad agire che, ex art. 28 dello Statuto, compete alle "associazioni sindacali nazionali", sicché si è osservato, al fine di riconoscerla, è sufficiente lo svolgimento di un'effettiva azione sindacale non su tutto, ma su gran parte del territorio nazionale, senza che sia indispensabile che l'associazione faccia parte di una confederazione, né che sia maggiormente rappresentativa o che abbia stipulato contratti collettivi a livello nazionale.

Nell'affermare tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto la legittimazione attiva dello S.L.A.I. Cobas, desumendola da una serie di elementi, quali la costituzione di comitati provinciali su circa la metà del territorio nazionale e lo svolgimento di attività di rilievo nazionale, come la presentazione del "referendum".

Quanto, per converso, alle prerogative sindacali, il combinato disposto degli artt. 4 e 5 dell'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014 (T.U. sulla rappresentanza, applicabile "ratione temporis") - si legge in **Sez. L, n. 02862/2020, Boghetich, Rv. 656920-01** - deve essere interpretato nel senso che il diritto di indire assemblee, di cui all'art. 20 della l. n. 300 del 1970, rientra, quale specifica agibilità sindacale, tra le prerogative attribuite non solo alla r.s.u. considerata collegialmente, ma anche a ciascun componente della r.s.u. stessa, purché questi sia stato eletto nelle liste di un sindacato che, nell'azienda di riferimento, sia, di fatto, dotato di rappresentatività, ai sensi dell'art. 19 della l. n. 300 del 1970, quale risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013.

In limine alle questioni trattate, va pure ricordata **Sez. L, n. 07698/2020, Ghinoy, Rv. 657522-01,** che, benché tocchi una questione specifica - la base di calcolo della contribuzione figurativa ai fini pensionistici - in tema di aspettativa sindacale ex art. 31 della l. n. 300 del 1970, afferma principi più generali ovvero che la contribuzione figurativa deve essere necessariamente agganciata alla retribuzione prevista dal c.c.n.l. per qualifica ed anzianità di servizio del lavoratore, con esclusione degli emolumenti collegati all'effettiva prestazione dell'attività lavorativa. Da tale punto di partenza si è

poi arrivati, conseguentemente, ad affermare l'insussistenza del diritto all'inclusione nella retribuzione figurativa del premio di produzione e di altri incentivi correlati allo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa, quand'anche detti emolumenti fossero stati riconosciuti per prassi aziendale alla generalità dei dipendenti, a prescindere dalla loro presenza in servizio, avuto riguardo, da un lato, alle esigenze di uniformità e prevedibilità cui risponde la tutela dell'attività sindacale, posta a carico della collettività, e, dall'altro, alla natura indisponibile della materia previdenziale.

8. I poteri di controllo datoriali.

Vanno poi ricordate le pronunzie di legittimità che attengono ai poteri di controllo datoriali.

Ebbene, quanto a detto aspetto, **Sez. L, n. 21888/2020, Cinque, Rv. 659052-01,** osserva che la disposizione di cui all'art. 3 della l. n. 300 del 1970 - secondo la quale i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa debbono essere comunicati ai lavoratori interessati - non ha fatto venire meno il potere dell'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare, direttamente o mediante l'organizzazione gerarchica che a lui fa capo e che è conosciuta dai dipendenti, l'adempimento delle prestazioni cui costoro sono tenuti e, così, di accertarne eventuali mancanze specifiche, commesse o in corso di esecuzione.

In particolare, la pronunzia citata ha sottolineato che detto controllo è possibile e legittimo, indipendentemente dalle modalità con cui sia stato compiuto; esso può essere posto in essere dal datore, anche occultamente, senza che vi ostino né il principio di correttezza, né quello di buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro, né il divieto di cui all'art. 4 della stessa l. n. 300 del 1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza e non applicabile analogicamente, siccome penalmente sanzionato.

Con riferimento al tema in esame, va pure ricordata, **Sez. L, n. 11697/2020, Piccone, Rv. 657976-01,** che sarà richiamata anche nella parte della rassegna relativa al licenziamento, perché esprime anche un principio più generale, quanto al potere di controllo datoriale.

In essa si afferma, infatti, che le disposizioni dell'art. 5 st.lav., che vietano al datore di lavoro di svolgere accertamenti sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e lo autorizzano a effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della

malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa rilevante e, quindi, a giustificare l'assenza.

9. Questioni retributive.

Nell'anno in corso la S.C. si è interessata delle questioni retributive in due pronunzie, con riferimento alla natura giuridica, retributiva o ancorata al mero "status" del dipendente, delle carte cd. di libera circolazione

Sez. L, n. 18685/2020, Garri, Rv. 658907-01, al riguardo afferma che le cd. carte di libera circolazione, previste dalla l. n. 1108 del 1955 e poi dalla contrattazione collettiva in favore dei dipendenti dell'Ente Ferrovie dello Stato e delle aziende che gli sono succedute, non hanno natura retributiva, traducendosi in agevolazioni del tutto svincolate dalla natura e dalle modalità di esecuzione della controprestazione lavorativa; ne consegue che il loro controvalore non può rientrare tra le componenti della retribuzione da prendere in considerazione ai fini del calcolo delle differenze retributive spettanti al lavoratore per effetto della costituzione *ab origine* di un rapporto di lavoro subordinato nel caso di accertata interposizione fittizia di manodopera.

Sulla stessa lunghezza d'onda è **Sez. L, n. 18167/2020, Garri, Rv. 658841-01,** in cui, si esprime lo stesso principio: le cd. carte di libera circolazione non hanno natura retributiva, poiché costituiscono agevolazioni ancorate al mero *status* di dipendente (o ex dipendente pensionato), svincolate dalla esecuzione della prestazione lavorativa, sicchè non possono essere tramutate in controvalore economico.

Con riferimento all'emolumento della indennità di trasferta si segnala, **Sez. L, n. 14380/2020, Buffa, Rv. 658180-01.**

Detta indennità - viene sottolineato nella innanzi indicata decisione - è un emolumento corrisposto al lavoratore in relazione ad una prestazione effettuata, per limitato periodo di tempo e nell'interesse del datore, al di fuori della ordinaria sede lavorativa, volta a compensare i disagi derivanti dall'espletamento del lavoro in luogo diverso da quello previsto, senza che rilevi, ai fini dell'insorgenza del diritto, che la sede legale dell'impresa datoriale e la residenza del lavoratore medesimo siano diverse da quelle in cui si svolge l'attività lavorativa, non essendo tali luoghi rilevanti per la identificazione di una trasferta in senso tecnico.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ravvisato la trasferta in un caso in cui i lavoratori, residenti nella provincia di Napoli, erano stati assunti a Bologna, dove era stata unicamente espletata la prestazione lavorativa, da azienda avente sede nel medesimo territorio della loro residenza, sicché non vi era stata nessuna scissione tra sede lavorativa e luogo di svolgimento del lavoro.

E' altresì importante rammentare, perché gli effetti della decisione riguardano proprio il rispetto del principio di adeguatezza della retribuzione al parametro di cui all'art. 36 della Costituzione, **Sez. L, n. 13617/2020, Negri Della Torre, Rv. 658069-01.**

In materia di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, precisa la S.C., è valida la previsione, introdotta in sede di contratto collettivo, dall'art. 7 del c.c.n.l. Autoferrotranvieri dell'11 aprile 1995 di un salario di ingresso ridotto per i primi quindici mesi di rapporto a tempo indeterminato sia perché funzionale alla volontà delle parti collettive di incentivare la stabilizzazione del rapporto, sia perché nel lavoro privato, di regola, non opera il principio di parità del trattamento retributivo e la valutazione di adeguatezza della retribuzione al parametro dell'art. 36 Cost. va compiuta in relazione al cd. minimo costituzionale, senza che debbano essere valutati tutti gli elementi e gli istituti contrattuali che confluiscono nella retribuzione.

Per vicinanza logica al tema trattato, va qui rammentata - benché non si occupi di questioni retributive in senso tecnico, ma piuttosto della configurabilità di una ipotesi di arricchimento senza giusta causa - anche **Sez. L, n. 25045/2020, Cinque, Rv. 659446-01.**

In essa si afferma, in conformità con quanto ritenuto in Sez. 3, n. 05616/1981, Cherubini, Rv. 416333-01, che qualora il socio di una società di capitali abbia prestato senza corrispettivo la propria attività professionale a favore della società stessa, è configurabile l'arricchimento senza giusta causa di essa, per l'incremento patrimoniale derivante dalla mancata spesa, con corrispondente danno per il socio. Tuttavia, nel determinare la misura del richiesto ristoro, il giudice deve indagare anche se ed in che misura il vantaggio della società si sia risolto in un concreto incremento economico per il socio, a titolo di maggiori utili, influendo riduttivamente sulla diminuzione patrimoniale subita dal socio e, quindi, sull'indennità a lui spettante ex art. 2041 c.c.

Del pari, benché non si tratti di una questione retributiva in senso stretto, va ricordato il *dictum* di **Sez. L, n. 01111/2020, Ciriello, Rv. 656651-02,** che si occupa della liquidazione dell'equo premio di cui all'art. 23, comma 2, del r.d. n. 1127 del 1939, in adesione a quanto già ritenuto da Sez. L, n. 02849/2001, Coletti, Rv. 544238-01.

In tema di invenzione di azienda, ai fini della liquidazione dell'equo premio ai sensi dell'art. 23, comma 2, del r.d. n. 1127 del 1939 - statuisce il giudice di legittimità - occorre tener conto dell'importanza, e non del prezzo, dell'invenzione, sicché opera correttamente il giudice del merito che, al detto fine, nel considerare le potenzialità di sfruttamento economico dell'invenzione, ricorre ad una valutazione equitativa in

funzione correttiva, ad evitare il risultato di una quantificazione parametrata sul solo valore commerciale dell'invenzione.

9.1. Interessi e rivalutazione nel rapporto di lavoro privato e gli interessi compensativi nei debiti di valore.

Il principio affermato nella Corte costituzionale del 2 novembre 2000, n. 459, per la quale il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi non opera per i crediti retributivi dei dipendenti privati, ancorché maturati dopo il 31 dicembre 1994, non può trovare applicazione per i rapporti di lavoro privatistico alle dipendenze di un'Amministrazione statale nell'ambito della sua attività istituzionale (nella specie, custode addetto a una scuola italiana all'estero, legato da un rapporto di natura privatistica con il Ministero degli affari esteri), per i quali ricorrono le "ragioni di contenimento della spesa pubblica" che sono alla base della disciplina differenziata, secondo la *ratio decidendi* prospettata dal giudice delle leggi; così ribadisce **Sez. L, n. 13624/2020, Blasutto, Rv. 658188-01,** conformemente a quanto già ritenuto da Sez. L, n. 20765/2018, Di Paolantonio, Rv. 650306-05.

Dei rapporti tra debiti di valore ed interessi compensativi si occupa, invece, **Sez. L, n. 01111/2020, Ciriello, Rv. 656651-01,** statuendo che in essi il riconoscimento dei cd. interessi compensativi costituisce una mera modalità liquidatoria del possibile danno da lucro cessante, cui è consentito al giudice di far ricorso, con il limite costituito dall'impossibilità di calcolare gli interessi sulle somme integralmente rivalutate dalla data dell'illecito, senza che sia tenuto a motivarne il mancato riconoscimento, salvo non sia stato espressamente sollecitato mediante l'allegazione della insufficienza della rivalutazione ai fini del ristoro del danno da ritardo. In applicazione del predetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito nella quale gli interessi compensativi erano stati riconosciuti al tasso legale, sulla somma dovuta dal datore di lavoro al lavoratore a titolo di equo premio, dalla data della messa in mora sino a quella di deposito della sentenza di primo grado.

10. La stipula di patti a corredo del rapporto di lavoro, rinunzie abdicative, progetto individuale di inserimento e consenso del lavoratore.

Patto di non concorrenza, patto di prova con durata maggiore di quello previsto dalla contrattazione collettiva, clausola penale e accollo cumulativo sono stati i maggiori ambiti di interesse della S.C. nell'anno appena trascorso, quanto alle pattuizioni aggiunte a corredo del rapporto di lavoro.

Quanto al patto di non concorrenza, **Sez. L, n. 09790/2020, Boghetich, Rv. 657784-01,** afferma che al fine di valutare la validità del patto di non concorrenza previsto dall'art. 2125 c.c., occorre osservare i seguenti criteri:

a) il patto non deve necessariamente limitarsi alle mansioni espletate dal lavoratore nel corso del rapporto, ma può riguardare qualsiasi prestazione lavorativa che possa competere con le attività economiche svolte dal datore di lavoro, da identificarsi in relazione a ciascun mercato nelle sue oggettive strutture, ove convergano domande e offerte di beni o servizi identici o comunque parimenti idonei a soddisfare le esigenze della clientela del medesimo mercato;

b) non deve essere di ampiezza tale da comprimere la esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in termini che ne compromettano ogni potenzialità reddituale;

c) quanto al corrispettivo dovuto, il patto non deve prevedere compensi simbolici o manifestamente iniqui o sproporzionati in rapporto al sacrificio richiesto al lavoratore e alla riduzione delle sue capacità di guadagno, indipendentemente dall'utilità che il comportamento richiesto rappresenta per il datore di lavoro e dal suo ipotetico valore di mercato.

Nella specie, la S.C. ha confermato, quindi, la decisione di merito che aveva ritenuto valido il patto con il quale il dipendente di un istituto di credito, assunto come *private banker*, si era impegnato a non operare per un periodo di tre anni nel solo settore del "private banking", limitatamente ai prodotti già trattati con la clientela dell'istituto stesso, nell'ambito di una sola regione e dietro un corrispettivo di euro 7.500,00 annui, regolarmente versati per tutta la durata del rapporto di lavoro.

Della clausola di assunzione in prova, con riferimento all'ipotesi in cui il contratto individuale preveda l'espletamento della stessa per un periodo più lungo di quello previsto dalla contrattazione collettiva, si occupa **Sez. L, n. 09789/2020, Blasutto, Rv. 657869-01,** affermando che la clausola del contratto individuale con cui è fissata una durata del patto di prova maggiore di quella stabilita dalla contrattazione collettiva di settore deve ritenersi più sfavorevole per il lavoratore e, come tale, è sostituita di diritto ex art. 2077, comma 2, c.c. salvo che il prolungamento si risolva in concreto in una posizione di favore per il lavoratore (ad esempio per la particolare complessità delle mansioni), con onere probatorio gravante sul datore di lavoro, poiché è colui che si avvantaggia del tempo più lungo della prova godendo di più ampia facoltà di licenziamento per mancato superamento della stessa.

In tema di pattuizioni aggiunte va anche ricordata **Sez. L, n. 27422/2020, Garri, Rv. 659792-01,** relativa invece alle modalità di pattuizione ed inserzione della clausola penale nei contratti di lavoro.

Al rapporto di lavoro, si evidenzia, ben può essere inserita quale clausola accessoria quella penale, purché sorretta dall'accordo delle parti, non rientrando la liquidazione anticipata del danno da inadempimento del lavoratore tra i poteri unilaterali di conformazione del rapporto rimessi all'imprenditore.

In applicazione dell'innanzi esposto principio, la S.C. ha quindi escluso di poter qualificare clausola penale l'unilaterale forfettizzazione del danno compiuta dal datore in una circolare.

Quanto, invece, al negozio di rinunzia, **Sez. L, n. 17076/2020, Patti, Rv. 658826-01** (richiamata anche, nel contesto della cessione di azienda, nel § 6, cap. XVIII, di questa Sezione), evidenzia che in caso di retrocessione di ramo d'azienda, conseguente alla risoluzione del relativo contratto d'affitto, la preventiva rinunzia del lavoratore al vincolo di solidarietà gravante sull'affittante per le obbligazioni inadempiute dall'affittuario è nulla, in quanto diretta a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo, incidendo su diritti destinati a sorgere solo in futuro.

Dell'accollo cumulativo si occupa **Sez. L, n. 08166/2020, Patti, Rv. 657616-01,** affermando che in caso di accollo cumulativo, il regime di solidarietà tra accollante ed accollato comporta che la rinunzia del secondo alla prescrizione non sia opponibile al primo, ai sensi dell'art. 1310 c.c.

Quanto, infine, alla enucleazione del significato del termine "consenso" in relazione al progetto di inserimento vanno ricordati gli approdi di **Sez. L, n. 06094/2020, Negri Della Torre, Rv. 657172-01.**

Nel contratto di inserimento di cui agli artt. 54 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003 - evidenzia il giudice di legittimità -, il consenso del lavoratore al progetto individuale, previsto dall'art. 55 del citato d.lgs., non implica che esso debba essere concesso all'esito di una specifica negoziazione a mezzo trattativa, essendo sufficiente la mera approvazione in esito ad una complessiva valutazione di rispondenza alla eventuale professionalità già acquisita.

11. I congedi parentali e le previsioni della l. n. 104 del 5 febbraio del 1992 in tema di permessi, computabilità ai fini della tredicesima ed esonero dall'obbligo dal lavoro notturno.

In tema di congedo parentale frazionato, l'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 stabilisce che la fruizione del beneficio - che risponde ad un diritto potestativo del lavoratore o della lavoratrice - si interrompe allorché l'interessato rientri al lavoro, e ricomincia a decorrere dal momento in cui il medesimo riprende il periodo di astensione. In tal senso, **Sez. L, n. 15633/2020, De Gregorio, Rv. 658492-01,** che deriva altresì da tale affermazione di principio la conseguenza che, ai fini della determinazione del periodo di congedo parentale, si tiene conto dei giorni festivi solo nel caso in cui gli stessi rientrino interamente e senza soluzione di continuità nel periodo di fruizione e non anche nel caso in cui l'interessato rientri al lavoro nel giorno precedente a quello festivo e riprenda a godere del periodo di astensione da

quello immediatamente successivo, senza che rilevi che, per effetto della libera decisione del lavoratore o della lavoratrice, possa esservi un trattamento differente (e peggiorativo), con fruizione effettiva di un minor numero di giorni di congedo parentale, per effetto della decisione di rientrare al lavoro in un giorno non seguito da una festività, dovendosi ritenere tale soluzione conforme ai principi di cui agli artt. 30 e 31 Cost., che, nel dettare norme a tutela della famiglia e fissare il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole, impongono una applicazione non restrittiva dell'istituto.

Quanto al delicato equilibrio tra doveri dei dipendenti e diritti, nell'ambito della delicata materia della legislazione relativa alla tutela delle condizioni di handicap, **Sez. L, 20243/2020, Boghetich, Rv. 658911-01,** ritiene che i permessi ex art. 33, comma 6, della l. n. 104 del 1992 sono riconosciuti al lavoratore portatore di handicap in ragione della necessità di una più agevole integrazione familiare e sociale, senza che la fruizione degli stessi debba essere necessariamente funzionale alle esigenze di cura.

L'esclusione della computabilità dei congedi parentali per l'assistenza ai disabili ai fini della tredicesima viene affermata da **Sez. L, n. 24206/2020, Bellè, Rv. 65944101.**

Nella pronunzia si osserva che l'esclusione di cui innanzi operava anche prima dell'entrata in vigore della previsione espressa di cui al comma 5 *quinquies* dell'art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001, perché il richiamo al trattamento economico di maternità, di cui al comma 5 dell'art. 42 vigente "ratio temporis", andava riferito alle sole modalità di pagamento e non anche alla portata giuridica ed economica dello stesso, nè il mancato computo di tali congedi ai fini degli istituti accessori ingenera una discriminazione in relazione al diverso trattamento previsto per le ipotesi di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, in quanto la diversità dei presupposti fattuali degli istituti giustifica il differente esercizio della discrezionalità legislativa.

In relazione alla posizione dei lavoratori che prestino assistenza ad un soggetto portatore di handicap, **Sez. L, n. 10203/2020, Leo, Rv. 657786-01,** si occupa, invece, dell'esonero dal lavoro notturno per essi previsto dall'art. 11, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 66 del 2003, affermando che l'esonero in questione riguarda l'adibizione al lavoro nella fascia oraria dalla mezzanotte alle cinque del mattino (intervallo ricompreso necessariamente nel periodo notturno, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. d), dello stesso d.lgs. n. 66 del 2003), non coincidente, quindi, con quella dalla mezzanotte alle sei del mattino, che vige, invece, per le lavoratrici-madri. In tale fascia oraria, per le lavoratrici madri, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino è, infatti, previsto, con diversa *ratio* e a tutela delle diverse esigenze della maternità, il divieto assoluto di adibizione al lavoro.

12. Rapporti di lavoro e procedure concorsuali.

Sez. L, n. 15407/2020, Patti, Rv. 658489-01, afferma che in caso di fallimento del datore di lavoro, ove vi sia cessazione dell'attività aziendale, il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione, in quanto il diritto alla retribuzione - salvo il caso di licenziamento dichiarato illegittimo - non sorge in ragione dell'esistenza e del protrarsi del rapporto ma presuppone, per la natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni. Ne consegue che, non essendovi, per effetto della dichiarazione di fallimento e fino alla data della dichiarazione del curatore, ai sensi dell'art. 72, comma 2, l. fall., un obbligo retributivo per l'assenza di prestazione lavorativa, non è configurabile un credito contributivo previdenziale, principio valido anche per la domanda concernente il credito per le retribuzioni e le voci successive alla dichiarazione di fallimento, ma non per quello relativo al TFR, che matura nell'arco di durata del rapporto di lavoro.

Del tema del trasferimento di aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della l. n. 675 del 1977, ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria si occupa, invece, **Sez. L, n. 10414/2020, Blasutto, Rv. 657851-01** (riportata anche, per connessione di materia, nel § 6, capitolo XVIII, di questa Sezione).

Con riguardo a dette ipotesi - afferma la S.C. -, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, ai sensi del d.lgs. n. 270 del 1999, l'accordo sindacale di cui all'art. 47, comma 4-*bis*, della l. n. 428 del 1990, inserito dal d.l. n. 135 del 2009, conv. in l. n. 166 del 2009, può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. concernenti le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario, in quanto la locuzione - contenuta del predetto comma 4-*bis* - "Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo", va letta in conformità al diritto dell'Unione europea ed alla interpretazione che dello stesso ha fornito la Corte di giustizia, 11 giugno 2009, in causa C-561/07 (all'esito della procedura di infrazione avviata nei confronti della Repubblica italiana per violazione della direttiva 2001/23/CE), nel senso che gli accordi sindacali, nell'ambito di procedure di insolvenza aperte nei confronti del cedente sebbene non "in vista della liquidazione dei beni", non possono disporre dell'occupazione preesistente al trasferimento di impresa. (Fattispecie relativa a cessione di compendio aziendale da Alitalia CAI ad Alitalia SAI).

I rapporti tra concordato preventivo per cessione di beni e rapporti di lavoro sono indagati da **Sez. L, n. 23925/2020, Patti, Rv. 659265-01**, che esprime il principio così massimato da questo ufficio: l'ammissione dell'imprenditore al

concordato preventivo per cessione di beni, pur potendo integrare giustificato motivo di recesso, non comporta di per sé l'impossibilità giuridica della continuazione del rapporto di lavoro che permane fino al recesso di una delle parti.

In applicazione del principio innanzi ricordato, la S.C. ha quindi cassato la decisione di merito che non aveva ammesso al passivo i crediti di lavoro di un dirigente, sul presupposto dell'impossibilità della prestazione lavorativa in pendenza del concordato preventivo per cessione di beni, stante l'esclusivo scopo liquidatorio della procedura.

13. Il distacco del lavoratore ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Si occupa delle questioni inerenti il distacco del lavoratore ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, **Sez. L, n. 18959/2020, Cinque, Rv. 658598-02** e **Rv. 658598-01.**

Nella pronunzia vengono enunziati due principi di diritto: in primo luogo, si afferma che in caso di distacco del lavoratore in violazione delle condizioni previste dal comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003 (distacco che comporti un mutamento delle mansioni che richiede il consenso del dipendente e distacco con trasferimento ad una unità produttiva sita a più di cinquanta chilometri da quella cui il lavoratore sia adibito che richiede la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive), non è prevista la sanzione della costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, a differenza di quanto stabilito per la fattispecie di cui al comma 1 del medesimo articolo, dovendosi ritenere, in base ad un'interpretazione letterale e logico-sistematica, oltre che rispondente ad un ragionevole bilanciamento di interessi, che solo alla ipotesi ritenuta più grave del distacco senza i requisiti fondamentali dell'interesse e della temporaneità sia riconosciuta la tutela civilistica costitutiva e sanzionatoria di tipo amministrativo (già di tipo penale), mentre quanto al *quomodo* attraverso cui il distacco venga attuato sia accordata solo la tutela civilistica di tipo risarcitoria.

Sempre nella innanzi indicata pronunzia si afferma che in caso di distacco del lavoratore, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003, la prova dell'interesse temporaneo del distaccante è a carico del datore di lavoro, costituendo requisito qualificante della fattispecie.

14. La cessione del trattamento di fine rapporto ed il limite del quinto, transazione e regole di ermeneutica della contrattazione collettiva e degli atti di quietanza.

In tema di cessione dei crediti dei lavoratori pubblici e privati, ai sensi dell'art. 52, comma 2, del d.P.R. n. 180 del 1950, come modificato dall'art. 13-*bis* del d.l. n. 35 del

2005, conv. con modif. dalla l. n. 80 del 2005, alla cessione del trattamento di fine rapporto non si applica il limite del quinto.

Il principio è affermato in **Sez. L, n. 03913/2020, Amendola, Rv. 656928-01.**

Quanto invece alla transazione, **Sez. L, n. 15411/2020, Raimondi, Rv. 658490-01,** ne afferma la estraneità al rapporto di lavoro ed agli obblighi contributivi, perché alla base del calcolo degli oneri previdenziali deve sempre essere posta la retribuzione prevista per legge o per contratto, individuale o collettivo.

Ne consegue che le somme pagate a titolo di transazione dipendono da quest'ultimo contratto e non dal diverso contratto di lavoro, sicché l'assoggettabilità a contribuzione delle poste contenute nell'accordo transattivo è conseguenza dell'accertata natura retributiva delle stesse.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi escluso che l'incentivo all'esodo previsto in una transazione novativa che definiva una lite concernente esclusivamente la risoluzione del rapporto di lavoro dovesse essere sottoposto al prelievo contributivo (la medesima questione, sotto diverso angolo prospettico, è esaminata anche nel § 2.3, capitolo XXI, della Sez. III).

Non è mancata l'indicazione relativa alle regole di ermeneutica della contrattazione collettiva con **Sez. L, n. 04189/2020, Cinque, Rv. 656929-01,** nella quale si puntualizza che il principio *in claris non fit interpretatio* non trova applicazione quando le espressioni letterali utilizzate, benché chiare, non siano univocamente intellegibili, sicché in detta ipotesi dovrà ricercarsi la comune intenzione delle parti facendo ricorso a tutti i criteri interpretativi rivelatori della volontà dei contraenti.

Nella specie, quindi, la S.C., ritenuta non univoca l'espressione "personale della manutenzione dei rotabili", contenuta nell'accordo aziendale di Trenitalia del 23 giugno 2005, ha escluso che dalla mera interpretazione letterale della stessa potesse desumersi l'inclusione nella categoria anche del personale impiegato in ufficio o in magazzino.

Sez. 6-L, n. 04460/2020, Ponterio, Rv. 657302-01, in tema di contratti collettivi aziendali di lavoro, afferma che il sindacato di legittimità può essere esercitato soltanto con riguardo ai vizi di motivazione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (nella specie, nel testo antecedente al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012 "ratione temporis" applicabile), ovvero ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, per violazione delle norme di cui agli artt. 1362 e segg. c.c., a condizione, per detta ipotesi, che i motivi di ricorso non si limitino a contrapporre una diversa interpretazione rispetto a quella del provvedimento gravato, ma prospettino, sotto molteplici profili, l'inadeguatezza della motivazione anche con riferimento alle norme del codice civile di ermeneutica negoziale come canone esterno di commisurazione dell'esattezza e congruità della motivazione stessa.

In tema di ermeneutica, va pure rammentata, **Sez. L, n. 27749/2020, Leo, Rv. 659954 - 01,** in cui si sottolinea che la sottoscrizione della busta paga con la dicitura "per ricevuta-quietanza" fa gravare sul lavoratore l'onere della prova della non corrispondenza tra le annotazioni ivi riportate e la retribuzione effettivamente corrisposta e che alla suddetta dichiarazione non può applicarsi il canone interpretativo di cui all'art. 1370 c.c., non potendo essa essere assimilata a una clausola inserita nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari ex artt. 1341 e 1342 c.c.

15. Dimissioni.

Quanto alle dimissioni, invece, **Sez. L, n. 17110/2020, Blasutto, Rv. 658828-01,** nell'anno in corso, ha indagato i rapporti tra il predetto istituto ed i contratti a termine.

Nello specifico, il giudice di legittimità ha ritenuto che le dimissioni del lavoratore da un contratto a tempo determinato, facente parte di una sequenza di contratti similari succedutisi nel corso del tempo, esplicano i propri effetti sul rapporto intercorso tra le parti, ma non elidono il diritto all'accertamento dell'invalidità del termine apposto al primo contratto di lavoro, permanendo l'interesse alle conseguenze di ordine economico che da tale nullità parziale scaturiscono.

In applicazione di tale principio, infatti, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato, nelle dimissioni rassegnate dal lavoratore, la volontà di interrompere il contratto a termine in corso, e non quello a tempo indeterminato scaturente dalla nullità - non ancora accertata - del termine apposto al contratto di lavoro, desumendola dalla circostanza che, a breve distanza di tempo, il lavoratore aveva stipulato con il medesimo datore di lavoro diversi altri contratti a termine.

Si fa rinvio al § 3.4, cap. XVIII della presente Sezione, per l'inquadramento della questione anche nell'alveo dei contratti a termine.

16. L'esame di questioni specifiche derivanti dalla contrattazione collettiva.

Di seguito le pronunzie del giudice di legittimità dell'anno in corso che si sono occupate di questioni connesse alla contrattazione collettiva.

Sez. L, n. 03467/2020, Arienzo, Rv. 656924-01, in tema di personale delle Poste Italiane s.p.a., ha affermato che, ai fini dell'inquadramento nell'Area Quadri di secondo livello di cui all'art. 44 del c.c.n.l. del 26 novembre 1994, così come integrato dall'accordo del 23 maggio 1995 e dalla circolare n. 25 del 1995, per quanto riguarda il filone tecnico-operativo, non è necessaria l'esistenza di poteri di coordinamento, essendo sufficiente lo svolgimento di "funzioni di significativa importanza" (elevato contenuto specialistico, nell'ambito del filone tecnico per gli appartenenti alla

categoria Q1 ed "attività tecnica specializzata nella logistica, costruzioni, informatica, meccanizzazione e comunicazione elettronica e di tipo statistico attuariale; collaborazione ai responsabili di strutture organizzative, centrali e territoriali, di superiore livello" per gli appartenenti alla categoria Q2).

La rimodulazione del piano di incentivazione secondo la previsione dell'art. 70 del c.c.n.l. di Poste Italiane s.p.a. del 14 aprile 2011 è stata esaminata in **Sez. L, n. 06757/2020, Negri Della Torre, Rv. 657436-01**

Nello specifico, il giudice di legittimità ha ritenuto che la rimodulazione sia condizionata al manifestarsi di una esigenza di mutamento organizzativo o da mutamenti degli scenari di mercato e che la relativa informazione alle organizzazioni sindacali deve essere fornita prima dell'intervento di rimodulazione.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha conseguentemente escluso che un disservizio al sistema informatico fornito da un'azienda esterna sia riconducibile ad un "mutamento organizzativo", ovvero ad un "mutamento dello scenario di mercato".

Sez. L, n. 08619/2020, Garri, Rv. 657666-01, si occupa di tracciare il contenuto della qualifica di impiegato della terza area professionale del settore creditizio, specificando che si caratterizza per le mansioni connotate da "decisioni nell'ambito di una delimitata autonomia funzionale", e si distingue, dunque, da quella di quadro di primo livello di cui all'art. 76 del c.c.n.l. di settore dell'8 dicembre 2007, la quale si caratterizza, invece, per la stabile assegnazione a mansioni di elevata responsabilità funzionale e preparazione professionale, implicanti una particolare specializzazione o la direzione o coordinamento di altri dipendenti.

Nella specie, la S. C. ha escluso che potesse essere inquadrato nella qualifica da ultimo richiamata il dipendente di un istituto di credito al quale, accanto ai compiti di cassiere, erano state affidate le mansioni di stima e custodia dei beni dati in pegno, entro il limite di valore di euro 2.000,00.

Sez. L, n. 17167/2020, Lorito, Rv. 658535-01, infine, tocca il delicato aspetto della configurabilità del diritto all'assunzione in relazione alle previsioni di cui all'art. 19 del c.c.n.l. per il personale dipendente di Poste Italiane s.p.a. dell'11 luglio 2007 e degli accordi collettivi del 13 gennaio 2006 e del 10 luglio 2008.

Afferma la S.C. che le norme innanzi richiamate si interpretano nel senso che l'azienda non ha alcun obbligo di assunzione, bensì solo quello di attingere da un'apposita graduatoria, con conseguente legittimità della previsione di una verifica di idoneità professionale.

17. I danni risarcibili in caso di violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione.

Sez. L, n. 20466/2020, Lorito, Rv. 658913-01, afferma un principio importante in tema di danni risarcibili in caso di violazione dei criteri di rotazione per la cassa integrazione, in caso di totale privazione di mansioni, sottolineando che essi saranno sia patrimoniali che non patrimoniali, offrendo altresì indicazioni in tema di prova e di liquidazione dello stesso.

Nell'ipotesi di accertata violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione, cui sia correlata anche la totale privazione di mansioni, scrive il giudice di legittimità, il risarcimento del danno patrimoniale da illegittima sospensione - ristorato con il pagamento delle differenze fra il trattamento in CIG e le retribuzioni maturate nei relativi periodi - non assorbe il danno non patrimoniale sofferto per la forzata inattività - da liquidare in base a valutazione equitativa, anche mediante il ricorso alla prova presuntiva - quale lesione del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine, della dignità e della professionalità del dipendente.

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE

(DI ILEANA FEDELE)

SOMMARIO: 1. Le deroghe introdotte dalla legislazione emergenziale sanitaria. - 2. Lavoro flessibile. - 3. Il contratto di lavoro a tempo determinato. - 3.1. La forma della proroga. - 3.2. La decadenza dall'impugnazione del termine. - 3.3. Ambito di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 in ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato. - 3.4. Le dimissioni del lavoratore nella serie dei contratti a termine. - 3.5. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato. - 4. La somministrazione di lavoro. - 5. L'indennità ex art. 32 della l. n. 183 del 2010. - 6. Cessione di azienda.

1. Le deroghe introdotte dalla legislazione emergenziale sanitaria.

L'emergenza sanitaria e la conseguente crisi economica che hanno tristemente caratterizzato l'anno 2020 hanno indotto il legislatore ad adottare una serie di deroghe alla normativa che disciplina il ricorso alla flessibilità nel mondo del lavoro, con lo scopo di temperare alcune restrizioni, con particolare riferimento a quelle introdotte per effetto del cd. decreto dignità (d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. con modif. in l. 9 agosto 2018, n. 96).

In effetti, per ricostruire il peculiare regime derogatorio previsto in connessione con la situazione pandemica occorre ripercorrere - seppure in estrema sintesi - le disposizioni che si sono succedute nelle varie fasi dell'emergenza, chiarendone i rispettivi periodi di vigenza.

Con riferimento ai limiti di utilizzo del contratto a tempo determinato, per far fronte al riavvio delle attività in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19, l'art. 93 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, nel testo precedente le modifiche apportate dalla l. di conversione 17 luglio 2020, n. 77, in vigore dal 19 maggio 2020 al 18 luglio 2020, ha previsto la possibilità di «*rinnovare o prorogare fino al* 30 *agosto* 2020 *i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in essere alla data del* 23 *febbraio* 2020*, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo* 19*, comma* 1*, del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81», vale a dire, anche in assenza di esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori, ovvero, ancora, esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria, in deroga all'art. 21 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In sede di conversione del predetto d.l., con la l. n. 77 del 2020, è stato aggiunto il seguente comma 1-*bis*, in vigore dal 19 luglio 2020 al 14 agosto 2020: «*Il termine dei contratti di lavoro degli apprendisti di cui agli articoli* 43 *e* 45 *del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81*, e dei contratti di lavoro a tempo determinato, anche in regime di somministrazione, è*

*prorogato di una durata pari al periodo di sospensione dell'attività lavorativa, prestata in forza dei medesimi contratti, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-*19.».

Infine, il comma 1-*bis* è stato soppresso dall'art. 8, comma 1, lett. b), del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv., con modif., dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126, a decorrere dal 15 agosto 2020, mentre, con la medesima decorrenza, il comma 1 è stato modificato dall'art. 8, comma 1, lett. a), del citato d.l. n. 104 del 2020, nel modo seguente: «*In conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-*19*, in deroga all'articolo* 21 *del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81 *e fino al* 31 *dicembre* 2020*, ferma restando la durata massima complessiva di ventiquattro mesi, è possibile rinnovare o prorogare per un periodo massimo di dodici mesi e per una sola volta i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo* 19*, comma* 1*, del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81.», con l'avvertenza che, il termine del "31 dicembre 2020" è stato aggiornato al "31 marzo 2021", con l'art. 1, comma 279, della l. 30 dicembre 2020, n. 179 («*All'articolo* 93 *del decreto-legge* 19 *maggio* 2020*, n.* 34*, convertito, con modificazioni, dalla legge* 17 *luglio* 2020*, n.* 77*, al comma* 1*, le parole: "*31 *dicembre* 2020*" sono sostituite dalle seguenti: "*31 *marzo* 2021*"*».).

Pertanto, secondo il regime attualmente in vigore, sino al 31 marzo 2021 è possibile rinnovare o prorogare per un periodo massimo di dodici mesi i contratti a termine anche in assenza di causali, purché per una sola volta e nel rispetto del limite massimo di ventiquattro mesi.

Rispetto a tale disciplina, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con nota in data 19 settembre 2020, n. 713, ha chiarito che «*Poiché il testo parla di deroga all'art.*21 *del D.Lgs. n.* 81/2015*, deve intendersi che è consentita la deroga, oltre che alla disciplina sulle causali, anche alla disciplina sul numero massimo di proroghe e sul rispetto dei c.d. "periodi cuscinetto" contenuta nello stesso articolo. Di conseguenza, laddove il rapporto sia stato già oggetto di quattro proroghe, sarà possibile prorogarne ulteriormente la durata per un periodo massimo di* 12 *mesi e sarà possibile rinnovarlo anche prima della scadenza del c.d. periodo cuscinetto, sempreché sia rispettata la durata massima di* 24 *mesi.*».

Rimane, comunque, la necessità di valutare l'incidenza del regime intertemporale, con particolare riferimento alle proroghe ed ai rinnovi eventualmente effettuati in base alla possibilità offerta dal comma 1 dell'art. 93 del d.l. n. 34 del 2020 nel testo vigente dal 19 maggio al 14 agosto 2020 nonché alla proroga automatica corrispondente al periodo di sospensione dell'attività lavorativa già prevista per i contratti a termine, anche in regime di somministrazione, e per i contratti di apprendistato ex artt. 43 e 45 del d.l. n. 81 del 2015, dal comma 1-*bis* successivamente abrogato.

Con riferimento ai divieti previsti dalla disciplina sul contratto a tempo determinato e sulla somministrazione, l'art. 19-*bis*, introdotto dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, in sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in vigore dal 30 aprile

2020, sempre in ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, prevede la possibilità per i «*datori di lavoro che accedono agli ammortizzatori sociali di cui agli articoli da* 19 *a* 22 *del presente decreto, nei termini ivi indicati*», di procedere, nel medesimo periodo, al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato, anche a scopo di somministrazione «*in deroga alle previsioni di cui agli articoli* 20*, comma* 1*, lettera c),* 21*, comma* 2*, e* 32*, comma* 1*, lettera c), del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81», in tal modo esimendo le parti anche dalla necessità di rispettare il periodo "cuscinetto" imposto dalla disciplina ordinaria per la riassunzione del medesimo lavoratore.

Sempre con riferimento alla disciplina prevista per il contratto a tempo determinato, ma in relazione al lavoro pubblico, l'art. 57, comma 2-*bis*, del d.l. n. 104 del 2020, inserito dalla legge di conversione n. 126 del 2020, in vigore dal 14 ottobre 2020, ha previsto che «*per i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale in servizio presso gli Uffici speciali per la ricostruzione e presso gli altri enti ricompresi nel cratere del sisma del* 2016*, nonché per i contratti di lavoro a tempo determinato di cui alle convenzioni con le società indicate all'articolo* 50*, comma* 3*, lettere b) e c), del decreto-legge* 17 *ottobre* 2016*, n.* 189*, convertito, con modificazioni, dalla legge* 15 *dicembre* 2016*, n.* 229*, la proroga fino al* 31 *dicembre* 2021 *si intende in deroga, limitatamente alla predetta annualità, ai limiti di durata previsti dal decreto legislativo* 30 *marzo* 2001*, n.* 165*, e dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro dei comparti del pubblico impiego e in deroga ai limiti di cui agli articoli* 19 *e* 21 *del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81.».

Infine, per quel che attiene, in particolare, alla disciplina della somministrazione, l'art. 8, comma 1-*bis*, del d.l. n. 104 del 2020, cit., ha modificato l'art. 31 del d.lgs. n. 81 del 2015, nel senso che, fino al 31 dicembre 2021, ove l'agenzia di somministrazione abbia comunicato all'utilizzatore l'assunzione a tempo indeterminato, l'utilizzatore può impiegare in missione, per periodi superiori a ventiquattro mesi anche non continuativi, il medesimo lavoratore somministrato, senza che ciò determini in capo all'utilizzatore stesso la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato (per l'interpretazione autentica dell'art. 38, comma 3, secondo periodo, di cui all'art. 80-*bis*, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020, cit., si rinvia al par. 2, licenziamento individuale).

2. Lavoro flessibile.

Il tema del lavoro flessibile, inteso in senso ampio, continua ad essere di primario interesse nell'ambito del contenzioso giuslavoristico, registrandosi, ad ogni buon conto, una sensibile diminuzione delle pronunce relative al rapporto di lavoro privato a fronte di un apprezzabile incremento di quelle emesse in riferimento al rapporto di lavoro pubblico.

Come di consueto, si procederà di seguito alla disamina delle pronunce emesse nell'anno 2020 sul lavoro a termine - per contiguità verranno qui trattate anche quelle riferite al rapporto di lavoro pubblico privatizzato - ed interinale. Si darà pure conto delle decisioni in tema di trasferimento di azienda, intese alla verifica delle vicende circolatorie del rapporto ed alla corretta individuazione del datore di lavoro.

Si fa rinvio al capitolo XVII di questa Sezione per la trattazione dei temi concernenti il contratto di formazione e lavoro, il contratto di apprendistato, il contratto di inserimento, il contratto a progetto ed il fenomeno interpositorio.

3. Il contratto di lavoro a tempo determinato.

Fra le pronunce emesse nel corso del 2020 merita di essere segnalata particolarmente quella che ha precisato l'ambito di applicazione del cd. contratto a tutele crescenti, le volte in cui il rapporto di lavoro a tempo indeterminato consegua quale effetto di conversione di un contratto a termine. Numerose, come già anticipato, le decisioni chiamate a dirimere le controversie emerse dal fenomeno del cd. precariato pubblico, in linea con la tendenza degli ultimi anni.

3.1. La forma della proroga.

In continuità con Sez. L, n. 1058/2016, Balestrieri, Rv. 638515-01, **Sez. L, n. 08443/2020, Spena, Rv. 657647-02**, ha ribadito che, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, applicabile *ratione temporis*, non è prescritta la forma scritta per la proroga del contratto a tempo determinato, fermo, in ogni caso, l'onere per il datore di lavoro di provare le ragioni obiettive che giustifichino la proroga. In linea con il citato precedente, è stato anche ribadito che la normativa interna è conforme alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE, che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sentenza del 26 gennaio 2012 in causa C-586/10), mira a limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti a tempo determinato attraverso l'imposizione agli Stati membri dell'adozione anche soltanto di una delle misure in essa enunciate.

3.2. La decadenza dall'impugnazione del termine.

In proposito, è stato affermato da **Sez. L, n. 08443/2020, Spena, Rv. 657647-01**, che la decadenza prevista dall'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183, è rilevabile solo su eccezione di parte trattandosi di diritto disponibile, con la conseguenza che l'onere del lavoratore ricorrente di documentare il rispetto dei termini per l'impugnazione stragiudiziale sorge soltanto dal momento della costituzione del

datore e per effetto della proposizione della relativa eccezione; in applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto tempestiva la produzione della raccomandata di impugnazione stragiudiziale del termine nonostante la stessa non fosse stata depositata unitamente al ricorso introduttivo.

3.3. Ambito di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 in ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato.

Con decisione di valenza nomofilattica, **Sez. L, n. 00823/2020, Patti, Rv. 656596-01**, ha chiarito che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, si interpreta nel senso che il regime del cd. "contratto a tutele crescenti" si applica ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del suddetto decreto) nelle ipotesi in cui gli effetti della conversione del rapporto – a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato – si producano con decorrenza successiva alla predetta data, mentre risulta irrilevante l'epoca della pronuncia giudiziale di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, posto che quest'ultima, avendo efficacia meramente dichiarativa, opera con effetto *ex tunc* dalla illegittima stipulazione del contratto.

In motivazione, richiamando il principio già espresso da Sez. L, n. 08385/2019, Blasutto, Rv. 653208-01, quanto all'efficacia meramente dichiarativa dell'accertamento giudiziale, la Corte ha prospettato la necessità di addivenire ad una corretta lettura tecnico-giuridica dell'espressione "conversione" – utilizzata in dottrina ed in giurisprudenza per descrivere il meccanismo secondo cui la nullità della clausola di apposizione del termine non comporta la nullità dell'intero contratto, in virtù del principio di conservazione del negozio giuridico, ma la sua caducazione ex art. 1419, comma 2, c.c., con conseguente trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato – per circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 23 del 2015 «*alle ipotesi tassativamente stabilite, al fine di assicurare il rispetto dei limiti della delega: diversamente prospettandosi un vizio di illegittimità costituzionale per eccesso, in violazione degli artt.* 76 *e* 77 *Cost.*».

Sulla base di tali premesse, considerata anche la necessità di adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata, che valga ad escludere il rischio della paventata, irragionevole, disparità di trattamento tra lavoratori egualmente assunti a tempo determinato prima della introduzione del cd. *Jobs Act* ma con la conversione del rapporto, per nullità del termine, in uno a tempo indeterminato in base a sentenze emesse, per mero accidente indipendente dalle rispettive volontà, talune prima, altre dopo tale data, la Corte arriva a tracciare le ipotesi di contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 e convertiti in contratti a tempo indeterminato dopo tale data suscettibili di equiparazione a nuove assunzioni. In

particolare, viene dapprima menzionata l'ipotesi della conversione volontaria, per effetto di una manifestazione di volontà delle parti successiva all'entrata in vigore del decreto, con effetto novativo. Vengono poi declinate le fattispecie in cui la conversione produce i suoi effetti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015, perché successivo è il vizio che colpisce il contratto a termine, quali: a) continuazione del rapporto di lavoro oltre il periodo di tolleranza, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001, qualora la scadenza sia successiva al 7 marzo 2015; b) riassunzione prima della scadenza del periodo "cuscinetto", ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368 del 2001, qualora il secondo contratto sia stato stipulato dopo il 7 marzo 2015; c) superamento del limite massimo consentito «*per effetto di una successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti*», ai sensi dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, qualora detto superamento sia successivo al 7 marzo 2015.

Viceversa, le volte in cui la conversione operi per effetto dell'accertamento dell'originaria nullità dell'apposizione del termine ad un contratto stipulato prima del 7 marzo 2015, il rapporto a tempo indeterminato così instaurato sarà comunque sottratto all'ambito di applicazione del cd. *Jobs act*, e ciò a prescindere dalla data in cui intervenga la pronuncia giudiziale, trattandosi di un rapporto di lavoro già instaurato e convertito prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015.

3.4. Le dimissioni del lavoratore nella serie dei contratti a termine.

In continuità con Sez. L, n. 1534/2016, Lorito, Rv. 638345-01, **Sez. L, n. 17110/2020, Blasutto, Rv. 658828-01**, ha ribadito che le dimissioni del lavoratore da un contratto a tempo determinato, facente parte di una sequenza di contratti similari succedutisi nel corso del tempo, esplicano i propri effetti sul rapporto intercorso tra le parti ma non elidono il diritto all'accertamento dell'invalidità del termine apposto al primo contratto di lavoro, permanendo l'interesse alle conseguenze di ordine economico che da tale nullità parziale scaturiscono. Nel caso esaminato dalla S.C., la sentenza di merito aveva correttamente ravvisato, nelle dimissioni rassegnate dal lavoratore, la volontà di interrompere il contratto a termine in corso, e non quello a tempo indeterminato scaturente dalla nullità – non ancora accertata – del termine apposto al contratto di lavoro, desumendola dalla circostanza che, a breve distanza di tempo, il lavoratore aveva stipulato con il medesimo datore di lavoro diversi altri contratti a termine.

3.5. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.

Come segnalato in apertura, nel 2020 sono state numerose le pronunce relative al cd. precariato nel lavoro pubblico.

Con riferimento all'ambito di applicazione del d.lgs. n. 368 del 2001, **Sez. L, n. 12499/2020, Marotta, Rv. 658002-01**, ha opportunamente precisato che il divieto di stipulare contratti di lavoro subordinato a termine per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori – di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001 – si applica anche alle pubbliche amministrazioni, poiché la predetta disposizione costituisce norma imperativa, la cui *ratio*, diretta alla più intensa protezione dei lavoratori rispetto ai quali la flessibilità d'impiego riduce la familiarità con l'ambiente e gli strumenti di lavoro, sussiste anche ove il contratto a termine sia stato stipulato con una P.A.

Sul piano della procedura da seguire per l'assunzione a termine, **Sez. L, n. 25986/2020, Spena, Rv. 659544-01** ha chiarito che, qualora la graduatoria formata all'esito di un pubblico concorso per il reclutamento di personale a tempo indeterminato debba essere utilizzata per l'assunzione con contratto a termine degli idonei, l'assunzione in questione deve avvenire nel rispetto dell'ordine della graduatoria, in conformità ai principi di buon andamento ed imparzialità cui all'art. 97 Cost., i quali risulterebbero violati ove la scelta dei destinatari della assunzione a tempo determinato fosse operata senza l'osservanza di un criterio predeterminato ed oggettivo e, dunque, verificabile.

Il preminente interesse pubblico sotteso alla speciale disciplina in materia è significativamente sottolineato da **Sez. L, n. 20250/2020, Di Paolantonio, Rv. 658912-01**, secondo cui, nell'ipotesi di instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato con la P.A. disposta in ottemperanza ad un provvedimento giudiziale, l'amministrazione conserva l'interesse a proporre impugnazione avverso il predetto provvedimento anche ove il rapporto in questione si sia concluso per scadenza del termine in pendenza della lite, avuto riguardo al profilo pubblicistico di interesse all'accertamento della legittimità dei propri atti adottati in tema di reclutamento del personale e di utilizzo delle forme flessibili di assunzione, che discende, in via generale, dai principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, nonché, più specificamente, dalla disposizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, che sancisce la responsabilità dei dirigenti per gli atti contrari alle norme inderogabili di legge.

Quanto alla corretta individuazione del termine nelle supplenze scolastiche, **Sez. L, n. 05048/2020, Di Paolantonio, Rv. 656938-01**, ha affermato che il termine finale delle supplenze annuali su posto vacante e disponibile alla data del 31 dicembre,

pur in difetto di una previsione espressa, è fissato inderogabilmente nel 31 agosto di ciascun anno, in virtù del rinvio operato dall'art. 4, comma 5, della l. 3 maggio 1999, n. 124 all'art. 1 del d.m. 25 maggio 2000, n. 201, ed al successivo art. 1 del d.m. 13 giugno 2007, n. 131, quali disposizioni di natura imperativa, in quanto poste a garanzia della trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa, non potendo essere rimessa al dirigente scolastico la scelta della durata dell'assunzione; di conseguenza, è nulla la pattuizione di un termine diverso che andrà sostituito, ex art. 1419, comma 2, c.c., con quello previsto in via generale ed astratta dal legislatore.

Il divieto di trasformazione, di cui all'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è stato applicato da **Sez. L, n. 09786/2020, Marotta, Rv. 657849-01**, anche ai rapporti di lavoro degli addetti alla sistemazione idraulico forestale ed idraulico agraria alle dipendenze della Regione Valle D'Aosta, benché disciplinati da un c.c.n.l. privatistico, dovendo gli stessi essere inquadrati nello schema del lavoro pubblico, in considerazione della natura del datore e dell'inerenza delle prestazioni ai fini istituzionali dell'ente. Analogamente, **Sez. L, n. 28060/2020, Marotta, Rv. 659801-01**, ha ritenuto applicabile il divieto di costituzione di rapporti a tempo indeterminato al soppresso Istituto di Programmazione Industriale (IPI) in ragione della natura pubblica dell'ente e, conseguentemente, del rapporto di lavoro del proprio personale. Inoltre, secondo **Sez. L, n. 11537/2020, I. Tricomi, Rv. 657973-01**, la conversione rimane vietata anche per i rapporti di lavoro a termine posti in essere dalle pubbliche amministrazioni mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche ed i profili per i quali è richiesto il requisito della scuola dell'obbligo, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 165 del 2001, per la necessità di salvaguardare anche in tale ambito i principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza dell'amministrazione che sottendono la regola del pubblico concorso.

Si occupa, invece, dell'ambito di applicazione dello specifico profilo sanzionatorio configurato per il rapporto di lavoro pubblico **Sez. L, n. 02534/2020, I. Tricomi, Rv. 656917-01**, osservando che la mancata indicazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine al contratto, poi prorogato, costituisce un'ipotesi di abusiva reiterazione del contratto a tempo determinato, che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE, e dà luogo al diritto al risarcimento del danno comunitario secondo i principi enunciati dalle Sezioni Unite della S.C. nella sentenza n. 5072 del 2016.

In ordine al bene giuridico tutelato con l'elaborazione del cd. danno da precarizzazione, **Sez. L, n. 10999/2020, Bellé, Rv. 657927-01**, si è espressa nel senso che l'abusiva reiterazione di contratti a termine con il medesimo lavoratore produce una situazione di incertezza sulla stabilità occupazionale, tale da ledere la dignità della persona, quale diritto inviolabile, di cui è proiezione anche il diritto al lavoro in

quanto tale, riconosciuto nel diritto interno dagli artt. 2 e 4 Cost, e nel diritto eurounitario dagli artt. 1 e 15 della cd. Carta di Nizza.

Sul piano della tutela in forma specifica, **Sez. L, n. 15353/2020, Spena, Rv. 658192-01**, ha precisato che la successiva immissione in ruolo del lavoratore costituisce misura sanzionatoria idonea a reintegrare le conseguenze pregiudizievoli dell'abusiva reiterazione del termine solo se ricollegabile alla successione dei contratti a termine con rapporto di causa-effetto, ciò che si verifica quando l'assunzione a tempo indeterminato avvenga o in forza di specifiche previsioni legislative di stabilizzazione del personale precario vittima dell'abuso o attraverso percorsi espressamente riservati a detto personale e non già, come nel caso di specie, allorché l'assunzione in ruolo sia stata solo agevolata dall'esperienza acquisita nelle precedenti assunzioni a termine. Con particolare riferimento al settore scolastico, **Sez. L, n. 03472/2020, Torrice, Rv. 656776-01**, ha affermato, con valenza nomofilattica, che nelle ipotesi di reiterazione illegittima di contratti a termine stipulati su cd. organico di diritto, avveratasi a far data dal 10 luglio 2001 e prima dell'entrata in vigore della l. 13 luglio 2015, n. 107, per i docenti ed il personale ATA deve essere ritenuta misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare debitamente l'abuso ed a "cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione", secondo l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia UE nella sentenza dell'8 maggio 2019 (in causa C494/17, Rossato), la stabilizzazione acquisita attraverso il previgente sistema di reclutamento; nondimeno, la Corte ha specificato che l'immissione in ruolo non esclude la proponibilità della domanda di risarcimento per danni ulteriori, con oneri di allegazione e prova a carico del lavoratore che, in tal caso, non beneficia di alcuna agevolazione da danno presunto, come nel caso del cd. "danno comunitario".

E' stata, quindi, espressamente affrontata la questione relativa al termine di prescrizione del danno risarcibile ex art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, termine individuato in quello ordinario decennale da **Sez. 6-L, n. 05740/2020, Ponterio, Rv. 657303-01**, trattandosi di danno derivante dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A ed avente, pertanto, origine contrattuale, secondo quanto affermato da Sez. U, n. 5072/2016, Amoroso, Rv. 639065-01.

Con riferimento, invece, alla diversa questione della prescrizione inerente alla richiesta di riconoscimento del medesimo trattamento retributivo previsto per l'assunto a tempo indeterminato in virtù del principio di non discriminazione, **Sez. L, n. 10219/2020, Torrice, Rv. 657720-01**, ha affermato che tale domanda soggiace al termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 2948 nn. 4 e 5 c.c., il quale decorre, anche in caso di illegittimità del termine apposto ai contratti, per i crediti

che sorgono nel corso del rapporto lavorativo dal giorno della loro insorgenza, e per quelli che si maturano alla cessazione del rapporto a partire da tale momento.

Sul tema del principio di non discriminazione, **Sez. L, n. 12369/2020, Tria, Rv. 658101-01**, con riferimento al personale scolastico, ha affermato che l'assegno aggiuntivo di sede e gli altri benefici, previsti dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e dalla contrattazione collettiva per i docenti a tempo indeterminato che prestino servizio nelle istituzioni scolastiche all'estero, devono essere riconosciuti nella stessa misura anche ai supplenti non residenti assunti con contratto a termine, trattandosi di integrazioni salariali attribuite per il solo svolgimento del servizio richiesto e corrisposte per il disagio del trasferimento all'estero, in assenza, pertanto, di condizioni oggettive idonee a giustificare un trattamento economico preferenziale in favore dei docenti a tempo indeterminato, in forza della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, secondo l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia nella sentenza del 20 giugno 2019, in causa C-72/18.

Sempre in applicazione del principio di non discriminazione, **Sez. L, n. 12361/2020, Bellé, Rv. 658333-02**, ha sostenuto che, ai fini del riconoscimento della progressione stipendiale per anzianità ai pubblici dipendenti a tempo determinato, qualora manchino altri più specifici termini di paragone, il raffronto può essere operato anche con dipendenti a tempo determinato di altro Ministero o comparto, purché abbia esito favorevole il riscontro di elementi positivi di comparazione, sulla base delle connotazioni del lavoro svolto e delle condizioni che lo caratterizzano, e purché non emergano ragioni obiettive atte in concreto a giustificare il diverso trattamento applicato. In relazione al settore scolastico, **Sez. L, n. 02924/2020, Marotta, Rv. 656921-02**, ha affermato che l'art. 2 del c.c.n.l. del 4 agosto 2011, nella parte in cui limita il mantenimento del maggior valore stipendiale in godimento *ad personam*, fino al conseguimento della nuova successiva fascia retributiva, ai soli assunti a tempo indeterminato, viola la predetta clausola 4 dell'accordo quadro, con conseguente disapplicazione della norma contrattuale da parte del giudice e riconoscimento della medesima misura transitoria di salvaguardia anche al lavoratore a termine, poi immesso nei ruoli dell'amministrazione. Ancora, **Sez. L, n. 00715/2020, Torrice, Rv. 656482-01**, ha ritenuto che il compenso incentivante di cui all'art. 32 del c.c.n.l. enti pubblici non economici 1999-2001, legato al raggiungimento di determinati e specifici obbiettivi, non è incompatibile con la natura determinata del rapporto di lavoro, sicché la mancata corresponsione anche ai dipendenti a tempo determinato (nella specie, della Croce Rossa Italiana) si pone in contrasto con la disciplina contrattuale di settore e, data l'assenza di ragioni oggettive che giustifichino il trattamento differenziato, con il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato sancito dall'art. 6 del d.lgs. n. 368 del

2001, in attuazione della clausola 4, punto 1, del citato accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Diverse pronunce hanno, poi, fatto applicazione del principio di non discriminazione in relazione al trattamento economico da riconoscere al personale "stabilizzato". In continuità con Sez. L, n. 27950/2017, Miglio, Rv. 646355-01, **Sez. L, n. 24201/2020, Marotta, Rv. 659440-01**, ha affermato che al lavoratore stabilizzato va riconosciuta la progressione economica raggiunta all'esito del superamento di una procedura selettiva espletata durante il servizio pre-ruolo, sia in quanto la deroga che la stabilizzazione determina rispetto alla regola del pubblico concorso è giustificata proprio dalla sua funzione di valorizzazione delle esperienze professionali pregresse, sia perché la clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70/CEE impone di non operare discriminazioni tra i dipendenti stabilizzati e quelli assunti *ab origine* a tempo indeterminato. Nella stessa linea, con specifico riferimento al settore scolastico, **Sez. L, n. 17314/2020, Bellé, Rv. 658542-01**, ha ritenuto che, in caso di stabilizzazione successiva alla illegittima reiterazione di contratti a termine, l'anzianità di servizio e le connesse differenze retributive vanno riconosciute, con attribuzione della medesima progressione stipendiale prevista per i dipendenti assunti fin dall'origine a tempo indeterminato, in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, di diretta applicazione. D'altra parte, **Sez. L, n. 15231/2020, Di Paolantonio, Rv. 658186-01**, nel richiamare il tenore della più volte citata clausola 4 dell'accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, ritiene applicabile il principio ivi espresso anche nell'ipotesi in cui il rapporto a termine sia anteriore all'entrata in vigore della direttiva, sul rilievo che, in assenza di espressa deroga, il diritto dell'Unione si applica agli effetti futuri delle situazioni sorte nella vigenza della precedente disciplina. Ancora, **Sez. L, n. 04195/2020, Di Paolantonio, Rv. 656817-01**, ha precisato che al lavoratore collocato in ruolo a seguito della procedura di stabilizzazione prevista dalla l. n. 296 del 2006, deve essere riconosciuta l'anzianità di servizio maturata, in virtù di contratti a termine, precedentemente all'assunzione a tempo indeterminato, se le funzioni svolte siano identiche a quelle precedentemente esercitate, non potendo ritenersi che lo stesso si trovasse in una situazione differente a causa del mancato superamento del concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della P.A.; pertanto, per accertare la sussistenza dell'eventuale discriminazione, è necessario operare la verifica non in astratto bensì in relazione alla fattispecie concreta dedotta in giudizio, potendo eventuali diversità di trattamento essere ritenute discriminatorie in un caso e non nell'altro, in dipendenza di condizioni specifiche del singolo rapporto.

In ordine alla corresponsione del trattamento di fine rapporto, **Sez. L, n. 05895/2020, Spena, Rv. 657178-01**, ha chiarito che in caso di estinzione del rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di una pubblica amministrazione seguita

dall'assunzione in ruolo e dalla costituzione, presso la stessa, di un nuovo rapporto di lavoro, il dipendente ha diritto a percepire un autonomo trattamento di fine rapporto sin dal momento della cessazione del primo rapporto di lavoro.

Infine, diverse decisioni hanno riguardato questioni insorte in occasione della stabilizzazione del personale precario (in disparte quelle già sopra segnalate, in applicazione del principio di non discriminazione).

Sez. L, n. 07246/2020, Di Paolantonio, Rv. 657439-01, ha affermato che la stabilizzazione ex art. 1, comma 519, della l. n. 296 del 2006, prevista, tra l'altro, per il personale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che abbia conseguito tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data - ex art. 3, comma 90, della l. n. 244 del 2007 - del 28 settembre 2007, non è consentita in favore di chi abbia maturato il triennio di anzianità a tempo determinato in forza di proroghe intervenute dopo la predetta data, poiché l'interpretazione costituzionalmente orientata delle menzionate disposizioni induce a ritenere che la platea dei destinatari dovesse essere cristallizzata alla data in questione, con esclusione di qualsiasi rilevanza di proroghe disposte successivamente, sia pure in relazione a contratti stipulati anteriormente. A conforto dell'assunto, si osserva che la opposta esegesi, oltre a non essere rispettosa della *ratio* della norma, volta a sanare situazioni di precariato già sorte o in via di consolidamento, finirebbe per attribuire alle amministrazioni il potere di individuare esse stesse, *a priori* e non *a posteriori*, i destinatari della procedura di accesso speciale, in spregio ai principi di imparzialità e trasparenza che devono presiedere al reclutamento del personale nell'ambito del rapporto di pubblico impiego ed in assenza di quelle ragioni di interesse pubblico che sole possono giustificare, in casi eccezionali individuati dal legislatore, la deroga al concorso pubblico. Nello stesso senso, **Sez. L, n. 20912/2020, Di Paolantonio, Rv. 658920-01**, ha affermato che la procedura di stabilizzazione prevista ai sensi dell'art. 1, comma 519, della l. n. 296 del 2006, in quanto diversa da quella disciplinata al successivo comma 526, non richiede che il presupposto operativo del triennio di servizio anche non continuativo sia compiuto entro l'anno 2007, ma nel ricomprendere nella platea dei destinatari tutto il personale che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente al 29 settembre 2006, senza fissare una data limite entro la quale il requisito stesso deve essere posseduto, correla necessariamente questa data al *dies a quo*, ossia al 29 settembre 2009 (tre anni dal 29 settembre 2006). Analogo principio, inteso a sottolineare la tassatività delle norme sulla stabilizzazione del personale in servizio a tempo determinato, in quanto costituiscono una deroga al principio dell'accesso mediante concorso, di cui all'art. 97 Cost., è stato espresso da **Sez. L, n. 21200/2020, Bellé, Rv. 658924-01**.

4. La somministrazione di lavoro.

In tema di somministrazione di lavoro, **Sez. L, n. 22066/2020, Lorito, Rv. 659112-01**, ha affrontato la questione relativa all'individuazione della disciplina applicabile al rapporto di lavoro giudizialmente instaurato alle dipendenze dell'utilizzatore, chiarendo che trova applicazione il trattamento economico e normativo sancito dalla disciplina legale e collettiva in vigore presso quest'ultimo, mentre non è invocabile il trattamento più favorevole applicato dal somministratore, atteso che, nel momento in cui la struttura trilatera del rapporto viene meno per effetto della irregolarità del contratto di somministrazione, la prestazione di lavoro si inserisce nell'assetto organizzativo aziendale dell'utilizzatore nell'ambito di un ordinario rapporto, in analogia con la fattispecie di cui all'art. 2112, comma 3, c.c.

5. L'indennità ex art. 32 della l. n. 183 del 2010.

Sull'ambito di applicazione dell'indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, **Sez. L, n. 29006/2020, Balestrieri, Rv. 659805-01**, ha escluso che il predetto regime indennitario possa estendersi anche alla fattispecie di un rapporto di lavoro autonomo accertato (*ab origine*, per *fictio iuris*) di lavoro subordinato e a tempo indeterminato, celato sotto lo schermo ripetuto di una molteplicità di successivi contratti di collaborazione autonoma, pervenendo ad una soluzione che appare divergente da quella già affermata da Sez. L, n. 20500/2018, Leone, Rv. 650093-01, secondo cui l'indennità in questione consegue a qualsiasi ipotesi di riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in sostituzione di un'altra fattispecie contrattuale a tempo determinato.

6. Cessione di azienda.

Sez. L, n. 10414/2020, Blasutto, Rv. 657851-01 (riportata anche, per connessione di materia, nel § 12, capitolo XVII, di questa Sezione), nell'esaminare la vicenda relativa alla cessione del compendio aziendale da Alitalia CAI ad Alitalia SAI, ha affermato che, in caso di trasferimento che riguardi aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c), della l. 18 agosto 1977, n. 675, ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, in ipotesi di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, ai sensi del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, l'accordo sindacale di cui all'art. 47, comma 4-*bis*, della l. 29 dicembre 1990, n. 428, inserito dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. in l. 20 novembre 2009, n. 166, può prevedere deroghe all'art. 2112 c.c. concernenti le condizioni di lavoro, fermo restando il trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario, in quanto la locuzione - contenuta del predetto comma 4-*bis* - «*Nel caso*

in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 *del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo*», va letta in conformità al diritto dell'Unione europea ed alla interpretazione che dello stesso ha fornito la Corte di giustizia, 11 giugno 2009, in causa C-561/07, nel senso che gli accordi sindacali, nell'ambito di procedure di insolvenza aperte nei confronti del cedente sebbene non "in vista della liquidazione dei beni", non possono disporre dell'occupazione preesistente al trasferimento di impresa.

Un caso particolare, relativo alla vendita di farmacia, ai sensi dell'art. 12, comma 2, della l. 2 aprile 1968, n. 475, è stato affrontato da **Sez. L, n. 09090/2020, Blasutto, Rv. 657670-01**, secondo cui il riconoscimento del medico provinciale, tenuto ad esercitare il controllo dei requisiti richiesti dalla stessa legge per la gestione del servizio farmaceutico, costituisce una condizione legale sospensiva, sicché, come per ogni atto traslativo, tra vivi o *mortis causa*, l'effetto reale del trasferimento della proprietà dell'azienda si realizza, con efficacia retroattiva, solo dopo l'adozione del predetto atto amministrativo; di conseguenza, ove non intervenga il riconoscimento in questione, le vicende del rapporto di lavoro instaurato in via di mero fatto con il cessionario non incidono sul rapporto ancora in essere con il cedente e va esclusa l'operatività della responsabilità solidale ex art. 2112, comma 2, c.c., del cessionario per i debiti contratti dal cedente medesimo durante il rapporto di lavoro svoltosi anteriormente al contratto di cessione, rimasto giuridicamente inefficace per il mancato avveramento della condizione cui era sottoposto.

Peraltro, in caso di nullità della cessione di ramo d'azienda, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2112 c.c., **Sez. L, n. 04870/2020, Negri della Torre, Rv. 656933-01**, non esclude che sia configurabile la cessione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1406 c.c., laddove – con accertamento di fatto che, ove immune da vizi logici e adeguatamente motivato, si sottrae al sindacato di legittimità – risulti che il lavoratore abbia manifestato tacitamente il proprio consenso mediante comportamenti concludenti, come nel caso di specie, caratterizzato dalla prosecuzione del rapporto con la società cessionaria per oltre nove anni, senza alcuna contestazione.

D'altro canto, **Sez. L, n. 17076/2020, Patti, Rv. 658826-01**, ha precisato che, in caso di retrocessione di ramo d'azienda, conseguente alla risoluzione del relativo contratto d'affitto, la preventiva rinuncia del lavoratore al vincolo di solidarietà gravante sull'affittante per le obbligazioni inadempiute dall'affittuario è nulla, in quanto diretta a regolamentare gli effetti del rapporto di lavoro in maniera diversa da quella fissata dalle norme di legge o di contratto collettivo, incidendo su diritti destinati a sorgere solo in futuro.

Infine, quanto al regime decadenziale previsto dall'art. 32, comma 4, della l. n. 183 del 2010, secondo **Sez. L, n. 06649/2020, Cinque, Rv. 657190-01**, esso non si applica alle cessioni intervenute prima dell'entrata in vigore della predetta legge, come emerge dall'interpretazione letterale della norma – di carattere eccezionale – che individua espressamente il *dies a quo* del termine di decadenza nella "data del trasferimento", nonché, sul piano logico-sistematico, dall'assenza, nel comma 4 del predetto art. 32, di disposizione analoga a quella prevista per i contratti a termine, ove invece è stata disciplinata chiaramente l'ipotesi anche per quelli già scaduti.

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Potere disciplinare. - 2. Licenziamento individuale. - 2.1. La motivazione del licenziamento. - 2.2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. - 2.3. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. - 2.4. Il licenziamento nullo per frode alla legge. - 2.5. Il licenziamento del dirigente. - 2.6. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. - 2.7. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze. - 2.8. Applicazioni della legge "Fornero". - 2.9. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. - 2.10. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. - 3. Licenziamenti collettivi.

1. Potere disciplinare.

Le pronunce di rilievo emesse nel corso del corrente anno attengono in prevalenza alla questione dell'intangibilità del diritto di difesa dell'incolpato nell'ambito del procedimento disciplinare, cui è strettamente correlata quella del contenimento, entro limiti ben precisi, del potere di intervento del giudice sulla sanzione, quale naturale prerogativa del datore.

Così, quanto al principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, **Sez. L, n. 03079/2020, Cinque, Rv. 656772-01**, ha ribadito, in conformità ad un orientamento consolidato, che la necessaria correlazione dell'addebito con la sanzione deve essere garantita e presidiata, in chiave di tutela dell'esigenza difensiva del lavoratore, anche in sede giudiziale, ove le condotte in contestazione sulle quali è incentrato l'esame del giudice di merito non devono nella sostanza fattuale differire da quelle poste a fondamento della sanzione espulsiva, pena lo sconfinamento dei poteri del giudice in ambito riservato alla scelta del datore di lavoro. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con cui il giudice di merito - a fronte di una condotta del lavoratore sanzionata dal datore con il licenziamento con preavviso, previsto, ai sensi dell'art. 54, comma 5, lett. c), del c.c.n.l. per il personale non dirigente di Poste Italiane, per l'ipotesi di "inosservanza di leggi o di regolamenti o degli obblighi di servizio con gravi danni alla società o a terzi" - aveva applicato di ufficio, una volta esclusa la prova del danno concreto e ritenuto che il dipendente avesse comunque pregiudicato l'immagine e la reputazione del datore, la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso ex art. 54, comma 6, lett. c), del predetto c.c.n.l., prevista per l'ipotesi di "violazioni dolose di leggi o regolamenti o dei doveri di ufficio che possano arrecare o abbiano arrecato forte pregiudizio alla Società o a terzi").

Sempre in tema, **Sez. L, n. 11540/2020, Boghetich, Rv. 657974-01**, ha affermato che il principio di immutabilità della contestazione attiene al complesso

degli elementi materiali connessi all'azione del dipendente e può dirsi violato solo ove venga adottato un provvedimento sanzionatorio che presupponga circostanze di fatto nuove o diverse rispetto a quelle contestate, così da determinare una concreta menomazione del diritto di difesa dell'incolpato, e non quando il datore di lavoro proceda a un diverso apprezzamento o a una diversa qualificazione del medesimo fatto, come accade nell'ipotesi di modifica dell'elemento soggettivo dell'illecito.

Quanto al diritto del lavoratore di essere sentito personalmente, **Sez. L, n. 19846/2020, Pagetta, Rv. 658846-01,** ha precisato che nel caso in cui il lavoratore medesimo, dopo avere presentato giustificazioni scritte senza formulare alcuna richiesta di audizione orale, avanzi tale richiesta successivamente, entro il termine di cui al comma 5 dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970, il datore di lavoro è tenuto a provvedere all'audizione - con conseguente illegittimità della sanzione adottata in mancanza di tale adempimento - senza poter sindacare la necessità o opportunità della integrazione difensiva, non sussistendo ragioni per limitare il diritto di difesa, preordinato alla tutela di interessi fondamentali del lavoratore, in assenza di un apprezzabile interesse contrario della parte datoriale, che riceve comunque adeguata tutela dalla stringente cadenza temporale che regola il procedimento disciplinare.

D'altro canto, la mera allegazione, da parte del lavoratore, ancorché certificata, della condizione di malattia non può essere ragione di per sé sola sufficiente a giustificarne l'impossibilità di presenziare all'audizione personale richiesta, occorrendo che egli ne deduca la natura ostativa all'allontanamento fisico da casa (o dal luogo di cura), così che il suo differimento a una nuova data di audizione personale costituisca effettiva esigenza difensiva non altrimenti tutelabile (così **Sez. L, n. 00980/2020, Patti, Rv. 656533-01**).

In merito all'applicabilità delle garanzie procedimentali previste dall'art. 7 della l. n. 300 del 1970, **Sez. L, n. 02365/2020, F. Amendola, Rv. 656696-02**, ha evidenziato che la stessa si impone per tutti i casi in cui il datore di lavoro voglia recedere dal rapporto per ragioni "ontologicamente" disciplinari, a garanzia del diritto di difesa e di tutela dell'onore, decoro, immagine, anche professionali del lavoratore.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto superflua l'applicazione delle garanzie procedimentali all'apprendistato, benché il recesso datoriale fosse motivato da "numerose lamentele" dei clienti e, dunque, da comportamento negligente e, comunque, in senso lato, colpevole dell'apprendista.

Infine, in tema di responsabilità disciplinare del dipendente, **Sez. L, n. 27747/2020, Leo, Rv. 659799-01,** ha puntualizzato che il rifiuto di alcuni portalettere di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza, di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale, in violazione dell'obbligo previsto dall'accordo sindacale del 27 luglio 2010, non costituisce

astensione dal lavoro straordinario, né astensione per un orario delimitato e predefinito, ma rifiuto di effettuare una delle prestazioni dovute, sicché può dare luogo a responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente senza che il comportamento datoriale di irrogazione delle sanzioni sia qualificabile come antisindacale.

2. Licenziamento individuale.

Nel corrente anno vi è stata una marcata riduzione, rispetto al passato, delle pronunzie di rilievo concernenti la materia, pervenuta - a distanza di diversi anni dagli interventi riformatori della legge "Fornero" e del "Jobs Act" - ad un significativo assestamento determinato dal naturale consolidamento di orientamenti delineatisi, progressivamente, nel corso del tempo, benché residuino, ancora, temi - in particolar modo quello della esatta individuazione dei cd. vizi formali o procedimentali, nonché quello della portata, nell'ambito del sistema, del licenziamento disciplinare illegittimo per scarsa rilevanza del fatto contestato - meritevoli, attesa la delicatezza delle questioni che vi si ricollegano, di un adeguato approfondimento.

La materia in questione è stata peraltro interessata dai noti provvedimenti normativi volti, da un lato, a fronteggiare il rischio di perdita dell'occupazione derivante dall'emergenza sanitaria, e, dall'altro, a chiarire un aspetto della disciplina del licenziamento irrogato nell'ambito della somministrazione di lavoro (quale espressione di fattispecie interpositoria), rispetto al quale la S.C. aveva, con varie pronunzie, offerto una soluzione ritenuta, evidentemente, non in linea con l'intendimento del legislatore.

Quanto al primo aspetto, vanno in primo luogo richiamati i vari interventi con i quali é stato disposto il divieto di intimazione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (nonché di avvio di procedure di licenziamento collettivo, per come si accennerà al successivo § 3), dapprima previsto nell'art. 46 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. in l. 24 aprile 2020, n. 27, per un periodo di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, poi portato a cinque mesi per effetto della modifica introdotta dall'art. 80, comma 1, lett. a), del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modif. in l. 17 luglio 2020, n. 77; il divieto in questione è stato poi ribadito dall'art. 14 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. con modif. in l. 13 ottobre 2020, n. 126, seppur a determinate condizioni (i.e.: per i datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del decreto), con esclusione delle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, di accordo collettivo aziendale - stipulato dalle organizzazioni sindacali

comparativamente più rappresentative a livello nazionale - di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, nonché di licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione (con lo stesso articolo è stata prevista, al comma 4, la possibilità per il datore di revocare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato nell'anno 2020, in deroga alle previsioni di cui all'art. 18, comma 10, st.lav., purché contestualmente abbia fatto richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale).

In tali termini, il predetto divieto è stato mantenuto, fino al 31 gennaio 2021, dall'art. 12 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con modif. in l. 18 dicembre 2020, n. 176.

Da ultimo, la legge 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021) ha previsto, ai commi 310 e 311 dell'art. 1, la proroga del divieto fino al 31 marzo 2021, salvo le ipotesi di esclusione sopra indicate.

Quanto al secondo aspetto, va fatta menzione dell'art. 80-*bis* (recante "Interpretazione autentica del comma 3 dell'articolo 38 del d.lgs. n. 81/2015") del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (cd. "decreto Rilancio"), aggiunto con la legge di conversione n. 77 del 2020, nel quale è stabilito che "il secondo periodo del comma 3 dell'art. 38 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai sensi del quale tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione, si interpreta nel senso che tra gli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro non è compreso il licenziamento".

Vanno infine segnalate, sulla materia, due rilevanti pronunzie della Corte costituzionale.

Con la prima - sent. 16 luglio 2020, n. 150 - il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», in tal modo eliminando, anche con riguardo all'ipotesi di licenziamento dichiarato illegittimo per vizi formali e procedurali (in coerenza con quanto già statuito nella sentenza n. 194 del 2018, in relazione al caso del licenziamento dichiarato illegittimo per vizi sostanziali), il meccanismo automatico di liquidazione dell'indennità derivante dalla commisurazione della stessa all'anzianità di servizio del lavoratore

Con la seconda - sent. 14 ottobre 2020, n. 212 - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della l. 15 luglio 1966, n. 604, come

sostituito dall'art. 32, comma 1, della l. 4 novembre 2010, n. 183, nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del licenziamento è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, oltre che dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, anche dal deposito del ricorso cautelare anteriore alla causa ai sensi degli artt. 669-*bis*, 669-*ter* e 700 c.p.c..

La Corte, in particolare, ha ritenuto la disposizione censurata contraria sia al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), se posta in comparazione con l'idoneità ad impedire l'inefficacia dell'impugnazione stragiudiziale riconosciuta, invece, dalla stessa disposizione censurata, alla richiesta di attivazione della procedura conciliativa o arbitrale, sia al principio di ragionevolezza (riconducibile anch'esso all'art. 3 Cost.), in riferimento alla finalità sottesa alla previsione del termine di decadenza, essendo la domanda di tutela cautelare idonea a far emergere il contenzioso insito nell'impugnazione dell'atto datoriale.

2.1. La motivazione del licenziamento.

Con riguardo alla precisazione del nucleo dei fatti da esternare nella motivazione, **Sez. L, n. 16795/2020, Boghetich, Rv. 658576-01,** in conformità ad un precedente dell'anno scorso (Sez. L, n. 06678/2019, Rv. 653196-01), ha riaffermato che la novellazione dell'art. 2, comma 2, della l. n. 604 del 1966 per opera dell'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, si è limitata a rimuovere l'anomalia della possibilità di intimare un licenziamento scritto immotivato, introducendo la contestualità dei motivi, ma non ha mutato la funzione della motivazione, che resta quella di consentire al lavoratore di comprendere, nei termini essenziali, le ragioni del recesso; ne consegue che nella comunicazione del licenziamento il datore di lavoro ha l'onere di specificarne i motivi, ma non è tenuto, neppure dopo la suddetta modifica legislativa, ad esporre in modo analitico tutti gli elementi di fatto e di diritto alla base del provvedimento.

Nella specie, relativa a un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato nel 2016, la S.C. ha escluso la necessità che il datore di lavoro, avendo richiamato l'art. 2 del d.m. 21 aprile 2011, emanato in attuazione dell'art. 28, comma 6, del d.lgs. n. 164 del 2000, recante norme comuni per il mercato interno del gas, ed indicato come motivo di recesso la cessione degli impianti di distribuzione del gas ad altra impresa ed il passaggio diretto alle dipendenze della predetta subentrante, con salvaguardia delle condizioni economiche godute, fosse anche tenuto ad esporre le ragioni della inutilizzabilità "aliunde" del lavoratore, trattandosi di elemento implicito da provare direttamente in giudizio.

2.2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Una particolare attenzione va riservata, anche quest'anno, alla casistica sottoposta al vaglio della Corte come ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento, in ragione del ragguardevole numero di pronunce intervenute in materia.

Sul profilo dell'idoneità della condotta del lavoratore a ledere l'elemento fiduciario, **Sez. L, n. 05897/2020, Lorito, Rv. 657180-01,** ha affermato che l'uso e la detenzione, anche a fini di spaccio, di sostanze stupefacenti non sono consoni, in base agli "standard" conformi ai valori dell'ordinamento ed esistenti nella realtà sociale, allo svolgimento di una prestazione lavorativa implicante contatto con gli utenti da parte del dipendente. (Fattispecie in cui la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento di un operatore della mobilità addetto alla verifica del pagamento del parcheggio per le vetture in sosta il quale aveva definito il procedimento penale con una sentenza di patteggiamento).

Quanto alla rilevante nozione di insubordinazione, **Sez. L, n. 13411/2020, Blasutto, Rv. 658443-01,** ha precisato che la stessa non può essere limitata al rifiuto di adempimento delle disposizioni dei superiori, ma ricomprende qualsiasi comportamento atto a pregiudicare l'esecuzione e il corretto svolgimento delle suddette disposizioni nel quadro dell'organizzazione aziendale. (Nella specie, è stata ravvisata un'ipotesi di insubordinazione nella condotta minacciosa indirizzata alla responsabile amministrativa della società datoriale, sebbene realizzatasi al di fuori dell'orario di lavoro, in quanto era stata tenuta nei locali aziendali ed in riferimento ad aspetti che afferivano comunque all'osservanza di disposizioni interne circa l'uso di beni aziendali).

Con riguardo alla fattispecie di abbandono del posto di lavoro, **Sez. L, n. 13410/2020, Blasutto, Rv. 658442-01,** ha evidenziato che la fattispecie in questione, ai sensi dell'art. 140 del c.c.n.l. Istituti di vigilanza privata, presenta una duplice connotazione: sotto il profilo oggettivo, rileva l'intensità dell'inadempimento agli obblighi di sorveglianza, dovendosi l'abbandono identificare nel totale distacco dal bene da proteggere, mentre la durata nel tempo della condotta contestata va apprezzata non già in senso assoluto, ma in relazione alla sua possibilità di incidere sulle esigenze del servizio, dovendosi comunque escludere che l'abbandono richieda una durata protratta per l'intero orario residuo del turno di servizio svolto; sotto il profilo soggettivo, è richiesta la semplice coscienza e volontà della condotta di abbandono, indipendentemente dalle finalità perseguite e salva la configurabilità di cause scriminanti, restando irrilevante il motivo dell'allontanamento. (Nella specie, è stato ritenuto sussistente l'abbandono del posto di lavoro da parte di una guardia

giurata la quale, assegnata a un turno di lavoro notturno consistente nel piantonamento itinerante di un'area di cantiere con un'auto di servizio, se ne era allontanata senza autorizzazione).

Sul rilevante aspetto della valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione contestata, **Sez. L, n. 13411/2020, Blasutto, Rv. 658443-02,** ha affermato che, ai fini di detta valutazione, è insufficiente un'indagine che si limiti a verificare se il fatto addebitato è riconducibile alle disposizioni della contrattazione collettiva che consentono l'irrogazione del licenziamento, essendo sempre necessario valutare in concreto se il comportamento tenuto, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la prosecuzione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, con particolare attenzione alla condotta del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti e a conformarsi ai canoni di buona fede e correttezza. (Nella specie, è stata ritenuta proporzionata la misura espulsiva rispetto alla condotta di un lavoratore - già recidivo per aver commesso sei infrazioni nel biennio precedente - il quale, nel corso di una discussione sorta per la restituzione di una chiavetta per l'uso di un distributore automatico di bevande, aveva minacciato la responsabile amministrativa dell'azienda, preannunziandole, con atteggiamento intimidatorio, la volontà di chiederle conto della sua condotta in altra sede, e aveva anche registrato la conversazione, rivelando in tal modo la consapevolezza e l'intenzionalità dello scontro verbale e la volontà di provocarlo per procurarsi una qualche prova di condotta non corretta della collega).

Sulla connessa problematica del valore parametrico delle previsioni collettive ai fini del giudizio di gravità e proporzionalità della condotta, **Sez. L, n. 16784/2020, Arienzo, Rv. 658577-01,** ha puntualizzato che, in tema di licenziamento per giusta causa, non è vincolante la tipizzazione contenuta nella contrattazione collettiva, rientrando il giudizio di gravità e proporzionalità della condotta nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice, avuto riguardo agli elementi concreti, di natura oggettiva e soggettiva, della fattispecie, ma la scala valoriale formulata dalle parti sociali deve costituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento intimato in relazione a specifica ipotesi prevista dalla contrattazione collettiva in tema di recesso senza preavviso - "assenze ingiustificate per cinque volte nel periodo di un anno" - in quanto il disvalore espresso dalla condotta tipizzata è stato ritenuto parificabile a quello del comportamento tenuto dal lavoratore quale risultato provato in causa - quattro assenze in periodo bimestrale, al netto di condotte non contestate o punite con precedente sanzione conservativa).

Sulla base dello stesso principio, **Sez. L, n. 17321/2020, Boghetich, Rv. 658797-01,** ha confermato la decisione di merito che aveva ravvisato un giustificato motivo soggettivo di licenziamento nel comportamento del vice-direttore di un ufficio postale il quale, in violazione della normativa antiriciclaggio, aveva proceduto all'apertura fraudolenta di conti correnti postali intestati a persone inesistenti, utilizzando documenti falsi e inducendo una sottoposta gerarchica - assunta da pochi mesi - ad eseguire le relative operazioni.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 03283/2020, Garri, Rv. 656774-01,** ha affermato che la tipizzazione delle cause di recesso contenuta nella contrattazione collettiva non è vincolante, potendo il catalogo delle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo essere esteso, in relazione a condotte comunque rispondenti al modello di giusta causa o giustificato motivo, ovvero ridotto, se tra le previsioni contrattuali ve ne sono alcune non rispondenti al modello legale e, dunque, nulle per violazione di norma imperativa; ne consegue che il giudice non può limitarsi a verificare se il fatto addebitato sia riconducibile ad una previsione contrattuale, essendo comunque tenuto a valutare in concreto la condotta addebitata e la proporzionalità della sanzione.

Analogamente, **Sez. L, n. 13412/2020, Boghetich, Rv. 658441-01,** ha precisato che la previsione, nel contratto collettivo, di fattispecie integranti giusta causa di licenziamento rappresenta uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale di cui all'art. 2119 c.c., ma non è vincolate per il giudice, il quale può ritenere la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o un grave comportamento del lavoratore contrario alle regole dell'etica o del comune vivere civile, ovvero, al contrario, può escludere che il contegno del lavoratore integri una giusta causa, pur essendo qualificato come tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva annullato il licenziamento intimato da Poste italiane s.p.a., in applicazione dell'art. 54, comma 6, lett. a e c, del c.c.n.l. di settore, nei confronti di un'impiegata, la quale aveva omesso la compilazione dei moduli e la rendicontazione sul sistema informativo aziendale di alcune operazioni di vendita di servizi, versando in ritardo i corrispettivi riscossi dai clienti, sul presupposto che dalle condotte della lavoratrice non era conseguito, né in concreto né potenzialmente, un pregiudizio di intensità corrispondente a quello richiesto dalla clausola collettiva quale presupposto della sanzione espulsiva.

Resta fermo - e v., al riguardo, **Sez. L, n. 14811/2020, Tria, Rv. 658485-03** - che nell'ipotesi in cui un comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia configurato dal contratto collettivo come infrazione disciplinare cui consegua una sanzione conservativa, il giudice non può

discostarsi da tale previsione (trattandosi di condizione di maggior favore fatta espressamente salva dall'art. 12 della l. n. 604 del 1966), a meno che non accerti che le parti non avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità della sanzione espulsiva. (Nella specie, la S.C. ha confermato il licenziamento irrogato ad un dirigente per molestie sessuali, perché non sussumibili, stante la gravità del comportamento posto in essere con abuso di qualità, nelle previsioni contrattuali che disponevano la misura conservativa per i meri atti di molestia, anche sessuale).

In virtù del predetto principio, **Sez. L, n. 08621/2020, Boghetich, Rv. 657667-01,** ha confermato la sentenza di merito che, nell'escludere che l'omessa comunicazione, da parte del responsabile di un reparto, della sistematica manomissione dei dispositivi di rallentamento della velocità dei carrelli potesse rientrare nel campo di applicazione dell'art. 69 del c.c.n.l. Industria Alimentare - alla cui stregua è punita con sanzione conservativa la mancata tempestiva comunicazione al superiore dell'esistenza di guasti o irregolarità di funzionamento dei macchinari -, vi aveva ravvisato il medesimo grave disvalore dell'ipotesi, esemplificata nel citato c.c.n.l., di "danneggiamento volontario o messa fuori opera di dispositivi antinfortunistici", sanzionato con il licenziamento senza preavviso.

Sul delicato tema delle modalità di acquisizione della prova circa l'inadempimento del lavoratore, **Sez. L, n. 11697/2020, Piccone, Rv. 657976-01,** ha evidenzato che, in tema di licenziamento per giusta causa, le disposizioni dell'art. 5 st.lav., che vietano al datore di lavoro di svolgere accertamenti sulle infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente e lo autorizzano a effettuare il controllo delle assenze per infermità solo attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, non precludono al datore medesimo di procedere, al di fuori delle verifiche di tipo sanitario, ad accertamenti di circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la non idoneità di quest'ultima a determinare uno stato d'incapacità lavorativa rilevante e, quindi, a giustificare l'assenza.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore che, all'esito di un'indagine demandata dal datore di lavoro a un'agenzia investigativa, risultava aver svolto con assiduità, durante il periodo di riposo per malattia, attività sportiva e ludica attestante l'intervenuta guarigione non comunicata al datore.

Quanto ai rapporti tra procedimento penale e processo di impugnativa del licenziamento, **Sez. L, n. 17221/2020, Spena, Rv. 658537-01,** ha affermato che la sentenza penale di assoluzione per gli stessi fatti posti a base del licenziamento non ha efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare, quando la formula assolutoria adottata è "perché il fatto non costituisce reato", in quanto, ai sensi dell'art. 653 c.p.p., tale efficacia opera solo quando l'accertamento sia relativo alla insussistenza del fatto,

alla mancata commissione dello stesso da parte dell'imputato o alla mancata rilevanza penale dell'illecito.

2.3. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Nel corrente anno sono state riaffermate le scelte interpretative compiute in passato sulle centrali questioni concernenti, da un lato, i requisiti integranti la fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, dall'altro, l'onere della prova del *repechage*.

Quanto al primo profilo, cui inerisce anche l'accertamento della riorganizzazione e del nesso causale, **Sez. L, n. 15400/2020, Patti, Rv. 658488-01,** ha ribadito, in conformità ad un indirizzo che può dirsi oramai acquisito, che l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare, essendo sufficiente che la scelta imprenditoriale abbia comportato la soppressione del posto di lavoro e che le ragioni addotte dal datore di lavoro a sostegno della modifica organizzativa da lui attuata abbiano inciso, in termini di causa efficiente, sulla posizione lavorativa ricoperta dal lavoratore licenziato; il licenziamento risulterà ingiustificato, per la mancanza di veridicità o la pretestuosità della causale addotta, in presenza dell'accertamento in concreto dell'inesistenza di dette ragioni, cui il giudice sia pervenuto senza però attribuire rilievo all'assenza di effettive motivazioni economiche, perché ciò integrerebbe una insindacabile valutazione di scelte imprenditoriali, che si pone in violazione dell'art. 41 Cost.

In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che - in relazione a vicenda in cui era stata accertata l'effettiva soppressione della posizione della lavoratrice licenziata e la sua diretta dipendenza causale dalla ragione riorganizzativa aziendale - aveva ritenuto non giustificato il licenziamento, dando peso al non dimostrato squilibrio tra costi di gestione e margini di competitività dell'impresa e alla mancanza di allegazione della variabile di incidenza dei costi e degli effetti sulla redditività nel mercato, oltre che alla "insostenibilità economica di un organico composto da due ulteriori unità".

In senso analogo, **Sez. L, n. 15401/2020, Patti, Rv. 658574-01,** con riguardo ad una fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da soppressione della posizione lavorativa per esternalizzazione dell'attività, ha evidenziato che è sufficiente, per la legittimità del recesso, l'effettività della scelta imprenditoriale - che la predetta soppressione abbia comportato -, la quale non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità, in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per effetto della

soppressione del posto derivante da una riorganizzazione fondata sulla esternalizzazione dell'attività di gestione e manutenzione del parco automezzi della società datrice).

Sulla rilevanza delle finalità perseguite dal datore mediante il riassetto organizzativo, è stato precisato, con una significativa pronunzia - v. **Sez. L, n. 03819/2020, Cinque, Rv. 656925-01** - che il riscontro di effettività deve concernere la sola scelta aziendale di sopprimere il posto di lavoro occupato dal lavoratore medesimo e la verifica del nesso causale tra soppressione del posto e le ragioni dell'organizzazione aziendale addotte a sostegno del recesso, essendo irrilevante l'obiettivo perseguito dall'imprenditore (consista esso in una migliore efficienza, in un incremento della produttività, ovvero nella necessità di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli o a spese straordinarie), a meno che l'obiettivo in questione, posto esclusivamente a base della causale addotta come causa diretta del recesso, si riveli pretestuoso e carente di veridicità.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che, con riferimento al licenziamento intimato ad un lavoratore per effetto di una redistribuzione delle mansioni, aveva ritenuto che andasse provata non la effettività della riorganizzazione, bensì l'andamento economico negativo - dedotto dal datore a fondamento della predetta riorganizzazione soltanto in sede di comparizione per l'espletamento del tentativo di conciliazione - che aveva imposto la riduzione dei costi e la rimodulazione dell'organizzazione del lavoro.

Quanto all'altro profilo sopra richiamato - concernente l'onere probatorio in tema di *repechage* - **Sez. L, n. 15401/2020, Patti, Rv. 658574-02,** ha puntualizzato che, sebbene non sussista un onere del lavoratore di indicare quali siano al momento del recesso i posti esistenti in azienda ai fini del *repêchage*, ove il lavoratore medesimo, in un contesto di accertata e grave crisi economica ed organizzativa dell'impresa, indichi le posizioni lavorative a suo avviso disponibili e queste risultino insussistenti, tale verifica ben può essere utilizzata dal giudice al fine di escludere la possibilità del predetto *repêchage.* (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la possibilità di un reimpiego del lavoratore in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, per avere ciò verificato anche mediante la ravvisata insussistenza delle posizioni lavorative indicate dal lavoratore medesimo come disponibili).

Sulla questione della scelta dei dipendenti da licenziare, **Sez. L, n. 16856/2020, Boghetich, Rv. 658582-01,** ha affermato che se il motivo di licenziamento consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente (o dei dipendenti) da licenziare per il datore di lavoro non è totalmente libera ma comunque limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c., potendo farsi riferimento, a tal fine, ai criteri

di cui all'art. 5 della l. n. 223 del 1991, quali standard particolarmente idonei a consentire al datore di lavoro di esercitare il suo potere selettivo coerentemente con gli interessi del lavoratore e con quello aziendale. (Nella specie, relativa a recesso intimato ex art. 2 del d.m. 21 aprile 2011, previsto nell'ipotesi di cessione degli impianti di distribuzione del gas ad altra impresa e passaggio diretto alle dipendenze della subentrante, il licenziamento è stato ritenuto illegittimo per violazione dei criteri di scelta tra più lavoratori appartenenti alla "quota parte del personale adibiti).

2.4. Il licenziamento nullo per frode alla legge.

Con una rilevante pronunzia, **Sez. L, n. 29007/2020, Lorito, Rv. 659806-01,** ha affermato che ove l'azienda avvii la procedura di riduzione del personale presso una unità produttiva pochi giorni dopo il trasferimento presso di essa di un lavoratore reintegrato in via giudiziale, in precedenza adibito a una diversa sede, è configurabile la nullità del licenziamento di tale lavoratore per frode alla legge, restando irrilevante che questi non abbia impugnato il trasferimento nel termine di decadenza introdotto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010, atteso che l'assegnazione alla nuova sede è solo una parte della fattispecie complessa fraudolenta, che si completa con l'atto finale di licenziamento, la cui tempestiva impugnazione esonera quindi il lavoratore dalla necessità di contestare anche la legittimità del provvedimento emanato dal datore nell'esercizio dello "ius variandi".

2.5. Il licenziamento del dirigente.

Con riferimento a vicenda peculiare, **Sez. L, n. 17159/2020, Pagetta, Rv. 658829-01,** ha affermato che il dirigente licenziato a seguito di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ai fini del conseguimento dell'indennità supplementare prevista dall'art. 27 dell'Accordo interconfederale del 27 aprile 1995, è tenuto a provare che il recesso datoriale ha avuto causa concreta nella situazione di crisi aziendale, e non anche la circostanza della propria mancata riassunzione, o quanto meno del proprio stato di disoccupazione, costituendo la mancata ricollocazione materia di eccezione della procedura.

2.6. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.

Sez. L, n. 18662/2020, Lorito, Rv. 658843-01, ha riaffermato (in conformità a Sez. L, n. 13181/2018, F. Amendola, Rv. 648984-01) che la possibilità del recesso "ad nutum", con sottrazione del datore all'applicabilità del regime dell'art. 18 st.lav., è condizionata non alla mera maturazione dei requisiti anagrafici e contributivi idonei

per la pensione di vecchiaia, ma al momento in cui la prestazione previdenziale è giuridicamente conseguibile dall'interessato, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. nella l. n. 122 del 2010.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che, con riguardo a un lavoratore che aveva maturato i requisiti per la pensione di vecchiaia il 1° aprile 2011, aveva considerato legittimo il recesso del datore di lavoro con decorrenza da tale data, anziché dopo dodici mesi dalla stessa, secondo quanto disposto dall'art. 12 del d.l. n. 78 del 2010.

2.7. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze.

In materia, occorre preliminarmente far rinvio alla importante pronunzia del Giudice delle leggi, concernente il "secondo termine di decadenza", richiamata nel § 2.

Va poi in questa sede segnalata **Sez. L, n. 00148/2020, Blasutto, Rv. 656528-01**, ove è stato precisato che, in tema di licenziamento dei dirigenti, i termini di decadenza ed inefficacia dell'impugnazione stabiliti dall'art. 6 della l. n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010, non si applicano alle ipotesi di ingiustificatezza convenzionale del recesso, cui consegue la tutela meramente risarcitoria dell'indennità supplementare, secondo un'interpretazione doverosamente restrittiva - trattandosi di norme in materia di decadenza - del concetto di "invalidità" di cui all'art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010, da intendere quale vizio suscettibile di determinare la demolizione del negozio e dei suoi effetti solutori, come previsto per le ipotesi sanzionate dall'art. 18, comma 1, st.lav. novellato dalla l. n. 92 del 2012.

2.8. Applicazioni della legge "Fornero".

Le questioni innescate dalla riforma del 2012 hanno, nel corrente anno, trovato pressoché definitiva soluzione.

Con riguardo al licenziamento disciplinare, **Sez. L, n. 17492/2020, Buffa, Rv. 658585-01,** ha evidenziato che nella nuova disciplina prevista dall'art. 18 st.lav. riformulato, il giudice deve preliminarmente accertare se ricorrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, quali presupposti condizionanti la legittimità del recesso secondo previsioni legali non modificate dalla riforma e, solo ove ravvisi la mancanza della causa giustificativa, deve provvedere a selezionare la tutela applicabile ed in particolare se si tratti di quella generale ex comma 5 ovvero quella ex comma 4, operante nei soli casi ivi previsti. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva riconosciuto la tutela reintegratoria attenuata senza valutare se l'illecito contestato - concernente ammanchi

di cassa commessi dal dipendente di un istituto di credito - giustificasse il licenziamento, anche in base al grado di negazione dei doveri di fedeltà e diligenza e al livello di scostamento dalle regole aziendali interne, arrestando la propria indagine a generiche valutazioni del regolamento disciplinare).

Sulla nozione di "insussistenza del fatto contestato", **Sez. L, n. 03076/2020, Cinque, Rv. 656923-01,** ha affermato che la tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, st.lav. novellato, applicabile ove sia ravvisata l'"insussistenza del fatto contestato", comprende l'ipotesi di assenza ontologica del fatto e quella di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ma non già il difetto degli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo (cd. fatto "giuridico"), in quanto, nel sistema della l. n. 92 del 2012, il giudice deve in primo luogo accertare se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, e, nel caso in cui escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, deve poi svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza o meno delle condizioni normativamente previste per l'accesso alla tutela reintegratoria.

Nella specie, con la sentenza impugnata, ritenuto illegittimo il licenziamento intimato ad un dipendente che aveva riportato sentenza di applicazione della pena ex art 444 c.p.p. per fatti non compiuti in connessione con il rapporto di lavoro, era stata applicata la tutela reintegratoria attenuata; la S.C., nel cassare la predetta sentenza, ha affermato che la Corte territoriale, una volta esclusa la giusta causa del licenziamento, avrebbe dovuto valutare se il fatto addebitato, sussistente nella sua materialità, presentasse o meno il carattere di illiceità richiesto dal citato art. 18, comma 4, della l. n. 300 del 1970, ovvero se la fattispecie ricadesse nell'ambito operativo delle "altre ipotesi" di cui all'art. 18, comma 5, della predetta legge.

La tutela reintegratoria cd. "attenuata" va riconosciuta anche ove difetti la contestazione disciplinare; sul punto, **Sez. L, n. 04879/2020, Arienzo, Rv. 656935-01,** ha ribadito, in conformità ad un indirizzo che va consolidandosi, che il radicale difetto di contestazione dell'infrazione determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria, di cui al comma 4 dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, richiamata dal comma 6 del predetto articolo per il caso di difetto assoluto di giustificazione del provvedimento espulsivo, tale dovendosi ritenere un licenziamento disciplinare adottato senza alcuna contestazione di addebito.

Invece, la violazione del termine a difesa di cinque giorni tra la contestazione dell'addebito e la sanzione, integra una violazione di natura procedurale ex art. 7 st. lav. e rende operativa la tutela prevista dal successivo art. 18, comma 6, quale modificato dalla l. n. 92 del 2012, non sussistendo alcuna lesione delle esigenze

difensive del lavoratore in vista del processo (così **Sez. L, n. 18136/2020, Ciriello, Rv. 658591-01**).

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, **Sez. L, n. 02366/2020, F. Amendola, Rv. 656697-01,** ha riaffermato, sulla scorta di precedenti conformi, che ove il giudice accerti il requisito della "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento", previsto dall'art. 18, comma 7, st.lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012, può scegliere di applicare la tutela reintegratoria di cui al comma 4 del medesimo art. 18, salvo che, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e dunque eccessivamente oneroso per il datore di lavoro. L'esercizio di detto "potere discrezionale del giudice", commisurato al principio della "eccessiva onerosità", si sottrae al sindacato di legittimità, ove sorretto da motivazione plausibile. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto sufficientemente motivata la sentenza di merito in cui si era fatto ricorso alla tutela reintegratoria, stante le grandi dimensioni dell'azienda multinazionale, "in assenza di ulteriori elementi che evidenzino una situazione di difficoltà logistica, organizzativa o economica").

Quanto, infine, alla procedura di conciliazione ex art. 7 della l. n. 604 del 1966 - come modificato dalla l. n. 92 del 2012 -, **Sez. L, n. 22212/2020, Lorito, Rv. 659056-01,** ha evidenziato che il termine di sette giorni di cui al comma 3 del citato art. 7, entro il quale la DTL deve trasmettere al datore di lavoro e al lavoratore la convocazione per l'incontro innanzi alla commissione provinciale di conciliazione, si intende rispettato, secondo un'interpretazione letterale della disposizione, con l'invio di detta convocazione; ne consegue l'illegittimità per violazione procedurale del licenziamento intimato quando la convocazione in questione sia stata inviata entro il predetto termine, ancorché essa sia stata ricevuta dal datore di lavoro oltre il richiamato limite temporale.

2.9. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015.

Con una significativa pronunzia, **Sez. L, n. 00823/2020, Patti, Rv. 656596-01,** ha precisato che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, si interpreta nel senso che il regime del cd. "contratto a tutele crescenti" si applica ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del suddetto decreto) nelle ipotesi in cui gli effetti della conversione del rapporto - a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato - si producano con decorrenza successiva alla predetta data, mentre risulta irrilevante l'epoca della pronuncia giudiziale di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, posto che quest'ultima, avendo efficacia meramente dichiarativa, opera con effetto "ex tunc" dalla illegittima stipulazione del contratto.

Per una opportuna e sintetica disamina della pronuncia in questione v. il par. 3.3., capitolo XVIII, di questa Sezione.

2.10. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel caso di un sopravvenuto mutamento della situazione organizzativa e patrimoniale dell'azienda, tale da non consentire la prosecuzione dell'attività, il giudice che accerti l'illegittimità del recesso non può - per **Sez. L, n. 01888/2020, Blasutto, Rv. 656694-02** - disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ma deve limitarsi ad accogliere la domanda di risarcimento del danno, con riguardo al periodo compreso tra la data del licenziamento e quella della sopravvenuta causa di risoluzione del rapporto, costituendo la sopraggiunta impossibilità totale della prestazione una vera e propria causa impeditiva dell'ordine di reintegrazione e della tutela ripristinatoria apprestata dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970, che preclude al lavoratore illegittimamente licenziato la possibilità di ottenere - sia pure per equivalente, con la corresponsione delle retribuzioni - il soddisfacimento del suo diritto alla continuazione del rapporto.

Quanto al profilo dell'*aliunde perceptum*, **Sez. L, n. 16786/2020, Arienzo, Rv. 658534-01,** ha chiarito che in caso di licenziamento illegittimo cui consegua la tutela risarcitoria di cui all'art. 18, comma 5, st.lav. riformulato non trova applicazione la detrazione dell'*aliunde perceptum*, in quanto tale ipotesi, a differenza di quella contemplata dal precedente comma 4, comporta comunque la cessazione del rapporto con effetto dalla data del recesso, sicché la corresponsione di un'indennità omnicomprensiva, che già tenga conto anche delle condizioni delle parti (e quindi presumibilmente pure della eventuale situazione lavorativa del dipendente dal punto di vista della collaborazione eventualmente prestata per la riduzione del danno), non può assumere caratteristiche analoghe a quelle che caratterizzano la fattispecie ex comma 4, rispecchiando, dunque, la diversità delle situazioni, in una prospettiva sistematica di unitaria e coerente disciplina delle conseguenze sanzionatorie, la mancata espressa previsione, nel comma 5, del principio della detrazione dell'"aliunde" di cui al comma 4.

Con riguardo alla retribuzione globale di fatto ex art. 18 st.lav., **Sez. L, n. 27750/2020, Leo, Rv. 659800-01,** ha puntualizzato che la stessa deve essere commisurata a quella che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato, ad eccezione dei compensi eventuali e di cui non sia certa la percezione, nonché di quelli legati a particolari modalità di svolgimento della prestazione ed aventi normalmente carattere occasionale o eccezionale.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva escluso dalla base di calcolo della retribuzione variabile il premio per gli incentivi alla vendita con

riferimento al periodo in cui il lavoratore era stato impossibilitato a raggiungere gli obiettivi, pur conseguiti negli anni precedenti, in ragione del licenziamento poi dichiarato illegittimo.

Ai fini della quantificazione della posta risarcitoria derivante dall'accertata illegittimità del licenziamento rileva il profilo della sussistenza, o meno, del dolo o della colpa connessi all'iniziativa datoriale; al riguardo, **Sez. L, n. 00822/2020, Raimondi, Rv. 656601-01,** ha affermato che ai fini dell'accertamento dell'idoneità al servizio del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, il parere della commissione medica di cui all'art. 6, all. A, del d.m. n. 88 del 1999, non è vincolante per il giudice di merito, che ha il potere di sindacare l'attendibilità degli esami sanitari effettuati dalla commissione in sede di impugnazione del licenziamento disposto in esito al predetto accertamento. Ne consegue che il datore di lavoro che abbia optato per il licenziamento si accolla il rischio della diversa valutazione giudiziale, ma, in tal caso, per il carattere cogente della normativa speciale prevista in materia (quanto all'organo deputato agli accertamenti ed alla relativa procedura), il risarcimento sarà contenuto nella misura minima di cinque mensilità della retribuzione globale di fatto ex art. 18 st.lav., non essendo il licenziamento imputabile al datore a titolo di dolo o colpa.

3. Licenziamenti collettivi.

Come anticipato, il blocco sui licenziamenti ha interessato, mediante i provvedimenti già menzionati al precedente § 2, anche le procedure di mobilità.

Con l'ultimo intervento - v. l'art. 1, commi 309 e 311, della l. 30 dicembre 2020, n. 178 - è previsto che fino al 31 marzo 2021 resta precluso, salva la ricorrenza delle ipotesi di esclusione menzionate al § 2, l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della l. 23 luglio 1991, n. 223, e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto.

Sono tre le pronunzie meritevoli di segnalazione emesse dalla S.C. nel corso dell'anno in materia.

Sulla delicata tematica dei criteri di scelta, **Sez. L, n. 00118/2020, Cinque, Rv. 656481-01,** ha puntualizzato che tra imprenditore e sindacati può intercorrere un accordo per la determinazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in adempimento della funzione regolamentare delegata dall'art. 5 della l. n. 223 del 1991, stabilendo criteri anche difformi da quelli legali, purché rispondenti a requisiti di obiettività, razionalità e non discriminazione. (Fattispecie in cui l'accordo raggiunto

non è stato ritenuto conforme ai predetti requisiti perché individuava nell'unico addetto al reparto soppresso dall'imprenditore il lavoratore da licenziare, senza tenere conto delle molteplici professionalità documentate del dipendente, risultando così omessa ogni comparazione con gli addetti agli altri reparti rimasti in funzione).

Sempre in tema, **Sez. L, n. 00808/2020, Spena, Rv. 656531-01,** ha chiarito che la gestione procedimentalizzata ha lo scopo di realizzare l'effettivo coinvolgimento del sindacato nelle scelte organizzative dell'impresa vincolando l'imprenditore al loro rispetto anche dopo la chiusura della procedura; ne deriva che non è consentito al datore di lavoro di tornare sulle scelte compiute quanto al numero, alla collocazione aziendale ed ai profili professionali dei lavoratori in esubero, ovvero ai criteri di scelta dei singoli lavoratori da estromettere, attraverso ulteriori e successivi licenziamenti individuali la cui legittimità è subordinata alla individuazione di situazioni di fatto diverse da quelle poste a base del licenziamento collettivo. (Fattispecie in cui è stata confermata la decisione di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento individuale intimato sulla base delle medesime ragioni poste a fondamento del licenziamento collettivo).

Infine, **Sez. L, n. 05240/2020, Cinque, Rv. 656942-01,** ha precisato che in tema di licenziamento collettivo per cessazione dell'attività d'impresa, l'art. 24, comma 1, della l. n. 223 del 1991, a cui rinvia il comma 2 della stessa norma, nel richiedere, ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, che le imprese "occupino più di quindici dipendenti", deve essere interpretato nel senso che il requisito dimensionale ivi previsto va verificato non già in riferimento al momento della cessazione dell'attività e dei licenziamenti, ma con riguardo all'occupazione media dell'ultimo semestre, in analogia con quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della medesima legge ai fini dell'intervento della cassa guadagni straordinaria.

SEZIONE SECONDA
IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

(DI GIOVANNI MARIA ARMONE E LUIGI DI PAOLA)[1]

SOMMARIO: 1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio. - 2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni. - 3. Retribuzione e altri trattamenti economici. - 4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni. - 5. Vicende del rapporto. - 6. Mobilità. - 7. Illeciti disciplinari: questioni procedimentali e sostanziali. - 8. La cessazione del rapporto di lavoro. - 9. La dirigenza.

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio.

Come già accaduto con la precedente edizione della Rassegna, anche per il 2020 le decisioni in materia di pubblico impiego privatizzato saranno analizzate seguendo gli sviluppi del rapporto lavorativo, dal momento costitutivo alla sua cessazione, passando per i diritti retributivi, le diverse vicende modificative, la materia disciplinare.

Un paragrafo *ad hoc* sarà dedicato alla dirigenza, mentre, per le decisioni in tema di giurisdizione nel pubblico impiego, nonché per quelle sul lavoro flessibile e a termine si fa rinvio rispettivamente ai capitoli II, IV e XVII del Volume III (giurisdizione) e al capitolo XVIII del Volume I (lavoro flessibile), dove formano oggetto di una trattazione apposita.

[1] Giovanni Maria Armone ha redatto i paragrafi 1, 2, 7, 9, Luigi Di Paola i paragrafi 3, 4, 5, 6, 8.

2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni.

L'analisi delle decisioni sulla fase di costituzione del rapporto di impiego pubblico non può che prendere le mosse da quelle che ruotano intorno al principio che l'art. 97, comma 4, Cost., pone per l'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni, ossia la regola dell'accesso mediante concorso.

Sez. L, n. 26838/2020, Spena, Rv. 659631-01, ha ribadito la ricostruzione della posizione delle parti nel momento successivo all'approvazione della graduatoria, per come si è andata consolidando nella giurisprudenza di legittimità. Il bando di concorso ha la duplice natura di provvedimento amministrativo e di offerta al pubblico negoziale ai sensi dell'art. 1336 c.c., vincolante nei confronti dei partecipanti al concorso. Ne consegue che la posizione del vincitore, o del secondo classificato in caso di annullamento della nomina del primo da parte del giudice amministrativo, è di diritto soggettivo alla costituzione del rapporto, indipendentemente dalla nomina formale.

La Corte ha aggiunto che non può pertanto parlarsi di vero e proprio scorrimento discrezionale della graduatoria e che tale diritto è destinato a venir meno solo in caso di *ius superveniens* che incida sull'assetto organizzativo dell'ente pubblico; deve trattarsi però non di una modifica organizzativa limitata alle modalità di nomina in una posizione lavorativa comunque esistente in organico e disponibile, modifica che non può essere pertanto opposta a chi ha già acquisito il diritto all'assunzione, sulla base della graduatoria concorsuale approvata nel rispetto delle precedenti e legittime modalità di immissione in ruolo.

Alle stesse conclusioni deve giungersi quando il reclutamento riguardi il personale delle società cd. *in house* e, ai sensi dell'art. 18, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008, ci si sia avvalsi di una procedura di selezione dei candidati secondo le modalità di svolgimento delle prove di idoneità contenute in un pubblico avviso. Anche in questo caso (**Sez. L, n. 00983/2020, Marotta, Rv. 656534-01**), le prescrizioni del bando configurano un'offerta al pubblico a termini dell'art. 1336 c.c., sono intangibili e non possono essere modificate o integrate una volta intervenuta l'accettazione e comunque in epoca successiva all'inizio del percorso di selezione (nella specie, la Corte ha ritenuto illegittima l'integrazione del bando originariamente pubblicato con la previsione di un'ulteriore prova - un colloquio psicoattitudinale - idonea a modificare le risultanze della graduatoria ai fini dell'assunzione).

Di scorrimento delle graduatorie in senso proprio si è occupata **Sez. L, n. 02316/2020, Di Paolantonio, Rv. 656769-01**, in una pronuncia assai articolata.

La sentenza ha anzitutto stabilito che lo scorrimento costituisce modalità prioritaria di reclutamento del personale della P.A., ma è precluso in caso di nuova istituzione o di trasformazione di posti non previsti dalla dotazione organica adottata al momento della indizione della procedura concorsuale; in caso di deliberato aumento del fabbisogno di personale il divieto, di cui all'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, resta limitato alle posizioni aggiuntive, e non si estende a quelle già previste nella precedente dotazione organica, divenute vacanti.

La proroga dei termini di validità delle graduatorie concorsuali, prevista dall'art. 1, comma 100, della l. n. 311 del 2004 e, successivamente, dall'art. 1, comma 536, della l. n. 296 del 2006, e dall'art. 5, comma 1, del d.l. n. 207 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 14 del 2009, si riferisce a tutte le graduatorie approvate successivamente al 1° gennaio 1999, comprese quelle relative a procedure concorsuali ancora pendenti alla data di pubblicazione del richiamato art. 1, comma 100, della l. n. 311 del 2004, e si applica anche alle amministrazioni che abbiano rispettato il patto di stabilità, dal momento che, in tal caso, pur non essendo configurabile un divieto di nuove assunzioni, sussistono comunque limitazioni all'instaurazione di nuovi rapporti.

Infine, la Corte ha precisato che, qualora il contratto di lavoro sia nullo per violazione di norma imperativa, il dipendente non può far valere l'affidamento riposto sulla legittimità dell'assunzione per fondare una domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, ma può esercitare l'azione risarcitoria ex art. 1338 c.c., con onere della prova a suo carico del pregiudizio subito, al fine di ottenere il risarcimento del danno rappresentato dalle spese sostenute e dal mancato guadagno derivante dalla perdita di altra occupazione o di altre occasioni di lavoro; in tal caso, la responsabilità della pubblica amministrazione è esclusa laddove la nullità del contratto di impiego dipenda dalla violazione di norme imperative concernenti i requisiti di validità delle assunzioni, che si presumono conosciute dalla generalità dei cittadini, purché le circostanze di fatto dalle quali dipende l'invalidità dell'assunzione fossero conosciute o conoscibili mediante l'uso della normale diligenza.

La riaffermazione dell'assenza di discrezionalità in questa fase è stata operata anche da **Sez. L, n. 12368/2020, Tria, Rv. 658334-01**, in un caso in cui il vincitore di un concorso bandito da un piccolo comune non soggetto al patto di stabilità interno, pur posizionatosi al primo posto della relativa graduatoria finale, non era stato assunto in servizio. Il giudice di merito, pur stimando illegittimo il contegno tenuto dall'ente, in considerazione dell'assenza di impedimenti dovuti ad impossibilità sopravvenuta o a circostanze indipendenti dalla volontà della P.A., si era limitato a condannare il Comune al risarcimento del danno. La Corte ha accolto il ricorso incidentale dell'aspirante, osservando come non ci si trovi di fronte a provvedimenti discrezionali della P.A., ma ad atti negoziali, relativi alla fase della

gestione del rapporto di lavoro, cui si correlano diritti soggettivi, rientranti pertanto nel campo di applicazione dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, in virtù del quale al giudice ordinario è consentito adottare una sentenza di condanna della P.A. all'assunzione dell'interessato.

Altre sentenze si sono poi soffermate sui requisiti soggettivi per l'accesso all'impiego pubblico.

Sez. L, n. 19617/2020, Torrice, Rv. 658910-01, ha chiarito che il riferimento al requisito della laurea o del diploma di laurea, contenuto nelle disposizioni di legge che disciplinano i meccanismi di reclutamento, selezione, progressione e riqualificazione professionale dei dipendenti pubblici, deve intendersi effettuato alla cd. "laurea triennale", conformemente alla *ratio* ispiratrice della disciplina di riforma dell'ordinamento didattico universitario, tesa a consentire ai cittadini italiani di completare il percorso formativo universitario con un anno di anticipo rispetto al precedente ordinamento didattico.

Sez. L, n. 22673/2020, Di Paolantonio, Rv. 659259-01, si è invece espressa sul significato dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 nella parte in cui prevede la decadenza del dichiarante "dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera". La S.C. ha puntualizzato che tale fattispecie si verifica ogniqualvolta, in assenza della falsa dichiarazione, l'impiego non sarebbe stato ottenuto, ossia nei casi in cui l'inclusione nella graduatoria concorsuale o selettiva sia diretta conseguenza del mendacio; ne consegue che la decadenza in questione - risolvendosi in un vizio genetico del contratto, ossia nella nullità dello stesso - va apprezzata in termini di rifiuto dell'amministrazione di continuare a dare esecuzione al rapporto di lavoro, del quale, pertanto, non si potrà tener conto ai fini di successive assunzioni o avanzamenti di carriera (si trattava di una fattispecie in cui il giudice di merito aveva ritenuto che l'accertamento della falsità ideologica dell'autocertificazione, attestante la esistenza del titolo necessario alla inclusione della lavoratrice nelle graduatorie per il personale A.T.A. relative al triennio 2005/2008, non si riverberasse anche sulla procedura inerente le graduatorie per il successivo triennio 2008/2011; la S.C., nel cassare la predetta sentenza, ha affermato che i rapporti di lavoro svoltisi nella vigenza della graduatoria nella quale la lavoratrice era stata inclusa solo grazie alla dichiarazione mendace non potessero essere in alcun modo valutati ai fini dell'attribuzione dei punteggi).

Una questione specifica è poi quella vagliata da Sez. L, n. 25397/2020, Marotta, Rv. 659593-01. L'art. 24 del c.c.n.i. del personale non dirigenziale del Ministero della giustizia relativo al quadriennio 2006/2009 prevede il divieto di partecipazione alle procedure concorsuali per i dipendenti che "abbiano riportato" una determinata sanzione disciplinare. La Corte ha chiarito che essa va interpretata nel senso di richiedere che la sanzione sia stata non solo irrogata, ma anche definitivamente

applicata, essendo sempre possibile per l'Amministrazione, in caso di sanzione disciplinare *sub iudice*, l'ammissione con riserva alla procedura.

Quanto all'assunzione della qualifica dirigenziale presso le autorità portuali, **Sez. L, n. 21484/2020, Spena, Rv. 659051-01**, ha chiarito che, trattandosi di enti pubblici economici, essa è sottratta alla disciplina di acquisizione automatica della qualifica superiore fissata dall'art. 2103 c.c.; l'immissione nei ruoli dirigenziali, anche nel caso consegua ad una progressione verticale, è equiparabile al reclutamento esterno ed attiene alla fase della costituzione del rapporto di lavoro, retta dai principi fissati dall'art. 97 Cost.

A proposito dei lavoratori disabili, **Sez. L, n. 14790/2020, Marotta, Rv. 658183-01**, ha stabilito che, in sede di bando di concorso riservato ex art. 8 della l. n. 68 del 1999, non costituisce comportamento discriminatorio la previsione del requisito della sussistenza dello stato di disoccupazione anche al momento dell'assunzione, trattandosi di disposizione avente la finalità di tutelare, in conformità con il dettato legislativo e con i principi affermati dalla Corte di giustizia UE, il disabile disoccupato rispetto ad altro soggetto, egualmente disabile ma nelle more fuoriuscito dalla categoria dei disoccupati. Inoltre, secondo quanto affermato da **Sez. L, n. 14809/2020, Tria, Rv. 658484-01**, la situazione di invalido civile del dipendente pubblico condiziona non solo la regolarità dell'assunzione, ma anche la permanenza dell'efficacia del rapporto, fondato sul regime speciale riconosciuto ai dipendenti oggettivamente svantaggiati, anche a tutela di soggetti effettivamente invalidi e non avviati al lavoro; ne consegue che l'amministrazione può verificare la permanenza dei requisiti soggettivi che hanno imposto l'assunzione obbligatoria ogniqualvolta sospetti la mancanza (anche sopravvenuta) dei presupposti di applicabilità della disciplina. Ancora in tema di categorie protette e assunzioni, **Sez. L, n. 08261/2020, Marotta, Rv. 657618-01**, ha puntualizzato che l'orfano di caduto sul lavoro è equiparato alle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; pertanto, in una logica di interpretazione sistematica delle norme in materia, è consentita l'assunzione diretta di tale categoria di lavoratori solo per i profili professionali del personale contrattualizzato del comparto Ministeri fino all'ottavo livello retributivo ed entro il limite del dieci per cento del numero di vacanze nell'organico, mentre per le pubbliche amministrazioni diverse dai Ministeri, per il reclutamento delle qualifiche per cui non è sufficiente il solo requisito della scuola dell'obbligo, trovano applicazione le regole ordinarie di reclutamento ex art. 35, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 165 del 2001, con conseguente ricorso alla procedura concorsuale, nell'ambito della quale i soggetti protetti godono del diritto di precedenza rispetto ad ogni altra categoria e di preferenza a parità di titoli rispetto alla riserva prevista dal bando di concorso ai fini della copertura delle quote d'obbligo. Da ultimo, **Sez. L., n. 28625/2020, Marotta, Rv. 659960 - 02**, ha affrontato il tema dell'assunzione dei

disabili nella scuola, affermando che il diritto alla riserva è esercitabile - in conformità al principio della preminenza della normativa posta a tutela dell'avviamento al lavoro dei disabili - in modo assoluto e con riferimento a tutte le assunzioni per una stessa classe di concorso effettuate per un medesimo anno scolastico, a prescindere dalla retrodatazione giuridica di cui una di tali assunzioni abbia in concreto beneficiato, in quanto la retrodatazione in questione rileva ai soli fini giuridici e della anzianità.

In tema di riassorbimento di personale da un ente pubblico all'altro, si veda **Sez. L, n. 08442/2020, Spena, Rv. 657646-01**, che, a proposito di una norma regionale, intesa alla promozione di accordi con la Provincia per il trasferimento del personale dei consorzi di bonifica in esubero, ha qualificato tale norma meramente programmatica, subordinata al raggiungimento degli accordi, previa valutazione da parte degli enti interessati del fabbisogno di personale e senza alcuna previsione di deroga ai limiti derivanti dalla programmazione, dalle dotazioni organiche e dai vincoli alle assunzioni, non potendosi, pertanto, configurare in capo alla Regione alcun obbligo di riassorbimento dei lavoratori.

Per le pronunce che si sono occupate dell'accesso quale effetto della stabilizzazione di rapporti precari e delle conseguenze economico-giuridiche di tale stabilizzazione si fa rinvio al capitolo sul lavoro flessibile.

3. Retribuzione e altri trattamenti economici.

Ai sensi dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, l'attribuzione dei trattamenti economici è riservata alla contrattazione collettiva, sicché non è sufficiente a tale scopo un atto deliberativo della P.A. ma occorre, a pena di nullità, la conformità di tale atto alla contrattazione collettiva (così **Sez. L, n. 17226/2020, Di Paolantonio, Rv. 658540-01**).

Sono quindi vietati trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva che - per **Sez. L, n. 02718/2020, Di Paolantonio, Rv. 656918-01** - mantiene, tuttavia, la possibilità di prevedere differenziazioni giustificate dai diversi percorsi formativi, dalle specifiche esperienze maturate e dalle diverse carriere professionali, in applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, che va tenuto distinto dal riallineamento stipendiale soppresso dall'art. 2, comma 4, del d.l. n. 333 del 1992, conv., con modif., dalla l. n. 359 del 1992, con la conseguenza che eventuali trattamenti migliorativi individualizzati non possono estendersi all'intera categoria alla quale appartiene il dipendente che ne beneficia.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 11361/2020, Spena, Rv. 657969-01,** ha chiarito che l'attribuzione dei compensi incentivanti in favore del personale addetto agli uffici tributari dei comuni deve avvenire esclusivamente secondo i criteri stabiliti dalla

contrattazione collettiva integrativa di ente per la ripartizione e la destinazione delle risorse finanziarie, finalizzate all'incentivazione delle prestazioni del personale, atteso che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 e della sottoscrizione dei c.c.n.l. enti locali del 1° aprile 1999 e del 5 ottobre 2001, la materia è stata contrattualizzata ed è venuta meno la potestà regolamentare attribuita ai comuni dall'art. 59, comma 1, lett. p), del d.lgs. n. 446 del 1997. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, nel rigettare la domanda di compenso incentivante avanzata da un dipendente comunale addetto alle attività di definizione agevolata dei tributi locali per il periodo 2003-2007, aveva ritenuto irrilevanti le previsioni dei regolamenti adottati in epoca anteriore e successiva alla contrattualizzazione).

Quanto ai rapporti, nella materia in esame, tra contrattazione collettiva nazionale e contrattazione decentrata, **Sez. L, n. 28412/2020, Spena, Rv. 659958-01,** ha affermato, in una ipotesi particolare, che l'art. 44, comma 9, del c.c.n.l. comparto sanità del 1 settembre 1995 delega la contrattazione decentrata, in una delimitata cornice di spesa, ad estendere l'erogazione dell'indennità giornaliera di cui al precedente comma 6 agli operatori del ruolo sanitario diversi dal personale infermieristico, purché impiegati nei servizi indicati nello stesso comma 6. Pertanto, le clausole di detta contrattazione che, in difformità dalla delega, introducano nuove indennità legate a particolari condizioni di lavoro ovvero estendano l'indennità di cui al citato comma 6 al personale del ruolo sanitario operante in servizi diversi da quelli indicati nel medesimo comma, sono nulle e non possono essere applicate ai sensi dell'art. 45, comma 4, del d.lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 396 del 1997, "ratione temporis" vigente.

Le restanti pronunzie in materia hanno avuto ad oggetto il riconoscimento, o meno, in favore dei dipendenti, di singole voci retributive.

Quanto all'indennità di servizio penitenziario di cui all'art. 1 della l. n. 65 del 1983, **Sez. L, n. 06751/2020, Spena, Rv. 657429-01,** ha puntualizzato che essa compete esclusivamente ai dipendenti civili del Ministero della giustizia, di ruolo e non, che operano presso gli istituti di prevenzione e pena, come univocamente chiarisce la lettera della norma e come si giustifica in virtù del peculiare stato giuridico di detti lavoratori, sicché il mancato riconoscimento di tale emolumento ai dipendenti di altre amministrazioni - per i quali peraltro è prevista una diversa indennità, ai sensi dell'art. 2 della legge citata - non concreta alcuna disparità di trattamento. (Nella specie, la S.C. ha escluso che l'indennità di cui all'art. 1 della l. n. 65 del 1983 spetti ai docenti in servizio presso i penitenziari).

Sez. L, n. 07699/2020, Marotta, Rv. 657512-01, ha affermato che il trattamento per missione isolata fuori della sede di servizio non compete se gli spostamenti rientrano nel quadro organizzativo e funzionale dei servizi e, pertanto, diventano

contenuto normale della prestazione, come si evince dall'art. 3, lett. c) della l. n. 836 del 1973, che - espressamente - esclude il riconoscimento dell'indennità quando la missione sia svolta nella zona che non esula dall'ambito del comprensorio territoriale in cui si svolge il normale servizio per il quale il dipendente è stato assunto.

In applicazione di detto principio, in una fattispecie anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 213, della l. n. 266 de 2005, che ha soppresso l'indennità di trasferta per missioni all'interno e le indennità supplementari sui titoli di viaggio, la S.C. ha escluso potesse considerarsi svolto in missione isolata l'insegnamento presso diverse articolazioni territoriali di un centro di educazione permanente.

Con riferimento all'indennità di confine ex art. 6 della l. n. 852 del 1978, **Sez. L, n. 24783/2020, Torrice, Rv. 659443-01,** ha stabilito che costituiscono presupposti per l'erogazione dell'indennità in questione, non solo l'assegnazione ad uffici doganali ubicati sul confine, ma anche la dislocazione degli stessi in località disagiata e l'individuazione ad opera dell'amministrazione finanziaria, sentite le organizzazioni sindacali.

L'indennità integrativa speciale erogata in favore dei dipendenti delle Camere di commercio è inclusa nella base di calcolo dei fondi previdenziali di tali enti fin dalla loro istituzione, ma, a differenza dello stipendio tabellare, è soggetta a rivalutazione solo a decorrere dal 1° gennaio 2003, data iniziale di efficacia del c.c.n.l. 22 gennaio 2004 delle regioni e delle autonomie locali, applicabile anche al personale delle Camere di commercio, atteso che, fino a quella data, l'art. 1 della l. n. 72 del 1951, come interpretato autenticamente dall'art. 12, comma 15, del d.l. n. 8 del 1993, conv., con modif., dalla l. n. 68 del 1993, espressamente escludeva dalla rivalutazione ogni retribuzione accessoria diversa da quella di base e che solo con il citato c.c.n.l. l'indennità integrativa speciale è scomparsa come voce a sé stante, perdendo la sua iniziale funzione di adeguamento al costo della vita e assumendo piena natura retributiva (così **Sez. L, n. 12721/2020, Marotta, Rv. 658104-01**).

Sez. L, n. 29015/2020, Di Paolantonio, Rv. 659807-01, ha precisato che i dipendenti della Direzione Generale dell'Aviazione civile, transitati nei ruoli dell'E.N.A.C. in forza dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 250 del 1997, hanno diritto non all'indennità di anzianità prevista dall'art. 13 della l. n. 70 del 1975, bensì al trattamento di fine rapporto determinato secondo le modalità di cui alla l. n. 297 del 1982, alla luce della disposizione del comma 3 del citato art. 10, ove è stata espressamente prevista, in coerenza con l'intento del legislatore di unificare la disciplina giuridica ed economica di tutto il personale del nuovo ente, l'immediata applicazione della l. n. 297 del 1982 agli unici dipendenti - quelli provenienti dalla suddetta Direzione - per i quali, sino al momento del passaggio, era prevista l'indennità di buonuscita di cui agli artt. 3 e 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973, restando peraltro irrilevante che alla trasformazione dell'E.N.A.C. in ente pubblico

economico, ex art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 250 del 1997, non si sia fatto luogo, posto che il legislatore non ha in alcun modo condizionato l'applicazione delle norme sul trattamento di fine rapporto a tale trasformazione.

Quanto al delicato tema dell'infrazionabilità dell'anzianità di servizio, **Sez. L, n. 13615/2020, Tria, Rv. 658068-01,** ha evidenziato, con riguardo al personale dell'amministrazione degli affari esteri, che per gli impiegati assunti dagli uffici all'estero con contratto a tempo determinato regolato dalla legge locale, che successivamente optino, ai sensi dell'art. 2, comma 5, del d.lgs. n. 103 del 2000, per l'assunzione con contratto a tempo indeterminato regolato dalla legge italiana, trova applicazione il principio della infrazionabilità dell'anzianità di servizio ai fini dell'indennità di fine rapporto di cui all'art. 2120 c.c., posto che il solo mutamento del regime giuridico non esclude la continuità tra rapporti di lavoro sorti da contratti sottoposti a discipline diverse.

Sempre in tema di anzianità di servizio, **Sez. L, n. 05677/2020, Marotta, Rv. 657176-01,** ha precisato che il passaggio di un dipendente pubblico da un comparto all'altro, a seguito di concorso pubblico, non è equiparabile, ai fini della conservazione dell'anzianità di servizio, al trasferimento interno all'amministrazione, dal momento che, mentre quest'ultimo è disposto per soddisfare esigenze dell'amministrazione, nel primo caso il passaggio consegue alla libera decisione del dipendente di sottoporsi al concorso in posizione di parità con gli altri concorrenti. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva negato il riconoscimento della pregressa anzianità di servizio a una docente di scuola media, transitata nei ruoli del Conservatorio in forza di pubblico concorso).

La retribuzione contributiva, alla quale si commisura l'indennità premio di servizio per i dipendenti degli enti locali, è costituita, a norma dell'art. 4 della l. n. 152 del 1968, dai soli emolumenti testualmente menzionati dall'art. 11, comma 5, legge cit., la cui elencazione ha carattere tassativo e il cui riferimento allo "stipendio o salario" richiede - per **Sez. L, n. 27547/2020, D'Antonio, Rv. 659795-01** - un'interpretazione restrittiva, attesa la specifica ed esclusiva indicazione, quali componenti di tale voce, degli aumenti periodici della tredicesima mensilità e del valore degli assegni in natura, con la conseguenza che non rientra nel computo rilevante a tal fine la retribuzione percepita da un funzionario comunale al quale sia stato conferito, ex art. 110 del d.lgs. n. 267 del 2000, un incarico dirigenziale a tempo determinato.

Il diritto a percepire l'incentivo per la progettazione, di natura retributiva, previsto dall'art. 18 della l. n. 109 del 1994 sorge, alle condizioni previste dalla normativa vigente "ratione temporis", in conseguenza della prestazione dell'attività incentivata e nei limiti fissati dalla contrattazione decentrata e dal regolamento adottato dall'amministrazione. L'omesso avvio della procedura di liquidazione o il

mancato completamento della stessa non impedisce l'azione di adempimento, che può essere proposta dal dipendente una volta spirati i termini previsti dalla fonte regolamentare, divenendo in quel momento il credito esigibile, ai sensi degli artt. 1183 e ss. c.c., in quanto gli atti della predetta procedura non sono costitutivi del diritto, ma hanno la finalità di accertare, in funzione meramente ricognitiva, che la prestazione sia stata resa nei termini indicati dalla fonte attributiva del diritto stesso (così **Sez. L, n. 10222/2020, Di Paolantonio, Rv. 657788-01)**.

In caso di equiparazione stipendiale - riconosciuta per effetto di sentenza passata in giudicato - del personale della ex IX qualifica funzionale (ora C 3) al personale direttivo del soppresso ruolo ad esaurimento, l'equiparazione in questione non può - secondo **Sez. L, n. 02930/2020, Di Paolantonio, Rv. 656922-01** - comprendere le componenti del trattamento retributivo che presuppongono il possesso di una pregressa anzianità nella qualifica del ruolo ad esaurimento.

Con una significativa pronunzia, **Sez. L, n. 16665/2020, Bellé, Rv. 658637-01,** ha chiarito che, in caso di tardiva assunzione dovuta a provvedimento illegittimo della P.A., non sussiste il diritto del lavoratore al pagamento delle retribuzioni relative al periodo di mancato impiego che non siano state riconosciute nei successivi atti di assunzione, in quanto tali voci presuppongono l'avvenuto perfezionamento *ex tunc* del rapporto di lavoro; il lavoratore può invece agire, in ragione della violazione degli obblighi sussistenti in capo alla P.A. ed in presenza di mora della medesima, per il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c., ivi compreso, per il periodo anteriore a quello per il quale vi sia stata retrodatazione economica, il mancato guadagno da perdita delle retribuzioni fin dal momento in cui si accerti che l'assunzione fosse dovuta, detratto l'*aliunde perceptum*, qualora risulti, anche in via presuntiva, che nel periodo di ritardo nell'assunzione l'interessato sia rimasto privo di occupazione o sia stato occupato, ma a condizioni deteriori.

Sez. L, n. 03476/2020, I. Tricomi, Rv. 657168-01, ha affermato che in tema di personale dipendente degli enti locali, la disposizione con cui il datore di lavoro imponga al lavoratore la fruizione continuativa di ferie risalenti, delle quali non abbia assicurato il tempestivo godimento nell'anno di riferimento (o entro il primo semestre dell'anno successivo), è illegittima per violazione dell'art. 18, commi 9 e 12, del c.c.n.l. del 6 luglio 1995, e fa sorgere, pertanto, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, il quale non può essere sovrapposto alla (parimenti dovuta) retribuzione, anche laddove venga liquidato assumendo quest'ultima come parametro di riferimento. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di risarcimento del danno avanzata da due dipendenti comunali i quali, subito prima del collocamento a riposo, erano stati autoritativamente posti in ferie, per un periodo continuativo, rispettivamente, di circa sette e otto mesi).

E' stato chiarito - da **Sez. L, n. 11543/2020, Bellé, Rv. 657975-01** - che l'ufficio stampa delle pubbliche amministrazioni, disciplinato dalla l. n. 150 del 2000, è un'articolazione organizzativa finalizzata allo svolgimento di una attività informativa istituzionale, che si inserisce nella linea gerarchica degli enti attraverso la mediazione di un coordinatore-capo ufficio stampa e il cui personale, se non già incardinato nell'ufficio prima dell'entrata in vigore della suddetta legge, è da ricondurre, anche mediante l'individuazione di profili professionali specifici in sede di contrattazione collettiva, alla posizione di "addetto all'ufficio stampa pubblico", il quale, pur trovando nella previa necessaria iscrizione all'albo dei giornalisti un requisito fondante di professionalità, non può essere assimilato alla figura del giornalista di cui alla l. n. 69 del 1963, in quanto sottoposto a direttive e privo di quei tratti di spiccata autonomia nell'acquisizione delle notizie e nell'esercizio del diritto di critica che caratterizzano l'attività giornalistica. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva negato il trattamento economico e previdenziale di redattore capo, previsto dal c.c.n.l. giornalistico, a un dipendente della Regione Sicilia, distaccato all'ufficio stampa dell'ente dopo l'entrata in vigore della l. n. 150 del 2000, che non aveva seguito i percorsi stabilizzanti pur previsti dalla legislazione regionale).

Con riguardo al divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi, previsto dall'art. 22, comma 36, della l. n. 724 del 1994, per gli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale spettanti ai dipendenti pubblici in attività di servizio o in quiescenza, è stato precisato - da **Sez. L, n. 13624/2020, Blasutto, Rv. 658188-02** - che il divieto in questione si applica anche ai crediti risarcitori (nella specie, derivanti da omissione contributiva), trattandosi di una regola limitativa della previsione generale dell'art. 429, comma 3, c.p.c., che, nell'utilizzare la più ampia locuzione "crediti di lavoro", ha inteso riferirsi a tutti i crediti connessi al rapporto di lavoro e non soltanto a quelli strettamente retributivi.

Sez. L, n. 03913/2020, Amendola F., Rv. 656928-01 (riportata anche nel § 14, capitolo XVII, di questa Sezione), ha puntualizzato che in tema di cessione dei crediti dei lavoratori pubblici e privati, ai sensi dell'art. 52, comma 2, del d.P.R. n. 180 del 1950, come modificato dall'art. 13-*bis* del d.l. n. 35 del 2005, conv., con modif., dalla l. n. 80 del 2005, alla cessione del trattamento di fine rapporto non si applica il limite del quinto.

In materia di equo indennizzo, **Sez. L, n. 28408/2020, Marotta, Rv. 659957 - 01,** ha affermato che la domanda di revisione per aggravamento va valutata sulla base della normativa "ratione temporis" vigente al momento della domanda originaria con applicazione degli stessi criteri utilizzati per la primigenia quantificazione del beneficio, in quanto la revisione costituisce - avuto riguardo alla connessione, dal punto di vista medico, tra l'insorgenza della patologia e l'aggravamento della stessa, ed al legame esistente tra domanda di equo indennizzo ed istanza di revisione - una

fase ulteriore ed eventuale dell'unico ed originario procedimento diretto a ristorare il lavoratore delle menomazioni dell'integrità fisica dovute a causa di servizio.

E' stata giudicata - da **Sez. L, n. 10774/2020, Bellé, Rv. 657872-01** - manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che disciplinano la posizione del giudice di pace, in relazione agli artt. 3, 36 e 97 Cost., non essendo quest'ultimo equiparabile ad un pubblico dipendente, né ad un lavoratore parasubordinato, in quanto la categoria dei funzionari onorari, della quale fa parte, presuppone un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi caratterizzanti l'impiego pubblico, come l'accesso alla carica mediante concorso, l'inserimento nell'apparato amministrativo della P.A., lo svolgimento del rapporto secondo lo statuto apposito per tale impiego, il carattere retributivo del compenso e la durata potenzialmente indeterminata del rapporto. Ne consegue l'impossibilità di parificare le indennità percepite dai giudici onorari (nella specie, per reggenza su due sedi), alla retribuzione e la legittimità della fissazione di un limite massimo annuo all'emolumento, di misura tale da non potersi considerare inadeguato o irrisorio, ai sensi dell'art. 11, comma 4 ter, della l. n. 374 del 1991.

4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni.

Le pronunzie più significative emesse nel corrente anno riguardano per lo più il profilo dell'identificazione della condotta datoriale comportante il demansionamento nonché quello dell'apprezzamento circa lo svolgimento di mansioni superiori ad opera del dipendente pubblico.

Quanto al primo aspetto, **Sez. L, n. 19419/2020, Spena, Rv. 658845-01,** ha affermato che il lavoratore può essere adibito a mansioni accessorie inferiori rispetto a quelle di assegnazione, a condizione che sia garantito al lavoratore medesimo lo svolgimento, in misura prevalente e assorbente, delle mansioni proprie della categoria di appartenenza, che le mansioni accessorie non siano completamente estranee alla sua professionalità e che ricorra una obiettiva esigenza, organizzativa o di sicurezza, del datore di lavoro pubblico, restando ininfluente che la P.A., nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, non abbia provveduto alla integrale copertura degli organici per il profilo inferiore, venendo in rilievo il dovere del lavoratore di leale collaborazione nella tutela dell'interesse pubblico sotteso all'esercizio della sua attività.

In applicazione del suddetto principio, è stato escluso il demansionamento ai danni del dipendente di un'azienda sanitaria, inquadrato come operatore tecnico specializzato con mansioni di autista di ambulanza, che aveva prestato collaborazione nelle attività di soccorso del servizio 118 una volta alla settimana ed aveva coadiuvato

l'unico operatore sanitario nella preparazione della barella e nel trasporto dell'ammalato.

Con riferimento al lavoro pubblico negli enti locali, **Sez. L, n. 22405/2020, Spena, Rv. 659057-01,** ha puntualizzato che il conferimento dell'incarico di posizione organizzativa in favore di dipendente inquadrato nella posizione D3 del c.c.n.l. del 31 marzo 2009 comparto Regioni ed Autonomie locali - alla quale non può attribuirsi alcun rilievo di apicalità in termini di mansioni, differenziandosi dalle altre posizioni della categoria D, non caratterizzata dallo svolgimento di compiti di responsabilità di un servizio, solo sotto il profilo economico - non determina un mutamento di profilo professionale, bensì soltanto di funzioni, comportanti unicamente l'attribuzione di una posizione di responsabilità con correlato beneficio economico, le quali cessano alla naturale scadenza dell'incarico; ne consegue che, costituendo il rinnovo dell'incarico stesso una facoltà del datore di lavoro pubblico, il mancato esercizio della facoltà in questione - che non richiede alcuna determinazione, né motivazione - non può dar luogo a demansionamento.

Quanto al secondo aspetto, è stato precisato - da **Sez. L, n. 21485/2020, Spena, Rv. 658926-01** - che il c.c.n.l. del 1.10.2007 per il personale non dirigenziale del comparto enti pubblici non economici, di immediata efficacia, ha previsto un nuovo sistema di inquadramento nel quale tutte le mansioni all'interno della medesima area sono considerate professionalmente equivalenti e costituisce esercizio di mansioni superiori solo lo svolgimento di mansioni proprie dell'area immediatamente superiore; ai sensi del c.c.n.l. del 16.02.1999 la posizione C5 individua una posizione di mero sviluppo economico all'interno dell'area C che, pertanto, non rileva ai fini dello svolgimento di mansioni superiori.

Sez. L, n. 00813/2020, Di Paolantonio, Rv. 656532-01, ha chiarito che il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori è escluso nei periodi di sospensione dell'attività lavorativa per ferie o malattia, essendo correlato all'effettività della prestazione e dovendo essere la retribuzione commisurata alla qualità e quantità del lavoro prestato.

Con riferimento a questione peculiare, **Sez. L, n. 00814/2020, Di Paolantonio, Rv. 656595-01,** ha evidenziato che l'art. 34, comma 3, del c.c.n.l. comparto ministeri del 16 febbraio 1999 - il quale, nel determinare i criteri generali per la definizione delle procedure di selezione interna, impone di tener conto del formale conferimento di mansioni superiori - non si applica alle progressioni economiche che si svolgono all'interno delle aree di inquadramento, disciplinate queste ultime dagli artt. 17, comma 2, e 15, lett. b, del medesimo c.c.n.l., che non menzionano, tra gli elementi da valorizzare ai fini dell'attribuzione della posizione economica, l'esercizio di mansioni superiori; la distinzione fra le procedure risulta confermata anche dall'art. 20 del c.c.n.l. che, nel disciplinare le relazioni sindacali con riferimento al sistema

classificatorio, rimette alla contrattazione integrativa la "determinazione dei criteri generali per la definizione delle procedure per le selezioni di cui all'art. 15, lett. B)" (art. 20 lett. a), mentre prevede solo un obbligo di informazione preventiva e di concertazione quanto alla "determinazione dei criteri generali per la definizione delle procedure di selezione interna di cui al medesimo art. 15, lett. A)" (art. 20 lett. b).

In relazione alla questione dell'inquadramento nell'ISPESL del personale proveniente dall'ENPI, ai sensi del regolamento adottato con d.m. 10 febbraio 1988, in esecuzione dell'art. 23 del d.P.R. n. 619 del 1980, **Sez. L, n. 15931/2020, Bellé, Rv. 658493-01,** ha affermato che l'anzianità di qualifica rileva nella sua integralità ai soli fini dell'inquadramento nelle diverse carriere direttive, mentre ai fini delle successive promozioni opera l'abbattimento di un terzo dell'anzianità, previsto dall'art. 36, punto IV, del citato regolamento, mediante il richiamo all'art. 22 del d.P.R. n. 568 del 1987.

5. Vicende del rapporto.

Sez. L, n. 06637/2020, Bellé, Rv. 657432-01, ha affermato che, in tema di pubblico impiego contrattualizzato, l'autorizzazione allo svolgimento di attività extralavorativa retribuita è necessaria anche ove il dipendente si trovi in regime di aspettativa, in quanto, da un lato, la previsione contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 non contiene una distinzione a seconda dello stato del rapporto di lavoro, e, dall'altro, la predetta aspettativa non fa cessare il rapporto stesso, sicché la persistente appartenenza del dipendente medesimo ad una pubblica amministrazione non fa venir meno i rischi di conflitto di interessi o di possibile utilizzazione di entrature che la citata previsione è preposta a prevenire.

In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva ritenuto legittima la sanzione amministrativa irrogata ad una società privata che aveva conferito incarichi di consulenza ad un dipendente pubblico, durante il periodo in cui quest'ultimo si trovava in aspettativa, senza chiedere l'autorizzazione all'amministrazione di appartenenza.

In tema di procedura di riqualificazione del personale di segreteria della giustizia amministrativa, **Sez. L, n. 13621/2020, Di Paolantonio, Rv. 658179-01,** ha evidenziato che l'art. 15, comma 1, lett. b), del c.c.n.l. per il comparto Ministeri del 16 febbraio 1999, così come l'art. 8 del c.c.n.l per il comparto Ministeri del 12 giugno 2003 (che conferma il processo di valorizzazione professionale stabilito dal precedente contratto collettivo), va integrato con le disposizioni della contrattazione integrativa (nella specie, art. 9 del c.c.i. del 2002-2005), che specificano il contenuto del criterio preferenziale previsto dalla citata contrattazione collettiva in favore dei candidati provenienti dalla posizione economica immediatamente inferiore a quella

oggetto di selezione (nel caso di specie, C2 rispetto alla posizione C3 messa a concorso), stabilendo che, al termine dei percorsi di riqualificazione, "sarà definita una graduatoria per la cui formulazione sarà considerato, in ogni caso, elemento determinante la posizione economica di provenienza", in termini di requisiti per la partecipazione al concorso e di criterio residuale di scelta in caso di parità di punteggio, senza che il personale di categoria immediatamente inferiore a quella messa a concorso (nella specie C2) sia sempre e comunque preferito a quello di categoria inferiore (nella specie C1).

In tema di progressione di carriera, **Sez. L, n. 00984/2020, Di Paolantonio, Rv. 656535-01,** ha chiarito che la natura programmatica dell'art. 15 del c.c.n.l. del 16 febbraio 1999 del comparto ministeri esclude la configurabilità di un diritto soggettivo dei dipendenti alla progressione in questione ovvero di un obbligo a carico dell'amministrazione di offrire al personale una "chance" di sviluppo della carriera, richiedendosi l'integrazione della disciplina con atti successivi, nel rispetto delle procedure previste dall'art. 20 del predetto c.c.n.l.; neppure la pubblicazione dell'avviso di selezione è suscettibile di modificare la posizione giuridica dei dipendenti ove la procedura concorsuale sia inficiata da vizi genetici (nella specie, quella avviata dal Ministero della giustizia) tali da escludere il diritto degli interessati a poterne invocare la sua conclusione.

L'assegnazione all'ufficio dell'addetto militare presso le sedi diplomatiche dell'Italia all'estero è caratterizzata dalla temporaneità dell'incarico, coessenziale all'istituto, alla "ratio" della l. n 838 del 1973 ed alla sua regolamentazione, tanto che le delibere del Comitato dei Capi di Stato Maggiore del 1999 e del 2002 - che hanno definito, in via generale ed astratta, la durata dell'assegnazione, il criterio della turnazione e dell'avvicendamento - si sono limitate ad esplicitare una regola insita nel sistema delineato dalla predetta disciplina speciale, in ragione dell'esigenza, preordinata alla tutela della sicurezza nazionale, di prevenire il rischio di radicamenti stabili a livello locale, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. in tema di trasferimento del dipendente (così **Sez. L, n. 02861/2020, Blasutto, Rv. 656919-01).**

6. Mobilità.

Sul piano generale, **Sez. L, n. 04193/2020, Marotta, Rv. 656816-01,** ha ribadito che in tema di passaggio di personale da un'amministrazione all'altra, ai dipendenti statali transitati agli enti locali in applicazione del d.lgs. n. 469 del 1997, sono garantiti la continuità giuridica del rapporto di lavoro e il mantenimento del trattamento economico per il quale, ove risulti superiore a quello spettante presso l'ente di destinazione, opera la regola del riassorbimento in occasione dei miglioramenti di

inquadramento e di trattamento economico riconosciuti per effetto del trasferimento, secondo il principio generale di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, dovendosi contemperare, in assenza di una specifica previsione normativa, il principio di irriducibilità della retribuzione, con quello di parità di trattamento dei dipendenti pubblici stabilito dall'art. 45 del medesimo d.lgs.

E' stato peraltro precisato - da **Sez. L, n. 20918/2020, Di Paolantonio, Rv. 658922-01** - che al personale trasferito ex art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, che a sua volta rinvia all'art. 2112 c.c., si applica il contratto collettivo in vigore per i dipendenti del cessionario, dal momento che la temporanea ultrattività della contrattazione collettiva applicata dal cedente, di cui al comma 3 dell'art. 2112 c.c., è limitata alla sola ipotesi in cui il cessionario non abbia recepito alcun contratto, evenienza che nell'impiego pubblico contrattualizzato è esclusa dall'operatività della disciplina di cui al citato d.lgs. n. 165.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso che per i dipendenti del Registro Italiano Dighe continuasse a trovare applicazione la contrattazione per il personale della Presidenza del Consiglio, anche dopo il loro trasferimento al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, a seguito alla soppressione dell'ente in forza dell'art. 2 del d.l. n. 262 del 2006, conv., con modif., dalla l. n. 286 del 2006.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 10210/2020, Spena, Rv. 657787-01,** ha puntualizzato che, in tema di procedure volontarie di mobilità nel pubblico impiego privatizzato, in difetto di disposizioni speciali - di legge, di regolamento o di atti amministrativi - che espressamente e specificamente definiscano un determinato trattamento retributivo come non riassorbibile o, comunque, ne prevedano la continuità indipendentemente dalle dinamiche retributive del nuovo comparto, si applica il principio generale della riassorbibilità degli assegni *ad personam* attribuiti al fine di rispettare il divieto di *reformatio in peius* del trattamento economico acquisito, argomentando dall'art. 34 del d.lgs. n.29 del 1993, come sostituito dall'art. 19 del d.lgs. n. 80 del 1998 (ora art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001), secondo le regole dettate dall'art. 2112 c.c., rese applicabili a fattispecie diversa dal trasferimento di azienda, restando irrilevante che i contratti collettivi, sia dell'ente di provenienza, sia di quello di destinazione prevedano entrambi l'inserimento nella struttura stipendiale della retribuzione individuale di anzianità (cd. RIA), dato che la continuità giuridica del rapporto implica la conservazione dell'anzianità di servizio sin dall'assunzione presso l'amministrazione di provenienza, ma con il rilievo che essa assume nella nuova organizzazione.

Con riferimento al trasferimento del lavoratore dipendente dell'Ente Poste Italiane ad una amministrazione pubblica (nella specie, Ministero dell'economia e delle finanze), presso la quale si trovava già in posizione di comando, **Sez. L, n. 09089/2020, I. Tricomi, Rv. 657669-01,** ha evidenziato che compete all'ente di

destinazione l'esatto inquadramento e la concreta disciplina dei rapporto di lavoro dei dipendenti trasferiti, dovendosi ritenere non estensibile la tabella di equiparazione allegata al d.m. del 10 luglio 1997, relativa ai dipendenti trasferiti presso il Ministero delle Poste, la cui applicazione comporterebbe l'espropriazione, in danno dell'ente, dello specifico potere di gestione del rapporto nella fase dell'inquadramento professionale, in deroga al principio generale che tale potere attribuisce al datore di lavoro pubblico nell'ambito delle specifiche previsioni di legge e dei contratti collettivi.

In vicenda particolare, **Sez. L, n. 06756/2020, Bellé, Rv. 657435-01,** ha affermato che in tema di trasferimento di personale ministeriale ad enti locali ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, ai fini dell'inquadramento del personale, trova applicazione ex art. 2112 c.c. la contrattazione collettiva dell'ente di destinazione ed il giudicato di accertamento dello svolgimento di mansioni superiori presso la precedente amministrazione ha efficacia vincolante per i periodi successivi esclusivamente se il lavoratore alleghi e provi il reiterarsi delle mansioni superiori anche in tale arco temporale, a condizione che rimanga immutata la disciplina collettiva di riferimento.

In caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati da parte di un ente pubblico, **Sez. L, n. 06290/2020, Tria, Rv. 657183-01,** ha precisato che il riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della azienda o società interessata dal processo di reinternalizzazione può avvenire mediante applicazione della disciplina generale di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, e con essa dell'art. 2112 c.c., purché ricorrano le seguenti condizioni: superamento di un pubblico concorso, provenienza dei dipendenti dallo stesso ente locale dal quale vengono "riassorbiti", vacanza nella pianta organica, disponibilità delle risorse e, infine, assenza di ulteriori vincoli normativi all'assunzione.

7. Illeciti disciplinari: questioni procedimentali e sostanziali.

Nella materia disciplinare, le pronunce meritevoli di attenzione sono state poco numerose.

Tra queste, trova sicuramente spazio **Sez. L, n. 00006/2020, Spena, Rv. 656362-01,** che, nel confermare la regola dell'autonomia del processo penale e del procedimento disciplinare in caso di licenziamento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, ai sensi dell'articolo 55 *ter* del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2009, ha aggiunto che tale regola, in forza dell'art. 55, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 165, costituisce norma imperativa ai sensi e per gli effetti degli

artt. 1339 e 1419 c.c. e non è pertanto derogabile ad opera della contrattazione collettiva.

Sullo stesso tema, **Sez. L, n. 07085/2020, Spena, Rv. 657518-01**, ha ribadito che la sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di quello penale, di cui all'art. 55 ter, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, costituisce facoltà discrezionale attribuita alla PA, il cui esercizio, peraltro, non obbliga quest'ultima ad attendere la conclusione del processo penale con sentenza irrevocabile, potendo riprendere il procedimento disciplinare allorquando ritenga che gli elementi successivamente acquisiti consentano la decisione, alla stregua di una regola che, già ricavabile dal sistema, è stata successivamente formalizzata dalla integrazione della suddetta disposizione ad opera del d. lgs. n. 75 del 2017 (non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie).

Sul piano procedurale, **Sez. L, n. 14811/2020, Tria, Rv. 658485-02**, è tornata sul tema dell'ufficio dei procedimenti disciplinari (UPD). La questione era quella della possibilità, per gli enti locali, di concludere accordi per la gestione unificata delle relative funzioni, ivi compresa quella disciplinare e di individuare un UPD comune. La S.C. ha chiarito che simili convenzioni erano stipulabili anche nel periodo antecedente l'entrata in vigore della specifica previsione di cui al comma 3, dell'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, inserito dal d.lgs. n. 75 del 2017, trovando già applicazione l'art. 30 del Tuel che prevedeva forme di cooperazione tra gli enti per ottimizzare l'esercizio delle funzioni, dei servizi e delle risorse umane, ivi compresa quella di "controllo", in cui non può non includersi quella disciplinare con la costituzione del relativo ufficio. Del resto, il citato art. 55 *bis*, laddove stabilisce che ciascuna amministrazione individua l'UPD, costituisce norma imperativa solo nella parte in cui impone all'ente il rispetto della garanzia di terzietà dell'ufficio, ma non anche quanto alle regole procedimentali interne, derivanti dalle scelte organizzative delle diverse amministrazioni, che regolano la costituzione ed il funzionamento dell'UPD.

A proposito dello svolgimento di incarichi extraistituzionali retribuiti da parte di dipendenti della P.A., si segnalano anzitutto **Sez. 2, n. 11811/2020, Bellini, Rv. 658270-01 e Sez. 2, n. 18206/2020, Bellini, Rv. 659166-01,** chiamate a verificare la legittimità della sanzione amministrativa irrogata nei confronti di pubblici dipendenti (professori universitari) per aver svolto un incarico senza la preventiva autorizzazione dell'ente di appartenenza. La Corte ha ribadito in entrambe le occasioni che la previsione dell'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui tale svolgimento è condizionato alla previa autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, esclude che la violazione di siffatta prescrizione possa essere sanata da un'autorizzazione successiva, stante la specificità del rapporto di pubblico impiego, la necessità di verificare *ex ante* la compatibilità tra l'incarico esterno e le

funzioni istituzionali, e tenuto conto altresì della circostanza che il potere sanzionatorio è attribuito all'Agenzia delle Entrate e non all'amministrazione di provenienza del dipendente.

Ad analoghe conclusioni, ma per farne discendere la responsabilità dell'ente conferente, è giunta la Sezione Lavoro, che ha affermato che l'espletamento di incarichi extraistituzionali retribuiti da parte di dipendenti della P.A. è condizionato al previo rilascio di autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, con un onere di verifica dell'assenza delle condizioni che ne impongono la richiesta posto a carico dell'ente pubblico economico o del datore di lavoro privato conferenti dall'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, senza che detta verifica possa essere surrogata dalle dichiarazioni dei lavoratori che attestino la superfluità dell'autorizzazione, in quanto inidonee ad elidere la colposità della condotta del conferente (**Sez. L, n. 09289/2020, Cinque, Rv. 657672- 01).**

Sulle incompatibilità dei pubblici impiegati, si veda infine **Sez. L, n. 27420/2020, Marotta, Rv. 659661-01**, secondo cui anche la partecipazione alle imprese agricole, se caratterizzata da abitualità e professionalità, presumibili in caso sia prescelta la forma societaria, rientra nel divieto di cui all'art. 60 del d.P.R. n. 3 del 1957 ed è incompatibile con un rapporto di lavoro a tempo pieno, perché, interferendo con l'attività ordinaria del dipendente, è lesiva dei principi costituzionali di esclusività e di imparzialità della prestazione lavorativa a favore del datore di lavoro pubblico.

8. La cessazione del rapporto di lavoro.

Con una rilevante pronunzia, **Sez. L, n. 14809/2020, Tria, Rv. 658484-02**, ha affermato che l'atto con cui la P.A. dispone la risoluzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, concluso in violazione della disciplina delle quote di riserva, determina la nullità del contratto medesimo, indipendentemente dalla circostanza che il lavoratore abbia dato causa al vizio o ne abbia avuto consapevolezza.

In tema di collocamento in disponibilità nel settore pubblico, il procedimento di gestione dell'eccedenza del personale degli enti locali, conseguente allo stato di dissesto, è soggetto al regime speciale disciplinato dal T.U. n. 267 del 2000, proprio del riassetto organizzativo attuato a fini di un risparmio di spesa, pertanto ad esso non è applicabile l'incombente della preventiva consultazione sindacale, di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 (**così Sez. L, n. 05046/2020, Bellé, Rv. 656937-01).**

In tema di riduzione delle dotazioni organiche, con conseguente eccedenza o soprannumero di personale ex artt. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 e 2, comma 11, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012, la risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro ex art. 72, comma 11, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008, sussistendo i previsti requisiti anagrafici e contributivi, non

richiede - per **Sez. L, n. 14813/2020, I. Tricomi, Rv. 658182-01** - motivazione e, dunque, una valutazione della specifica posizione professionale del dipendente, né - in presenza di un atto presupposto che ha dato luogo alle eccedenze o al soprannumero adottato nel rispetto delle condizioni tipizzate in sede normativa, che vanno ostese con motivazione, e dell'iter procedurale ivi previsto - può ravvisarsi la contrarietà del recesso ai principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e ai criteri generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., in quanto, secondo la fattispecie legale, tale misura è prioritaria, e non facoltativa, e si applica proprio in ragione dell'atto presupposto.

9. La dirigenza.

La frammentazione della disciplina normativa della dirigenza pubblica si riflette sulle decisioni della giurisprudenza, che sono molto variegate ed eterogenee.

Un principio di carattere generale è quello affermato da **Sez. L, n. 05238/2020, Spena, Rv. 656940-01,** secondo cui nell'impiego pubblico privatizzato, un ufficio può essere ritenuto di livello dirigenziale generale solo in presenza di una norma che lo qualifichi tale, mentre non sono decisive la natura e la sostanza delle attribuzioni, desumibili da dati di fatto quali l'equivalenza del trattamento economico percepito o la particolare rilevanza dell'incarico.

In materia di retribuzione dei dirigenti, si segnalano poi le seguenti decisioni:

a) **Sez. L, n. 20480/2020, Di Paolantonio, Rv. 658915-02,** secondo cui il provvedimento di graduazione delle funzioni integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione, con la conseguenza che in sua mancanza la componente variabile non può essere determinata né con riferimento soltanto all'importanza e complessità dell'incarico ricoperto, né, in maniera indifferenziata, in proporzione alla disponibilità dell'apposito fondo aziendale;

b) **Sez. L, n. 15110/2020, Bellè, Rv. 658193-01**, per la quale, ai fini della determinazione delle spettanze, va esclusa la comparazione tra le diverse aree della predetta dirigenza, poiché, da un lato, l'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001 ha rimesso alla contrattazione collettiva detta determinazione, senza alcuna previsione imperativa di parità di trattamento quantitativo, e, dall'altro, come previsto dagli artt. 43 e 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, l'esercizio della discrezionalità collettiva impedisce ogni sindacato finalizzato a comparazioni tra le distinte aree e comparti sulla cui base si svolgono e si concludono i negoziati, influenzati da scelte relative agli stanziamenti che, secondo la discrezionalità politica del legislatore, ben possono essere diversamente allocati; stante la eterogeneità delle attività in concreto svolte, va del resto esclusa una comparazione, a fini di adeguatezza e proporzionalità ex art. 36 Cost., tra dirigenti appartenenti a comparti (e dunque ad aree) distinti, nonché una

qualsiasi violazione dell'art. 45 citato (in applicazione di tale principio, S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la nullità della clausola del c.c.n.l. di riferimento con cui la retribuzione di posizione dei dirigenti scolastici era stata stabilita, nella parte fissa, in misura pari a circa un quinto di quanto spettante allo stesso titolo ai dirigenti di seconda fascia delle altre aree statali);

c) **Sez. L, n. 13613/2020, Tria, Rv. 658482-01,** che ha sancito l'irrinunciabilità delle ferie annuali retribuite dei dirigenti pubblici, in quanto finalizzato all'effettivo godimento di un periodo di riposo e di svago dall'attività lavorativa (nel quadro dei principi di cui agli artt. 36 Cost. e 7, par. 2, della direttiva 2003/88/CE), con conseguente diritto, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, di un'indennità sostitutiva, a meno che il datore di lavoro dimostri di averlo messo nelle condizioni di esercitare il diritto in questione prima di tale cessazione, mediante un'adeguata informazione nonché, se del caso, invitandolo formalmente a farlo.

A proposito dei rimedi utilizzabili dal dirigente in caso di illegittimi provvedimenti concernenti il suo incarico, **Sez. L, n. 05546/2020, Marotta, Rv. 656947-01**, ha ribadito una fondamentale distinzione: rispetto ad una illegittima cessazione anticipata dell'incarico, il dirigente è titolare di un diritto soggettivo che, se ritenuto sussistente, dà titolo alla reintegrazione (ove possibile) nella funzione dirigenziale ed al risarcimento del danno; a fronte del mancato conferimento di un nuovo incarico, invece, il dirigente può far valere un interesse legittimo di diritto privato, correlato all'obbligo per l'amministrazione di agire secondo i canoni della correttezza e buona fede, nonché dei principi di imparzialità, efficienza e buona andamento di cui all'art. 97 Cost., la cui eventuale lesione non legittima la domanda di attribuzione dell'incarico ma solo quella di ristoro dei pregiudizi ingiustamente subiti.

La stessa pronuncia ha chiarito che una lesione risarcibile può derivare al dirigente anche quando la cessazione dell'incarico operativo è accompagnata dalla contestuale attribuzione di un incarico di studio ex art. 19, comma 10, del d.lgs. n. 165 del 2001: pur legittima, tale attribuzione può essere realizzata con modalità tali da compromettere la professionalità del lavoratore sotto il profilo della perdita di chance o della lesione della sua dignità professionale, eventi da cui può sorgere il diritto al risarcimento del danno che deve essere allegato e dimostrato dal danneggiato, secondo gli ordinari criteri di distribuzione dell'onere della prova, non operando alcun automatismo che possa farlo ritenere *in re ipsa* **(Sez. L, n. 05546/2020, Marotta, Rv. 656947-02).**

In materia di rapporti di lavoro dirigenziali alle dipendenze degli enti pubblici locali, **Sez. L, n. 27547/2020, D'Antonio, Rv. 659795-02,** si è confrontata con la disciplina dell'art. 110, comma 5, del d.lgs. n. 267 del 2000, *ratione temporis* vigente, nella parte in cui prevedeva la risoluzione di diritto del rapporto di impiego del

dipendente di una pubblica amministrazione al quale fosse stato conferito un incarico dirigenziale a tempo determinato ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, con decorrenza dalla data di stipulazione del relativo contratto. La sentenza ha affermato che la regola si applica anche nell'ipotesi in cui il dipendente provenga dallo stesso ente che conferisce l'incarico, ma ha anche precisato che, prevedendo lo stesso comma 5 la possibilità che, all'esito dell'incarico, il rapporto apparentemente "risolto" venga ricostituito senza obbligo di superamento di un concorso, tale norma, anche nella versione anteriore alle modifiche apportate dall'art. 11, comma 1, lett. b), del d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., dalla l. n. 114 del 2014, va interpretata, in conformità all'art. 97, comma 4, Cost., nel senso che non determina una vera e propria cessazione del rapporto, bensì la messa in aspettativa senza assegni del soggetto cui è stato conferito un incarico dirigenziale a tempo determinato.

Ricco, come di consueto, il contenzioso relativo alla dirigenza sanitaria.

Anzitutto, **Sez. U, n. 25369/2020, Tria, Rv. 659458-01,** ha precisato che ai direttori generali (e anche ai direttori sanitari e ai direttori amministrativi) degli enti del Servizio Sanitario Nazionale si applica la normativa in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi (oltre che quella sulla inconferibilità degli incarichi stessi) - con le relative sanzioni - dettata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nonché, *ratione temporis*, dalla disciplina specifica per i titolari di incarichi dirigenziali di cui al d.lgs. n.39 del 2013). Tale normativa ha infatti carattere imperativo e inderogabile, essendo irrilevante il fatto che il rapporto del direttore generale di un ente del SSN - peraltro, dalla legge qualificato "esclusivo" - sia di natura autonoma e sia regolato da un contratto di diritto privato, perché agli indicati fini, quel che conta è lo svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'Amministrazione pubblica", da cui deriva il rispetto del primario dovere di esclusività del rapporto con la P.A.

Rispetto ai diritti economici, si vedano: **Sez. L, n. 16854/2020, Bellè, Rv. 658581-01,** che ha ricordato come l'art. 7 del d.P.R. n. 128 del 1969 stabilisca i criteri per la sostituzione del primario in ipotesi di assenza, impedimento o nei casi di urgenza (prevedendosi a tal fine la sostituzione del medesimo da parte dell'aiuto e che, tra più aiuti della stessa divisione o dello stesso servizio la sostituzione del primario spetti all'aiuto con maggiori titoli), ma, trattandosi di misura di rilievo primariamente organizzativo, al fine del determinarsi delle conseguenze economiche in favore dei sostituti, è sempre necessaria la prova dell'effettivo svolgimento dei compiti sostitutivi, in forza di incarico formale o in via di fatto, principio valido anche in virtù dei diversi criteri sostitutivi di cui all'art. 18, comma 7, del c.c.n.l. dell'8 giugno 2000, ove il diritto alle differenze retributive è riconosciuto a favore del dirigente medico "incaricato della sostituzione"; **Sez. L, n. 16711/2020, Bellè, Rv. 658639-01,** che ha ribadito che lo svolgimento di lavoro straordinario – inteso quale prestazione eccedente gli orari stabiliti dalla contrattazione collettiva – non fa sorgere in capo al

dirigente diritti retributivi ulteriori rispetto a quanto previsto a titolo di retribuzione di risultato o a titolo di remunerazione di specifiche attività aggiuntive (ad es. pronta disponibilità, guardie mediche, prestazioni autorizzate non programmabili, ecc.), precisando però che la sistematica richiesta o accettazione di prestazioni eccedenti i limiti massimi stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva rispetto alla misura (giornaliera, settimanale, periodale o annua) del lavoro o la violazione delle regole sui riposi, o comunque lo svolgimento della prestazione secondo modalità temporali irragionevoli, può dar luogo a responsabilità datoriale, ai sensi dell'art. 2087 c.c.; **Sez. L, n. 12198/2020, Spena, Rv. 658067-01,** che, in tema di trattamento economico dei dirigenti della Regione Calabria, ha riconosciuto che nella retribuzione mensile lorda utile ai fini del calcolo dell'indennità incentivante all'esodo ex art. 7, comma 6, della l.r. Calabria n. 8 del 2005, va inclusa anche la tredicesima mensilità, indipendentemente dalla relativa previsione nel contratto intercorso tra le parti, in ragione della sua natura retributiva ed in quanto dotata dei requisiti di fissità, continuità, costanza e generalità; **Sez. L, n. 09096/2020, Marotta, Rv. 657671-01,** si è espressa sugli psicologi penitenziari trasferiti presso il S.S.N., chiarendo che spetta loro la qualifica di dirigente sanitario non medico, senza che ciò determini l'illegittima attribuzione di mansioni superiori o la violazione del principio dell'accesso alla qualifica dirigenziale previo pubblico concorso, trattandosi di personale già appartenente al ruolo dell'amministrazione penitenziaria, né una lesione dei principi di economicità e buon andamento, in quanto il passaggio delle funzioni di medicina penitenziaria al S.S.N. è stato accompagnato dal trasferimento anche delle relative risorse finanziarie; **Sez. L, n. 07303/2020, Marotta, Rv. 657440-01,** con cui si è affermato che il trattamento economico del direttore amministrativo di una azienda ospedaliera universitaria va rapportato a quello del dirigente apicale amministrativo e non a quello del dirigente apicale sanitario, avuto riguardo alla disposizione di cui all'art. 2, comma 5, novellato, del d.P.C.M. n. 502 del 1995 che attribuisce al direttore sanitario e al direttore amministrativo un trattamento economico definito in misura non inferiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva nazionale "rispettivamente" per le posizioni apicali della dirigenza medica ed amministrativa, secondo una distinzione coerente con la diversità dei ruoli, in quanto il direttore amministrativo è un laureato in discipline giuridiche o economiche e svolge funzioni di carattere prettamente amministrativo, mentre il direttore sanitario è un medico e dirige e coordina l'attività dei dirigenti medici; secondo **Sez. L, n. 06946/2020, Ghinoy, Rv. 657516-01,** ai dirigenti sanitari non sono applicabili i benefici combattentistici di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 336 del 1970, come interpretato dall'art. 3 della l. n. 824 del 1971, essendo la categoria inserita in un ruolo unico che non contempla progressioni di carriera e si distingue unicamente per profili professionali.

Riferita alle questioni economiche, ma con riflessi ulteriori, è **Sez. L, n. 27755/2020, Di Paolantonio**, **Rv. 659956 - 01.**

La sentenza ha preso le mosse dal consolidato principio (v. tra le tante Sez. L, n. 05706/2018, Blasutto, Rv. 647522-01), secondo cui la cd. "indennità De Maria" (spettante a fini perequativi al personale universitario dei ruoli professionale, tecnico e amministrativo, in forza dell'art. 31 del d.P.R. n. 761 del 1979) si determina sulla base dell'equiparazione del trattamento economico complessivo a quello del personale delle unità sanitarie locali di pari funzioni, mansioni e anzianità, per trarne un duplice corollario.

Da un lato, l'equiparazione sottesa alla "indennità De Maria" incide solo sul piano retributivo e, pertanto, non può essere invocata al fine di ottenere la parificazione anche giuridica ai dirigenti del ruolo sanitario, tecnico ed amministrativo del servizio sanitario nazionale, ossia per acquisire a tutti gli effetti la qualifica dirigenziale, superando il diverso inquadramento riconosciuto dal datore di lavoro.

Dall'altro lato, nel computo dell'indennità non può essere ricompresa la retribuzione di risultato propria dei dirigenti, poiché essa può essere riconosciuta solo a seguito dell'effettivo espletamento di funzioni dirigenziali, presupponendo la valutazione positiva del dirigente in relazione ai diversi parametri, indicati dalle parti collettive.

Sul problema della cessazione dal servizio per recesso anticipato della P.A., è intervenuta **Sez. L, n. 23153/2020, Marotta, Rv. 659261-01**, secondo cui l'art. 15-novies del d.lgs. n. 502 del 1992, *ratione temporis* vigente a seguito delle modifiche apportate dall'art. 22 della l. n. 183 del 2010 - il prevede, tra l'altro, che il limite massimo di età per il collocamento a riposo dei dirigenti medici è stabilito al compimento del sessantacinquesimo anno di età, ovvero, su istanza dell'interessato, al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo -, non esclude la ammissibilità del recesso anticipato, ai sensi dell'art. 72, comma 11, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008, nei confronti del dirigente responsabile di struttura non complessa che abbia maturato la massima anzianità contributiva.

Riferite ad ambiti più settoriali sono le seguenti pronunce.

Per i dirigenti penitenziari, **Sez. L, n. 20480/2020, Di Paolantonio, Rv. 658915-01**, ha chiarito che la disciplina normativa ed economica prevista dai contratti collettivi della dirigenza dell'area Ministeri si applica al personale dirigente e direttivo dell'Amministrazione penitenziaria solo a decorrere dal 18 novembre 2004, in virtù della sequenza contrattuale e delle disposizioni di raccordo contenute nel c.c.n.l. del 18 novembre 2004, in applicazione dell'art. 41, comma 5, della l. n. 449 del 1997 e presuppone la preposizione ad una struttura penitenziaria classificata di livello dirigenziale; ne consegue che il trattamento retributivo per le funzioni superiori svolte decorre dal d.m. di classificazione e, sino al 17 novembre 2004, va parametrato a

quello previsto per i dirigenti della Polizia di Stato, ai sensi dell'art. 40 della l. n. 395 del 1990. **Sez. L, n. 12200/2020, Bellè, Rv. 658100-01**, ha precisato che, ai fini dell'accesso alla dirigenza penitenziaria, non è equiparabile al requisito formale dell'accesso per concorso pubblico all'area C, profilo professionale C3, previsto per la nomina a dirigente dalla norma transitoria di cui all'art. 4, comma 1, della l. n. 154 del 2005, l'avere conseguito tale inquadramento mediante procedura selettiva interna di riqualificazione, costituendo il modello concorsuale, basato sul metodo comparativo, un vincolo per le amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 97 Cost., salva espressa deroga legislativa, da interpretare restrittivamente, trattandosi di norma eccezionale.

Per i dirigenti delle autorità portuali, si rimanda a **Sez. L, n. 21484/2020, Spena, Rv. 659051-01**, citata nel par. 2.

Sez. L, n. 04876/2020, Di Paolantonio, Rv. 656934-01, si è espressa sull'incarico di direttore amministrativo delle Università statali, escludendo, ai fini dell'inquadramento in prima fascia ex art. 23 del d.lgs. n. 165 del 2001, che esso possa essere equiparato a quello di dirigente di ufficio dirigenziale generale di cui all'art. 19 del medesimo decreto, in quanto disciplinato da disposizioni speciali, che da quest'ultimo lo differenziano sia per le diverse modalità di costituzione, sia per gli aspetti economici, sottratti all'intervento della contrattazione collettiva.

Per i dirigenti dell'ICE (Istituto per il Commercio con l'Estero), **Sez. L, n. 26598/2020, Bellè, Rv. 659626-01,** ha stabilito che, in ragione dell'attrazione dei rapporti di lavoro con tale ente nel pubblico impiego privatizzato, ad opera dell'art. 10 della l. n. 68 del 1997, e della mancata previsione nella contrattazione collettiva di una disciplina specifica del TFR per i dirigenti, non può trovare applicazione l'art. 2120 c.c. bensì la disciplina legale di cui all'art. 13 della l. n. 70 del 1975, con conseguente riconoscimento dell'indennità di buonuscita e non del TFR.

Sulle agenzie fiscali si registrano due pronunce significative.

La prima è **Sez. L, n. 02533/2020, Di Paolantonio, Rv. 656770-01**, che, in tema di scadenza e conferimento di nuovo incarico dirigenziale, ha escluso, con riferimento alla retribuzione di posizione, la retroattività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 63 del c.c.n.l. del personale dirigente dell'area VI delle agenzie fiscali e degli enti pubblici non economici del 1° agosto 2006. La Corte ha osservato trattarsi di disposizione destinata ad operare solo per i rinnovi non ancora attuati alla data di sottoscrizione del contratto collettivo, in assenza di una espressa previsione di retroattività, limitata ai soli incrementi economici fissi, non potendosi peraltro ritenere illegittimo un incarico in virtù di una disciplina sopravvenuta, che obbliga l'Amministrazione ad accertamenti e valutazioni che devono necessariamente precedere il conferimento dell'incarico stesso.

La seconda è **Sez. L, n. 14814/2020, Spena, Rv. 658190-01,** che ha affermato che il conferimento di un incarico dirigenziale a termine ai funzionari dell'Agenzia delle entrate, ai sensi dell'art. 24 del regolamento di organizzazione dell'ente e poi dell'art. 8, comma 24, del d.l. n. 16 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 44 del 2012, si innesta su un rapporto di lavoro subordinato già esistente; pertanto, esso è equiparabile all'ipotesi della reggenza, o dell'esercizio di mansioni superiori, e non determina la costituzione di un rapporto dirigenziale a termine assimilabile a quello con i soggetti non appartenenti ai ruoli dirigenziali della P.A. *ex* art.19, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001. Il caso riguardava la domanda di costituzione di un rapporto dirigenziale a tempo indeterminato, e di risarcimento del danno, per abusiva reiterazione di contratti a termine, proposta da un funzionario a seguito della cessazione dell'incarico dirigenziale a termine, già prorogato, disposta dall'Agenzia all'esito dell'annullamento del regolamento di organizzazione da parte del giudice amministrativo e della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 8 citato con sentenza n. 37 del 2015: la Corte ha confermato la decisione di merito di rigetto.

SEZIONE TERZA
IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE

(DI ANNACHIARA MASSAFRA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'obbligazione contributiva ed i soggetti obbligati. - 3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo. – 4. La restituzione dei contributi. - 5. Gli sgravi contributivi. – 6. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione – 7. Accertamento e riscossione. - 8. Le sanzioni civili - 9. La prescrizione dei crediti contributivi.

1. Premessa.

Sempre numerose le sentenze che in tema di previdenza sociale hanno affrontato i diversi aspetti della materia.

2. L'obbligazione contributiva ed i soggetti obbligati.

Sez. L, n. 15411/2020, **Raimondi**, **Rv. 658490-01,** ha avuto il pregio di chiarire che la transazione è estranea al rapporto di lavoro ed agli obblighi contributivi, perché alla base del calcolo degli oneri previdenziali deve sempre essere posta la retribuzione prevista per legge o per contratto, individuale o collettivo; ne consegue che le somme pagate a titolo di transazione dipendono da quest'ultimo contratto e non dal diverso contratto di lavoro, sicché l'assoggettabilità a contribuzione delle poste contenute nell'accordo transattivo è conseguenza dell'accertata natura retributiva delle stesse. La sentenza, in particolare, ha richiamato sia Sez. L, n. 17495/2009, Picone, 609509-01, sia la precedente Sez. L, n. 20146/2010, Foglia, Rv. 615782-01, che in tema di conciliazione relativa alla definizione delle pendenze riconducibili alla cessazione ed estinzione del rapporto di lavoro subordinato sottostante, e dunque in fattispecie analoga, hanno affermato che il "negozio transattivo stipulato tra le parti ha natura novativa in quanto costituisce l'unica ed originaria fonte dei diritti e degli obblighi successivi alla risoluzione". E' stato quindi evidenziato come l'estraneità al rapporto contributivo della transazione, intervenuta tra datore e lavoratore, discende dal principio che "alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta……". Nella specie, è stata quindi esclusa l'assoggettabilità a

contribuzione dell'incentivo all'esodo previsto in una transazione novativa che definiva una lite concernente esclusivamente la risoluzione del rapporto di lavoro.

Con specifico riferimento agli effetti della parificazione degli imponibili contributivi relativi alle società cooperative con quelli in vigore per gli altri datori di lavoro privati, disposta dall'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 423 del 2001, **Sez. L. n. 01113/2020, Cavallaro, Rv. 656652-01**, ha chiarito che essa ha comportato il venir meno, per le predette cooperative, del beneficio dell'applicazione graduale dell'incremento delle aliquote di finanziamento dovute sulle retribuzioni versate al Fondo pensioni lavoratori dipendenti, di cui all'art. 27, comma 2-*bis*, del d.l. n. 669 del 1996, (conv. con modif. dalla l. n. 30 del 1997) in quanto la parificazione in questione ha annullato ogni differenza tra la retribuzione imponibile da prendere a base per il versamento di tutte le contribuzioni per i soci lavoratori, ovvero tra la retribuzione effettiva e quella convenzionale.

In tema di soggetti obbligati, **Sez. L, n. 01559/2020, Cavallaro, Rv. 656654-01**, confermando la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente l'obbligo della doppia contribuzione per i figli del socio amministratore, consiglieri di amministrazione ed altresì coadiutori, ha affermato che i familiari coadiutori che, oltre ad esercitare lavoro autonomo, per il quale vale l'obbligo della iscrizione presso la gestione separata, partecipino personalmente, con abitualità e prevalenza, al lavoro dell'azienda commerciale, nella specie società a responsabilità limitata, devono essere iscritti anche alla gestione commercianti, a cura del socio amministratore, onde evitare che la loro prestazione lavorativa venga sottratta alla contribuzione previdenziale, grazie allo schermo societario.

Con specifico riferimento al versamento della contribuzione per maternità e per malattia, peraltro, **Sez. L, n. 06450/2020, Mancino, Rv. 657186-01,** ha affermato che le stazioni sperimentali per l'industria sono tenute a versare la contribuzione per maternità e quella per malattia poiché avendo natura giuridica di enti pubblici economici rientrano nell'ambito delle "imprese dello Stato" ex art. 20, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008.

Merita inoltre di essere segnalata **Sez. L, n. 02236/2020, Calafiore, Rv. 656768-01** che, con specifico riferimento all' obbligo di versamento dei biologi del contributo integrativo, di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 103 del 1996, ha chiarito che esso compete a coloro che si avvalgono dell'attività professionale degli iscritti, anche se quest'ultima venga esercitata in forma societaria o associata, incidendo il vincolo societario o associativo solo sulle concrete modalità di calcolo dell'importo contributivo dovuto ma non anche sul rapporto previdenziale intercorrente tra l'iscritto e l'Ente.

Sez. L, n. 07485/2020, Cavallaro, Rv. 657517-01, ha inoltre affermato che i pensionati che svolgano abitualmente attività lavorativa libero-professionale e non

siano tenuti a versare il contributo soggettivo all'ente previdenziale di categoria soggiacciono all'obbligo di iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995. Ciò si evince "a contrario" dall'interpretazione autentica dalla disposizione di cui innanzi, contenuta nell'art. 18, comma 12, del d.l. n. 98 del 2011 (conv. con modif. dalla l. n. 111 del 2011), la quale, nell'escludere dall'obbligo di iscrizione alla gestione separata "i soggetti di cui al comma 11", fa riferimento ai pensionati che versino il contributo soggettivo agli enti privati gestori delle forme di previdenza obbligatorie.

Alla domanda se per gli istruttori di tennis sia configurabile l'obbligo di iscrizione all'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i lavoratori dello spettacolo ha fornito risposta positiva **Sez. L, n. 11375/2020, Ghinoy, Rv. 657853 -01** poiché, a partire dalla l. n. 2388 del 1952 - con la quale è stata prevista l'obbligatoria iscrizione, tra gli altri, degli "addetti agli impianti sportivi" -, si è registrata un'estensione della tutela al di fuori dello stretto limite della categoria dei lavoratori dello spettacolo, e, a seguito della modifica della legge fondamentale in materia (*id est*: il d.l. C.P.S. n. 708 del 1947) ad opera della l. n. 289 del 2002, vi è stata, con il successivo d.m. 15 marzo 2005, l'esplicitazione della ricomprensione, nell'ambito della categoria di lavoratori assoggettati alla predetta tutela, di figure emergenti nella pratica - quali, tra gli altri, istruttori ed addetti agli impianti e circoli sportivi di qualsiasi genere - che già in precedenza potevano esservi fatte rientrare.

Per quanto concerne l'obbligo di contribuzione presso l'Enpals, **Sez. L, n. 24613/2020, Amendola, Rv. 659442-01**, ha affermato che gli addetti alle sale gioco, indipendentemente dalla natura autonoma o subordinata dell'attività svolta, in forza del d.m. del 15 marzo 2005 sono soggetti a tale obbligo, che ha carattere di specialità, in ragione della peculiarità delle prestazioni lavorative e dell'assenza di continuità, rispetto alla generalità dei lavoratori iscritti all'INPS; ad essi non è pertanto applicabile, neanche quanto alla misura della contribuzione, la disciplina della cd. Gestione separata di cui alla l. n. 335 del 1995, che va esclusa tutte le volte in cui vi è un obbligo di iscrizione ad altra cassa previdenziale suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata prestazione previdenziale.

Sez. L, n. 14891/2020, Mancino, Rv. 658184-01, ha specificato in tema di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, che l'attività dell'"avvisatore marittimo", in quanto svolta in regime di autorizzazione, con provvedimento della Capitaneria di Porto al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica, e retribuita dagli utenti dei servizi prestati in regime di monopolio, data l'onnicomprensività del settore terziario va ricompresa tra quelle di intermediazione e prestazione di servizi nell'ambito della tutela previdenziale obbligatoria apprestata dall'art. 1, comma 202, della l. n. 662 del 1996, con obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, in

coerenza con la sua esclusione dal novero e dal perimetro definito dalla legislazione in materia portuale.

3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo.

Sez. L, n. 11373/2020, Ghinoy, Rv. 657970-01, in tema di condono previdenziale ha ribadito come l'art. 5 del d.l. n. 535 del 1996, conv. dalla l. n. 647 del 1996, che ha escluso i decimi di senseria dalla retribuzione imponibile ai fini contributivi, facendo tuttavia salvi i versamenti precedentemente eseguiti su tali emolumenti e dunque escludendone la ripetibilità, si applica sia nei confronti di chi aveva pagato i contributi regolarmente, sia di chi lo aveva fatto in misura ridotta in virtù di condono e con riserva di ripetizione, restando irrilevante che l'art. 81, comma 9, della l. n. 448 del 1998 abbia sancito la validità delle clausole di riserva di ripetizione apposte alla domanda di condono e abbia riconosciuto la possibilità di accertamento negativo in sede contenziosa del debito relativo, atteso che tale disposizione non preclude al legislatore di prevedere, in ipotesi particolari come quella in esame, espresse clausole di salvaguardia dei versamenti già eseguiti.

Sez. L, n. 17607/2020, Cavallaro, Rv. 658586-01, ha avuto il pregio di chiarire che ai fini della determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale è possibile procedere alla liquidazione equitativa, quando sia certo il diritto ma non sia possibile determinare la somma dovuta, in virtù del richiamo operato dall'art. 442 c.p.c., che estende le disposizioni dettate per le controversie di lavoro alle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, all'art. 432 c.p.c. La decisione di cui innanzi ha inoltre statuito che alla liquidazione equitativa può farsi luogo anche quando l'impossibilità di determinare la somma dovuta sia ascrivibile a fatto della parte che la invoca, la quale è gravata dal solo onere di allegare e di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno.

Anche l'"importo corrispondente all'indennità sostitutiva per ferie non godute non erogata va assoggettato a contribuzione allorché sia decorso il termine, previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 66 del 2003, di diciotto mesi dalla maturazione delle ferie ed il rapporto di lavoro non sia cessato. Ciò è stato affermato da **Sez. L, n. 26160/2020, Calafiore, Rv. 659624-01,** atteso il carattere "parafiscale" ed inderogabile dell'obbligazione contributiva, la maggiore capacità contributiva generata dalla effettuazione della prestazione lavorativa in un periodo destinato al riposo non può non incidere sugli oneri di finanziamento del sistema previdenziale posti a carico dell'impresa che ha tratto vantaggio dalla maggior produzione, restando irrilevante - ai fini previdenziali - che l'indennità possa essere monetizzata tra le parti solo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Con specifico riferimento al settore edile Sez. **L, n. 08794/2020, Calafiore, Rv. 657668-01,** ha affermato che l'istituto del minimale contributivo, previsto dall'art. 29 del d.l. n. 244 del 1995, conv. dalla l. n. 341 del 1995, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui siano stati conclusi contratti part-time in eccedenza rispetto al limite previsto da una disposizione del contratto collettivo applicabile, poiché la funzione della predetta disposizione è quella di individuare il complessivo valore economico delle retribuzioni imponibili di una data impresa, che, in caso di violazione del divieto di assunzioni a tempo parziale in misura superiore ad una determinata percentuale del totale dei lavoratori occupati a tempo indeterminato, va commisurato alla retribuzione dovuta per l'orario normale di lavoro anche per i lavoratori assunti *part-time* in violazione del predetto divieto, a prescindere dalla circostanza che tali compensi siano stati effettivamente corrisposti.

Sempre in argomento **Sez. L, n. 08446/2020, Calafiore, Rv. 657649-01**, ha ribadito che il principio del cd. minimo retributivo imponibile, secondo cui la retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore a quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, è applicabile anche alle società cooperative, i cui soci sono equiparati ai lavoratori subordinati ai fini previdenziali, sia nel caso in cui il datore di lavoro paghi di meno la prestazione lavorativa a pieno orario, sia nel caso di prestazione a orario ridotto, rispondendo tale parificazione alla finalità costituzionale di assicurare comunque un minimo di contribuzione dei datori di lavoro al sistema della previdenza sociale.

In tema di minimale contributivo nel settore edile**, Sez. L, n. 16859/2020, Cavallaro, Rv. 658583-02,** ha ribadito, in aderenza a quanto statuito da Sez. L, n. 05233/2007, De Matteis, Rv. 595591-01, che dall'art. 29 del d.l. n. 244 del 1995, conv. con modif. dalla l. n. 341 del 1995, è necessario scindere le due ipotesi ivi previste, quella della sospensione dell'attività, per la quale deve sussistere il presupposto dell'obbligo della retribuzione-corrispettivo, obbligo che non sussiste nelle ipotesi di sospensione debitamente comunicate all'INPS in via preventiva ed oggettivamente accertabili, e quella della riduzione dell'attività, nella quale, sussistendo una retribuzione, seppure parziale, esprime tutto il suo vigore la regola del minimale e della tassatività delle ipotesi di esclusione.

4. La restituzione dei contributi.

Sez. L, n. 21895/2020, Buffa, Rv. 659087-01, con specifico riferimento ai contributi volontari, ha avuto il pregio di chiarire che il diritto alla restituzione sancito dall'art. 10 del d.P.R. n. 1432 del 1971 concerne esclusivamente i contributi indebiti,

come individuati dalla norma, con la conseguenza che non può estendersi a quelli semplicemente inutilizzati in concreto.

In tema di trattamento previdenziale del personale dell'Agensud transitato ad altra amministrazione, **Sez. L, n. 17700/2020 Cavallaro, Rv. 658588-01**, con riferimento al diritto alla restituzione dei contributi non più utili a fini pensionistici di cui all'art. 14 *bis*, comma 4, del d.lgs. n. 96 del 1993, aggiunto dall'art. 9 del d.l. n. 32 del 1995, convertito nella l. n. 104 del 1995 ha chiarito che tale possibilità non riguarda l'intero montante dei contributi eccedenti la riserva matematica costituita presso la gestione *ad quem* in assenza di disposizioni di legge che dispongano univocamente in tal senso. Pertanto l'espressione "restituzione" riferita ai "contributi versati" deve essere circoscritta al suo significato letterale di riconsegna alla persona interessata di quanto essa aveva dato in precedenza, che equivale a designare i contributi che, se pur materialmente posti a carico del datore di lavoro, gravano comunque sul lavoratore.

Merita inoltre di essere segnalata **Sez. L, n. 07091/2020, Piccone, Rv. 657188-01,** la quale ha chiarito che la natura giuridica della restituzione dei contributi assicurativi versati dal datore di lavoro in misura maggiore di quella dovuta, anche in dipendenza del suo diritto al beneficio dello sgravio o della fiscalizzazione, costituisce l'oggetto di una obbligazione pecuniaria di fonte legale (art. 2033 c.c.), assoggettata alla disciplina dettata per quelle obbligazioni e, in particolare, alla disposizione di cui all'art. 1224 c.c., in tema di interessi moratori e risarcimento del maggior danno per il ritardo nell'adempimento; al contempo è stata esclusa l'applicabilità all'indicata obbligazione restitutoria della speciale disciplina del cumulo di interessi legali e rivalutazione esclusivamente dettata per i crediti di previdenza sociale e di assistenza sociale obbligatoria.

5. Gli sgravi contributivi.

Sez. L, n. 09801/2020, Cavallaro, Rv. 657785-01, ha affermato che al fine di escludere che gli sgravi contributivi per la stipula e la trasformazione di contratti di formazione e lavoro, riconosciuti in favore di un'azienda che eserciti in via esclusiva il servizio di trasporto pubblico locale, costituiscano aiuti di Stato idonei a falsare la concorrenza secondo il diritto unionale, occorre verificare – secondo quanto affermato da CGUE 29 luglio 2019, C-659/17 – se nel periodo considerato l'ente locale fosse obbligato, da una disposizione legislativa o regolamentare, all'affidamento del servizio a una determinata azienda in regime di sostanziale monopolio legale e se tale azienda esercitasse o meno la propria attività, nello stesso periodo, anche su altri mercati di beni o servizi o su mercati geografici aperti ad effettiva concorrenza. Per i contratti di gestione già in essere alla data di entrata in vigore dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, la prima condizione deve dirsi soddisfatta, atteso che, prima di tale data, l'art. 22 della l. n. 142 del 1990 vincolava gli enti locali

ad affidare il servizio di trasporto pubblico locale ad aziende speciali, quali prestatori esclusivi, con divieto di accesso a qualsiasi altro operatore economico, trattandosi di un servizio di rilevanza economica e imprenditoriale, la cui tariffa è potenzialmente in grado di coprire i costi di gestione e di generare un'utile d'impresa, ai sensi del r.d. n. 2578 del 1925.

In tema di sgravi contributivi illegittimi **Sez. L. n. 15972/2020, Berrino, Rv. 658533-01**, ha ribadito che, in quanto costituenti aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, l'azione dell'ente previdenziale volta al recupero degli sgravi non costituisce azione di restituzione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., ma azione volta al pagamento della contribuzione differenziale, pari alla misura dell'aiuto di Stato recuperabile. Ne consegue che tale azione - alla cui proposizione è legittimato direttamente l'ente istituzionalmente deputato alla riscossione dei contributi - è soggetta al termine prescrizionale ordinario decennale di cui all'art. 2946 c.c., e non a quello previsto per l'indebito, né a quello ex art. 3, commi 9 e 10, della l. n. 335 del 1995, attesa l'autonomia giuridica dell'azione di recupero degli aiuti in questione (che è disciplinata da regole specifiche, è finalizzata al mero ripristino dello *status quo ante* e che prevede - a differenza dell'azione volta al pagamento dei contributi omessi - l'applicazione di interessi nella misura stabilita dalla Commissione e non anche delle sanzioni specifiche previste per l'omissione contributiva).

6. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.

Con specifico riferimento alla decontribuzione concernente la retribuzione di risultato ex art. 2 del d.l. n. 67 del 1997, conv. dalla l. n. 135 del 1997 (applicabile *ratione temporis)* **Sez. L, n. 08265/2020, Calafiore, Rv. 657645-01,** ha affermato che l'individuazione dei parametri di misurazione del risultato stesso è dalla citata disposizione demandata al contratto collettivo aziendale, il quale non è una sommatoria di più contratti individuali, bensì atto di autonomia sindacale riguardante una pluralità di lavoratori collettivamente considerati e destinato ad introdurre una disciplina collettiva uniforme dei rapporti di lavoro; la predetta disposizione va peraltro interpretata restrittivamente, poiché l'attribuzione alla fonte sindacale del potere di incidere sulla regola generale della base contributiva evita il rischio di fenomeni collusivi delle parti e riposa, pertanto, su considerazioni specifiche della disciplina previdenziale.

Il predetto principio è stato quindi applicato in fattispecie nella quale la sentenza di merito aveva ritenuto dovuta la contribuzione su premi di risultato erogati in esecuzione di un accordo aziendale, che, non potendo qualificarsi come "sindacale", per essere stato sottoscritto dalla società e da un rappresentante dei lavoratori non

sindacalista, era stato reputato non idoneo ad integrare i presupposti per la fruizione della decontribuzione. Sicché è stato escluso che i predetti presupposti potessero essere costituiti da un uso negoziale, non potendo quest'ultimo essere sussunto nella astratta previsione normativa.

7. Accertamento e riscossione.

Sez. L, n. 06753/2020, Ghinoy, Rv. 657430-01, in tema di omissioni contributive ha affermato che la notifica della cartella esattoriale per contributi previdenziali determina la sopravvenuta carenza di interesse ad agire nel giudizio di impugnazione dell'accertamento ispettivo che sia stato promosso dopo l'iscrizione a ruolo, perché l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999 prevede uno specifico mezzo dell'impugnazione a ruolo, da azionarsi entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, con il quale vengono devolute in giudizio tutte le questioni aventi ad oggetto la fondatezza della pretesa, sia quelle relative alla regolarità del titolo che quelle attinenti al merito, sicché nessun risultato utile il ricorrente potrebbe più conseguire in virtù dell'autonoma azione di accertamento negativo proposta in relazione all'accertamento ispettivo.

Sempre in argomento **Sez. L, n. 01558/2020, Mancino, Rv. 656653-01,** ha affermato che l'azione proposta contro l'iscrizione a ruolo dei contributi previdenziali prima di una intimazione di pagamento è una opposizione all'esecuzione, quindi un'ordinaria azione di accertamento negativo del credito a cognizione piena, sicché la ritenuta decadenza dall'iscrizione, e la conseguente illegittimità della stessa, non esimono il giudice dalla verifica della fondatezza della pretesa contributiva, nell'*an* e nel *quantum*, seppure l'ente previdenziale si sia limitato a chiedere il mero rigetto dell'opposizione, senza formulare alcuna specifica domanda al fine di sollecitare la cognizione in ordine alla sussistenza dell'obbligazione, e senza che costituisca domanda nuova la successiva richiesta di condanna dell'opponente al pagamento del credito di cui alla cartella.

Deve segnalarsi infine **Sez. L, n. 19983/2020, Buffa, Rv. 658847-01,** che con specifico riferimento al giudizio relativo al debito contributivo dell'impresa coltivatrice diretta, determinato in relazione al lavoro dei familiari del titolare, ha escluso la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra quest'ultimo ed i predetti familiari, atteso che l'obbligo contributivo nei confronti dell'istituto previdenziale grava sul titolare dell'impresa e non sui lavoranti nella stessa.

8. Le sanzioni civili.

Sez. L, n. 17606/2020, Cavallaro, Rv. 658888-01, in tema di sanzioni per omesso o ritardato versamento di contributi previdenziali, ha ritenuto che le somme percepite da una Fondazione di diritto privato, per le prestazioni sanitarie somministrate in convenzione nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, non rientrano nella nozione di *contributi e finanziamenti pubblici previsti per legge o convenzione*, di cui all'art. 1, comma 221, della l. n. 662 del 1996, la cui ritardata erogazione giustifica la riduzione, al tasso di interesse legale, delle sanzioni civili dovute.

9. La prescrizione dei crediti contributivi.

Sez. L, n. 18661/2020, Berrino, Rv. 658445-01, ha affermato che l'azione risarcitoria del prestatore di lavoro nei confronti del datore che abbia omesso il versamento dei contributi si prescrive nell'ordinario termine decennale, chiarendo al riguardo che il termine decorre dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS, senza che rilevi la conoscenza o meno da parte del lavoratore della omissione contributiva.

In tema di iscrizione a ruolo dei crediti degli enti previdenziali **Sez. L, 18140/2020, Ghinoy, Rv. 658644-01**, ha peraltro specificato che, in forza dell'art. 1 del d.lgs. n. 462 del 1997, poiché, all'esito della unificazione delle procedure di accertamento e riscossione dei contributi e delle imposte sui redditi, l'Agenzia delle entrate svolge un'attività di controllo e richiede anche il pagamento dei contributi e premi omessi o evasi, la notifica dell'avviso di accertamento dei contributi previdenziali compiuto dalla Guardia di Finanza - che, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n. 600 del 1973, coopera con gli uffici delle imposte per l'acquisizione e il reperimento degli elementi utili ai fini dell'accertamento dei redditi e per la repressione delle violazioni delle leggi sulle imposte dirette - costituisce idoneo atto di interruzione della prescrizione anche in favore dell'INPS.

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. La presentazione della domanda amministrativa - 2. La decadenza dall'azione giudiziaria. - 2.1. L'improcedibilità dell'azione giudiziaria - 3. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa - 4. Le prestazioni pensionistiche - 5. C.I.G. e indennità di mobilità. - 6. L'indennità di disoccupazione - 7. L'indennità di malattia - 8. L'indennità di maternità. – 9. Le prestazioni assistenziali. 9.1 La decadenza di cui all'art. 42 del d.l. n. 269 del 2003 - 9.2 . L'assegno sociale - 9.3. Altre questioni in materia di prestazioni assistenziali **-** 10. Le prestazioni ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie - 11. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere - 12. Il diritto alla costituzione della posizione assicurativa - 13. Il trattamento di reversibilità ex art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898 - 14. I benefici per i lavoratori esposti all'amianto.

1. La presentazione della domanda amministrativa.

Anche nel corso del 2020 si è data continuità al principio generale della necessità della domanda amministrativa per tutte le controversie di cui all'art. 442 c.p.c. nella materia previdenziale e nell'assistenza sociale.

Sez. L, n. 06642/2020, Ghinoy, Rv. 657189-01, in conformità a Sez. L, n. 29236/2011, Filabozzi, Rv. 620107-01, ha riaffermato che quando sia in contestazione la prestazione previdenziale, la domanda giudiziaria deve essere preceduta, a pena di improponibilità, dalla domanda amministrativa, alla cui carenza non può supplire, il provvedimento ispettivo di interdizione ex art. 17 del d.lgs. n. 151 del 2001, che, avendo mera funzione di legittimazione dell'assenza dal lavoro, non può tenere luogo dell'istanza per la corresponsione dei benefici economici da parte dell'ente previdenziale.

I giudici di merito avevano ritenuto che, nel caso di astensione anticipata dal lavoro per maternità, la relativa prestazione fosse condizionata, esclusivamente, alla presentazione della richiesta alla competente Direzione provinciale del lavoro ed al conseguente provvedimento di ammissione che, invece, nella decisione della Corte è stato qualificato come mero "fatto di legittimazione e *condicio iuris* della riconducibilità dell'assenza dal lavoro allo stato di gravidanza e della sua riconducibilità come assenza determinata da uno degli eventi protetti".

La Corte è poi tornata, in tema di invalidità civile, sulla questione della necessità della domanda amministrativa ai fini del ripristino della prestazione già in godimento, ma revocata a seguito di visita di verifica effettuata dalla commissione medica.

Sez. L, n. 27355/2020, Calafiore, Rv. 659660-01 ha ribadito quanto già affermato da Sez. 6-L, n. 6590/2014, Blasutto, Rv. 629902-01 nel senso che, in materia di invalidità civile, la revoca della prestazione assistenziale, seppure

intervenuta a seguito di una verifica amministrativa disposta dalla legge al fine di accertare la permanenza dei relativi requisiti, determina l'estinzione del diritto, con la conseguenza che l'interessato, per ottenere il ripristino della prestazione, è tenuto a proporre nuovamente l'istanza amministrativa di concessione (conforme Sez. L, n. 28445/2019, Calafiore, Rv. 655848-01).

In punto di modalità di presentazione della domanda amministrativa a mezzo di procuratore, **Sez. 6-L, n. 04280/2020, Riverso, Rv. 657301-01** ha affermato il principio secondo cui la domanda amministrativa, avente ad oggetto una prestazione previdenziale, è un atto giuridico in senso stretto di cui la legge predetermina gli effetti, senza che rilevi la volontà di produrli, ed alla quale non si applica la regola prevista dall'art. 1392 c.c., secondo cui la procura deve rivestire la stessa forma del contratto che il rappresentante deve concludere, estensibile ex art. 1394 c.c. solo agli atti unilaterali negoziali; ne consegue che la procura per la presentazione di una domanda amministrativa, in quanto non soggetta ad oneri formali, può risultare anche da comportamenti concludenti, essendo sufficiente che il mandatario sia investito del potere rappresentativo, la cui sussistenza può essere dimostrata con ogni mezzo di prova, comprese le presunzioni.

In particolare, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto invalida la domanda amministrativa per il riconoscimento del beneficio della rivalutazione contributiva per esposizione ultradecennale ad amianto ex art. 13 della l. n. 257 del 1992 presentata da un avvocato, perché priva della procura rilasciata dal cliente, pur menzionata nel testo, senza verificare se l'esistenza di un mandato verbale potesse desumersi dalla nomina dello stesso difensore a mezzo di procura apposta in calce al ricorso di primo grado.

La Corte ha richiamato il principio generale della libertà delle forme per cui la procura può risultare anche solo da un comportamento univoco e concludente, idoneo a rappresentare che l'atto sia compiuto per un altro soggetto nella cui sfera giuridica sia destinato a produrre effetti.

La sentenza ha ricordato le fattispecie della richiesta di pagamento (Sez. L, n. 07097/2012, Arienzo, Rv. 622705-01), della richiesta di risarcimento danno anche se rivolta all'assicuratore (Sez. 3, n. 01444/2000, Preden, Rv. 533674-01) e della ricezione della prestazione per cui, anche in tal caso, l'art. 1392 c.c. sulla forma della procura non trova applicazione, potendo la rappresentanza a ricevere l'adempimento ex art. 1188, comma 1, c.c. risultare da una condotta concludente e, dimostrabile con ogni mezzo ed anche con presunzioni (Sez. 2, n. 20345/2015, Manna F., Rv. 636599-01; Sez. 3, n. 11737/2018, Giaime Guizzi, Rv. 648607-01).

Per contro, invece, si è affermata la natura negoziale dell'impugnativa di licenziamento per cui la relativa procura deve risultare per iscritto (Sez. U, n. 02179/1987, Menichino, Rv. 451409-01).

Passando all'esame del profilo probatorio, la Corte ha ricordato la possibilità di ricorrere a presunzioni ex art. 2729 c.c. (sul punto Sez. L, n. 02965/2017, De Gregorio, Rv.643072-01), evidenziando di avere già riconosciuto, proprio in materia previdenziale, che il conferimento della procura alle liti ad un legale, per il recupero del credito in via giudiziaria relativo ad interessi e rivalutazione su ratei pensionistici, costituisce argomento di prova per dedurne che lo stesso difensore avesse ricevuto il mandato per ottenere in via stragiudiziale il pagamento del medesimo credito (Sez. L, n. 09046/2007, Battimiello, Rv.596176-01).

In relazione alla fattispecie, la Corte ha messo in rilievo la circostanza che la domanda amministrativa all'INPS per ottenere una prestazione non costituisce un negozio giuridico, ma un "atto in senso stretto" funzionale alla promozione di un procedimento disciplinato dalla legge (anche con riguardo ai compiti dell'INPS conseguenti alla domanda) e di cui l'istanza è mero presupposto.

2. La decadenza dall'azione giudiziaria.

In tema di decadenza ex art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, è stato precisato che è irrilevante l'eventuale riproposizione della domanda amministrativa o la richiesta di chiarimenti dell'assicurato.

Sul punto **Sez. L, n. 17792/2020, D'Antonio, Rv. 658590-01** ha chiaramente affermato che in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di determinate prestazioni previdenziali, l'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 (nel testo modificato dall'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992, conv., con modif., dalla l. n. 438 del 1992) prevede una decadenza sostanziale "di ordine pubblico" in quanto la sua funzione è quella di tutelare la certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spesa gravanti sui bilanci pubblici; il "dies a quo" è, dunque, ancorato alla data di presentazione dell'originaria domanda in sede amministrativa, risultando irrilevante, a tal fine, una eventuale riproposizione della domanda o una richiesta dell'assicurato di chiarimenti.

Sul punto la Corte ha operato un sostanziale richiamo a quanto già deciso dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 12718/2009, Vidiri, Rv. 608222-01) e specificato che la predetta funzione di tutela della certezza delle determinazioni concernenti le erogazioni gravanti sui bilanci pubblici (da qui la rilevabilità in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato e l'esclusione della "disponibilità" della stessa da parte dell'INPS) verrebbe frustrata se si ritenesse che la semplice riproposizione della domanda o una richiesta di chiarimenti permettesse il venir meno degli effetti decadenziali già verificatisi o un arbitrario prolungamento degli stessi o, ancora, una diversa individuazione del *dies a quo*.

La Corte è intervenuta anche in merito alle modifiche introdotte all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 dall'art. 38 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. dalla legge n. 15 luglio 2011, n. 111, secondo cui le decadenze previste dalla prima disposizione si applicano anche alle azioni giudiziarie aventi ad oggetto l'adempimento di prestazioni riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito e che, in tal caso, il termine di decadenza decorre dal riconoscimento parziale della prestazione ovvero dal pagamento della sorte capitale.

Il quarto comma dell'art. 38 citato aveva previsto l'applicazione delle nuove norme ai giudizi pendenti in primo grado; tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Corte costituzionale n. 69 del 2014.

A tale proposito **Sez. L, n. 22070/2020, Buffa, Rv. 659054-01** ha affermato che in tema di decadenza delle azioni giudiziarie, volte ad ottenere la riliquidazione di una prestazione pensionistica parzialmente riconosciuta, l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 - come modificato dall'art. 38, comma 1, lett. d), del d.l. n. 98 del 2011, conv. con modif. dalla l. n. 111 del 2011 - anche ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore del predetto d.l., ai sensi della previsione contenuta nel comma 4 del citato art. 38 (poi dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte costituzionale n. 69 del 2014), presuppone che il giudizio di primo grado non sia stato ancora definito con sentenza, restando irrilevante che quest'ultima possa essere ancora impugnata, giacché la "ratio" della previsione in questione è quella di consentire al giudice di primo grado di tener conto delle nuove disposizioni ai fini della pronunzia.

La Corte ha dunque ritenuto infondato il ricorso dell'INPS - anche a prescindere dall'intervento, sopravvenuto al ricorso, del giudice delle leggi -, incentrato sulla sussistenza della pendenza della lite in primo grado, per non essere stata ancora notificata la sentenza alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni e per essere ancora pendente il termine "lungo" per impugnarla.

L'infondatezza è stata ritenuta a prescindere dall'intervento della Corte costituzionale (sopravvenuto al ricorso in cassazione) e la relativa delibazione è stata compiuta ai fini della regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

E' stato così ritenuto maggiormente confacente alla fattispecie considerata una nozione di *pendenza della lite* ancorata al fatto che con la pronuncia della sentenza di primo grado il giudice si spoglia dei poteri decisori e quella decisione costituisce il limite per l'applicazione retroattiva delle disposizioni sopravvenute.

Ciò facendo la Corte ha richiamato quanto già deciso dalle Sezioni Unite penali con la sentenza n. 47008/2009, Rv. 244810-01 con la quale è stato affermato che la pronuncia della sentenza di primo grado determina la pendenza del procedimento in grado di appello.

Dunque, stando alla *ratio* della novità normativa, è stato ritenuto che essa, "nel prevedere l'applicazione delle nuove norme ai giudizi pendenti in primo grado, intende consentire al giudice di primo grado di tener conto delle nuove disposizioni, ciò che presuppone che il giudice di primo grado non si sia ancora pronunciato sulla controversia; una volta che il giudice si sia pronunciato, infatti, è ragionevole interpretare la norma nel senso che essa abbia disposto l'inapplicabilità della nuova disciplina, essendo incongruo – come deriverebbe dall'opposta interpretazione – che il giudice d'appello possa accertare la decadenza dell'assistito dall'azione giudiziaria sebbene analoga facoltà non competa al giudice di primo grado".

Interessante il principio pronunciato in tema di decadenza e domanda amministrativa relativa al riscatto del corso di laurea da **Sez. L, n. 13630/2020, Cavallaro, Rv. 658189-01** secondo cui il termine di decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 non si applica alla domanda amministrativa di riscatto del corso di laurea, atteso che l'art. 47 concerne le controversie in materia di trattamenti pensionistici propriamente detti, nonché quelle che, pur riguardando il rapporto contributivo, mirano a ottenere lo specifico beneficio del riconoscimento di una contribuzione figurativa in vista dell'incremento del trattamento pensionistico futuro, mentre l'istituto del riscatto, essendo finalizzato, mediante il pagamento della riserva matematica ex art. 13 della l. n. 1338 del 1962, alla copertura assicurativa di un periodo in cui l'interessato, per essersi dedicato allo studio, non ha potuto ottenere il versamento dei contributi che avrebbe invece conseguito se avesse lavorato, attiene a un rapporto preliminare e diverso rispetto a quello previdenziale.

Con tale decisione la Corte si è posta in consapevole contrasto con altre precedenti decisioni con le quali, invece, è stato affermato il contrario principio in base al quale la domanda di riscatto del corso di laurea rientra tra le prestazioni previdenziali previste a favore di determinati lavoratori subordinati, sicché ad essa sarebbe applicabile il termine di decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, fermo restando che la maturazione del termine non escluderebbe che il riscatto possa essere chiesto successivamente, ancorché con riferimento ai parametri retributivi in atto alla data della nuova domanda (in tal senso Sez. L, n. 20924/2018, Berrino, Rv. 650136-01 e Sez. L, n. 15521/2008, Celentano, Rv. 603633-01).

Il mutamento di giurisprudenza è stato giustificato sia con il dato letterale del citato art. 47, che con riguardo alla "ratio" della norma.

Sotto il profilo letterale è stato evidenziato che l'art. 47 assoggetta l'azione giudiziaria al termine di decadenza nell'ipotesi di controversie "in materia di trattamenti pensionistici" e di "controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88" e che la controversia che attiene alla sussistenza del diritto al riscatto del periodo di laurea non rientra tra quelle che riguardano i "trattamenti pensionistici" e neppure tra quelle relative ai benefici

contributivi speciali idonei ad incrementare a totale carico del sistema previdenziale pubblico le provvidenze spettanti all'assicurato (per le quali la giurisprudenza ammette l'applicabilità del regime decadenziale escludendo, tuttavia, che in quel caso la decadenza comporti la conseguenza dell'estinzione definitiva del diritto e l'impossibilità di conseguirlo con altra domanda).

2.1. L'improcedibilità dell'azione giudiziaria.

Sotto il diverso profilo della improcedibilità dell'azione giudiziaria per il mancato rispetto del termine di cui all'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, conv. con modif., dalla legge 11 marzo 1970, n. 83, **Sez. 6-L, n. 17653/2020, Riverso, Rv. 658938-01** ha ribadito che in tema di iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli, l'inosservanza del termine di centoventi giorni previsto dall'art. 22 del d.l. n. 7 del 1970, conv. con modif., dalla l. n. 83 del 1980, per la proposizione dell'azione giudiziaria a seguito della notifica, o presa di conoscenza, del provvedimento definitivo di iscrizione o mancata iscrizione nei predetti elenchi, ovvero di cancellazione dagli stessi, determina, in quanto relativa al compimento di un atto di esercizio di un diritto soggettivo, la decadenza sostanziale del privato, che non solo è sottratta alla sanatoria prevista dall'art. 8 della l. n. 533 del 1973, ma, riguardando una materia sottratta alla disponibilità delle parti, è anche rilevabile di ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio, a norma dell'art. 2969 c.c., salvo il limite del giudicato interno.

In tal senso anche la conforme Sez. L, n. 09622/2015, Doronzo, Rv. 635395-01.

Si tratta di un'ipotesi decadenziale che riguarda non già l'estinzione del diritto, quanto, piuttosto, l'improcedibilità dell'azione giudiziaria, come segnalato nell'ordinanza del 2020 sopra citata e come specificato da Sez. L., n. 06229/2019, Spena, Rv. 653142-01 con la quale è stato precisato che in tema di indennità di disoccupazione agricola, l'iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli costituisce presupposto per l'attribuzione della prestazione previdenziale, che, pertanto, non può essere riconosciuta in difetto di impugnazione del provvedimento amministrativo di esclusione da tali elenchi nel termine decadenziale di cui all'art. 22 del d.l. n. 7 del 1970, conv. con modif. dalla l. n. 83 del 1970.

3. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.

La Corte ha avuto modo di intervenire in diverse occasioni sul tema del riconoscimento della contribuzione in relazione ai periodoi in cui non è stata svolta alcuna attività lavorativa.

Relativamente alla questione della contribuzione figurativa a favore dei lavoratori vittime delle persecuzioni politiche e razziali, **Sez. L, n. 06096/2020, D'Antonio, Rv. 657173-01** ha ribadito quanto già deciso da Sez. L, n. 11708/2019, Ghinoy, Rv. 653831-01, affermando che in tema di benefici previdenziali a favore dei perseguitati per motivi razziali, il riferimento alla "retribuzione attuale della categoria e qualifica professionale posseduta dagli interessati nei periodi di persecuzione", contenuto nell'art. 1 della l. n. 1424 del 1965, di interpretazione autentica dell'art. 5 della l. n. 96 del 1955, come modificato dall'art. 3 della l. n. 284 del 1961, ha la finalità di imporre all'ente previdenziale un comportamento analogo a quello che avrebbe dovuto osservare qualora, nel periodo di persecuzione, i contributi fossero stati effettivamente versati e costituisce dunque la base di computo della contribuzione relativa al periodo di copertura figurativa, ma non anche il parametro di calcolo dell'importo del trattamento pensionistico, che deve essere sempre effettuato in applicazione delle regole di volta in volta dettate per la sua determinazione al momento del collocamento in quiescenza.

Sez. L, n. 07484/2020, Mancino, Rv. 657441-01 ha affermato che il periodo trascorso presso l'Accademia navale, valorizzabile ai fini dell'accredito della contribuzione figurativa, non può essere superiore al periodo della durata della ferma di leva (nella specie pari a ventiquattro mesi, ai sensi dell'art. 81 del d.P.R. n. 237 del 1964), perché la "ratio" dell'art. 49 della l. n. 153 del 1969 è tesa ad evitare che i soggetti protetti subiscano pregiudizio nella fruizione futura delle prestazioni previdenziali in relazione ad eventi che ne impediscano l'attività lavorativa, esigenza evidentemente non configurabile in caso cd rafferma volontaria.

La Corte ha messo in rilievo la differenza tra il servizio militare di leva obbligatorio, nella durata prevista dalle norme applicabili "ratione temporis", e quello espletato su domanda del militare. che è frutto della sua libera scelta di proseguire gli anni di corso successivi.

Tanto anche in virtù del fatto che l'obbligo di mantenimento degli allievi delle Accademie è posto a carico esclusivo dello Stato per i primi due anni dei corsi e, pertanto "sarebbe distonico porre gli oneri di contribuzione figurativa a carico della sicurezza sociale, anche per gli anni successivi al secondo in cui lo Stato neanche risulta più dover sostenere l'onere economico per il mantenimento degli allievi".

Il principio di diritto affermato si pone in dichiarata continuità con quanto precedentemente deciso da Sez. L, n. 00262/2008, Lamorgese A., Rv. 600974-01 e Sez. L, n. 08606/1999, Lamorgese A., Rv. 529303-01.

Sez. L, n. 07698/2020, Ghinoy, Rv. 657522-01 è intervenuta in punto di rapporto tra contribuzione figurativa ed aspettativa sindacale e, con principio inedito, ha precisato che, in tema di aspettativa sindacale ex art. 31 della l. n. 300 del 1970, la base di calcolo della contribuzione figurativa da prendere in esame a fini pensionistici

è costituita dalla retribuzione prevista dal c.c.n.l. per qualifica ed anzianità di servizio del lavoratore, con esclusione degli emolumenti collegati all'effettiva prestazione dell'attività lavorativa, come si evince dall'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 564 del 1996, che, attraverso il chiaro riferimento alla contrattazione collettiva, esclude che possano avere valore di fonte regolativa della retribuzione figurativa gli usi aziendali, nonché eventuali pattuizioni individuali, avuto riguardo, da un lato, alle esigenze di uniformità e prevedibilità cui risponde la tutela dell'attività sindacale posta a carico della collettività, e, dall'altro, alla natura indisponibile della materia previdenziale.

Ha così escluso il diritto all'inclusione nella retribuzione figurativa del premio di produzione e di altri incentivi correlati allo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa, nonostante gli emolumenti in questione fossero stati riconosciuti per prassi aziendale alla generalità dei dipendenti, a prescindere dalla loro presenza in servizio.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte ha preso in esame, principalmente l'art. 8, comma 8, della legge n. 23 aprile 1981, n. 155 che individua le retribuzioni da riconoscere ai fini del calcolo della pensione ai lavoratori in aspettativa sindacale stabilendo che esse "sono commisurate alla retribuzione della categoria e qualifica professionale posseduta dall'interessato al momento del collocamento in aspettativa e di volta in volta adeguate in relazione alla dinamica salariale e di carriera della stessa categoria e qualifica. Per i lavoratori collocati in aspettativa da partiti politici o da organizzazioni sindacali, che non abbiano regolato mediante specifiche normative interne o contrattuali il trattamento economico del personale, si prendono in considerazione ai fini predetti le retribuzioni fissate dai contratti nazionali collettivi di lavoro per gli impiegati dalle imprese metalmeccaniche".

Inoltre l'art. 3, comma 4, del d.lgs. 16 settembre 1996, n. 564 ha stabilito che "le retribuzioni figurative accreditabili ai sensi dell'art. 8, comma 8, della l. n. 155 del 1981, sono quelle previste dai contratti collettivi di lavoro della categoria e non comprendono emolumenti collegati alla effettiva prestazione dell'attività lavorativa o condizionati ad una determinata produttività o risultato di lavoro né incrementi o avanzamenti che non siano legati alla sola maturazione dell'anzianità di servizio".

A seguito del riferimento al contratto collettivo, è stato escluso, pertanto, che possano avere valore di fonte regolativa gli usi aziendali o le pattuizioni individuali poiché la normativa "individua (…) una perimetrazione dell'attività sindacale prevista a carico della collettività dettata da esigenze di uniformità e prevedibilità, il che del resto è coerente con la natura dell'intervento pubblico e con la natura indisponibile della materia previdenziale".

Sez. L, n. 23611/2020, Cavallaro, Rv. 659263-01 ha affermato che, in relazione alle domande amministrative presentate nella vigenza del d.lgs. n. 151 del 2001, per il riconoscimento del diritto all'accredito di contributi figurativi relativamente a

periodi corrispondenti all'astensione obbligatoria per maternità, verificatisi al di fuori di un rapporto di lavoro, il diritto in questione può essere riconosciuto solo nella sussistenza delle condizioni previste dall'art. 25, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 151, richiedendo la suddetta disposizione normativa che, al tempo dell'entrata in vigore del d.lgs. suddetto, l'istante non sia titolare di un trattamento pensionistico, sia iscritto a un'assicurazione di lavoro dipendente (sia essa quella ordinaria, ovvero sostitutiva od esclusiva) e possa far valere almeno cinque anni di contribuzione versati in costanza di rapporto di lavoro.

In tal modo la Corte ha ribadito quanto precedentemente affermato con decisioni conformi da Sez. 6-L, n. 01358/2015, Blasutto, Rv. 634190-01 e Sez. L, n. 15784/2011, Coletti De Cesare, Rv. 618674-01.

Sul piano processuale rileva quanto deciso da **Sez. L, n. 21299/2020, Cinque, Rv. 658989-01,** ovvero che nella controversia instaurata dal lavoratore per ottenere, per effetto dell'applicazione dei benefici combattentistici, il riconoscimento di un aumento fittizio di anzianità contributiva (normalmente di sette anni, ovvero di dieci anni nei casi di mutilati o invalidi di guerra o di vittime civili di guerra) sia al fine del compimento dell' anzianità necessaria per conseguire il diritto a pensione, sia ai fini della quantificazione della pensione stessa, il contraddittore principale è l'ente previdenziale, ma il datore di lavoro è parte necessaria del giudizio stesso in quanto è interessato a contrastare la suddetta pretesa, essendo tenuto a versare all'ente previdenziale il "corrispettivo in valore capitale dei benefici" in argomento.

Sul punto l'ordinanza ha richiamato il precedente conforme Sez. L, n. 09046/2001, Amoroso, Rv. 547891-01 sostenendo, peraltro, l'irrilevanza della circostanza che il datore di lavoro sia pubblico o privato.

Sez. L, n. 00399/2020, Calafiore, Rv. 656529-01 è invece intervenuta sulla natura giuridica del credito dell'INPS, rispetto al datore di lavoro, relativo al rimborso delle somme erogate al lavoratore a titolo di indennità e di contribuzione figurativa afferenti al regime della cd. mobilità lunga, affermandone l'ascrivibilità all'ampia categoria dei contributi previdenziali e la collocazione privilegiata ai sensi dell'art. 2754 c.c.

La decisione ha preso posizione in ordine al regime prescrizionale applicabile alla contribuzione figurativa accreditata affermandone l'assimilabilità integrale all'ampia categoria dei contributi previdenziali con la conseguente assoggettabilità alla disciplina della prescrizione di cui all'art. 3, comma 9, della legge 8 agosto 1995, n. 335 estesa agli oneri economici relativi alla mobilità eccedente quella ordinaria, all'erogazione al lavoratore della prestazione economica ed alla contribuzione figurativa.

Con riguardo alla natura privilegiata del credito dell'INPS per la contribuzione in esame, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'art. 2751 *bis* c.c., che riguarda i crediti

retributivi e risarcitori di cui è titolare il lavoratore, ed ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 2754 c.c. richiamando il proprio precedente arresto con il quale è stato affermato che "tra le assicurazioni comprese nella dizione <<forme di tutela previdenziale ed assistenziale>> rientra ad esempio quella per la malattia dato che, in coerenza con le enunciazioni di Corte costituzionale n. 526 del 1990, l'interpretazione va condotta a partire dalla ricognizione della causa del credito, in considerazione della quale la legge accorda il privilegio, causa che non consiste nella tutela del lavoratore subordinato, ma nell'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento dell'assistenza e della previdenza sociale, nell'ambito dell'art. 38 Cost." (Sez. 1, n. 08743/1992, Sgroi, Rv. 478259-01).

Quanto alla particolare ipotesi del personale civile alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria, la Corte ha fatto applicazione del principio generale, secondo il quale le norme che stabiliscono determinati benefici contributivi hanno natura eccezionale e non si estendono oltre i casi in esse previsti, affermando che il beneficio dell'aumento di un quinto ai fini della liquidazione e riliquidazione delle pensioni previsto dall'art. 3, comma 5, della l. n. 284 del 1977 per il corpo di polizia penitenziaria non si estende al personale civile della suddetta amministrazione, sia perché la maggiorazione è conseguenza della percezione della "indennità per servizi d'istituto" spettante solo alle forze di polizia (mentre per il personale civile è prevista la diversa "indennità di servizio penitenziario"), sia perché nel pubblico impiego vige il principio generale secondo cui le norme che attribuiscono benefici in deroga alle regole ordinarie non si estendono ai soggetti che non ne sono destinatari (**Sez. L, n. 12200/2020, Bellè, Rv. 658100-01**).

4. Le prestazioni pensionistiche.

In merito all'interpretazione dell'art. 5 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 secondo cui "l'assicurato cui sia stata liquidata o per il quale, sussistendo il relativo diritto, sia in corso di liquidazione la pensione a carico di un trattamento di previdenza sostitutiva dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti o che ne comporti l'esclusione o l'esonero, ha facoltà di chiedere la liquidazione di una pensione supplementare in base ai contributi versati o accreditati nell'assicurazione stessa qualora detti contributi non siano sufficienti per il diritto a pensione autonoma", **Sez. L, n. 24137/2020, Calafiore, Rv. 659282-01** ha statuito che hanno facoltà di chiedere la liquidazione di una pensione supplementare, a carico dell'assicurazione generale per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, soltanto i titolari di trattamento pensionistico conseguito per effetto di una prestazione di lavoro dipendente, e non anche i lavoratori autonomi; tale esclusione vale anche per i lavoratori autonomi che siano

titolari di pensione (diretta o di reversibilità) presso la gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, senza possibilità di estendere loro quanto stabilito dall'art. 1 del d.m. n. 282 del 1996, che disciplina il diverso caso dei titolari di un trattamento pensionistico come lavoratori dipendenti o autonomi, che siano anche iscritti alla gestione separata, e che avendo versato a quest'ultima contributi insufficienti a ottenere una pensione autonoma, hanno diritto alla pensione supplementare in base al citato art. 5, a carico tuttavia della gestione separata.

Si tratta di decisione che conferma l'orientamento espresso con Sez. L, n. 03569/2004, Picone, Rv. 570409-01.

In due sentenze la Corte ha esaminato il rapporto tra deroga all'innalzamento dell'età pensionabile e contribuzione volontaria di cui all'art. 1, comma 8, della legge 23 agosto 2004, n. 243.

Tale norma prevede che "le disposizioni in materia di pensionamenti di anzianità vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai lavoratori che, antecedentemente alla data del 20 luglio 2007, siano stati autorizzati alla prosecuzione volontaria della contribuzione".

Sez. L, n. 02926/2020, Ghinoy, Rv. 656700-01 ha confermato quanto già deciso da Sez. L, n. 12369/2019, Fernandes, Rv. 653757-01, ossia che in tema di pensione di anzianità, la deroga all'innalzamento dell'età pensionabile prevista dall'art. 1, comma 8, della l. n. 243 del 2004, come modificato dalla l. n. 247 del 2007, si applica anche in caso di integrazione volontaria della contribuzione in costanza di rapporto di lavoro, di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 564 del 1996, in considerazione della assenza di diversità ontologica tra tale ipotesi e quella della prosecuzione volontaria della contribuzione, disciplinata dall'art. 1 della l. n. 47 del 1983.

Sez. L, n. 07090/2020, Ghinoy, Rv. 657438-01 ha invece affermato che in tema di pensione di anzianità, la deroga all'innalzamento dell'età pensionabile prevista dall'art. 1, comma 8, della l. n. 243 del 2004, come modificato dalla l. n. 247 del 2007, si applica quando sia stato autorizzato il versamento della contribuzione volontaria prima del 20 luglio 2007, senza che abbia rilievo la data dei relativi versamenti, trattandosi di deroga volta a tutelare i soggetti che abbiano acquisito i requisiti pensionistici facendosi carico personalmente di eseguire il pagamento dei contributi e che, a causa delle modifiche normative introdotte, si verrebbero a trovare nella impossibilità di accedere al pensionamento.

La Corte è tornata, poi, sul regime delle "finestre" ribadendo quanto già deciso da Sez. L, n. 29191/2018, Calafiore, Rv. 651692-01; **Sez. L, n. 02382/2020, Riverso, Rv. 656988-01** ha confermato che in tema di pensione di vecchiaia anticipata, di cui all'art. 1, comma 8, del d.lgs. n. 503 del 1992, il regime delle cd. "finestre" previsto dall'art. 12 del d.l. n. 78 del 2010 (conv., con modif., dalla l. n. 122 del 2010) si applica anche agli invalidi in misura non inferiore all'ottanta per cento, come si desume dal

chiaro tenore testuale della norma, che individua in modo ampio l'ambito soggettivo di riferimento per lo slittamento di un anno dell'accesso alla pensione di vecchiaia, esteso non solo ai soggetti che, a decorrere dall'anno 2011, maturano il diritto a sessantacinque anni per gli uomini e a sessanta anni per le donne, ma anche a tutti i soggetti che "negli altri casi" maturano il diritto all'accesso al pensionamento di vecchiaia "alle età previste dagli specifici ordinamenti".

In ordine alla peculiare fattispecie della c.d. clausola oro prevista dall'art. 30 del regolamento di previdenza e quiescenza del personale dello SCAU, la Corte si è pronunciata sulla sua compatibilità con la disposizione di cui all'art. 59, comma 4, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 che comporta la soppressione, dal 1.1.1998, dei meccanismi di adeguamento diversi da quello previsto dall'art. 11 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, anche se collegati all'evoluzione delle retribuzioni del personale in servizio.

Sez. L, n. 20680/2020, Mancino, Rv. 658918-01 ha dunque statuito che la disciplina di cui all'art. 59, comma 4, della l. n. 449 del 1997 si applica anche al personale ex SCAU sicché, a far tempo dal 1 gennaio 1998, è impedita la riliquidazione automatica della pensione in godimento al personale dell'ente disciolto, senza che rilevi il trattamento più favorevole previsto dal regolamento SCAU, stante la preminenza della fonte legislativa sulla regolamentare, di cui non può quindi invocarsi la specialità ai fini della ultrattività.

La Corte ha negato rilevanza al carattere speciale del regolamento SCAU rispetto alle regole dell'art. 59 trattandosi di norme di rango diverso; disposizioni alle quali non può essere assegnata efficacia ultrattiva o perdurante vigenza.

5. C.I.G. e indennità di mobilità.

In tema di rapporto tra indennità di mobilità e svolgimento di attività di lavoro autonomo si registra una importante pronuncia.

La questione alla quale la Corte è stata chiamata a dare soluzione è quella della permanenza dello stato di bisogno connesso alla disoccupazione involontaria nonostante lo svolgimento di attività lavorativa autonoma con il conseguente venir meno del diritto all'indennità di disoccupazione e di mobilità.

L'ipotesi esaminata è stata quella del lavoratore che già svolga, nella costanza del lavoro subordinato, un'attività di lavoro autonomo compatibile con l'altro ed abbia continuato a svolgerlo anche dopo il collocamento in mobilità.

Tale fattispecie è stata tenuta distinta dalla prestazione di attività di lavoro autonomo in costanza della mobilità (nel senso di attività "intrapresa" durante il periodo di mobilità) per la quale, la costante giurisprudenza di legittimità, esclude la

compatibilità determinando la cessazione dello stato di bisogno connesso alla disoccupazione involontaria.

In tal senso Sez. L, n. 02497/2018, Calafiore, Rv. 647308-01 e Sez. L, n. 20826/2014, De Renzis, Rv. 632572.

Sez. L, n. 06943/2020, Ghinoy, Rv. 657515-01 ha invece statuito che lo svolgimento di attività di lavoro autonomo è incompatibile con la percezione dell'indennità di mobilità di cui all'art. 7 della l. n. 223 del 1991, tranne nel caso in cui il lavoratore già svolga, nella costanza del lavoro subordinato, anche un lavoro autonomo con esso compatibile, e lo continui a svolgere anche dopo il collocamento in mobilità.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente il diritto a percepire l'indennità di mobilità, da parte di un lavoratore che, dopo l'iscrizione nelle relative liste, aveva continuato a svolgere l'attività di amministratore di s.p.a., già svolta in precedenza.

La differenza, rispetto al caso dell'attività di lavoro autonomo successiva all'inizio della mobilità, è stata rinvenuta nel fatto che "la perdita del lavoro subordinato provoca comunque, anche nel caso in cui il lavoratore già prestasse attività autonoma con esso compatibile, la perdita della retribuzione e la decurtazione del reddito percepito prima del licenziamento e destinato alle esigenze di vita, che costituisce la giustificazione dell'intervento dell'ammortizzatore sociale in questione. Inoltre, l'iscrizione nelle liste di mobilità, con gli incentivi per le imprese che da esse assumono, costituisce un'agevolazione per il reingresso nel mondo del lavoro che deve comunque essere applicata al lavoratore in tal modo licenziato".

La Corte ha concluso che, nel caso in esame, possono coesistere anche le diverse contribuzioni (effettiva e figurativa) per il medesimo periodo in quanto legate a presupposti differenti (iscrizione nelle liste di mobilità e prestazione di lavoro autonomo).

Sez. L, n. 10778/2020, Mancino, Rv. 657873-01 ha enunciato il principio secondo cui l'indennità di mobilità, prevista dagli artt. 7 e 16 della l. n. 223 del 1991 in favore dei lavoratori disoccupati in conseguenza di licenziamento per riduzione di personale, non spetta ai soci lavoratori di società ed enti cooperativi esercenti le attività indicate nell'elenco allegato al d.P.R. n. 602 del 1970, atteso che l'art. 16 della citata l. n. 223, nel testo vigente "ratione temporis", prevedeva che la suddetta indennità fosse finanziata mediante il versamento di un contributo percentuale da calcolarsi sulle retribuzioni assoggettate al contributo integrativo per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, mentre ai soci lavoratori degli organismi cooperativi citati, prima del 2013, erano riconosciute dal d.lgs. n. 423 del 2001 solo alcune specifiche forme di previdenza e assistenza sociale, tra cui non rientrava l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria.

Si tratta di fattispecie (lavoratori addetti a cooperative di facchinaggio, trasporto di persone e merci, attività ad esse preliminari, complementari ed accessorie, altre attività varie, quali servizi di guardia di terra, mare o campestre, polizia ed investigazioni private e simili) riguardante la normativa antecedente alle modifiche introdotte con legge 28 giugno 2012, n. 92 che ha esteso (art. 2, comma 38) l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria ai soci lavoratori delle cooperative di cui al d.P.R. n. 602 cit. e quello straordinario di integrazione salariale (art. 3, comma 1) ad alcune delle cooperative di cui al d.P.R. cit.

Dunque, la Corte ha concluso, tenuto conto dell'ampia ricostruzione della normativa disciplinante la materia, che solo a partire dal 2013 è stata avviata la protezione dalla disoccupazione involontaria per i soci lavoratori delle società e delle cooperative esercenti le attività indicate nell'allegato al citato d.P.R. n. 602.

Completando l'argomentare la Corte ha altresì escluso, relativamente alla disoccupazione involontaria, l'esistenza del corrispondente obbligo contributivo a norma dell'art. 16, comma 2, lett. a), della l. n. 223 del 1991, negando che la disciplina così descritta ponga profili di legittimità costituzionale "considerato che rientra nella discrezionalità del legislatore limitare la tutela nei confronti della disoccupazione involontaria in base alla natura e alle peculiari caratteristiche dell'attività lavorativa espletata".

Sempre in tema di indennità di mobilità, **Sez. L, n. 28350/2020, Calafiore, Rv. 659803-01** ha ritenuto che chi invoca l'indennità di mobilità di cui all'art. 7 della l. n. 223 del 1991 ("ratione temporis" vigente) è tenuto a provare di essere iscritto alle liste di mobilità, in ragione dello stato di disoccupazione involontaria in cui versa per aver perso il proprio posto di lavoro, nonché di avere la residenza nel territorio nazionale, non essendo sufficiente la deduzione di avere mantenuto un legame fisico ed umano col suddetto territorio.

Si tratta di una fattispecie in cui la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda, volta al conseguimento dell'indennità di mobilità, avanzata da un lavoratore che aveva trasferito da circa due anni la propria residenza all'estero, ritenendo non bastevole, a tal fine, la mera allegazione di suoi frequenti rientri presso l'abitazione italiana che avrebbero consentito l'osservanza degli obblighi derivanti dal regime di "condizionalità" previsto per le prestazioni di disoccupazione involontaria.

6. L'indennità di disoccupazione.

In tema di rivalutazione dell'indennità di disoccupazione agricola di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 497 del 1988, relativamente all'art. 13, d.l. 2 marzo 1974, n. 30 (conv. dalla legge 16 aprile 1974, n. 114), **Sez. L, n. 17609/2020,**

Cavallaro, Rv. 658587-01 ha ribadito che **l**a sentenza n. 497 del 1988, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 del d.l. n. 30 del 1974, conv. dalla l. n. 114 del 1974, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento del valore monetario dell'indennità di disoccupazione ivi indicato, esplica i propri effetti sui rapporti tra assicurato ed ente previdenziale non ancora esauriti nel giorno della sua pubblicazione, tali dovendosi ritenere quelli in cui l'assicurato abbia percepito l'indennità in un periodo di disoccupazione anteriore al detto giorno, e nella misura allora dovuta, senza essere incorso in alcuna decadenza o senza che il diritto si sia estinto per prescrizione o che sulla misura dell'indennità si sia formata la cosa giudicata; il giudice adito, pertanto, per la rivalutazione di detta indennità si deve attenere, per analogia, al criterio di calcolo di cui all'art. 150 disp. att. c.p.c. Resta strutturalmente estranea alla descritta fattispecie la disciplina dell'art. 7, comma 4, del d.l. n. 86 del 1988, conv. dalla l. n. 160 del 1988, nella parte in cui, prima della declaratoria d'illegittimità costituzionale ad opera della Corte costituzionale, con sentenza n. 288 del 1994, escludeva per i lavoratori agricoli aventi diritto al trattamento speciale di disoccupazione un qualsiasi adeguamento dell'indennità ordinaria spettante per le giornate eccedenti quelle di trattamento speciale, non potendosi derivare dal sistema normativo, quale risultante dalle pronunce del giudice delle leggi, il necessario collegamento tra la percezione del trattamento speciale di disoccupazione agricola ed il diritto alla rivalutazione dell'indennità ordinaria di disoccupazione.

Trattasi di orientamento consolidato per come affermato nella stessa motivazione dell'ordinanza (pag. 5 ove si richiama, fra le molte, Sez. L, n. 07507/1992, Roselli, Rv. 477815-01).

Con riferimento ai criteri di computo del biennio minimo assicurativo ai fini dell'indennità di disoccupazione di cui all'art. 19 r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, **Sez. L, n. 10865/2020, Ghinoy, Rv. 657923-01** ha deciso che l'indennità giornaliera di disoccupazione, di cui all'art. 19 del r.d.l. n. 636 del 1939, ha come presupposti il possesso di almeno due anni di assicurazione obbligatoria alla data di inizio della disoccupazione (requisito del minimo assicurativo), e di almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione (requisito del minimo contributivo); in assenza di espressa previsione, per il computo del biennio minimo assicurativo va applicato il criterio generale previsto dall'art. 2963, comma 2, c.c., integrato con quello secondo cui i termini si computano secondo il calendario comune, *ex nominatione dierum*, sicchè la scadenza si individua mediante il conteggio a ritroso fino all'ultimo istante del giorno, mese ed anno corrispondente a quello da cui il termine decorre.

Infine, con riguardo alla contribuzione per la tutela dalla disoccupazione, si ricorda quanto deciso da **Sez. L, n. 06635/2020, Berrino, Rv. 657187-01** nel senso

che in tema di contribuzione per la mobilità, in forza dell'art 5, comma 4, della l. n. 223 del 1991 - nel testo vigente "ratione temporis" -, per il quale l'impresa datrice di lavoro è tenuta a versare alla gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, in trenta rate mensili, una somma pari a sei volte il trattamento mensile iniziale di mobilità spettante al lavoratore, e del combinato disposto degli artt. 7, comma 1 e 2, e 16, comma 1, della stessa legge (ai sensi dei quali alcune categorie di lavoratori non hanno diritto all'indennità), le imprese sono tenute a versare il contributo a loro carico solo con riferimento alle posizioni dei dipendenti posti in mobilità che abbiano diritto all'indennità, ma non con riferimento alle posizioni dei dipendenti posti in mobilità non aventi diritto ad usufruire dell'indennità stessa.

La Corte ha inteso ribadire, in linea con una precedente decisione conforme (Sez. L, n. 14305/2007, Monaci, Rv. 598075-01), che la contribuzione riguarda i singoli lavoratori posti in mobilità e si rapporta al trattamento mensile spettante al singolo lavoratore, tanto che sussiste un "rapporto diretto tra l'onere a carico dell'azienda ed il trattamento erogato dall'Istituto assicuratore ai singoli lavoratori, mentre, quando il lavoratore non ha diritto all'indennità di mobilità non sussiste neppure l'onere a carico dell'azienda".

Il contributo di mobilità, pertanto, non assolve alla funzione di un contributo di carattere generale con lo scopo di finanziare l'intera gestione della mobilità, e neppure quella specifica operazione di mobilità posta in essere da quella azienda, "ma piuttosto un contributo specifico funzionale al singolo trattamento di mobilità erogato al singolo lavoratore (…) e di porre a carico dell'azienda, sia pure diluita nel tempo, una parte sensibile dell'onere economico, sia perché si deve tenere conto del fatto che l'azienda datrice di lavoro trae dall'operazione un oggettivo vantaggio nella possibilità di liberarsi (senza oneri maggiori, diretti ed indiretti) della manodopera eccedente, sia per prevenire possibili abusi non giustificati nel ricorso alla procedura di mobilità".

Nell'ambito dei trattamenti previsti per i soggetti privi di occupazione, si segnala anche **Sez. L, n. 05896/2020, Spena, Rv. 657179-01** che, in conformità a Sez. 6- L, n. 28481/2018, De Marinis, Rv. 651736-01, ha riaffermato che in tema di quantificazione del trattamento economico spettante ai lavoratori socialmente utili, cui è estranea "ex lege" la disciplina dell'impiego subordinato, la quantificazione dell'importo integrativo va operata unicamente secondo il disposto dell'art. 8, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 468 del 1997, sulla base di una retribuzione oraria determinata secondo lo specifico criterio ivi indicato, per il quale il divisore previsto ai fini dell'individuazione del valore della retribuzione oraria per i lavoratori impiegati presso il soggetto utilizzatore nelle medesime attività, va applicato alla retribuzione base (minimo contrattuale ed indennità integrativa speciale).

7. L'indennità di malattia.

In controversia relativa all'impugnazione del licenziamento intimato al lavoratore per il compimento di attività lavorativa incompatibile con lo stato patologico denunciato e con la fruizione dell'astensione dal lavoro per malattia, **Sez. 6-L, n. 13980/2020, Leone, Rv. 658520-01** ha colto l'occasione per ribadire che in tema di assenza dal lavoro per malattia e di conseguente decadenza del lavoratore dal diritto al relativo trattamento economico per l'intero periodo dei primi dieci giorni di assenza per ingiustificata sottrazione alla visita di controllo domiciliare, ai sensi dell'art. 5, comma 14, del d.l. n. 463 del 1983, conv. dalla l. n. 638 del 1983 (norma dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 78 del 1988), l'effettuazione da parte del lavoratore di una successiva visita ambulatoriale confermativa dello stato di malattia, ancorché avvenuta prima della scadenza di tale periodo, non vale ad escludere la perdita del diritto al trattamento economico ma ha la sola funzione di impedire la protrazione degli effetti della sanzione della decadenza per il periodo successivo ai suddetti primi dieci giorni, atteso che l'osservanza dell'onere posto a carico del lavoratore di rendersi reperibile presso la propria abitazione non ammette forme equivalenti di controllo.

Si tratta di orientamento conforme a Sez. L, n. 01809/2008, Lamorgese, Rv. 601287-01 e Sez. L., n. 02531/1996, Prestipino, Rv. 496527-01 risalente a Sez. L, n. 12502/1992, Panzarani, Rv. 479666-01.

8. L'indennità di maternità.

In tema di indennità di maternità si registra una sentenza relativa alle lavoratrici iscritte alla gestione separata, in materia di compatibilità tra la prestazione e la percezione di redditi che prescindono dalla effettiva prestazione dell'attività lavorativa.

La Corte ha preso in esame la disciplina prevista dall'art. 64 del d.lgs. n. 151 del 2001, nella versione applicabile "ratione temporis" individuando dapprima solo nelle "forme e nelle modalità" i profili per i quali la disciplina prevista per le iscritte alla gestione separata è assimilata a quella per le lavoratrici dipendenti.

Dall'esame della normativa di settore la Corte è pervenuta alla conclusione che la tutela della maternità per le lavoratrici iscritte alla gestione separata è caratterizzata da un duplice obiettivo: "tutelare la salute della donna e del nascituro, soprattutto attraverso lo strumento dell'astensione dal lavoro, ed introdurre una provvidenza economica di sostegno alla maternità per il periodo di astensione dal lavoro".

Prescindendo la percezione dell'indennità da un effettivo stato di bisogno, non è di ostacolo alla stessa la sussistenza di redditi che non siano collegati all'effettiva prestazione dell'attività lavorativa, come accaduto nel caso di specie.

Alla luce di tali premesse, **Sez. L, n. 07089/2020, Ghinoy, Rv. 657520-01** ha enunciato il principio di diritto secondo cui l'indennità di maternità, prevista dall'art. 64 del d. lgs. n. 151 del 2001 ("ratione temporis" vigente) per le lavoratrici iscritte alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, prescinde dallo stato di effettivo bisogno in cui versi la donna nel periodo di riferimento, ed è pertanto compatibile con la percezione di redditi non correlati all'effettiva prestazione di attività lavorativa.

Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto all'indennità in discorso, in favore di una donna che, nel medesimo periodo, aveva percepito il compenso per la carica di amministratore di s.r.l., pur non avendo prestato attività lavorativa, come da attestazione ex art 5 d.m. 12 luglio 2007.

Altra decisione ha interessato il tema della retribuzione da assumere come base di riferimento per la determinazione dell'indennità di maternità nel caso di assistenti di volo.

Sez. L, n. 27552/2020, Mancino, Rv. 659796-01 ha deciso che in tema di indennità di maternità spettante alle assistenti di volo, la retribuzione da assumere come parametro di riferimento va determinata esclusivamente alla stregua dell'art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2001, il quale, pur facendo riferimento alle voci che concorrono a determinare la base di calcolo delle indennità economiche di malattia, nulla dice in ordine alla misura della loro computabilità; ne consegue che nella suddetta retribuzione l'indennità di volo dev'essere ricompresa per intero, restando irrilevante la misura in cui essa venga considerata ai fini del calcolo dell'indennità di malattia.

9. Le prestazioni assistenziali.

9.1. La decadenza di cui all'art. 42 d.l. n. 269 del 2003

Sul tema della decadenza disciplinata dall'art. 42 del d.l. n. 269 del 2003, conv. dalla l. n. 326 del 2003, si registra un interessante arresto dal quale sono state tratte due enunciazioni di principio, una delle quali si presenta come innovativa, così come formulata, nel panorama giurisprudenziale di legittimità.

Si tratta di **Sez. L, n. 26845/2020, Cavallaro, Rv. 659633-02** con la quale è stato affermato, in primo luogo, che il termine di decadenza semestrale previsto dall'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, non opera nell'ipotesi di impugnazione del provvedimento con cui, a seguito della revoca di un beneficio assistenziale, sia comunicata all'interessato la sussistenza di un indebito, dal momento che l'eventuale indebito trova una disciplina autonoma nel sistema normativo della ripetizione in

materia assistenziale e che, in ogni caso, le norme sulla decadenza sono di stretta interpretazione e insuscettibili di applicazione analogica.

In conformità con quanto affermato da Sez. L, n. 25268/2016, Doronzo, Rv. 642230-01, la stessa sentenza ha altresì affermato che il termine di decadenza previsto dall'art. 42, comma 3, cit., per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi di rigetto delle domande volte all'ottenimento di prestazioni in materia di invalidità civile, opera sia con riguardo all'ipotesi in cui il diniego in sede amministrativa dipenda da ragioni sanitarie sia nell'ipotesi in cui dipenda da ragioni diverse, sempre che il provvedimento di rigetto sia esplicito e venga comunicato all'interessato. (**Sez. L, n. 26845/2020, Cavallaro, Rv. 659633-01**).

Si segnala, inoltre che **Sez. L, n. 28818/2020, D'Antonio, Rv. 659804-01**, in conformità a Sez. L, n. 02119/2018, Berrino, Rv. 647266-01, ha ribadito che in materia di invalidità civile, il termine di decadenza semestrale di cui all'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, conv., con modif., dalla l. n. 326 del 2003, per la proposizione della domanda giudiziale di invalidità, decorrente dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emesso in sede amministrativa, non si applica in caso di impugnazione del provvedimento di sospensione della erogazione della prestazione assistenziale, in quanto tale atto non costituisce un provvedimento emesso all'esito di una procedura di riconoscimento del beneficio, ma un provvedimento di natura cautelare dell'ente erogatore rispetto ad un beneficio in precedenza concesso.

9.2. L'assegno sociale.

Sulla relazione tra assegno di invalidità civile ex legge 30 marzo 1971, n. 118 ed assegno sociale **Sez. 6-L, n. 02029/2020, Marchese, Rv. 656720-01** ha affermato che l'ammissione degli invalidi civili, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, all'assegno sociale erogato dall'INPS in sostituzione del trattamento di invalidità, in applicazione dell'art. 19 della l. n. 118 del 1971, ha carattere automatico e prescinde pertanto dall'accertamento, da parte di detto Istituto, della rivalutazione della posizione patrimoniale dell'assistito, costituendo la titolarità dell'assegno di invalidità (o della pensione di inabilità) presupposto sufficiente per il conseguimento dell'assegno sociale alle condizioni di maggior favore già accertate; ne consegue che non può dirsi nuova, in quanto tale inammissibile ex art. 437, comma 2, c.p.c., la domanda di attribuzione dell'assegno sociale in luogo di quello di invalidità.

La Corte ha dichiaratamente fatto applicazione del principio, affermato più volte, in conformità a Sez. U, n. 10972/2001, Ravagnani, Rv. 548907-01.

La *ratio* sottesa al principio è quella secondo cui l'art. 19 della l. n. 118 del 1971 deve essere interpretato "nel senso che gli invalidi civili, i quali già fruiscano della

relativa pensione (o assegno mensile), ne ottengono automaticamente la trasformazione in pensione sociale al compimento del sessantacinquesimo anno di età, alle stesse condizioni reddituali stabilite per il trattamento in corso di erogazione, senza che sia possibile alcuna autonoma valutazione, da parte dell'INPS, dei requisiti di ammissione e, in particolare, delle condizioni economiche dell'invalidità".

La conseguenza processuale è che non può dirsi nuova - e, in quanto tale, inammissibile *ex* art. 437, comma 2, c.p.c., - la domanda di attribuzione dell'assegno sociale in luogo di quello di invalidità poiché "il divieto di domande nuove è funzionale al rispetto del contraddittorio e all'esercizio dei diritti di difesa del convenuto nonché alla celerità del rito, vale a dire a valori che nel caso di specie non appaiono in alcun modo vulnerati dalla richiesta, avanzata solo in appello dall'odierno ricorrente, di disporre la sostituzione della prestazione richiesta *(id est:* pensione di inabilità) con l'assegno sociale".

Sez. 6-L, n. 14513/2020, Riverso, Rv.658800-01 ha enunciato il principio per cui il diritto alla corresponsione dell'assegno sociale ex art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, prevede come unico requisito lo stato di bisogno effettivo del titolare, desunto dall'assenza di redditi o dall'insufficienza di quelli percepiti in misura inferiore al limite massimo stabilito dalla legge, restando irrilevanti eventuali altri indici di autosufficienza economica o redditi potenziali, quali quelli derivanti dall'assegno di mantenimento che il titolare abbia omesso di richiedere al coniuge separato, e senza che tale mancata richiesta possa essere equiparata all'assenza di uno stato di bisogno.

Sempre in tema di assegno sociale **Sez. L, n. 16867/2020, Calafiore, Rv. 658640-01**, ha ribadito quanto già affermato da Sez. L, n. 16989/2019, Fernandes, Rv. 654380-01 e cioè che lo straniero extracomunitario ha diritto al riconoscimento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, alla condizione del possesso della carta di soggiorno a tempo indeterminato - ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - nonché, a decorrere dal 1° gennaio 2009, per effetto dell'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, del soggiorno legale, in via continuativa, per almeno dieci anni, nel territorio nazionale, senza che tale requisito possa essere considerato quale limite alla libertà di circolazione di cui agli artt. 16, comma 2, Cost., 21 e 45 del T.F.U.E., perché non implica alcun divieto in violazione della libera scelta del singolo e si sostanzia in un radicamento territoriale che non si identifica con la assoluta, costante ed ininterrotta permanenza sul territorio nazionale.

9.3. Altre questioni in materia di prestazioni assistenziali.

Sez. 6-L, n. 13223/2020, Riverso, Rv. 658116-01 ha enunciato che in materia di indebito assistenziale, in luogo della generale ed incondizionata regola civilistica della ripetibilità, trova applicazione, in armonia con l'art. 38 Cost., quella propria di tale sottosistema, che esclude la ripetizione, quando vi sia una situazione idonea a generare affidamento del percettore e la erogazione indebita non gli sia addebitabile. Ne consegue che l'indebito assistenziale, per carenza dei requisiti reddituali, abilita alla restituzione solo a far tempo dal provvedimento di accertamento del venir meno dei presupposti, salvo che il percipiente non versi in dolo, situazione non configurabile in base alla mera omissione di comunicazione di dati reddituali che l'istituto previdenziale già conosce o ha l'onere di conoscere.

Nella specie, la Corte ha escluso la ripetibilità dei ratei di assegno sociale, perché l'assistito aveva inserito nelle dichiarazioni reddituali i ratei della pensione estera che determinavano il superamento dei limiti di reddito.

Ha richiamato il principio generale reiteratamente affermato per cui, nella materia, non trova applicazione la norma di carattere generale di cui all'art. 2033 c.c., ma un sottosistema che ha come comune denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta ad una situazione idonea a generare affidamento.

Ha inoltre ricordato i più recenti arresti sul tema dell'indebito assistenziale (Sez. L, n. 26036/2019, Ghinoy, Rv. 655396-01, Sez. L, n. 28771/2018, Bellè, Rv. 651691-01, Sez. L, n. 31372/2019, Mancino, Rv. 655991-01) pervenendo alla conclusione che nessun obbligo di restituzione dell'indebito sussiste nel caso in cui l'*accipiens* abbia dichiarato i redditi all'Amministrazione e, quindi, gli stessi fossero conoscibili all'INPS.

Ha illustrato in termini diffusi la normativa applicabile al settore ed i limiti entro cui può ritenersi sussistente l'obbligo di comunicazione della propria posizione reddituale da parte dell'assicurato all'INPS, tenuto conto della presenza nell'ordinamento di diverse disposizioni che impongono all'Amministrazione di comunicare all'Istituto dati reddituali e patrimoniali dei beneficiari di prestazioni assistenziali (art. 15, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. dalla legge 3 agosto 2009, n. 102; art. 13 d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. dalla legge 30 luglio 2010, n. 122).

Sez. L, n. 02517/2020, Mancino, Rv. 656698-01 ha ribadito quanto già affermato da Sez. L., n. 14415/2019, Fernandes, Rv. 653977-01 secondo cui in tema di assegno di invalidità civile, ai fini della verifica della sussistenza del requisito reddituale previsto per il riconoscimento del beneficio, anche nel periodo successivo alla entrata in vigore della l. n. 247 del 2007, occorre fare riferimento al reddito

personale dell'assistito, con esclusione del reddito percepito dagli altri componenti del nucleo familiare.

Inoltre si segnala **Sez. 6-L, n. 18272/2020, Marchese, Rv. 658599-01** che ha affermato (in continuità con Sez. L, n. 22641/2020, Di Nubila, Rv. 610780-01) il seguente principio: il cumulo fra prestazioni a carattere diretto concesse a seguito di invalidità contratte per causa di lavoro o servizio e prestazioni pensionistiche a carico del Ministero dell'interno, vietato in linea generale dall'art. 3, comma 1, della l. n. 407 del 1990, che ha fissato il principio dell'incompatibilità tra prestazione previdenziale e prestazione assistenziale, è consentito in base alla deroga apportata dal comma 1 *bis* del medesimo articolo, introdotto dall'art. 12 della l. n. 412 del 1991, limitatamente ai casi di prestazione già effettivamente erogata alla data del 1 gennaio 1992, dovendosi escludere, attesa la natura eccezionale della norma derogatoria, suscettibile solo di stretta interpretazione, che possa attribuirsi rilievo al successivo riconoscimento, in sede giudiziale, del diritto all'erogazione con decorrenza anteriore a tale data.

10. Le prestazioni ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie.

L'unica sentenza sull'argomento ha cassato con rinvio una decisione di merito che aveva ritenuto sufficiente, per il riconoscimento dell'assegno "una tantum" di cui all'art. 2, comma 3, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 la comune residenza tra eredi e "de cuius" e non anche quello della vivenza a carico dei ricorrenti rispetto a quest'ultimo.

La Corte ha ribadito quanto già affermato con precedenti decisioni (fra tutte Sez. L, n. 11407/2018, De Felice, Rv. 648818-.01) ed ha operato la distinzione tra decesso del danneggiato da vaccinazioni obbligatorie causalmente connesso o non causalmente connesso con le vaccinazioni o le patologie di cui alla legge 210 cit.

Nel primo caso spetta a favore dei familiari indicati dall'art. 2 della l. n. 210 del 1992 il diritto all'assegno mensile reversibile o, in alternativa, quello all'assegno *una tantum*; diritti riconosciuti *jure proprio* in quanto mai entrati a far parte del patrimonio del dante causa.

Nel secondo caso spetta agli eredi ciò che fa parte dell'asse ereditario, ossia, i ratei dell'assegno istituito a favore del danneggiato scaduti prima del decesso e mai riscossi.

Richiamato il precedente sopra indicato, **Sez. L, n. 26842/2020, Mancino, Rv. 659632-01** ha ribadito che in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, il riconoscimento dell'assegno "una tantum" in favore dei superstiti, anche a seguito della modifica apportata all'art. 2, comma 3, della l. n. 210 del 1992 ad opera dell'art. 1, comma 3, della l. n. 238 del 1997, presuppone la

sussistenza del requisito - pur non riportato nella disposizione modificatrice - della "vivenza a carico" della vittima, giacché il diritto al ristoro poggia su una concezione di famiglia intesa quale comunità di reciproco sostentamento, i cui appartenenti, nell'ordine stabilito dalla legge, risultano quali aventi diritto non tanto per il vincolo successorio con la vittima, quanto piuttosto per una condivisione determinata proprio dallo speciale vincolo di convivenza, che rappresenta il cardine della legislazione e senza il quale la giustificazione stessa della misura assistenziale verrebbe a mancare.

Ribadito il requisito della vivenza a carico. stante la natura assistenziale della provvidenza che trova fondamento nell'art. 32 Cost., "in collegamento con l'art. 2, perché volta ad operare il bilanciamento tra il sacrificio alla salute di ciascuno e la tutela della salute degli altri, alla base dei trattamenti vaccinali, tenuto conto del dovere di solidarietà sociale di cui agli artt. 2 e 38 Cost."

11. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere.

Più sentenze sono state pronunciate in materia di benefici spettanti alle vittime del dovere ai sensi della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

In particolare, **Sez. L, n. 16571/2020, Mancino, Rv. 658496-01** ha enunciato il principio per cui i benefici in favore della categoria delle vittime del dovere - nella quale rientrano, tra l'altro, i dipendenti pubblici che, ai sensi dell'art. 1, comma 563, della l. n. 266 del 2005, abbiano subito un'invalidità permanente in attività di servizio per effetto diretto di lesioni riportate in conseguenza di eventi verificatisi nello svolgimento di servizi di ordine pubblico - non spettano all'agente di polizia penitenziaria per le lesioni permanenti derivategli da una aggressione subita ad opera di un detenuto in occasione dell'attività di vigilanza svolta all'interno della struttura carceraria, poiché l'attività in questione - avuto riguardo alle fonti normative che, fin dalla creazione del Corpo di polizia penitenziaria, hanno assegnato agli appartenenti a tale Corpo compiti di ordine e vigilanza all'interno del carcere - non può essere ricondotta ad un servizio di ordine pubblico, il quale è configurabile nella diversa e specifica ipotesi in cui gli stessi siano chiamati a concorrere, ai sensi dell'art. 16, comma 2, della l. n. 121 del 1981, nell'espletamento di servizi di ordine e sicurezza pubblica nell'ambito delle forze di polizia.

La Corte, operata un'ampia e dettagliata ricognizione della normativa che descrive i soggetti destinatari dei benefici a favore delle vittime del dovere, si è soffermata, in particolare, su quello indicato dall'art. 1, comma 563, lett. d) della l. n. 266 cit., ossia dei dipendenti pubblici che abbiano subito un'invalidità permanente in attività di servizio o nell'espletamento delle funzioni di istituto per effetto diretto di

lesioni riportate in conseguenza di eventi verificatisi per effetto di lesioni riportate "nello svolgimento di servizio di ordine pubblico".

A tale proposito è stata richiamata la consolidata giurisprudenza secondo cui il comma 563, a differenza di quello successivo, "non prevede la presenza di un rischio specifico diverso da quello insito nelle ordinarie funzioni istituzionali, bastando anche soltanto che l'evento dannoso si sia verificato nel contrasto di ogni tipo di criminalità o nello svolgimento di servizi di ordine pubblico" (Sez. U. n. 10791/2017, Manna A., Rv. 643940-01).

Sempre con riguardo ai presupposti per l'accesso ai benefici previsti a favore delle vittime del dovere, rileva quanto deciso da **Sez. 6-L, n. 13367/2020, Ponterio, Rv. 658519-01** che ha enunciato il principio di diritto per cui in tema di benefici in favore delle vittime del dovere, la nozione di particolari condizioni ambientali od operative, alla cui ricorrenza l'art. 1, comma 564, della l. n. 266 del 2005, condiziona l'estensione dei benefici in favore di coloro che abbiano contratto infermità permanentemente invalidanti o alle quali consegua il decesso, in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, effettuate dentro e fuori dai confini nazionali, comprende ogni forma di esposizione a rischio eccedente quello che caratterizza le ordinarie modalità di svolgimento dei compiti di istituto e include pertanto le missioni in territori di guerra svolte dai militari normalmente addestrati per lo svolgimento di esercitazioni per la difesa dello Stato, atteso che la partecipazione concreta ed effettiva a siffatte missioni costituisce evento straordinario che espone il militare a rischi, stress e fatiche non comparabili con quelli propri delle esercitazioni.

Il caso esaminato merita di essere brevemente sintetizzato per la sua peculiarità trattandosi della rivendicazione dei benefici di cui all'art. 1, comma 564, cit. da parte di un ufficiale dell'Aeronautica Militare che aveva preso parte, nell'arco di circa un decennio, alla prima Guerra del Golfo ed, in seguito, a diverse missioni internazionali in Bosnia Erzegovina, Bosnia e Kossovo.

L'origine dell'infermità invalidante è stata dedotta in giudizio quale conseguenza di attività esorbitanti quelle ordinarie di servizio essendo state espletate in teatri di guerra; ha pertanto invocato la previsione cit. che equipara alle vittime del dovere "coloro che abbiano contratto infermità permanentemente invalidanti o alle quali consegua il decesso, in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, effettuate dentro e fuori dai confini nazionali e che siano riconosciute dipendenti da causa di servizio per le particolari condizioni ambientali od operative".

La norma è stata letta dalla Corte in combinato disposto con il d.P.R. 7 luglio 2006, n. 243 che ha precisato il contenuto della nozione di "missioni" e di "particolari condizioni ambientali ed operative" sottolineando come, queste ultime, ricorrano allorché sussistano circostanze straordinarie che "generano un rischio superiore a quello proprio dei compiti di istituto".

A tale proposito l'addestramento ordinario alla partecipazione alle missioni militari non è comparabile con l'effettiva partecipazione a missioni di guerra che costituisce evento straordinario tale da esporre il militare a "rischi, stress e fatiche non comparabili con quelle proprie delle esercitazioni".

Infine, in punto di prescrizione dei benefici a favore delle vittime del dovere, va ricordato quanto deciso da **Sez. 6-L, n. 18309/2020, Doronzo, Rv. 659091-01,** secondo cui il diritto sulle somme pretese a titolo di rivalutazione automatica dell'assegno vitalizio mensile, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 407 del 1998, è soggetto, nel caso in cui le somme stesse non siano state poste in riscossione ovvero messe a disposizione dell'avente diritto, alla prescrizione decennale e non a quella quinquennale, atteso che quest'ultima presuppone la liquidità del credito, da intendere non secondo la nozione desumibile dall'art. 1282 c.c., ma quale effetto del completamento del procedimento di liquidazione della spesa.

12. Il diritto alla costituzione della posizione assicurativa.

In tema di diritto alla costituzione di una posizione assicurativa e contributiva, la Corte è intervenuta con diversi arresti con i quali ha delimitato l'ambito di operatività del diritto, sia con riguardo alla completezza e integrità della posizione, che all'ambito soggettivo di estensione del principio della regolarità della posizione contributiva con riferimento alle conseguenti prestazioni.

In particolare, **Sez. L, n. 17611/2020, D'Antonio, Rv. 658642-01** ha deciso che il dipendente civile o militare dello Stato che cessi dal servizio senza aver acquistato il diritto alla pensione per mancanza della necessaria anzianità e che abbia successivamente instaurato un rapporto di lavoro privato, può valorizzare la contribuzione già versata utilizzando l'istituto della costituzione di posizione assicurativa presso il fondo di previdenza dei lavoratori subordinati, di cui all'art. 124 del d.P.R. n. 1092 del 1973, che prevede il passaggio dei contributi senza applicazione degli interessi, e non quello della ricongiunzione, operante solo quando la contribuzione accreditata è da sola sufficiente per il riconoscimento della pensione.

Sez. L., n. 21302/2020, Buffa, Rv. 658925-01 ha stabilito che l'esclusione della applicabilità del principio di automaticità delle prestazioni in favore dei lavoratori autonomi, ai sensi dell'art. 59, comma 19, della l. n. 449 del 1997, non rileva con riferimento a lavoratori titolari di regolare posizione previdenziale; ne consegue che, una volta che il lavoratore sia regolarmente iscritto, il mancato pagamento dei contributi non esclude l'operatività della tutela assicurativa, ma comporta unicamente la sospensione del pagamento delle prestazioni fino al momento in cui la situazione non sia stata regolarizzata e nei limiti della prescrizione.

La fattispecie riguardava la copertura assicurativa presso l'INAIL, che non è stata esclusa a causa del mancato pagamento della contribuzione, pur in presenza di una posizione assicurativa aperta, atteso che quel pagamento "condiziona la esecutività del diritto alla regolarità contributiva con sospensione del pagamento delle prestazioni" nei termini precisati in massima.

Dunque, "presupposti del sorgere di un diritto esigibile alle prestazioni erogate dall'INAIL sono allora, oltre che la presenza delle lavorazioni e attività protette, l'esistenza di una posizione assicurativa presso l'INAIL ed il pagamento, pur tardivo, dei contributi".

Sez. L, n. 27427/2020, Bellè, Rv. 659692-01 ha affermato che il principio dell'automatismo delle prestazioni previdenziali, di cui all'art. 2116 c.c., così come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 374 del 1997, trova applicazione, con riguardo ai vari sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, come regola generale, e può essere derogato solo in base a specifiche disposizioni di legge, le quali devono espressamente prevedere anche la eventuale limitazione dell'automatismo al solo caso in cui sia prescritto il diritto dell'ente previdenziale alla percezione dei contributi.

Conseguentemente, la Corte ha cassato la sentenza di merito che, sulla base di un'applicazione analogica della disciplina sull'assicurazione obbligatoria, aveva escluso la computabilità dei periodi svolti fuori ruolo dalla base di calcolo dell'indennità di premio servizio, prevista dalla l. n. 152 del 1968 in favore del personale degli enti locali e di natura previdenziale, sul presupposto che si fosse prescritto il diritto dell'ente alla percezione dei contributi.

Si tratta di orientamento che ha dato continuità a quanto già deciso da Sez. L, n. 01460/2001, Amoroso, Rv. 543583-01.

Si segnala, altresì, **Sez. L, n. 22072/2020, Buffa, Rv. 659055-01** con la quale è stato deciso che il titolare di pensione liquidata dall'Argentina in modo autonomo, in presenza di contributi infrannuali pagati in Italia, non può cumulare gli ulteriori contributi italiani successivamente versati, ai fini del conseguimento della pensione di vecchiaia "pro-rata" in regime di totalizzazione internazionale, essendo i due trattamenti pensionistici incompatibili, alla stregua della Convenzione italo-argentina sulla sicurezza sociale del 3 novembre 1981, ratificata con l. n. 32 del 1983, di modo che i contributi versati in uno Stato, dei quali l'altro abbia doverosamente tenuto conto nel riconoscere la pensione in via autonoma, non possono essere considerati una seconda volta per la corresponsione da parte del predetto Stato di un ulteriore trattamento pensionistico.

Per completezza, afferendo le decisioni a profili di natura processuale ma intersecando, comunque, il tema del diritto alla posizione contributiva del lavoratore, si segnala **Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-02** con la quale è stato

deciso che in tema di omissioni contributive, nel giudizio promosso dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi, sussiste un litisconsorzio necessario con l'Istituto previdenziale, sicché, alla mancata evocazione in giudizio dell'ente non consegue l'inammissibilità della domanda, bensì la nullità del giudizio, rilevabile in ogni stato e grado del processo, salvo il limite del giudicato, con necessità di rimessione al giudice di primo grado ai fini dell'integrazione del contraddittorio.

Più nel dettaglio è stato affermato che nelle controversie promosse dai dipendenti delle aziende di credito, volte ad ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento al Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito, istituito presso l'INPS ex d.m. n. 158 del 2000, dei contributi correlati alla retribuzione mensile, utili per la determinazione dell'assegno ordinario di accompagnamento, la natura obbligatoria della contribuzione e la struttura del rapporto dedotto in giudizio, avente ad oggetto una autonoma obbligazione di diritto pubblico, impongono la partecipazione al processo dell'ente previdenziale in qualità di litisconsorte necessario (**Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-01,** conforme **Sez. L, n. 24924/2020, Amendola F., Rv. 659267-01**).

In senso conforme si è espressa **Sez. L, n. 17320/2020, Calafiore, Rv. 658831-01** secondo cui in caso di domanda del lavoratore avente per oggetto la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore dell'ente previdenziale dei contributi obbligatori omessi, sussiste litisconsorzio necessario nei confronti del datore di lavoro e dell'ente, giustificato dal fatto che l'obbligo di versamento dei contributi si configura, nell'ambito del rapporto di lavoro, come un obbligo di *facere* del datore di lavoro in favore dell'ente previdenziale che, dando luogo a una situazione sostanziale unitaria, deve trovare riflesso processuale nella partecipazione al giudizio di tutti i soggetti nei cui confronti la decisione del giudizio stesso è idonea a produrre effetti.

Si tratta di orientamento difforme da Sez. L, n. 12213/2004, Roselli, Rv. 574085-01 che segna una significativa adesione alla tesi contraria, pure, in precedenza affermata da altre decisioni fra le quali, merita menzione, Sez. U, n. 03678/2009, Balletti, Rv. 607443-01.

Interessante si rivela l'arresto con il quale **Sez. L, n. 06643/2020, Cavallaro, Rv. 657433-01** ha affermato che in tema di prestazioni previdenziali, l'erronea certificazione resa dall'ente previdenziale all'assicurato, che sia lavoratore autonomo, circa la sua posizione contributiva, non comporta la responsabilità risarcitoria, di natura contrattuale, dell'ente, poiché il valore certificativo delle comunicazioni ex art. 54 della l. n. 88 del 1989 può logicamente predicarsi soltanto per quelle concernenti i dati di fatto della posizione previdenziale rilasciate ad assicurati che, rispetto al rapporto contributivo sulla cui base è modulato il loro rapporto previdenziale, siano terzi, e, quindi, non possano avere conoscenza alcuna dei predetti dati, ma non anche

per le comunicazioni rilasciate ad assicurati che siano anche parte del rapporto contributivo stesso, i quali non possono fondare alcun affidamento meritevole di tutela su eventuali errori compiuti dall'ente nella comunicazione di notizie che rientrano nella loro diretta sfera di conoscibilità.

La Corte ha dapprima precisato che la certificazione di cui all'art. 54 cit. fa piena prova fino a querela di falso dei dati in possesso dell'ente e degli accertamenti compiuti in occasione del rilascio del certificato, senza che essa si estenda alla verità della situazione sostanziale, in quanto il diritto alle prestazioni previdenziali sorge in presenza dei requisiti previsti dalla legge e da provare nei modi ordinari.

La sentenza ha riconosciuto che il contenuto della certificazione può fondare il diritto al risarcimento dei danni in favore dell'assicurato al quale sia stata rigettata la domanda della prestazione previdenziale per la discordanza tra il contenuto della certificazione e la realtà del rapporto contributivo, fermo restando che la responsabilità dell'ente può configurarsi solo se le informazioni siano rese od omesse su domanda dell'interessato e si riferiscano ai dati di fatto relativi alla sua posizione assicurativa e che l'ammontare del risarcimento può essere limitato nel caso in cui l'assicurato, con il proprio comportamento non diligente, abbia concorso al verificarsi del danno.

13. Il trattamento di reversibilità ex art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898

In due importanti sentenze la Corte ha colto l'occasione per segnalare la natura e la funzione del trattamento di reversibilità spettante all'ex coniuge nel caso di divorzio.

Sez. L, n. 08263/2020, Calafiore, Rv. 657611-01 ha affermato che la ripartizione del trattamento di reversibilità, in caso di concorso tra coniuge divorziato e coniuge superstite, deve essere effettuata ponderando, con prudente apprezzamento, in armonia con la finalità solidaristica dell'istituto, il criterio principale della durata dei rispettivi matrimoni, con quelli correttivi, eventualmente presenti, della durata della convivenza prematrimoniale, delle condizioni economiche, dell'entità dell'assegno divorzile.

Ha dunque stabilito che occorre avere riguardo, ai fini della ripartizione del trattamento, anche al periodo di convivenza prematrimoniale coevo a quello di separazione che precede il divorzio, ancorché in detto lasso temporale permanga il vincolo matrimoniale.

L'argomentazione ha preso spunto da quanto affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 1999 con la quale è stato precisato che l'assenza di qualsiasi correttivo nell'applicazione del criterio matematico di ripartizione renderebbe possibile, che il coniuge superstite consegua una quota di pensione

inadeguata alle più elementari esigenze di vita, "mentre l'ex coniuge potrebbe conseguire una quota di pensione del tutto sproporzionata all'assegno in precedenza goduto, senza che il tribunale possa tenere conto di altri criteri per ricondurre ad equità la situazione".

Il criterio della durata dei rapporti matrimoniali nella ripartizione della pensione di reversibilità non costituisce l'unico del quale tenere conto e non si può risolvere in un mero calcolo aritmetico.

Il riferimento ad "ulteriori elementi" è presente nella costante giurisprudenza di legittimità espressamente richiamata dall'ordinanza massimata in relazione alla "finalità solidaristica che presiede il trattamento di reversibilità"; elementi da individuarsi facendo riferimento all'entità dell'assegno di mantenimento riconosciuto all'ex coniuge ed alle condizioni economiche dei due, nonché alla durata delle rispettive convivenze prematrimoniali.

In tal senso, tra le più recenti, Sez. 1, n. 16093/2012, Bisogni, Rv. 624328-01.

Partendo da tali considerazioni la Corte è pervenuta alla conclusione che occorra assegnare rilievo, fra gli elementi ulteriori ai fini della ripartizione del trattamento in esame, anche alla convivenza prematrimoniale, sebbene coincidente con il periodo di separazione legale, ritenendo non corretto l'operato dei giudici di merito che avevano considerato, invece il rigido criterio della durata formale del vincolo matrimoniale con ciò omettendo di valutare la finalità dell'istituto secondo i criteri di cui all'art. 38 Cost..

Sul trattamento di reversibilità di cui all'art. 9 della l. n. 898 del 1970, e sul particolare profilo che interessa il rapporto con la fruizione di un assegno di divorzio meramente simbolico (fattispecie davvero particolare) si è soffermata **Sez. L, n. 20477/2020, Cavallaro, Rv. 658914-01** stabilendo che il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità ex art. 9 cit. presuppone (anche ai sensi della norma interpretativa di cui all'art. 5 della l. n. 263 del 2005) non solo che il richiedente al momento della morte dell'ex coniuge sia titolare di assegno di divorzio giudizialmente riconosciuto, ma anche che detto assegno non sia fissato in misura simbolica, ponendosi la diversa interpretazione in contrasto con la "ratio" dell'attribuzione del trattamento di reversibilità al coniuge divorziato, da rinvenirsi nella continuazione del sostegno economico prestato in vita all'ex coniuge e non già nell'irragionevole esito di assicurare al coniuge divorziato una condizione migliore rispetto a quella già in godimento.

Nella fattispecie l'INPS aveva proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza di merito che aveva riconosciuto il trattamento di reversibilità al coniuge a favore del quale un tribunale degli Stati Uniti, in sede di divorzio, aveva assegnato un sostegno nella misura di un dollaro all'anno.

Tale "sostegno" era stato equiparato, dai giudici di merito, all'assegno di divorzio di cui all'art. 5 della l. n. 898 del 1970.

Partendo dall'interpretazione letterale dell'art. 9 cit., che richiama la fruizione dell'assegno di cui al suddetto art. 5, quale presupposto per l'assegnazione del trattamento di reversibilità, la Corte ha ricordato come la seconda norma sia stata oggetto di interpretazione autentica con l'art. 5 della l. n. 263 del 2005 che ha stabilito come "per titolarità dell'assegno ai sensi dell'articolo 5 deve intendersi l'avvenuto riconoscimento dell'assegno medesimo da parte del tribunale ai sensi del predetto articolo 5 della citata legge n. 898 del 1970".

Dopo avere ripercorso i precedenti arresti della Corte di legittimità con i quali, talvolta, si è anche sostenuto che la titolarità del trattamento di reversibilità spetti a chi sia titolare di un assegno di entità minima o simbolica, la sentenza è pervenuta alla diversa conclusione di cui alla massima riportata con una motivazione fondata essenzialmente sulla "ratio" del trattamento di reversibilità (del quale ha affermato la perdurante natura previdenziale) "da rinvenirsi nella continuazione del sostegno economico prestato in vita all'ex coniuge".

Tale essendo quella "ratio", non può assumere rilievo la previsione di un trattamento determinato in misura minima o meramente simbolica, essendo "necessario piuttosto che il trattamento attribuito al coniuge divorziato possieda i requisiti tipici previsti dall'art. 5 della l. n. 898 del 1970, ovvero, e più precisamente, che esso sia idoneo ad assolvere alle finalità di tipo assistenziale e perequativo-compensativa che gli sono proprie, di talché, pur non mettendo necessariamente capo ad un contributo volto al conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, consenta tuttavia all'ex coniuge il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, riconoscendogli in specie il ruolo prestato nella formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi".

14. I benefici per i lavoratori esposti all'amianto

Di natura più propriamente processuale la decisione assunta da **Sez. L, n. 18683/2020, Garri, Rv. 658844-01** con la quale è stato sostenuto che il datore di lavoro non è legittimato ad esperire l'opposizione ordinaria di terzo avverso la sentenza relativa alla spettanza ai lavoratori del beneficio contributivo da esposizione all'amianto, di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, atteso che dall'accertamento relativo al rischio morbigeno, ed al suo protrarsi per un consistente periodo di tempo, non discende alcuna immediata conseguenza nei suoi confronti, né risulta pregiudicato il diritto alla tutela della sua immagine, potendone allegare in

concreto il pregiudizio in altra sede, ove non è escluso che si possa procedere ad un nuovo accertamento dello stato dei luoghi.

L'ordinanza ha affermato la correttezza dell'argomentazione dei giudici di merito secondo cui il riconoscimento del beneficio pensionistico afferisce ad un rapporto di natura previdenziale tra i lavoratori e l'INPS rispetto al quale il datore di lavoro rimane estraneo e privo della titolarità di un qualsiasi diritto anche oggettivamente connesso con la pretesa dei lavoratori.

Sez. L, 27553/2020, Calafiore, Rv. 659797-01 ha ribadito che in tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, la decadenza speciale dall'azione giudiziaria, prevista dall'art. 47, comma 5, del d.l. n. 269 del 2003, conv. con modif. dalla l. n. 326 del 2003, non è applicabile a coloro che rientrano nel regime previgente, di cui all'art 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, e in particolare ai lavoratori esclusi in virtù del comma 6 *bis* dell'art. 47 della l. n. 326 cit. Ne consegue che il d.m. attuativo del 27 ottobre 2004, laddove all'art. 1 ha riferito il termine di decadenza anche ai suddetti lavoratori, è in contrasto con la fonte primaria, e pertanto va disapplicato.

Si tratta di orientamento che era stato già affermato da Sez. 6-L, n. 14895/2015, Pagetta, Rv. 636230-01.

Con riferimento al soggetto destinatario della domanda amministrativa, rileva l'arresto in base al quale in materia di rivalutazione contributiva da esposizione all'amianto, l'istanza amministrativa intesa al conseguimento del beneficio previdenziale va proposta nei confronti dell'INPS, e non può essere sostituita dalla diversa domanda indirizzata all'INAIL al fine di ottenere la prova dell'avvenuta esposizione; peraltro, rivestendo la suddetta istanza la funzione di atto di avvio del procedimento amministrativo, preliminare all'esercizio dell'azione giudiziaria, la statuizione della giurisprudenza di legittimità circa l'improponibilità della domanda giudiziale che dalla stessa non sia stata preceduta non può dar luogo ad una fattispecie di c.d. *prospective overruling*, configurabile soltanto con riguardo alla modifica imprevedibile di istituti di natura processuale (**Sez. L, n. 27555/2020, Calafiore, Rv. 659798-01**).

Il nucleo motivazionale della pronuncia si rinviene nell'affermazione che "mentre la domanda all'INPS è necessaria per l'erogazione del beneficio previdenziale, quella rivolta all'INAIL mira unicamente a fornire al lavoratore la prova dell'esposizione all'amianto e a consentire, perciò, una più rapida acquisizione del relativo diritto e non già a facilitare l'accesso alle (diverse) prestazioni oggetto del regime assicurativo che fa carico all'INPS".

Sul punto la Corte ha richiamato altri precedenti in termini fra cui merita di essere ricordato Sez. L., n. 08937/2002, Coletti, Rv. 555184-01.

Circa l'esclusione della possibilità di invocare il c.d. *prospective overruling* ha richiamato il precedente con cui è stato affermato che "la domanda amministrativa della prestazione all'ente erogatore, ex art. 7 della l. n. 533 del 1973, è condizione di ammissibilità di quella giudiziaria, diversamente dal ricorso introduttivo del procedimento contenzioso amministrativo ex art. 443 c.p.c., avendo disposto il legislatore che il privato non affermi un diritto davanti all'autorità giudiziaria prima che esso sia sorto, ossia prima del perfezionamento della relativa fattispecie a formazione progressiva, nella quale la presentazione della domanda segna la nascita dell'obbligo dell'ente previdenziale e, in quanto tale, non può essere assimilata ad una condizione dell'azione, rilevante anche se sopravvenuta nel corso del giudizio. Ne consegue che l'azione iniziata senza la presentazione in sede amministrativa della corrispondente istanza comporta l'improponibilità della domanda giudiziale, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, con conseguente nullità di tutti gli atti del processo" (Sez. L, n. 11438/2017, Marotta, Rv. 644255-01).

In tema di esposizione all'amianto, **Sez. L, n. 27761/2020, Mancino, Rv. 660064 – 01,** ha deciso il caso in cui il giudice di appello aveva ritenuto che la decorrenza del termine decennale di prescrizione del diritto al riconoscimento dei benefici previdenziali previsti dall'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992 fosse iniziata a decorrere dall'atto ministeriale di indirizzo e coordinamento con il quale si era riconosciuta l'esposizione qualificata di tutti gli addetti operanti in alcuni reparti di uno stabilimento industriale, fra i quali quello al quale era addetto il ricorrente, oltre che in ragione della *notorietà* della dell'esposizione qualificata dei lavoratori nello stabilimento e nel reparto.

Sul punto la Corte ha ritenuto non essere rispondente ai criteri dai quali desumere la fondatezza della ricorrenza di una presunzione ai sensi dell'art. 2729 c.c. la valorizzazione di atti amministrativi di indirizzo (peraltro successivi al pensionamento del lavoratore), oltre che dall'avere svolto l'attività di lavoro in ambiente *notoriamente* contaminato da emissioni di amianto.

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Le malattie professionali - 2. Gli infortuni sul lavoro - 3. Il danno differenziale - 4. I contributi assicurativi INAIL - 5. L'azione di regresso.

1. Le malattie professionali.

Nel corso dell'anno si sono registrati diversi interventi della Corte in tema di malattie professionali, con particolare attenzione alla questione della prescrizione.

Con riguardo alla individuazione della decorrenza del termine prescrizionale **Sez. L, n. 01661/2020, Boghetich, Rv. 656655-01** ha affermato che la manifestazione della malattia professionale, rilevante ai fini della individuazione del "dies a quo" per la decorrenza del termine triennale di prescrizione di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, può ritenersi verificata quando sussiste l'oggettiva possibilità che l'esistenza della malattia, ed i suoi caratteri di professionalità e indennizzabilità, siano conoscibili dal soggetto interessato; tale conoscibilità, che è cosa diversa dalla conoscenza, altro non è che la possibilità che un determinato elemento sia riconoscibile sulla base delle conoscenze scientifiche del momento.

Nel caso di specie, con orientamento conforme a quanto già deciso da Sez. L, n. 00598/2016, Amendola F., Rv. 638235-01, si è ritenuto che il termine di prescrizione fosse iniziato a decorrere, già prima della domanda, dalla diagnosi della malattia prevista dalla tabella allegata al d.m. 14 gennaio 2018 come patologia con elevata probabilità di origine lavorativa nel caso di esposizione ad agenti, quali le ammine aromatiche, cui era stato esposto il ricorrente.

Anche **Sez. L, n. 16605/2020, Buffa, Rv. 658595-01** ha affrontato il tema della prescrizione decidendo che, al fine di stabilire l'inizio della decorrenza della prescrizione del diritto alla rendita per malattia professionale, che coincide con la conoscibilità da parte dell'assicurato della manifestazione di una malattia indennizzabile, assume rilievo la circostanza che lo stesso assicurato si sia sottoposto ad esami diagnostici da lui richiesti per l'accertamento della patologia, dovendosi presumere che egli abbia avuto conoscenza del relativo esito al momento dell'espletamento dei predetti esami, ovvero nei giorni immediatamente successivi, e competendo allo stesso assicurato, che eccepisca di non averne avuto tempestiva conoscenza, fornire la relativa prova.

La fattispecie riguardava una sentenza di merito che, correttamente, aveva ancorato il "dies a quo" per la decorrenza del termine di prescrizione alla data di una

CTU - espletata in altro giudizio instaurato dal lavoratore verso il datore - considerata rilevante in senso puramente obiettivo, quale fatto da cui risultava la conoscenza della patologia da parte dell'assicurato.

Anche in questo caso la Corte ha dato continuità al proprio precedente orientamento in base al quale è stato affermato che a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 206 del 1988 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 135, secondo comma, del d.P.R. n. 1124 del 1965, nella parte in cui poneva una presunzione assoluta di verificazione della malattia professionale nel giorno in cui veniva presentata all'istituto assicuratore la denuncia con il certificato medico), nel regime normativo attuale la manifestazione della malattia professionale, rilevante quale "dies a quo" per la decorrenza del termine triennale di prescrizione di cui all'art. 112 del d.P.R. n. 1124 del 1965, può ritenersi verificata quando la consapevolezza circa l'esistenza della malattia, la sua origine professionale e il suo grado invalidante siano desumibili da eventi oggettivi ed esterni alla persona dell'assicurato, che costituiscano fatto noto, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., come la domanda amministrativa, nonché la diagnosi medica contemporanea, dai quali la malattia sia riconoscibile per l'assicurato (Sez. L, n. 02285/2013, Tricomi, Rv. 625197-01 e prima Sez. L, n. 27223/2003, De Matteis, Rv. 585516-01).

In punto di estensione della tutela assicurativa INAIL per le malattie professionali, ha avuto modo di pronunciarsi **Sez. L, n. 08948/2020, Ciriello Rv. 657630-01** che, in conformità a Sez. L, n. 05066/2018, Riverso, Rv. 647460-01, ha deciso che in tema di malattia professionale, la tutela assicurativa INAIL va estesa ad ogni forma di tecnopatia, fisica o psichica, che possa ritenersi conseguenza dell'attività lavorativa, sia che riguardi la lavorazione che l'organizzazione del lavoro e le sue modalità di esplicazione, anche se non compresa tra le malattie tabellate o tra i rischi specificamente indicati in tabella, dovendo il lavoratore dimostrare soltanto il nesso di causalità tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata.

La "ratio" di tale statuizione è stata delineata nel fondamento della tutela assicurativa ai sensi dell'art. 38 Cost. che deve essere ricercata non tanto nella nozione di rischio assicurato o di traslazione del rischio, ma nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona, dato che la tutela dell'art. 38 non ha per oggetto l'eventualità che l'infortunio si verifichi, ma l'infortunio in sé; ed è questo e non la prima l'evento generatore del bisogno tutelato, sia in termini individuali che sociali.

A tale proposito la Corte ha richiamato quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 100 del 1991, ovvero che "l'oggetto della tutela dell'art. 38 non è il rischio di infortuni o di malattia professionale, bensì questi eventi in quanto incidenti sulla capacità di lavoro e collegati da un nesso causale con attività tipicamente valutata dalla legge come meritevole di tutela".

Applicando tali principi la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva negato alla condotta vessatoria posta in essere dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore l'idoneità a generare una malattia indennizzabile in quanto non rientrante nell'ambito del rischio assicurato.

2. Gli infortuni sul lavoro.

Un primo importante arresto ha inteso confermare e dare continuità all'orientamento secondo cui in caso di infortunio sul lavoro, se si accerta la sussistenza di fattori patologici preesistenti non aventi origine professionale, il giudice deve, anche di ufficio, fare applicazione dell'art. 79 del d.P.R. n. 1124 del 1965, secondo cui il grado di riduzione permanente dell'attitudine al lavoro causata da infortunio, quando risulti aggravata da inabilità preesistenti derivanti da fatti estranei al lavoro, deve essere rapportata non alla normale attitudine al lavoro ma a quella ridotta per effetto delle preesistenti inabilità, e deve essere calcolata secondo la cosiddetta formula Gabrielli - espressa da una frazione avente come denominatore la ridotta attitudine preesistente e come numeratore la differenza tra quest'ultima (minuendo) ed il grado di attitudine al lavoro residuato dopo l'infortunio (sottraendo) - senza che abbia rilievo la circostanza che l'inabilità preesistente e quella da infortunio incidano sullo stesso apparato anatomo-funzionale (**Sez. L , n. 01662/2020, Boghetich, Rv. 656598-01).**

Si tratta di principio conforme a quanto già affermato da Sez. L, n. 00684/2014, Tria, Rv. 629255-01, Sez. L, n. 11703/2003, Cuoco, Rv. 565527-01 e molte altre.

Quanto alla disciplina applicabile "ratione temporis", assume rilievo **Sez. L, n. 21743/2020, Calafiore, Rv. 659257-01** che ha affermato il principio per cui gli infortuni sul lavoro verificatisi o denunciati prima del 9 agosto 2000 (data di entrata in vigore del regime introdotto dall'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000), soggiacciono alla disciplina di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, anche nel caso in cui i postumi subiscano un aggravamento in epoca successiva alla suddetta data.

L'ordinanza ha riepilogato le differenze che intercorrono tra le diverse discipline di cui al d.P.R. citato ed il d.lgs. n. 38 del 2000 in punto di danni conseguenti ad infortunio sul lavoro ed i diversi parametri previsti dalle due norme con riguardo ai criteri di liquidazione di quei danni, avendo introdotto, per la prima volta, il d.lgs. n. 38 del 2000 la possibilità di procedere alla liquidazione del danno biologico in capitale nel caso di menomazioni pari al 6% ed inferiori al 16% e con una rendita per quelle di grado superiore con una ulteriore quota di rendita per le conseguenze patrimoniali.

In base alla normativa precedente, invece, era prevista solo la liquidazione di un indennizzo per i postumi permanenti conseguenti alla riduzione della capacità lavorativa superiore al 10%.

Il discrimine temporale di applicazione delle due diverse normative e dei distinti criteri di liquidazione del danno è costituito dalla data di entrata in vigore del d.m. 12 luglio 2000 (9 agosto 2000) contenente le tabelle di valutazione del danno biologico.

Posto che nel caso di malattia o infortuni denunciati prima di tale data, l'incidenza deve essere rapportata alla capacità di lavoro del richiedente e non al danno biologico subito, anche per le domande di aggravamento dei postumi vale il medesimo discrimine temporale.

In tema di rendita a seguito di infortunio sul lavoro ai familiari superstiti va ricordata **Sez. L, n. 18658/2020, Cavallaro, Rv. 658597-01** che ha ribadito il principio per cui il diritto a tale rendita, ex art. 85 del d.P.R. n. 1124 del 1965, presuppone, ai sensi del successivo art. 106, la cosiddetta "vivenza a carico", la quale sussiste ove i predetti si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonoma ed al loro mantenimento abbia concorso in modo efficiente il lavoratore defunto, dovendosi a tal fine considerare anche il reddito del coniuge dell'ascendente che domanda la prestazione previdenziale, giacché, anche ove non sia operante il regime di comunione legale, comunque sussiste l'obbligo di assistenza materiale tra coniugi posto dall'art. 143 c.c. e quello di assistenza per i figli di cui al successivo art. 147 c.c., senza che possa procedersi ad una valutazione distinta della posizione di ciascuno dei superstiti, indipendentemente dalla sussistenza di contributi o aiuti familiari.

Si tratta di massima conforme a Sez. L, n. 03069/2002, Toffoli, Rv. 552749-01.

La Corte ha dunque ribadito l'abbandono del risalente orientamento secondo cui il diritto alla rendita per infortunio sul lavoro in favore degli ascendenti superstiti - che, in virtù del combinato disposto degli artt. 85 e 106 del d.P.R. n. 1124 del 1965, presuppone la cosiddetta vivenza a carico, la quale è provata allorché risulti che gli ascendenti medesimi si trovino senza sufficienti mezzi di sussistenza autonomi e che al loro mantenimento concorreva in modo efficiente il lavoratore defunto - è previsto con distinto riferimento a ciascuno dei superstiti dell'infortunato, sicché non implica una valutazione cumulativa delle posizioni reddituali di entrambi gli ascendenti, neppure se versino in regime di comunione legale tra coniugi; pertanto, occorrendo valutare distintamente la posizione di ciascuno di essi indipendentemente da contributi od aiuti familiari, sia a titolo di mantenimento che di alimenti, il possesso di autonomi mezzi di sussistenza da parte di un coniuge non preclude che il diritto alla rendita sia riconosciuto all'altro coniuge (ascendente del defunto), ove privo di sufficienti ed autonomi mezzi di sussistenza (Sez. L, n. 08465/1993, Micali, Rv. 483716-01).

Interessante il principio elaborato da **Sez. L, n. 18659/2020, Cavallaro, Rv. 658842-01** nel senso che in tema di infortunio "in itinere", la tutela assicurativa copre i sinistri verificatisi nel normale percorso abitazione-luogo di lavoro anche in caso di fruizione da parte del lavoratore di un permesso per motivi personali che, quale

fattispecie di sospensione dell'attività lavorativa ontologicamente non differente dalle pause o dai riposi, da cui si differenzia soltanto per il carattere occasionale ed eventuale, a fronte del connotato di periodicità e prevedibilità tipico degli altri, non recide il rapporto finalistico con l'attività lavorativa, né concretizza una ipotesi di rischio cd. elettivo.

La fattispecie esaminata dalla Corte riguardava il caso di un lavoratore deceduto a causa di un sinistro stradale mentre tornava da casa sul luogo di lavoro dopo avere fruito di un permesso per motivi personali.

In motivazione si è operata una interpretazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 38 del 2000 nel senso che la norma ha previsto un ampliamento della tutela assicurativa (nel caso di infortunio "in itinere") "escludendo rilevanza all'entità del rischio o alla tipologia della specifica attività lavorativa cui l'infortunato sia addetto e tutelando piuttosto il rischio generico (connesso al compimento del c.d. percorso normale tra abitazione e luogo di lavoro) cui soggiace qualsiasi persona che lavori, restando per conseguenza confinato il cd. rischio elettivo a tutto ciò che sia dovuto piuttosto ad una scelta arbitraria del lavoratore, il quale crei ed affronti volutamente, in base a ragioni o ad impulsi personali, una situazione diversa da quella legata al cd. percorso normale, ponendo così in essere una condotta interruttiva di ogni nesso tra lavoro-rischio ed evento".

Quindi, è sufficiente a garantire la tutela antinfortunistica, la sussistenza di un rapporto finalistico tra percorso normale ed attività lavorativa.

La fruizione del permesso per motivi personali, secondo la Corte, non integra alcuna interruzione del predetto rapporto, integrando una sospensione dell'attività lavorativa alla stregua delle pause e dei riposi.

In relazione al rimborso delle spese mediche sostenute a seguito di un infortunio sul lavoro **Sez. L, n. 02012/2020, Amendola F., Rv. 656730-01** ha affermato che in tema di cure necessarie al recupero della capacità lavorativa ex art. 86 del d.P.R. n. 1124 del 1965, non è dovuto il rimborso delle spese mediche e protesiche sostenute in relazione ad un infortunio sul lavoro, ai sensi del successivo art. 88 del medesimo d.P.R., quando si tratta di spese meramente preventivate e non ancora sostenute.

In motivazione si precisa che non è possibile agire in giudizio per ottenere una condanna in futuro relativamente a prestazioni che ancora devono essere eseguite in quanto tale tipo di azione e, dunque di condanna, non è consentita nell'ordinamento vigente, ad eccezione dei casi espressamente previsti.

Infine, con riguardo all'ipotesi di decorrenza del riconoscimento giudiziale di maggiore percentuale di danno esistente fin dall'origine con conseguente indennizzo in capitale, **Sez. L, n. 16606/2020, Buffa, Rv. 658636-01** ha enunciato il principio per cui in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, qualora sia riconosciuto dal giudice un indennizzo in capitale relativo al danno biologico in

misura percentuale superiore a quella accertata in sede amministrativa ed in relazione al medesimo momento indicato nella domanda amministrativa originaria, la prestazione decorre, in conformità al generale principio previsto dall'art. 74 del d.P.R. n. 1124 del 1965, dalla data di cessazione del periodo di inabilità assoluta, non trovando applicazione la disposizione di cui all'art. 84 dello stesso d.P.R. (che stabilisce la regola della decorrenza dalla prima rata con scadenza successiva a quella relativa al periodo di tempo in cui è stata richiesta la revisione), la quale si riferisce all'ipotesi di rendita già costituita e di successiva richiesta di variazione di essa.

3. Il danno differenziale.

La nozione di danno differenziale (art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965) riguarda l'importo che eccede la parte di indennizzo a carico dell'assicurazione obbligatoria e rimane a carico del datore di lavoro laddove sia causato da un reato procedibile d'ufficio.

Presupposti che abilitano l'INAIL anche all'azione di regresso ai sensi dell'art. 11 dello stesso d.P.R.

Sul tema si registra l'importante intervento di **Sez. L, n. 12041/2020, Amendola F., Rv. 657981-01** con il quale la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, la disciplina prevista dagli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 deve essere interpretata nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno cd. differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'Inail, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale fra fatto ed evento dannoso.

La questione affrontata e risolta riguarda, principalmente, quella dei criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro in caso di azione del lavoratore proposta per il risarcimento del danno differenziale derivante da infortunio o malattia professionale e, per connessione, nell'ipotesi di azione di regresso esercitata dall'INAIL.

Secondo una tesi, il giudice civile dovrebbe operare alla stregua del giudice penale e, dunque, adottare i medesimi criteri di giudizio, mentre secondo altri le regole di accertamento del giudizio civile restano autonome e sono costituite da quelle di cui agli artt. 1218 e 2087 c.c.

La Corte è pervenuta all'opzione ermeneutica fatta propria dalla massima sopra riportata (accertamento secondo le regole proprie del giudizio di tipo civilistico) valorizzando, attraverso una complessa ed articolata motivazione (ove si trovano

ampi richiami a giurisprudenza costituzionale e di legittimità) la posizione del lavoratore che, in caso si optasse per la soluzione diversa, vedrebbe eccessivamente appesantiti i propri oneri probatori con riguardo al danno differenziale rispetto a qualsiasi altro danneggiato.

In motivazione si rinviene la sintesi del ragionamento con le seguenti argomentazioni: "Incongruo allora pretendere dal lavoratore danneggiato ciò che verrebbe richiesto ad un pubblico ministero, senza peraltro che si possa avvalere degli strumenti di indagine di questi, perché non si tratta di stabilire una responsabilità per infliggere una sanzione penale, quanto, piuttosto, per risarcire la persona colpita da un danno "contra ius". Come incongruo appare che, nella stessa sede processuale civile e rispetto al medesimo fatto, il giudice debba operare con criteri di giudizio diversificati a seconda che sia chiamato a determinare danni complementari oppure differenziali, magari arrivando a negare i secondi dopo aver riconosciuto i primi, solamente a causa del diverso onere probatorio di cui il lavoratore risulti gravato".

Tale disparità sarebbe tanto più irragionevole trattandosi di tutela del diritto alla salute e sarebbe in contrasto con tale obiettivo (sub specie di integrale riparazione del pregiudizio non patrimoniale) la presenza di un onere probatorio aggravato rispetto a qualsiasi altro soggetto di diritto comune.

Completa il ragionamento probatorio la considerazione che analoghi rilievi investono anche l'azione di regresso dell'INAIL ai sensi dell'art. 11 del d.P.R. cit.

Rilevante anche quanto deciso da **Sez. 6-L, n. 17655/2020, Riverso, Rv. 658658-01** che ha affermato il principio per cui in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'allegazione nel ricorso introduttivo proposto dai congiunti dell'assicurato di un fatto integrante, in astratto, un reato perseguibile d'ufficio è sufficiente ad incardinare validamente la causa di danno nei confronti del datore di lavoro, così radicando, nel giudice, il potere-dovere di dar corso all'istruttoria attraverso l'accertamento del fatto-reato e poi, superato positivamente tale accertamento, del danno "differenziale" e "complementare"; a tal fine è irrilevante la percezione di una rendita da parte dei superstiti. La mancata richiesta all'INAIL dell'indennizzo per danno biologico o per danno da invalidità temporanea o l'omessa indicazione del "quantum", viceversa, possono comportare, al più, la riduzione del risarcimento civilistico, mediante la deduzione dell'importo corrispondente alla prestazione previdenziale.

Per completezza sul tema si segnala un interessante arresto con quale la Sezione Terza ha inteso delineare e precisare la distinzione della copertura INAIL rispetto al risarcimento del danno alla salute.

Si fa riferimento a **Sez. 3, n. 24474/2020, Gorgoni, Rv. 659761-01** secondo cui in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'indennizzo Inail, in considerazione della sua natura assistenziale e pur in presenza

della stessa menomazione dell'integrità psico-fisica cui fa riferimento l'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, a differenza del risarcimento, non copre l'intero danno alla salute, essendo svincolato dalla sussistenza di un illecito contrattuale o aquiliano e consentendo all'avente diritto di esperire l'azione risarcitoria per il ristoro del danno biologico cd. danno differenziale, non coperto dall'assicurazione obbligatoria; d'altro canto, riguardando un bene giuridico diverso da quello della salute, va escluso a carico dell'Inail l'indennizzo per il danno da "perdita del diritto alla vita" richiesto *iure hereditatis* dagli eredi del *de cuius* (in quanto la perdita della vita non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute), non rientrante nella nozione di danno biologico recepita dallo stesso art. 13.

4. I contributi assicurativi INAIL

Sez. L, n. 02013/2020, Calafiore, Rv. 656731-01 ha enunciato il principio per cui i rapporti di collaborazione degli studenti universitari con le Università statali, di cui all'art. 13 della l. n. 390 del 1991, sono soggetti all'assicurazione presso l'INAIL ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 38 del 2000 che ha stabilito l'obbligatorietà dell'assicurazione per tutti i rapporti di parasubordinazione, dovendosi ritenere detta disposizione prevalente, in base al principio generale di cui all'art. 15 preleggi, sulla preesistente previsione di cui all'art. 13 citato che fissava l'obbligo di stipulare polizze private.

Nel pervenire a tale conclusione la Corte ha posto a confronto l'art. 13, comma 2, della legge 2 dicembre 1991, n. 390 e l'art. 5 del d.lgs. n. 38 del 2000.

La prima stabilisce l'obbligo per le Università di stipulare polizze assicurative private per gli studenti collaboratori, mentre la seconda individua un preciso obbligo di assicurazione generalizzato dei lavoratori parasubordinati.

Le due disposizioni sono state ritenute tra loro incompatibili e, comunque, alternative ed, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 15 delle Preleggi, si è ritenuto che la disposizione successiva abbia tacitamente abrogato quella precedente incompatibile e, nell'ottica dell'allargamento della platea delle categorie di lavoratori assoggettati all'assicurazione INAIL, ne abbia determinato la cessazione della vigenza.

Sez. L, n. 16865/2020, Calafiore, Rv. 658584-01 ha affermato che in tema di contributi assicurativi e previdenziali obbligatori, non è utilmente invocabile il principio di tutela dell'affidamento del contribuente, di cui all'art. 10 della l. n. 112 del 2000, (se non, ove ne ricorrano i presupposti, ai limitati fini di escludere sanzioni e interessi moratori), trattandosi di prestazione patrimoniale di natura pubblicistica, fondata sull'art. 38 Cost. e coperta da riserva di legge ex art. 23 Cost., con conseguente indisponibilità del relativo credito da parte dell'ente.

La questione risolta dalla Corte è quella relativa alla esistenza, nel sistema che regola l'obbligazione contributiva, di un principio di tutela dell'affidamento del contribuente tale da comportare "effetti abdicativi del potere di imposizione in ipotesi di acquiescenza posta in essere dalla pubblica amministrazione".

La tutela dovrebbe ricavarsi dall'art. 10 l. 27 luglio 2000, n. 212 secondo cui i rapporti tra contribuente ed amministrazione finanziaria devono essere improntati dalla collaborazione e dalla buona fede.

La fattispecie esaminata dalla Corte ha riguardato un caso in cui una società cooperativa riteneva di avere regolarmente assolto la propria obbligazione contributiva anche in ragione delle indicazioni provenienti dall'INAIL e dalla prassi applicativa costantemente seguita nell'adempimento.

Nel risolvere la questione la Corte ha richiamato la natura pubblicistica dell'obbligazione contributiva che deriva dall'art. 38 Cost., la copertura da riserva di legge della stessa ex art. 23 Cost., la sua indisponibilità, per come si ricava dalla disciplina della prescrizione, costantemente affermata dalla giurisprudenza, la potestà di autotutela dell'ente che può procedere all'annullamento, con efficacia "ex tunc" degli atti adottati in contrasto con la normativa vigente.

Conseguentemente si estende, anche alla materia contributiva, il principio affermato in quella tributaria per cui l'eventuale tutela del contribuente sotto il profilo dell'affidamento a fronte di un mutamento di indirizzo interpretativo dell'amministrazione può rilevare, al più, solo per quanto riguarda l'applicazione delle sanzioni e non anche per negare l'esistenza dell'obbligazione che, si ribadisce, non è nella disponibilità dell'ente ma è soggetta a riserva di legge.

5. L'azione di regresso

In tema si registrano una decisione della Sezione Lavoro ed altre della Terza Sezione che ha fatto applicazione di principi elaborati dalla prima proprio in punto di azione di regresso.

Sez. L, n. 16847/2020, D'Antonio, Rv. 658578.01 ha avuto modo di ribadire che in tema di azione di regresso dell'Inail ai sensi dell'art. 112 del d.P.R. n. 1124 del 1965 nei confronti delle persone civilmente responsabili per le prestazioni erogate a seguito di infortunio sul lavoro, e avuto riguardo alla distinzione tra le ipotesi in cui manchi un accertamento del fatto - reato da parte del giudice penale (ove l'azione di regresso è soggetta a termine triennale di decadenza) e le ipotesi di sussistenza di tale accertamento con sentenza penale di condanna (in cui l'azione di regresso è soggetta a termine triennale di prescrizione), la sentenza di applicazione della pena su richiesta dell'imputato, pronunciata dal giudice penale ai sensi dell'art. 444 c.p.p., deve ritenersi

di condanna, con la conseguenza che il termine di cui all'art. 112 cit. si configura come termine di prescrizione ed è pertanto suscettibile di interruzione.

E' stata così assicurata continuità alla decisione Sez. 1, n. 02242/2007, Plenteda, Rv. 595075-01, a sua volta conforme a Sez. L, n. 14734/1999, D'Agostino, Rv. 532641-01.

La ragione dell'orientamento ormai consolidato, risiede nel fatto che il cd. patteggiamento "costituisce un'ipotesi di definizione anticipata del procedimento penale mediante una sentenza con cui il giudice, verificata la correttezza della qualificazione giuridica del fatto contestato e valutata la ricorrenza di circostanze con la comparazione tra le stesse, applica la pena concordata tra imputato e P.M., se ritenuta congrua sempre che non ritenga di dover prosciogliere l'imputato" con la conseguenza che la sentenza non può essere annoverata tra quelle di proscioglimento dovendo essere equiparata a quelle di condanna.

Sez. 3, n. 12898/2020, Valle, Rv. 658145-01 ha richiamato il costante orientamento della Sezione Lavoro in base al quale nel giudizio di regresso intentato nei confronti del datore di lavoro, l'ente previdenziale può fornire prova della congruità dell'indennità corrisposta al lavoratore attraverso attestazione resa dal direttore della sede erogatrice: infatti, poiché l'Istituto svolge la sua azione attraverso atti emanati a conclusione di procedimenti amministrativi, tali atti sono assistiti dalla presunzione di legittimità propria di tutti gli atti amministrativi, che può venir meno solo di fronte a contestazioni precise e puntuali che individuino il vizio da cui l'atto in considerazione sarebbe affetto e offrano contestualmente di provarne il fondamento (Sez. L, n. 11617/2010, Stile, Rv. 613552-01, Sez. L, n. 21540/2007, Cuoco, Rv. 600141-01).

Infine si segnala, per completezza, **Sez. 3, n. 08814/2020, D'Arrigo, Rv. 657836-02** con la quale è stato deciso che in caso di accertato concorso di colpa della vittima di un infortunio sul lavoro, il giudice non può, per questo solo fatto, ridurre proporzionalmente le somme richieste dall'INAIL in via di rivalsa nei confronti del responsabile dell'infortunio stesso, ma deve previamente determinare, come in qualsiasi altra ipotesi di rivalsa, l'entità del danno risarcibile in relazione alla misura del menzionato concorso di colpa e, quindi, verificare se, sull'importo così calcolato, vi sia capienza per la rivalsa dell'INAIL, procedendo, esclusivamente nell'eventualità di esito negativo di tale accertamento, a ridurre l'ammontare spettante all'Istituto per le prestazioni erogate all'assicurato (o ai suoi eredi) in modo che non superi quanto dovuto dal danneggiante.

Anche in questa decisione è stato ribadito quanto già deciso da Sez. L, n. 04879/2015, Doronzo, Rv. 634791-01, a sua volta conforme a Sez. 3, n. 2350/2010, Travaglino, Rv. 611330-01

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Cassa Nazionale Forense - 2. Fondo Volo - 3. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti – 4. Fondo elettrici e Fondo telefonici - 5. INPDAI - 6. ENASARCO – 7. Previdenza integrativa.

1. Cassa Nazionale Forense

Relativamente alla base di calcolo della pensione di vecchiaia contributiva erogata dalla Cassa ed, in particolare, sulla possibilità che vi rientrino i contributi versati ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. b) della l. n. 576 del 1980 a mente del quale "il contributo soggettivo obbligatorio a carico di ogni iscritto alla cassa e di ogni iscritto agli albi professionali tenuto all'iscrizione è pari alle seguenti percentuali del reddito professionale netto prodotto nell'anno, quale risulta dalla relativa dichiarazione ai fini dell'IRPEF e dalle successive definizioni: (…) b) reddito eccedente lire 40 milioni: tre per cento" **Sez. L, n. 10866/2020, Calafiore, Rv. 657924-01** ha deciso che in tema di previdenza forense, nella base di calcolo della pensione contributiva erogata dalla Cassa, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento del 23 luglio del 2004, non vanno inclusi i contributi versati ex art. 10, comma 1, lett. b), della l. n. 576 del 1980, che hanno natura solidaristica, dovendo prevalere l'esigenza di tutela dei livelli di finanziamento del sistema previdenziale della categoria di appartenenza e non operando in detta materia il principio di corrispettività tra contributi e pensione.

La Corte, da un lato, ha descritto in termini di estrema chiarezza la peculiarità della pensione di natura contributiva per cui i contributi utili per il calcolo della prestazione "sono solo quelli versati entro il "tetto" reddituale sottoposto all'aliquota del 10% (sono cioè esclusi, come nel regime ordinario, i contributi versati, a titolo di solidarietà, con l'aliquota del 3%) nonché le somme versate a titolo di riscatto o ricongiunzione.

Nel sistema di calcolo contributivo incide l'età del soggetto alla data in cui viene richiesta la pensione (irrilevante invece nel calcolo retributivo); ciò in quanto il sistema contributivo, attribuendo rilievo alla residua aspettativa di vita del pensionando, prevede un aumento dei coefficienti di calcolo proporzionali all'età del soggetto richiedente.

Quanto alla legittimità del potere regolamentare attribuito alla Cassa in ordine alla disciplina della materia, ha richiamato il proprio costante orientamento secondo cui si è realizzata una sostanziale delegificazione attraverso la quale è concesso alla Cassa di regolamentare le prestazioni a proprio carico, anche in deroga a disposizioni

legislative precedenti, nonché la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 254 del 2016).

Da ciò la legittimità della previsione regolamentare applicabile "ratione temporis" ed escludente la computabilità del contributo di solidarietà.

Sulla natura dei regolamenti della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza, si è pronunciata anche **Sez. L, n. 27541/2020, Cavallaro, Rv. 659794-01** con la quale è stato deciso che i regolamenti con cui la Cassa forense, in attuazione delle disposizioni della l. n. 141 del 1992, disciplina il rapporto contributivo degli iscritti e le prestazioni previdenziali e assistenziali da corrispondere ai beneficiari (nella specie, il regolamento per il trattamento assistenziale degli avvocati in stato di bisogno) non hanno valore regolamentare in senso proprio, ex art. 1, n. 2, disp. prel. c.c., bensì squisitamente negoziale, indipendentemente dalla successiva approvazione con decreto ministeriale, con la conseguenza che il loro sindacato di legittimità è limitato all'ipotesi in cui venga dedotta una violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

In relazione alle sanzioni amministrative pecuniarie previste per i professionisti in materia previdenziale (nella specie per omessa comunicazione dei redditi professionali) **Sez. L, n. 17702/2020, Cavallaro, Rv. 658643-01** ha affermato che, con riferimento alle violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, l'irrogazione di sanzioni da parte della Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense deve essere preceduta dalla contestazione dell'addebito, ai sensi degli artt. 13 e 14 della l. n. 689 del 1981, in quanto, essendo la materia soggetta alla riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost., la potestà regolamentare riconosciuta agli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie dall'art. 4, comma 6 *bis*, del d.l. n. 79 del 1997, conv. dalla l. n. 140 del 1997, non può derogare alle garanzie dettate dalla citata l. n. 689, al fine di escludere che la discrezionalità attribuita a detti enti si trasformi in arbitrio.

La Corte ha confermato l'intervenuta delegificazione, per effetto del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 309, sia della disciplina relativa al rapporto contributivo che del rapporto previdenziale riguardante le prestazioni che gli enti gestori sono tenuti a corrispondere ai beneficiari.

Ha tuttavia precisato l'ambito entro il quale possono essere adottate le disposizioni derogatorie rispetto alle norme di legge ricordando i propri precedenti arresti con i quali ha affermato la tipicità degli atti suscettibili di essere adottati identificandoli, essenzialmente, in quelli di variazione delle aliquote contributive, di riparametrazione dei coefficienti di rendimento, di determinazione del trattamento pensionistico, negando, invece, che la deroga possa investire l'imposizione di trattenute per le quali sussiste una riserva di legge ex art. 23 Cost..

Nella decisione è stata operata l'interpretazione dell'art. 4, comma 6-*bis*, d.l. 28 marzo 1997, n. 79 secondo cui "nell'ambito del potere di adozione di provvedimenti, conferito dall'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, possono essere adottate dagli enti privatizzati di cui al medesimo decreto legislativo deliberazioni in materia di regime sanzionatorio e di condono per inadempienze contributive, da assoggettare ad approvazione ministeriale ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del citato decreto legislativo".

A tale proposito la Corte ha evidenziato come il potere di adottare "deliberazioni in materia di regime sanzionatorio" attribuito nell'ambito del potere di adozione di provvedimenti conferito dall'art, 2, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, si colleghi anche allo scopo di "assicurare l'equilibrio di bilancio mediante l'adozione di provvedimenti coerenti alle indicazioni risultanti dal bilancio tecnico da redigersi con periodicità almeno triennale", derivandone che "la potestà in esame debba necessariamente circoscriversi alla commisurazione delle sanzioni irrogabili in relazione alle varie tipologie di illecito, restando invece ad essa estranea, per ciò che qui rileva, la possibilità di derogare alle disposizioni imperative del procedimento individuato al Capo I, sez. II, della legge n. 689/1981".

Tra le norme imperative, sono state ritenute rientranti quelle relative alle garanzie dettate dagli artt. 13 e 14 della l. n. 689 del 1981 in punto di preventiva contestazione dell'addebito prima dell'adozione di sanzioni da parte degli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie.

2. Fondo Volo.

Per quanto riguarda la pensione di anzianità a carico del Fondo Volo e l'applicabilità della regola del cumulo con il reddito da lavoro dipendente prevista dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. dalla l- 6 agosto 2008, n. 133 **Sez. L, n. 20677/2020, Blasutto, Rv. 658916-01** ha enunciato il principio che le pensioni di anzianità erogate dal Fondo Volo nella vigenza dell'art. 19, comma 1, del d.l. n. 112 citato sono totalmente cumulabili con i redditi da lavoro autonomo e dipendente, trovando applicazione la regola generale prevista per l'assicurazione generale obbligatoria anche alle forme sostitutive della medesima, fra le quali rientra il Fondo Volo.

Nel caso di specie, si trattava di pensione erogata nella vigenza del predetto art. 19 secondo cui "a decorrere dal 1 gennaio 2009 le pensioni dirette di anzianità a carico dell'assicurazione generale obbligatorie delle forme sostitutive ed esclusive della medesima sono totalmente cumulabili con i redditi da lavoro autonomo e dipendente".

Poiché l'art. 3, comma 22, del d.lgs. 24 aprile 1997, n. 164 ha previsto che, qualora successivamente alla liquidazione della pensione a carico del Fondo il pensionato si rioccupi, si applicano le medesime norme in materia di cumulo tra pensione e retribuzione in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria, la conclusione è stata quella di cui alla massima.

Ciò in coerenza con quanto deciso per altro fondo sostitutivo da Sez. L, n. 19573/2019, De Marinis, Rv. 654499-01 in base alla quale in tema di cumulo tra pensione e redditi da lavoro, agli iscritti all'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (INPGI) si applica la stessa disciplina prevista per gli iscritti all'Assicurazione Generale Obbligatoria facente capo all'INPS, in quanto l'INPGI gestisce, per espresso disposto dell'art. 76 della l. n. 388 del 2000, una forma di assicurazione sostitutiva di quella garantita dall'INPS, mentre gli artt. 72, comma 1, della legge appena citata, e 44, comma 1, della l. n. 289 del 2002, poi seguiti dall'art. 19 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. con l. n. 133 del 2008, parificano il trattamento pensionistico a carico dell'AGO e quelli a carico delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima.

3. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti.

La Corte ha preso in esame la situazione dei professionisti iscritti all'Albo professionale e non anche alla Cassa nel periodo antecedente al 1.1.2003 (data a decorrere dalla quale è divenuta obbligatoria l'iscrizione alla Cassa per gli esercenti la professione in qualunque forma, anche occasionale) e che svolgevano attività non con carattere di continuità ovvero erano iscritti ad altre forme di previdenza.

Costoro erano tenuti al versamento alla Cassa del solo contributo di solidarietà che, secondo la previsione del regolamento sulla contribuzione alla Cassa, è stato possibile riscattare con il versamento, sulla differenza di ogni anno, della corrispondente riserva matematica secondo il d.P.R. 2 gennaio 1962, n. 1138.

La Corte è stata chiamata a "stabilire se per gli iscritti di solidarietà (…) i redditi relativi al periodo temporale riscattato rilevano ai soli fini dell'accesso alla pensione (…) o anche agli effetti della misura del trattamento pensionistico".

Sul punto **Sez. L, n. 00025/2020, Mancino, Rv. 656363-01** ha deciso che in tema di Cassa di previdenza geometri, il riscatto del cd. periodo di solidarietà è idoneo unicamente ad incidere sull'anzianità contributiva dell'assicurato, rendendo utilizzabili, ai fini dell'accesso al diritto a pensione, periodi di esercizio dell'attività professionale occasionali non coperti da contribuzione, ma non introduce alcuna deroga al criterio di calcolo della misura del trattamento pensionistico.

La struttura della motivazione si incentra prevalentemente sul fatto che, per il periodo di interesse (ovvero quello in cui l'iscrizione alla Cassa non era obbligatorio)

il Regolamento di contribuzione ha fatto salva l'applicazione della normativa vigente nell'anno di riferimento, ai fini della continuità professionale e del trattamento previdenziale del periodo oggetto di riscatto.

Nella fattispecie il riscatto del periodo relativo alla contribuzione di solidarietà copriva un periodo in cui il professionista non aveva prodotto reddito per la mera occasionalità dell'esercizio professionale.

Quindi, secondo quanto sostenuto dalla Corte, non è possibile attraverso una sorta di *fictio juris* procedere al computo del periodo riscattato ai fini della determinazione del trattamento pensionistico mutuando le regole delle omissioni contributive.

4. Fondo elettrici e Fondo telefonici.

Relativamente alle prestazioni previdenziali a carico del Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dell'ENEL, nel caso di raggiungimento dell'età pensionabile e dell'anzianità contributiva massima e di esercizio dell'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro ex art. 6 legge 29 dicembre 1990, n. 407, è stata esaminata l'efficacia dell'entrata in vigore del d.lgs. 16 settembre 1996, n. 562 e dell'innalzamento a 40 anni dell'anzianità contributiva massima escludendo l'operatività della rivalutazione ex art. 1, comma 3, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503.

In particolare, **Sez. L, n. 20678/2020, D'Antonio, Rv. 658917- 1** ha affermato che i lavoratori aderenti al Fondo elettrici che, avendo raggiunto età pensionabile e massima anzianità contributiva, "ratione temporis" fissata a 35 anni, abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 della l. n. 407 del 1990, hanno diritto, a far tempo dalla entrata in vigore del d.lgs. n. 562 del 1996, che a favore dei suddetti dipendenti ha innalzato a 40 anni l'anzianità contributiva massima, alla sola maggiorazione prevista dal citato art. 6, e non anche alla rivalutazione di cui all'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 503 del 1992, espressamente richiamato dall'art. 3 del d.lgs. n. 562 del 1996, perché tale rivalutazione è destinata solo a coloro che non hanno maturato la massima anzianità contributiva.

La Corte ha evidenziato che l'esercizio dell'opzione della prosecuzione dell'attività lavorativa comporta, a norma dell'art. 6, comma 6 cit. il "diritto, a domanda, ad una maggiorazione del trattamento pensionistico di importo pari alla misura del supplemento di pensione di cui all'art. 7 l. n. 155/1981, in relazione al periodo di continuazione della prestazione della loro opera", maggiorazione che "si somma alla pensione e diviene parte integrante di essa a tutti gli effetti dalla data di decorrenza della maggiorazione stessa".

Il d.lgs. n. 562 del 1996 cit. ha poi previsto che dall'esercizio dell'opzione derivano gli effetti previsti dall'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 503 del 1992 cit. che riconosce gli incrementi percentuali fino al raggiungimento dell'anzianità contributiva massima con applicazione limitata, quindi, a favore di coloro che tale anzianità contributiva non abbiano ancora raggiunto.

Si tratta di orientamento che la Corte ha espressamente ritenuto in continuità con quanto affermato in precedenti occasioni (Sez. L, n. 15052/2009, Coletti De Cesare, Rv. 608777-01, Sez. L, n. 24596/2011, La Terza, Rv. 619827-01, Sez. L, n. 18474/2014, Ghinoy, Rv. 632380-01), sia pure con gli adattamenti derivanti dalla specificità del caso concreto.

In tema di rivalutazione delle retribuzione pensionabile per lavoratori iscritti al Fondo telefonici, cessati dal servizio per possesso dei requisiti contributivi utili per il diritto alla pensione di vecchiaia ma in assenza dell'età pensionabile e che abbiano presentato domanda di pensione di vecchiaia, **Sez. L, n. 17789/2020, Mancino, Rv. 658589-01** ha deciso che il lavoratore iscritto al Fondo telefonici che cessa dal rapporto di lavoro per possesso dei requisiti contributivi, ma prima del compimento dell'età pensionabile, qualora presenti domanda di pensione di vecchiaia, non ha diritto alla rivalutazione dovendosi liquidare la prestazione pensionistica mensile incrementata, negli anni successivi, solo per effetto della perequazione automatica; rivalutazione che, in virtù della disciplina transitoria di cui al d.lgs. n. 503 del 1992, è riconosciuta solo per i contributi versati successivamente al 1° gennaio 1993.

E' stata quindi esclusa l'applicazione del predetto d.lgs. n. 502 del 1993 alle pensioni liquidate successivamente alla sua entrata in vigore ma relative a cessazioni dal servizio intervenute anteriormente.

Anche in questo caso si tratta di orientamento conforme a quanto già deciso da Sez. 6-L, n. 06262/2011, La Terza, Rv. 616432-01.

In materia di trattenute operate sul trattamento di previdenza integrativa aziendale costituita a favore di un ex dirigente ENEL, **Sez. 5, n. 05152/2020, Perinu, Rv. 657331-01**, ha affermato che il meccanismo impositivo di cui all'art. 6 della l. n. 482 del 1985 si applica sulle somme percepite dai soggetti iscritti, maturate fino al 31 dicembre 2000, provenienti dalla liquidazione del "rendimento netto", imputabile alla gestione sul mercato finanziario del capitale accantonato da parte del Fondo, il quale non corrisponde alla redditività ottenuta sul mercato dall'intero patrimonio Enel - ovvero il rapporto tra il margine operativo lordo e il capitale investito -, per essere quest'ultima dipendente da predeterminati calcoli di matematica attuariale e non già frutto di investimento di accantonamenti sul libero mercato.

5. INPDAI.

La questione sulla quale la Corte è stata chiamata a decidere ha riguardato la legittimità del recupero di un indebito da parte dell'INPS relativamente a somme corrisposte a titolo di pensione di invalidità a carico dell'INPDAI (Istituto Nazionale di Previdenza per i Dirigenti delle Aziende Industriali) per asserita incompatibilità tra le stesse e le somme percepite a titolo di reddito da lavoro dipendente non comunicato all'Istituto.

Sez. L, n. 16849/2020, Ghinoy, Rv. 658579-01 ha stabilito che in materia di cumulo tra pensione e reddito da lavoro, la norma transitoria di cui all'art. 10, comma 8, del d.lgs. n. 503 del 1992 (come modificato dall'art. 11 della l. n. 537 del 1993), che consente il mantenimento, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 503 cit., del precedente regime più favorevole, si applica ai trattamenti pensionistici a carico dell'INPDAI liquidati o maturati anteriormente al 1° gennaio 1995 (nella specie, pensione di invalidità cumulabile con retribuzione da lavoro dipendente non dirigenziale), con conseguente esclusione, in tali ipotesi, anche dell'operatività dell'obbligo, previsto dall'art. 8 *bis* del d.lgs. n. 503 del 1992 di produrre all'ente previdenziale la dichiarazione dei redditi da lavoro.

Il ragionamento della Corte ha preso le mosse dall'art. 20 d.P.R. 30 aprile 1969, n. 153 secondo cui sussiste l'incumulabilità, entro determinati limiti, con la retribuzione lorda percepita in costanza di rapporto di lavoro, delle "pensioni di vecchiaia e di invalidità liquidate a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, di quelle liquidate a carico delle gestioni speciali dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e degli esercenti attività commerciali nonché di quelle liquidate a norma dell'art. 13 della L. 21 luglio 1965, n. 903", e delle "pensioni delle assicurazioni generali obbligatorie per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti sulle quali è esercitato il diritto di sostituzione in qualsiasi forma da parte di fondi obbligatori di previdenza gestiti dall'Istituto nazionale della previdenza sociale".

Tale norma, sulla base dell'evoluzione legislativa successivamente sviluppatasi (art. 10 d.lgs. n. 503 del 1992, art. 1 l. n. 335 del 1995) è stata giudicata applicabile ai trattamenti liquidati o maturati prima del 1.1.2015.

6. ENASARCO.

Riguardo all'obbligo di iscrizione all'ENASARCO dei sub-agenti di assicurazione ed alla loro equiparazione, ai predetti fini, ai sub-agenti di commercio, si registrano due decisioni "gemelle" della Corte che ha affermato e ribadito che in tema di contributi a favore degli enti previdenziali privatizzati, cui va attribuita la natura di

prestazioni patrimoniali obbligatorie, opera la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., sicché, in assenza di una disposizione legislativa che lo preveda, va escluso che i sub-agenti assicurativi siano soggetti all'obbligo di iscrizione all'ENASARCO; né tale obbligo può conseguire ad una equiparazione ai sub-agenti di commercio, da cui si distinguono per il settore produttivo di appartenenza che li rende, piuttosto, assimilabili agli agenti assicurativi, la cui disciplina, ai sensi dell'art. 1753 c.c., è contenuta negli usi e negli accordi collettivi di settore e, solo in mancanza, nelle norme del codice civile in materia di agenti di commercio (**Sez. L, n. 12033/2020, D'Antonio, Rv. 657980-01** e **Sez. L, n. 12196/2020, D'Antonio, Rv. 658065-01** che è sostanzialmente conforme).

Nell'occasione è stato ribadito il precedente arresto con cui era stato già affermato analogo principio (Sez. L, n. 04296/2016, Tria, Rv. 639002-01).

Del precedente si è condiviso che "da sempre per le due indicate categorie di agenti - di commercio e assicurativi - sono dettate discipline profondamente diverse (e questo trova conferma anche negli artt. 1753 e 1905 cod. civ.); da sempre dalla giurisprudenza di questa Corte si desume che la natura di contratto derivato o subcontratto di subagenzia comporta che, in linea generale, i subagenti siano assoggettati alla stessa disciplina degli agenti, in quanto compatibile. E ciò è confermato anche dall'art. 109 del Codice delle Assicurazioni, secondo cui anche i subagenti assicurativi non possono svolgere la loro attività se non sono iscritti nel RUI, sia pure nella sezione E del registro e non in quella propria degli agenti. Ne deriva che, se per gli agenti è il rispettivo settore produttivo di appartenenza - nella specie: commercio o assicurazione - l'elemento determinante per l'individuazione della disciplina da applicare, lo stesso vale anche per i subagenti, visto che pure l'attività da questi concretamente esercitata è caratterizzata da tale appartenenza. Invero, è del tutto evidente che l'attività di un subagente assicurativo, nella sostanza, è - a parte la figura del preponente - uguale a quella dell'agente assicurativo e molto diversa, invece, da quella del subagente o dell'agente di commercio".

Con l'ulteriore precisazione che "i subagenti assicurativi da molto tempo sono inclusi obbligatoriamente nel sistema INPS per la pensione IVS (gestione commercianti) - al pari tutti gli altri agenti e subagenti, sulla sola base dello svolgimento di una attività di agenzia (in senso ampio) svolta in modo abituale e prevalente e senza alcun rilievo alla distinzione dei ruoli (rispettivamente di agente o subagente) - e sono, quindi, dotati di una tutela previdenziale ai sensi dell'art. 38 Cost. Pertanto, il fatto che la categoria professionale di appartenenza non consenta loro di iscriversi al Fondo di categoria certamente non contrasta con il suddetto parametro costituzionale e comunque non ha alcun rilievo nella presente controversia, perché certamente non autorizza l'ENASARCO a chiederne la contribuzione, in mancanza

di un fondamento legislativo adeguato ai sensi dell'art. 23 Cost.", sicché tale meccanismo va ritenuto esente da profili di incostituzionalità.

7. Previdenza integrativa.

La Corte ha reso una importante pronuncia in materia di versamento della contribuzione volontaria presso il Fondo dell'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, la vecchiaia ed i superstiti a favore del personale dipendente delle aziende private del gas ex art. 38, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 ed, in particolare, sulla rilevanza del ritardo nel pagamento del bollettino sulla decadenza dall'iscrizione al Fondo Integrativo Gas ai sensi dell'art. 6 legge 6 dicembre 1971, n. 1084 (secondo cui, nel caso di esercizio della facoltà di proseguire il versamento volontario dei contributi al Fondo, il diritto alla prestazione integrativa si perfeziona al sessantesimo anno di età, purché si possano far valere almeno quindi anni di contribuzione presso lo stesso Fondo).

A tale proposito **Sez. L, n. 19054/2020, Calafiore, Rv. 658991 01** ha affermato che in materia di iscrizione al Fondo integrativo a favore del personale dipendente dalle aziende private del gas (cd. "Fondo gas"), il tardivo pagamento della contribuzione volontaria mediante bollettino di conto corrente postale con periodicità trimestrale determina la mancata copertura assicurativa del trimestre precedente, cui il pagamento intempestivo si correla, ma non anche la perdita del trattamento pensionistico - in funzione dell'ottenimento del quale la predetta contribuzione si giustifica ed è prevista dalla legge -, perché ciò equivarrebbe ad introdurre implicitamente una decadenza in relazione all'esercizio non di un diritto ad una prestazione, bensì di una facoltà avente ad oggetto l'effettuazione di un pagamento, come tale non soggetto a decadenza né a prescrizione.

Nel caso esaminato, i giudici di merito hanno ritenuto idoneo il pagamento in ritardo all'esercizio della facoltà per la quale esso è avvenuto, senza che su ciò possa incidere la natura indebita del pagamento tardivo e la conseguente restituzione d'ufficio; ritardo che, in assenza di una normativa specifica sul punto, non può essere inteso come rinuncia alla contribuzione volontaria.

Ricostruendo la normativa che disciplina la materia e con riferimenti anche a precedenti decisioni sul punto (Sez. L, n. 13193/1991, Mollica, Rv. 474947-01), la Corte ha ritenuto che ricorrendo i presupposti di legge che consentono, quale mera facoltà, l'accesso alla contribuzione volontaria, ciascun trimestre deve ritenersi effettivamente coperto da contribuzione a condizione che il relativo pagamento sia avvenuto entro il trimestre successivo e che, in difetto di tale tempestivo adempimento ed in mancanza di causa di forza maggiore che lo abbia impedito o di espressa richiesta dell'interessato di imputazione a periodo precedente, il trimestre

non può considerarsi efficacemente coperto da contribuzione e l'eventuale pagamento tardivo è indebito e va restituito dall'INPS a chi lo ha versato.

Da alcuna norma può ritenersi che dal tardivo pagamento di un solo bollettino trimestrale possano derivare effetti ulteriori rispetto alla mancata copertura assicurativa del trimestre precedente, cui il pagamento intempestivo si correla; invero, ipotizzare la conseguenza della perdita del trattamento pensionistico in funzione dell'ottenimento del quale la contribuzione volontaria si giustifica ed è prevista dalla legge, equivarrebbe ad introdurre implicitamente una decadenza in relazione non all'esercizio di un diritto ad una prestazione, come è previsto dall'art. 47 d.P.R. 639 dei 1970, ma in relazione all'esercizio di una facoltà che ha per oggetto l'effettuazione di un pagamento, come tale non soggetto a decadenza né a prescrizione, posto che l'assicurato non è creditore di alcun prestazione ma debitore.

Si segnala, inoltre, in tema di prestazioni erogate dalla Cassa Edile, l'arresto con cui **Sez. L, n. 23616/2020, Negri Della Torre, Rv. 659264-01** ha deciso che la Cassa edile svolge sia funzioni di mutualità ed assistenza che previdenziali, provvedendo ad erogare ai dipendenti delle imprese edili l'indennità integrativa di malattia, con riscossione dei relativi contributi. Ne consegue che l'attestazione del credito da parte dell'ente costituisce prova idonea sia ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 635, comma 2, c.p.c., sia della "data certa" per la partecipazione al concorso dei creditori nel fallimento ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare.

Nella fattispecie la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva qualificato quale scrittura privata l'attestazione apposta dalla Cassa agli estratti conto comprovanti .

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Dario Cavallari e Stefano Pepe)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITA'

(DI ALDO CENICCOLA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisdizione. - 3. LA DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIAZIONE. - 4. Qualificazione delle aree e natura dei vincoli. - 5. L'occupazione. - 6. L'asservimento. - 7. L'opposizione alla stima. - 8. L'espropriazione parziale. - 9. La determinazione consensuale dell'indennità. - 10. L'espropriazione illegittima. - 11. La retrocessione.

1. Premessa.

La ricognizione delle decisioni della Suprema Corte in materia di espropriazione per pubblica utilità denota la costante tensione al consolidamento e alla sistemazione dei principi desumibili sia dalle tavole costituzionali e convenzionali, sia dal d.P.R. n. 327 del 2001 (T.U. espropriazioni), con particolare riguardo alla garanzia del serio ristoro all'espropriato, all'incidenza dei vincoli urbanistici ed alle questioni più squisitamente processuali riguardanti il procedimento di opposizione alla stima.

2. La giurisdizione.

In tema di giurisdizione, merita particolare rilievo il principio affermato da **Sez. U, n. 25209/2020, Nazzicone, Rv. 659711-01**, secondo cui la cognizione delle domande volte ad ottenere l'annullamento per errore della cessione volontaria dell'area destinata all'espropriazione e la conseguente restituzione o il pagamento del valore della stessa, proposte durante la vigenza dell'art. 53 d.P.R. n. 327 del 2001, spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo una norma di carattere processuale, applicabile in virtù del principio *tempus regit actum* anche quando la situazione sostanziale non è disciplinata dallo stesso d.P.R., in forza della quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie riguardanti gli accordi delle amministrazioni pubbliche che siano correlati all'esercizio dei poteri ablatori della P.A.

Sempre in tema di regolamento di giurisdizione, **Sez. U, n. 29174/2020, Valitutti, Rv. 660098 - 01**, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo,

in applicazione del principio del *petitum* sostanziale, in relazione alla domanda avanzata dal proprietario di terreni utilizzati per la realizzazione di strade pubbliche, il quale, reputando realizzato l'acquisto del suolo a titolo originario da parte del Comune di Bolzano, chiedeva di dare corso alla procedura di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 32 *bis* della l.p. n. 10 del 1991, ottenendo in risposta il silenzio dell'amministrazione comunale: la giurisdizione del giudice amministrativo è stata affermata avendo la controversia ad oggetto la verifica della illegittimità e la richiesta di annullamento di provvedimenti amministrativi che si assumeva produttivi di danni.

3. La determinazione dell'indennità di espropriazione.

Numerose le pronunce riguardanti la determinazione dell'indennità di espropriazione.

Così, quanto al metodo da adoperare per stabilire il valore venale del bene oggetto della procedura di esproprio, **Sez. 1, n. 00215/2020, Iofrida, Rv. 656516-01**, ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva determinato il valore dell'area espropriata adiacente ad un fabbricato non oggetto di espropriazione, facendo applicazione dei criteri fissati dall'allegato C del d.P.R. n. 138 del 1998, che è disciplina tesa a determinare il valore degli immobili solo in funzione del prelievo fiscale; la Corte ha infatti affermato che per la determinazione da parte del giudice di merito del valore di mercato del bene ablato, ai sensi degli artt. 36 e seguenti del d.P.R. n. 327 del 2001, è necessario l'impiego del metodo di stima di volta in volta più appropriato rispetto alle concrete caratteristiche e potenzialità del medesimo bene.

Del criterio da applicarsi con riferimento ai rapporti non ancora esauriti, per essere pendente la controversia sulla misura della giusta indennità, si occupa **Sez. 1, n. 04778/2020, Scalia, Rv. 657066-01**, affermando che, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina prevista dalla legge per la determinazione dell'indennità dovuta, deve, in tali casi, applicarsi il criterio del valore venale del bene, anche se il ricorso per cassazione avverso la sentenza di merito non abbia contestato la legge applicabile per determinare l'indennità, ma soltanto la sua quantificazione in concreto, poiché sull'individuazione del criterio legale di stima non è concepibile la formazione di un giudicato autonomo, né l'acquiescenza allo stesso. (Nella specie la S.C. ha ritenuto corretta la valutazione della corte d'appello che, pronunciando in sede di rinvio, ha disatteso i criteri di stima indicati dalla S.C. e ritenuto applicabili i nuovi criteri conseguenti alla dichiarazione di illegittimità dell'art. 5 *bis*, commi 1 e 2, del d.l. n. 333 del 1992, decisa da Corte costituzionale n. 348 del 2007).

Riguardo, poi, ai criteri suscettibili di incidere sulla determinazione giudiziale dell'indennità, **Sez. 1, n. 10747/2020, Lamorgese, Rv. 657897-01**, ha precisato che il giudice del merito non è vincolato all'eccezione o istanza della parte espropriante,

per fare applicazione dell'art. 32, comma 2, del d.p.r. del 2001, che impone di non tenere conto, ai fini indennitari, delle costruzioni e migliorie "opportunistiche" - quali sono quelle che sono state intraprese sui fondi soggetti ad esproprio dopo la comunicazione dell'avvio del procedimento e del deposito degli atti ex art. 16, comma 4 del medesimo d.P.R. - trattandosi di una circostanza che egli è tenuto a rilevare, anche d'ufficio, sulla base degli elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti, in quanto incidente sulla determinazione giudiziale dell'indennità.

Importante è il chiarimento, riguardante il concetto di intervento di riforma economico-sociale, che giustifica la riduzione del 25 per cento del valore venale del bene ai fini della determinazione dell'indennità, operato da **Sez. 1, n. 11081/2020, Scotti, Rv. 658070-01**, che, in relazione alla fattispecie concreta posta alla sua attenzione ha escluso che la procedura espropriativa finalizzata a favorire l'industrializzazione e gli investimenti in area depressa del centro-sud ad opera di un Consorzio potesse essere produttiva ai sensi dell'art. 51 del d.P.R. n. 218 del 1978 degli stessi effetti giuridici del piano territoriale di coordinamento di cui alla l. n. 1150 del 1942, in difetto di esplicito riconoscimento normativo; secondo la S.C., infatti, il presupposto dell'intervento di riforma economico-sociale, deve riguardare l'intera collettività o parti di essa geograficamente o socialmente predeterminate ed essere, quindi, attuato in forza di una previsione normativa che in tal senso lo definisca.

Sempre a proposito del meccanismo di riduzione del 25 per cento dell'indennità di esproprio, **Sez. 1, n. 11070/2020, Scalia, Rv. 658086-01**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 42, comma 3, Cost., dell'art. 14, comma 2, della l.p. di Trento n. 6 del 1993, nella parte in cui rimette al proprio regolamento di attuazione (decreto del Presidente della Provincia n. 24-26 del 2009) l'individuazione delle opere la cui esecuzione comporta la decurtazione del 25 per cento dell'indennità espropriativa, attribuendo alla fonte secondaria il compito di fornire le direttive di attuazione, dal momento che l'art. 42, comma 3, Cost. impone la riserva di legge in materia di espropriazione per pubblica utilità ma a carattere relativo.

Allorché, poi, i suoli oggetto della procedura espropriativa dispongano di un soprassuolo arboreo, **Sez. 1, n. 10743/2020, Dolmetta, Rv. 657896-01**, ha precisato che si configurano come ragioni di giusta indennità gli oneri sopportati per lo spostamento delle piante dall'area espropriata ad altra area, trattandosi di costi direttamente conseguenti al pregiudizio causato dall'espropriazione all'azienda insistente sul relativo terreno, e non invece il costo dell'espiantato. Facendo pertanto applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la Corte di appello aveva stabilito che nulla fosse dovuto per lo scomodo derivante dallo spostamento forzoso delle piante presenti nella porzione di vivaio ricadente nell'area espropriata.

Con particolare riguardo ai terreni agricoli e con riferimento agli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2011, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del criterio del valore agricolo medio (VAM), **Sez. U, n. 07454/2020, Conti, Rv. 657417-05**, ha precisato, con riferimento alla determinazione dell'indennità di occupazione legittima, che la stima deve essere effettuata in base al criterio del valore venale pieno, con la possibilità di dimostrare che il fondo, pur senza raggiungere il livello dell'edificatorietà, sia suscettibile di uno sfruttamento ulteriore e diverso rispetto a quello agricolo, tale da attribuire allo stesso una valutazione di mercato che rispecchi possibilità di utilizzazione intermedie tra quella agricola e quella edificatoria (in una fattispecie relativa all'occupazione di un'area destinata ad attrezzature sportive, campi da gioco ed attrezzature varie).

Sempre riguardo ad aree diverse da quelle edificabili, **Sez. 1, n. 18578/2020, Nazzicone, Rv. 658807-01**, ha affermato che, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 181 del 2011, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 *bis*, comma 4, del d.l. n. 333 del 1992 (conv., con modif., dalla l. n. 359 del 1992), e comportato, in via conseguenziale, l'incostituzionalità dell'art. 40, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 327 del 2001, il sistema premiale della triplicazione dell'indennità di esproprio, riconosciuto in favore del coltivatore diretto dall'art. 17, comma 1, della l. n. 865 del 1971, al pari di quello previsto dall'art. 45, comma 2, lett. c) e d), del d.P.R. n. 327 del 2001, deve ritenersi abrogato per incompatibilità con il nuovo assetto normativo.

Poiché il diritto di credito all'indennità di espropriazione costituisce un valore del quale deve tenersi conto anche nel giudizio di scioglimento della comunione ereditaria, **Sez. 6-2, n. 05993/2020, Criscuolo, Rv. 657271-01**, partendo dal presupposto che la stima per la formazione delle quote di beni in comunione va effettuata al tempo della divisione, avendo riguardo ad ogni elemento incidente sul valore di mercato, ha precisato che, qualora "lite pendente" sia disposta un'espropriazione per pubblica utilità su immobili della massa comune, occorre tener conto, tra le componenti da dividere, del diritto di credito all'indennità di espropriazione in luogo del bene non più in proprietà dei condividenti.

Relativamente, poi, al ristoro spettante al proprietario a seguito dell'acquisizione sanante di cui all'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, va segnalato che **Sez. 1, n. 29625/2020, Scalia,** ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite, sollecitando un ripensamento in ordine al principio enunciato nella sentenza Sez. U, n. 15283/2016, De Chiara, Rv. 640701-01, ove è stata riconosciuta la natura indennitaria, e non risarcitoria, anche agli importi dovuti al proprietario del bene per il periodo di occupazione senza titolo, evidenziando come il tenore letterale della norma e il complessivo sistema del risarcimento del danno in materia di espropriazione depongano in senso contrario.

4. Qualificazione delle aree e natura dei vincoli.

Sez. 1, n. 00207/2020, Sambito, Rv. 656617-01, ha confermato l'orientamento consolidato, da ultimo seguito da Sez. 1, n. 16084/2018, Sambito, Rv. 649574-01, e da Sez. 1, n. 23572/2017, Campanile, Rv. 645529-01, secondo il quale, al fine di individuare la qualità edificatoria dell'area, da effettuarsi in base agli strumenti urbanistici vigenti al momento dell'espropriazione, occorre distinguere tra vincoli conformativi ed espropriativi, sicché, ove con l'atto di pianificazione si provveda alla zonizzazione dell'intero territorio comunale, o di una sua parte, sì da incidere su di una generalità di beni, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui essi ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo assume carattere conformativo ed influisce sulla determinazione del valore dell'area espropriata, mentre, ove si imponga un vincolo particolare, incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, il vincolo è da ritenersi preordinato all'espropriazione e da esso deve prescindersi nella stima dell'area. Così, ad esempio, nella specie, l'inserimento nel piano regolatore generale di una linea metropolitana possiede di regola carattere conformativo, a prescindere dalla successiva vicenda ablativa dei singoli lotti sui quali l'opera ricadrà.

Alcun vincolo conformativo, è stato precisato, deriva dal piano di recupero urbano: così, secondo **Sez. 1, n. 14780/2020, Marulli, Rv. 658245-02,** il vincolo nasce in realtà dall'accordo di programma, sicché la determinazione delle indennità riflette necessariamente le varianti apportate al p.r.g., quale strumento urbanistico generale, proprio a seguito della stipulazione dell'accordo anzidetto.

Sempre in tema di vincoli conformativi, **Sez. 1, n. 06486/2020, Caradonna, Rv. 657067-01**, ha affermato che, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio, deve essere esclusa la qualità edificatoria dell'area che risulti destinata a pubblici impianti in base a progetti approvati dall'autorità amministrativa, in virtù delle norme di attuazione del p.r.g. che regolino il territorio comunale con previsione generale e astratta, comportando così un vincolo di tipo non ablativo ma conformativo, cosicché dell'incidenza della suddetta destinazione sul valore del bene dovrà tenersi conto per la determinazione dell'indennità.

Particolare rilievo, in tema di natura delle aree sottoposte ad espropriazione, assume **Sez. 1, n. 18571/2020, Marulli, Rv. 658616-01**, che opera un'importante precisazione riguardo al concetto di ambito zonale nel quale siano ricompresi i terreni espropriati. In particolare, il piano di recupero urbano (cd. P.R.U.), avente ad oggetto una zona urbanistica connotata da caratteri di intrinseca omogeneità, postula la determinazione dell'indice di fabbricabilità territoriale, non rapportata alle sole aree espropriate, bensì parametrata all'intera zona omogenea, al lordo dei terreni da destinare a spazi liberi, o comunque non suscettibili di edificazione per il privato, di

talché tutti i terreni espropriati in uno stesso ambito zonale vengono a percepire la stessa indennità, calcolata su una valutazione del fondo rapportata alla potenzialità edificatoria "media" del comprensorio, attraverso l'applicazione di un indice di fabbricabilità "territoriale" frutto del rapporto fra spazi destinati agli insediamenti residenziali e spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato.

Con particolare riguardo alle aree archeologiche, poi, **Sez. 1, n. 00205/2020, Scalia, Rv. 656616-01**, ha precisato che il vincolo di inedificabilità non può ritenersi sempre assoluto in astratto, potendosi ipotizzare un'attività edificatoria che non pregiudichi la conservazione dei reperti archeologici esistenti sull'area, fermo restando che il giudice di merito, con apprezzamento in fatto incensurabile in Cassazione, può ritenere il vincolo assoluto in concreto, quando l'interesse archeologico non rimanga circoscritto ad alcuni dei ritrovamenti, ma si correli al luogo nel suo complesso integrando un parco archeologico, inteso quale sede di una pluralità di reperti testimonianti uno specifico assetto storico di insediamento.

Sez. 1, n. 28651/2020, Iofrida, Rv. 660066 - 01, è tornata a fare applicazione di un principio, già in passato enunciato dalla S.C., in tema di esproprio di cave, applicabile per analogia anche alle miniere, secondo cui l'indennizzo per l'esproprio di beni siffatti, da considerare entità fruibili direttamente in termini di appropriazione materiale e non reversibile né rinnovabile, ovvero in un contesto di utilizzazione e consumo che sfugge alla logica che, nell'ottica dell'art. 5-*bis* della l. n. 359 del 1992, presiede alla valutazione delle aree, si sottrae alla rigida dicotomia normativa tra suoli agricoli e suoli edificatori. Tali beni, infatti, non sono utilizzabili per quel che si può su di essi costruire (aree edificabili) o dal loro soprassuolo trarre (aree agricole), sicché occorre apprestare un serio ristoro sulla base del razionale riferimento ai proventi che l'espropriato, in quanto pure titolare della cava (o della miniera), sarebbe stato in grado, in una libera contrattazione, di ricavare per effetto dell'esercizio dell'attività estrattiva se il bene non gli fosse stato espropriato, ovvero deve essere ragguagliato alle capacità estrattive dell'area e, quindi, al reddito prodotto e producibile per tutto il tempo della prevista utilizzazione del materiale, sino all'estinzione, cioè, del rapporto o all'esaurimento (effettivo od economico) del giacimento, avuto riguardo alla produttività della cava (o della miniera), alle sue specifiche possibilità di sfruttamento ed al valore di mercato del materiale anzidetto all'epoca dell'esproprio.

Sez. 6-1, n. 29184/2020, Lamorgese, Rv. 660159 – 01, ha infine precisato che nell'ipotesi in cui la vicenda ablatoria sia riferibile direttamente al provvedimento acquisitivo adottato ai sensi dell'art. 42 *bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 (nella specie adottato dal commissario *ad acta* in sede di ottemperanza), è a tale data, in cui si è realizzata la fattispecie traslativa, che deve essere condotta l'indagine sulla situazione urbanistica dell'area, non assumendo alcuna rilevanza quale detta situazione fosse all'epoca dell'accordo di programma o dell'irreversibile trasformazione.

5. L'occupazione.

Sui rapporti intercorrenti tra le requisizioni in uso di aree a seguito del sisma del 1980 e le occupazioni preordinate all'espropriazione, **Sez. 1, n. 07466/2020, Terrusi, Rv. 657490-03**, ha precisato che qualora il Comune, dopo aver disposto la requisizione in uso di un'area, abbia poi emesso un ulteriore decreto, mediante il quale abbia dichiarato la pubblica utilità della medesima area a fini espropriativi, ed autorizzato quindi l'occupazione dei fondi, il periodo di validità dell'occupazione d'urgenza deve essere calcolato dalla data di esecuzione di quel decreto, sempre che non fosse all'epoca già intervenuta la trasformazione irreversibile del bene. Va tenuto presente che tale principio è stato affermato in relazione ad un'ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità del bene, e l'autorizzazione all'occupazione del fondo, erano intervenute in epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 80 del 1984 che, all'art. 6, ha previsto la generale trasformazione delle requisizioni in uso, disposte in conseguenza del sisma, in occupazioni preordinate all'espropriazione.

Con riferimento alla natura del risarcimento del danno derivante dall'occupazione illegittima, **Sez. 1, n. 07466/2020, Terrusi, Rv. 657490-01**, ha precisato che, posto che il relativo credito è di valore, come tale soggetto a rivalutazione da considerarsi rilevante fino alla data della liquidazione (*taxatio*), il danno da ritardo, ove esistente, comprende la liquidazione degli interessi sul credito espresso in moneta all'epoca del fatto e poi rivalutato anno per anno ovvero, per identità di risultato, sulla semisomma (e cioè la media) tra il credito rivalutato alla data della liquidazione e lo stesso credito espresso in moneta all'epoca dell'illecito.

6. L'asservimento.

Riguardo all'indennità prevista dall'art. 44 del d.P.R. n. 327 del 2001 (che ha sostituito l'art. 46 della legge n. 2359 del 1865), che mira a ristorare la permanente diminuzione di valore subita dal proprietario del fondo per effetto dell'esecuzione dell'opera pubblica, **Sez. 1, n. 07112/2020, Tricomi, Rv. 657480-01**, ha precisato che il concetto di danno permanente, richiamato dalla norma, non implica l'indennizzabilità del solo danno perpetuo o irreparabile, essendo permanente anche quello che si produce periodicamente e ad intervalli o che dura fino a quando permane la causa lesiva, individuabile non solo nell'opera pubblica - che può mostrare il suo carattere pregiudizievole pure dopo l'ultimazione dei lavori -, ma anche in lavori di modificazione o di completamento della stessa; la valutazione della "permanenza" del danno deve essere effettuata con riguardo al momento dell'apprezzamento della causa lesiva in base ad un giudizio prognostico, ispirato ad

un criterio di normalità causale, in forza del quale è da ritenersi indennizzabile il danno quando non vi siano elementi per ritenere che la *deminutio* del diritto sia temporanea.

Sotto il profilo della liquidazione dell'indennizzo, **Sez. 1, n. 07112/2020, Tricomi, Rv. 657480-02**, ha affermato che il principio secondo il quale i danni permanenti derivanti dalla perdita o diminuzione del diritto sono quelli effettivamente ed oggettivamente prodotti all'immobile per il tempo in cui si è protratto l'evento lesivo, escluso ogni altro pregiudizio per lucro cessante, non osta a che il mancato reddito possa considerarsi nella valutazione dell'indennità, ma tale rilevanza può ammettersi non come lucro cessante bensì soltanto se sia derivata una reale perdita o diminuzione dell'immobile, anche se per perdita o diminuzione del valore locativo.

Della determinazione dell'indennità di asservimento derivante dall'imposizione della servitù di elettrodotto si occupa **Sez. 1, n. 18577/2020, Nazzicone, Rv. 658617-01**, precisando come essa debba essere parametrata al valore venale del bene ed attribuita se sia dimostrata l'attualità del deprezzamento nonché l'oggettiva incidenza causale del vincolo; siffatta determinazione, si prosegue, richiede l'applicazione del metodo sintetico-comparativo con obbligo per il giudice, onde non incorrere in violazione di legge, di indicare i dati obiettivi sui quali ha fondato la propria valutazione, vale a dire gli elementi di comparazione utilizzati documentandone la rappresentatività in riferimento ad immobili analoghi e quindi in riferimento ad atti specifici ed identificabili.

L'indennità di asservimento che spetta al proprietario del fondo gravato dall'imposizione di una servitù e che presuppone un atto legittimo della Pubblica Amministrazione con conseguente responsabilità indennitaria ex art. 44 del d.P.R. n. 327 del 2001, va calcolata in una misura percentuale dell'indennità di espropriazione essendo destinata a ristorare il pregiudizio attuale ed effettivo derivante al proprietario non espropriato dalla realizzazione dell'opera pubblica. L'accostamento in via analogica tra le due indennità comporta pertanto, secondo **Sez. 1, n. 18581/2020, Scalia, Rv. 658809-01**, che la posta di cui all'art. 33 d.P.R. n. 327 del 2001, che in tema di esproprio parziale impone la commisurazione dell'indennità anche alla perdita di valore della porzione residua del fondo, trova applicazione anche rispetto ad un fondo appartenente ad un unico proprietario che si trovi svilito nel suo valore anche quanto alla parte del fondo non attinta dal provvedimento di servitù in ragione della originaria unitarietà del bene.

7. L'opposizione alla stima.

Per ciò che concerne la competenza funzionale in unico grado della Corte d'appello, prevista dall'art. 19 l. n. 865 del 1971, **Sez. 6-3, n. 10440/2020, D'Arrigo, Rv. 657994-01**, ha precisato che essa è limitata alle controversie relative al *quantum* dell'indennità di espropriazione, ossia alle richieste volte ad ottenere la liquidazione di un importo maggiore di quello stabilito in sede amministrativa o, in mancanza, la determinazione giudiziale del giusto indennizzo. Esulano invece da tale ambito le domande finalizzate a conseguire il pagamento dell'indennità definitivamente accertata e non contestata. In base a tale premessa, la S.C. ha dunque affermato la competenza della corte d'appello a conoscere della causa promossa dall'espropriato che - allegando di aver concordato, ai fini della liquidazione della menzionata indennità, la corresponsione di un determinato importo per ciascun albero presente sul fondo - aveva dedotto di avere ottenuto una somma inferiore rispetto al dovuto perché, nel verbale di consistenza e immissione nel possesso, era stato indicato un numero errato di piante.

Quanto al profilo del rilievo dell'incompetenza, **Sez. 6-1, n. 09552/2020, Mercolino, Rv. 657738-01**, ha statuito che essa non è rilevabile d'ufficio per la prima volta in sentenza, trovando applicazione l'art. 38, comma 3, c.p.c., che preclude il rilievo d'ufficio dell'incompetenza oltre la prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

Il problema dei poteri officiosi si ripropone quanto all'individuazione dei criteri indennitari applicabili alla procedura ablatoria: **Sez. 1, n. 12619/2020, Parise, Rv. 658053-01**, ha precisato in proposito che il giudice adito non è vincolato dalle indicazioni delle parti, ma ha egli stesso il potere-dovere di individuare i criteri indennitari applicabili alla procedura ablatoria in forza delle norme che li contemplano, sicché non risulta neppure necessario che nell'atto di citazione sia quantificata la somma pretesa a titolo di indennità. Con ciò andando di contrario avviso rispetto alla decisione della Corte d'appello che aveva respinto le domande volte ad ottenere una diversa quantificazione dell'indennità di espropriazione, ritenendo che le stesse fossero del tutto generiche non avendo le parti indicato nel dettaglio le somme pretese.

Quanto all'individuazione delle parti processuali, **Sez. 1, n. 01090/2020, Parise, Rv. 656620-01**, ha osservato che l'art. 54, comma 3, d.P.R. n. 327 del 2001 - nel testo vigente prima della modifica introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2011-, nel disporre che la notifica dell'opposizione alla stima sia fatta "se del caso" anche al beneficiario, prevede un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra espropriante, promotore e beneficiario dell'espropriazione. Di quest'ultimo si impone l'evocazione in giudizio ogni qualvolta si tratti di soggetto differente dai primi due, non potendosi rimettere ad un'inammissibile valutazione dell'espropriato l'interesse a citarlo, posto che ciò

sarebbe in contrasto con la finalità semplificativa e deflattiva del contenzioso propria della normativa vigente.

La legittimazione passiva del Comune nei giudizi di determinazione dell'indennità è stata affermata da **Sez. 1, n. 14780/2020, Marulli, Rv. 658245-01**, in un caso di espropriazione disposta per la realizzazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Infatti il Comune, quale beneficiario delle aree espropriate, è il soggetto obbligato al pagamento dell'indennità, anche quando, ai sensi dell'art. 60 della l. n. 865 del 1971, venga delegato altro soggetto per l'acquisizione delle aree, esaurendosi in tal caso la delega in un mero incarico a compiere in nome e per conto del comune gli atti necessari per l'adozione del provvedimento ablatorio o per la stipulazione dell'atto di cessione.

Il termine perentorio di trenta giorni, previsto dall'art. 54, commi 1 e 5, del d.P.R. n. 327 del 2001 per l'impugnazione della determinazione dell'indennità di esproprio, non è applicabile, per **Sez. 6-1, n. 11687/2020, Lamorgese, Rv. 657989-01**, all'opposizione avverso la determinazione dell'indennizzo contenuta nel provvedimento acquisitivo adottato a norma dell'art. 42 *bis* del medesimo decreto, sia perché tale termine si riconnette ad un iter procedimentale estraneo all'istituto dell'acquisizione sanante, sia perché l'art. 42 *bis* non contiene alcun richiamo all'art. 54, sicché, vertendosi in tema di termini fissati per la tutela giurisdizionale di diritti, non è consentito ravvisarne la natura perentoria in mancanza di espressa previsione normativa.

8. L'espropriazione parziale.

Sez. 1, n. 15040/2020, Scalia, Rv. 658673-01, definisce l'espropriazione parziale come il fenomeno nel quale la vicenda ablativa investe parte di un complesso immobiliare appartenente allo stesso soggetto e caratterizzato da un'unitaria destinazione economica, implicando per il proprietario un pregiudizio diverso da quello ristorabile mediante l'indennizzo calcolato con riferimento soltanto alla porzione espropriata, per effetto della compromissione o comunque dell'alterazione delle possibilità di utilizzazione della restante porzione e del connesso deprezzamento di essa. In tal caso l'indennità andrà determinata sulla base della differenza fra il valore dell'unico bene prima dell'espropriazione ed il valore della porzione residua secondo l'art. 40 della l. n. 2359 del 1865 (oggi art. 33 del d.P.R. n. 227 del 2001).

Dell'applicazione estensiva della disciplina dell'espropriazione parziale si occupa **Sez. 1, n. 10747/2020, Lamorgese, Rv. 657897-02**, in relazione al caso in cui, per effetto della realizzazione o dell'ampliamento di una strada pubblica (nella specie, di una autostrada), il privato debba subire nella sua proprietà la creazione o

l'avanzamento della relativa fascia di rispetto: quest'ultima, infatti, pur traducendosi in un vincolo assoluto di inedificabilità che di per sé non è indennizzabile, in applicazione estensiva della disciplina in tema di espropriazione parziale, non esclude però il diritto del proprietario di essere indennizzato per il deprezzamento dell'area residua mediante il computo delle singole perdite ad essa inerenti, quando risultino alterate le possibilità di utilizzazione della stessa ed anche per la perdita della capacità edificatoria realizzabile sulle più ridotte superfici rimaste.

Lo stesso principio risulta affermato da **Sez. 1, n. 13598/2020, Parise, Rv. 658134-01**, secondo cui lo spostamento della fascia di rispetto autostradale all'interno dell'area residua rimasta in proprietà degli espropriati, pur traducendosi in un vincolo assoluto di inedificabilità, di per sé non indennizzabile, può rilevare nella determinazione dell'indennizzo dovuto al privato, in applicazione estensiva dell'art. 33 del d.P.R. n. 327 del 2001, mediante il computo delle singole perdite conseguenti al deprezzamento dell'area residua, qualora risultino alterate le possibilità di utilizzo della stessa, ed anche per la perdita di capacità edificatoria realizzabile sulle più ridotte superfici rimaste in proprietà.

9. La determinazione consensuale dell'indennità.

Sez. 1, n. 06487/2020, Caradonna, Rv. 657027-01, riprendendo l'orientamento già affermato da Sez. 1, n. 13415/2008, Tavassi, Rv. 603790-01, ha affermato che l'accordo bonario sull'indennità spettante all'espropriando non comporta *ipso facto* la cessione volontaria del bene, sicché con l'accettazione dell'indennizzo l'entità stabilita diventa definitiva e non più contestabile in base all'art. 12, comma 2, della l. n. 865 del 1971, solo in caso di successiva adozione del decreto di esproprio, in mancanza del quale la procedura espropriativa non si perfeziona e si ha la caducazione degli accordi e degli atti compiuti nella sua pendenza.

10. L'espropriazione illegittima.

Già Sez. 1, n. 06301/2014, Lamorgese, Rv. 630521-01, aveva chiarito come, in presenza di un comportamento costituente fatto illecito, l'Amministrazione non possa imputare al privato danneggiato il mancato esperimento del rimedio restitutorio in forma specifica che l'ordinamento interno ed internazionale gli accorda per la tutela della proprietà, al fine di essere esonerata dall'obbligazione di risarcimento del danno per equivalente, configurandosi la relativa eccezione come *de iure tertii* e, pertanto, inammissibile, in quanto la scelta dei rimedi a tutela della proprietà pur sempre riservata al privato danneggiato. Sulla stessa linea di colloca **Sez. 1, n. 00144/2020, Lamorgese, Rv. 656514-01**, che ha affermato che, nei casi di

occupazione acquisitiva o accessione invertita, alla P.A. non è consentito negare al privato il risarcimento del danno preteso, invocando il mancato formale trasferimento nel proprio patrimonio del bene illegittimamente occupato, sul presupposto che il menzionato istituto sia stato ritenuto contrario ai principi costituzionali e della CEDU e, tuttavia, mantenendo il predetto bene nella propria disponibilità destinandolo in modo definitivo e irreversibile ad un fine pubblico, in quanto la scelta dei rimedi a tutela della proprietà è pur sempre riservata al soggetto danneggiato.

Sez. 1, n. 07466/2020, Terrusi, Rv. 657490-02, conferma, a sua volta, il principio, già precedentemente affermato da Sez. 1, n. 17992/2014, Mercolino, Rv. 632048-01, secondo il quale nel giudizio di risarcimento del danno per occupazione illegittima, la perdita del diritto di proprietà, determinata dalla realizzazione dell'opera pubblica non seguita dalla tempestiva emissione del decreto di espropriazione, costituisce una condizione dell'azione, e può pertanto sopravvenire in corso di causa.

Della determinazione del risarcimento del danno in caso di occupazione usurpativa e della rilevanza, in tal caso, dell'unico criterio discretivo dell'edificabilità legale (su cui già Sez. 1, n. 23639/2016, Sambito, Rv. 642800-02, si occupa **Sez. 1, n. 18584/2020, Scalia, Rv. 658810-01**, secondo cui tale forma di occupazione, che integra un illecito a carattere permanente e non annulla la connotazione urbanistica dei suoli ablati, obbliga l'amministrazione al risarcimento del danno, che deve essere determinato in considerazione del criterio dell'edificabilità legale dei suoli, e quantificato in base all'integrale valore di mercato del terreno, senza che sia consentito alcun ricorso, integrativo o sostitutivo, all'edificabilità di fatto. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione della corte di merito, la quale aveva commisurato il danno alla conformazione e destinazione di fatto dei terreni illecitamente occupati in quanto l'amministrazione aveva provveduto ad asfaltare una strada già precedentemente realizzata dai privati proprietari).

Importante è poi la precisazione operata da **Sez. 1, n. 28650/2020, Iofrida, Rv. 660017 - 01**, che, riprendendo il principio già affermato da Sez. 1, n. 21994/2008, Giuliani, Rv. 604610-01, ha affermato che il giudice di appello non può, d'ufficio, convertire la domanda di risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, originariamente proposta, in domanda di opposizione alla stima, in considerazione della diversità di *petitum* e di *causa petendi* tra le domande anzidette, ovvero della loro "infungibilità", configurandosi quella di determinazione dell'indennità di espropriazione, rispetto alla domanda di risarcimento del danno da occupazione appropriativa, come ontologicamente diversa, atteso che la prima ha ad oggetto il giusto indennizzo a norma dell'art. 42 Cost. e trova causa nella tempestiva emissione di un provvedimento ablatorio, mentre la seconda è volta ad ottenere il risarcimento

del danno conseguente alla perdita della proprietà del bene irreversibilmente destinato alle esigenze dell'opera pubblica ed è fondata su un comportamento illecito della Pubblica Amministrazione.

Sempre in tema di perdita di proprietà conseguente ad un'occupazione appropriativa od usurpativa, **Sez. 1, n. 12616/2020, Parise, Rv. 657961-01**, nel dare continuità all'orientamento già espresso da Sez. 1, n. 22923/2013, Mercolino, Rv. 628187-01, ha chiarito che il deposito di una somma a titolo di indennità di espropriazione ed occupazione, ai sensi degli artt. 48 e 49 della l. n. 2359 del 1865, ha efficacia liberatoria per il debitore espropriante, soltanto nell'ambito di una procedura perfezionatasi con l'emissione di un valido ed efficace decreto di esproprio o di occupazione temporanea e non anche ai fini del risarcimento in caso di occupazione appropriativa od usurpativa; in tali ipotesi, infatti, la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno deve essere corrisposta direttamente al danneggiato, con detrazione dall'importo dovuto delle sole somme eventualmente già incassate da quest'ultimo, potendo l'espropriante legittimamente chiedere la restituzione di quelle ancora giacenti presso la Cassa Depositi e Prestiti.

11. La retrocessione.

Riguardo alla distinzione tra retrocessione totale o parziale, **Sez. 1, n. 18580/2020, Scalia, Rv. 658808-02**, ha affermato che la valutazione dell'effettiva esecuzione dell'opera pubblica o di interesse pubblico deve essere compiuta con riferimento all'intero complesso di beni interessati dalla dichiarazione di pubblica utilità e non riguardo ai fondi di proprietà del privato, con la conseguenza che, quando l'opera programmata non abbia poi in concreto riguardato qualcuno di tali fondi o porzioni, ma sia stata comunque eseguita anche se in termini ridotti, la loro mancata utilizzazione non fa sorgere il diritto alla retrocessione, direttamente tutelabile innanzi al giudice ordinario, ma il mero interesse legittimo all'inservibilità dei beni, cui soltanto consegue il diritto alla restituzione.

Allorché poi il giudice ordinario venga investito del merito a seguito della riassunzione del giudizio conseguente alla declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo, per **Sez. 1, n. 18580/2020, Scalia, Rv. 658808-01**, ferma la giurisdizione affermata dal giudice remittente, ben può essere riconosciuta la retrocessione parziale del bene e con essa la sussistenza di un mero interesse legittimo del privato, con il conseguente rigetto della domanda sul presupposto della mancanza della dichiarazione di inservibilità, atteso che la formazione di un giudicato interno sulla giurisdizione del giudice ordinario, in difetto di eccezione di parte o rilievo d'ufficio, non si estende al merito della lite e dunque non impedisce al medesimo di qualificare diversamente il rapporto e di sottoporlo alla relativa disciplina.

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Premessa, il quadro normativo. - 2. LA GIURISDIZIONE: CENNI. - 3. L'esecuzione del contratto: le riserve, il controllo del progetto. - 4. Le formalità nella ripartizione dei lavori nel caso di riunione di imprese orizzontale. - 5. Differenze tra opere extracontrattuali e varianti. Rilevanza ai fini della posizione dell'appaltatore. - 6. Appalto e sub-appalto. Rapporti e interferenze. - 7. L'arbitrato negli appalti pubblici.

1. Premessa, il quadro normativo.

Prima di passare all'esame dei principi affermati dalla Corte di cassazione nel corso dell'anno 2019 in materia di appalti pubblici, in ragione della particolarità e complessità della materia non può non tenersi conto, da un lato, che il quadro normativo di riferimento è stato nel tempo oggetto di successive e articolate modificazioni e, dall'altro, dei limiti entro i quali opera la giurisdizione del giudice ordinario rispetto a quella del giudice amministrativo.

Quanto al primo aspetto va osservato che alla prima legge sulle opere pubbliche, l. n. 2248 del 1865, all. F, ha fatto seguito la legge quadro sui lavori pubblici, l. n. 109 del 1994, che aveva lo scopo di creare una disciplina omogenea in materia di lavori pubblici. A seguito di tale legge, il d.m. n. 145 del 2000 ha introdotto il nuovo capitolato generale d'appalto e il d.P.R. n. 34 del 2000 ha definito il sistema di qualificazione delle imprese e altre normative di carattere tecnico.

Nel 2004 l'Unione Europea ha, poi, adottato la direttiva 2004/18/CE (abrogata dalla nuova direttiva 2014/24/UE) che riunisce le procedure per l'aggiudicazione degli appalti nei tre settori dei lavori, dei servizi e delle forniture quale obiettivo di semplificazione e snellimento delle procedure; direttive che il d.lgs. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture) ha recepito nel nostro ordinamento. Con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 207 del 2010, di esecuzione e attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006, si è abrogato il d.P.R. n. 554 del 1999 e il d.P.R. 34 del 2000 di attuazione della l. n. 109 del 1994, e gran parte del d.m. 145 del 2000. In ultimo, il legislatore ha adottato il d.lgs. n. 50 del 2016 che costituisce la fonte normativa di riferimento per quanto riguarda la disciplina di qualsiasi tipo di contratto pubblico di lavori, servizi e forniture.

In particolare, il nuovo codice dei contratti si compone di 220 articoli e XXV allegati ed è diviso in sei parti- la prima dedicata all'ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni (artt. 1-34); la seconda dedicata ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, comprensiva sia della disciplina degli appalti

nei settori ordinari che di quella degli appalti nei settori speciali, oltre che della disciplina di appalti in specifici settori, quali gli appalti relativi a beni culturali, gli appalti della protezione civile, gli appalti nei servizi sociali, i concorsi di progettazione, gli appalti relativi a difesa e sicurezza (artt. 35-163); la terza dedicata alle concessioni (artt. 164-178); la quarta dedicata al partenariato pubblico e privato e al contraente generale (artt. 179-199); la quinta dedicata a infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203); la sesta recante disposizioni finali e transitorie, dove sono collocate anche le disposizioni sul contenzioso (rito appalti, transazione, accordo bonario, arbitrato, altri rimedi paragiurisdizionali) (artt. 204-220).

Il d.lgs. n. 50 del 2016 è stato, poi, oggetto di modifica ad opera del d.lgs. n. 56 del 2017.

Discende come logica conseguenza da quanto sopra che le sentenze di seguito riportate, seppur riferite a fattispecie in cui risultano applicabili norme formalmente non più attuali, in quanto abrogate dal d.lgs. n. 50 del 2016, assumono, comunque, valore di piena attualità, nei casi in cui il loro contenuto è stato sostanzialmente riprodotto in tale ultimo testo normativo.

2. La giurisdizione: cenni.

Quanto al secondo aspetto, relativo al riparto di giurisdizione, esso assume rilievo ai fini di comprendere entro quale ambito è riconosciuto al giudice ordinario il potere di decidere le controversie in materia di appalti pubblici.

Sul punto, si riportano tre pronunce che hanno affrontato il riparto di giurisdizione con riferimento a tre specifiche fattispecie di estrema attualità.

Con una prima sentenza (**Sez. U, n. 07005/2020, Cosentino, Rv. 657221-01**) si è ribaltata la decisione del Consiglio di Stato e dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, dando atto della natura privatistica delle controversie che riguardano l'affidamento dei servizi oggetto della concessione da parte del concessionario a soggetti diversi dai soci che compongo la sua compagine sociale. Con tale sentenza si sono chiariti alcuni aspetti afferenti al settore delle concessioni e per il suo futuro sviluppo anche nella prospettiva degli investitori internazionali, confermando che la concessionaria nell'affidare i servizi sul mercato non è vincolata alle procedure di gara previste dal Codice dei contratti pubblici, ma è libera nella scelta dei relativi gestori, e che ciò non comporta alcuna sostituzione del concessionario che rimane sempre lo stesso soggetto, nel pieno rispetto del Codice dei contratti pubblici e della convenzione. Nella specie una società di progetto era titolare di una concessione rilasciata da una Azienda ULSS per la costruzione di alcune infrastrutture ospedaliere e per la gestione di alcuni servizi ad esse relativi di cui, parte, affidati dalla suddetta società ad altra compagine sociale, terza estranea alla società progetto, senza applicare

le regole dell'evidenza pubblica. Tale affidamento era oggetto di impugnazione da parte di altre società dinnanzi al g.a. Per quel che rileva in tale sede il Consiglio di Stato aveva affermato che la contestata legittimità della decisione della società concessionaria di attribuire direttamente, e previa gara informale, taluni servizi oggetto di concessione a soggetti diversi dai soci, senza l'osservanza delle regole nazionali ed europee in materia di evidenza pubblica, rientrava nella propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. a *bis*) e b), c) e e) n.1. Le Sezioni unite hanno confutato tale decisione affermando il principio secondo cui l'affidamento a terzi (nella specie, a soggetto estraneo alla società di progetto) di servizi, oggetto di concessione, ad opera di concessionario di lavori pubblici, che non sia amministrazione aggiudicatrice, non soggiace alle regole dell'evidenza pubblica, sicché le relative controversie, in quanto afferenti alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. In sostanza, ciò che rileva, a parere della Corte, ai fini di escludere la suddetta giurisdizione esclusiva del g.a., è il rilievo che il riaffidamento a terzi della di taluni servizi dati in concessione ad una concessionaria e da questa precedentemente affidati ad altra società si colloca a valle del rapporto tra la concessionaria e la concedente Azienda ULSS n e ha ad oggetto il rapporto tra la concessionaria e terzi, nel quale la concessionaria non esercita potestà pubbliche. Conclude la sentenza in esame che occorre dare continuità «*al principio, più volte enunciato da queste Sezioni Unite sia in tema di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (sent. n.* 21200/17*), sia in tema di concessioni di servizi (sent. n.* 32728/18*), che le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario*».

Con la sentenza **Sez. U, n. 10080/2020, Cosentino, Rv. 657856-02**, la Corte si è occupata della domanda di risoluzione del contratto normativo stipulato tra il Comune di Milano e una società, con il quale il primo dava in concessione alla seconda i lavori di efficientamento e l'erogazione dei servizi e la conduzione degli impianti elettrici, termici e di condizionamento di trentotto edifici di proprietà comunale; risoluzione causata dalla mancata stipula da parte dell'ente territoriale del consequenziale contratto operativo.

La sentenza in esame fonda la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nella suddetta fattispecie su due argomenti. Il primo è quello per cui con il contratto normativo, il Comune di Milano già si era obbligato a concedere all'aggiudicataria la gestione del servizio di miglioramento dell'efficienza energetica di propri immobili per un periodo di 15 anni e in tale contratto già risultavano individuate, sulla scorta degli allegati alla lettera di invito, tutte le obbligazioni principali dell'appalto, ivi compresa la definizione del prezzo e le prestazioni gravanti sull'aggiudicataria,

cosicché allo stipulando contratto attuativo residuava soltanto una funzione integrativa e/o accessoria. La giurisdizione in capo al g.o. nel caso di specie era, dunque, conseguenza del fatto che, in presenza di un appalto pubblico, le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, inerendo a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso, sono devolute al giudice civile. Il secondo argomento posto a fondamento della sentenza in esame per attribuire la giurisdizione al g.o. nel caso di specie è quello secondo cui si era in presenza di un appalto e non di una mera concessione. Sul punto la Corte afferma il principio che in tema di affidamento di servizi da parte della P.A. ad imprese private, la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi risiede in ciò, che i primi, a differenza delle seconde, riguardano di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comportano il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione e non determinano, infine, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario; pertanto, nell'ipotesi in cui l'amministrazione debba versare un canone al gestore dei servizi e questi non percepisca alcun provento dal pubblico indifferenziato degli utenti, il rapporto va qualificato in termini di appalto. In sostanza la differenza tra concessione di servizi e appalto pubblico di servizi risiede nel fatto che la prima ricorre quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione.

Con altra sentenza la Corte si è occupata dei limiti del sindacato del giudice amministrativo relativamente agli atti afferenti ad un appalto pubblico.

In proposito, nel corso di un giudizio volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento con il quale la Provincia di Taranto aveva escluso, ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, dalla procedura aperta per l'affidamento di un appalto di servizi di igiene urbana un Raggruppamento Temporaneo d'Imprese, il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di primo grado, aveva rilevato che tale provvedimento era pienamente legittimo in assenza di una completa dissociazione di una delle imprese del RTI dal direttore tecnico, nei confronti del quale era stata pronunciata sentenza di condanna ai sensi dell'art. 444 c.p.p., assumendo all'uopo rilievo una pluralità d'indizi che evidenziavano il tentativo di continuare ad avvalersi del predetto soggetto. La Corte (**Sez. U, n. 05904/2020, Mercolino, Rv. 657208-01**) ha escluso che, nel caso di specie, si fosse in presenza di un eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito, assumendo rilievo la circostanza che in materia di appalto di servizi, la verifica dei presupposti oggettivi di esclusione dell'impresa dalla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 - avendo ad oggetto la mancata dissociazione dell'impresa dalla

condotta illecita del titolare, del socio, dell'amministratore o del direttore tecnico attinto da una condanna penale, così come la qualità rivestita da quest'ultimo - non presenta alcun profilo di discrezionalità.

In tali casi, infatti, vengono in rilievo circostanze oggettivamente riscontrabili, di talché il sindacato di esse, da parte del giudice amministrativo, non può tradursi in una invasione del merito amministrativo e non può dar luogo ad eccesso di potere giurisdizionale. Questo è, diversamente, configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice eccede i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, attraverso un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

3. L'esecuzione del contratto: le riserve, il ritardo nella consegna delle opere, il controllo del progetto.

Il contratto di appalto trova nella sua esecuzione la causa di molteplici controversie afferenti a sopravvenienze che in corso d'opera incidono sull'assetto di interessi regolato con il suddetto contratto e che, in alcuni casi, determinano il venir meno del vincolo contrattuale. Di seguito sono esaminate le pronunce di maggior rilievo che nel corso del 2020 si sono occupate di diverse tematiche relative alla fase esecutiva del contratto di appalto.

Sez. 1, n. 07554/2020, Iofrida, Rv. 657423-01, ha esaminato la natura delle riserve alla luce dell'evoluzione normativa in materia di appalti pubblici. Ed invero, la Corte ha richiamato i principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui in relazione agli appalti pubblici in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 554 del 1999, recante il regolamento attuativo della l. n. 109 del 1994, l'art. 232 del primo, nel dettare la relativa disciplina transitoria, ha, al comma 2, assoggettato al regime del *tempus regit actum* le sue disposizioni riguardanti il contenuto delle obbligazioni (e dei correlativi diritti) derivanti dal contratto per ciascuna delle parti e le loro modalità di esecuzione, da individuarsi in base alla classificazione prescelta dal regolamento stesso. Diversamente, per le riserve, le quali esulano da tale ambito perché riconducibili ad un procedimento amministrativo di contabilità dei lavori, occorre tener conto di quanto sancito dal comma 4 del menzionato articolo, che considera decisivi l'esaurimento, o meno, dell'atto nonché della situazione procedimentale. In ragione di tali principi, l'individuazione della

disciplina applicabile alle riserve deve tenere conto del momento in cui esse risultano iscritte essendo all'uopo irrilevante il momento in cui il contratto di appalto a cui accedono risulta sottoscritto. In proposito la Corte ha affermato il principio secondo cui «*In tema di appalti pubblici, l'art.* 232 *del d.P.R. n.* 554 *del* 1999 *ha previsto per i contratti in corso al momento della sua entrata in vigore una disciplina transitoria che, al comma* 2*, assoggetta al regime del "tempus regit actum" le norme relative al contenuto delle obbligazioni derivanti dal contratto ed anche alle loro modalità di esecuzione, da individuarsi in base alla classificazione prescelta dal regolamento stesso. Tale disposizione non riguarda tuttavia le riserve riconducibili ad un procedimento amministrativo di contabilità dei lavori, le quali sono regolate dal successivo comma* 4*, in base al quale le nuove norme si applicano alle situazioni non ancora esaurite sotto la disciplina previgente, determinando così l'assoggettamento alle disposizioni del menzionato d.P.R. di tutte le riserve iscritte in epoca successiva alla sua entrata in vigore. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il giudice di merito avesse correttamente applicato le disposizioni del d.P.R. n.* 554 *del* 1999*, sebbene il contratto di appalto fosse stato stipulato prima della sua entrata in vigore, tenuto conto che le riserve relative ai lavori eseguiti erano state invece iscritte dopo tale data)*».

Altra sentenza rilevante emessa nel corso del 2020 è quella con cui **Sez. 1, n. 16700/2020, Mercolino, Rv. 658610-02**, ha affrontato il tema dei limiti della prova testimoniale in materia di riserve; limiti che devono tenere conto dell'oggetto delle stesse.

La controversia traeva origine dalla domanda di risarcimento danni avanzata da un appaltatore, domanda rigettata per difetto di proposizione di formali riserve, fondandosi la sentenza di merito, ai fini che rilevano in tale sede, sulla non surrogabilità di esse con l'espletamento di prova testimoniale. Con essa, infatti, l'appaltatore intendeva provare di non aver potuto formalizzare le riserve in ragione delle pressioni esercitate dagli organi della stazione appaltante. La Corte non ha condiviso la soluzione adottata dalla corte d'appello che, sul punto, aveva confermato il lodo arbitrale. Osserva il Collegio che, secondo il principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'eccezione al divieto della prova per testimoni, prevista dall'art. 2724, n. 2, c.c. per l'ipotesi d'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta, non opera, ai sensi del successivo art. 2725, in riferimento agli atti per i quali è richiesta la forma scritta ad *substantiam o ad probationem*, e non può dunque trovare applicazione, in tema di appalto di opere pubbliche, con riguardo alle riserve formulate dall'appaltatore, per le quali il requisito formale, oltre ad essere espressamente prescritto dagli artt. 53 e 54 del r.d. n. 350 del 1895, si ricollega alla stessa previsione normativa di una documentazione specificamente tipizzata dei fatti attinenti allo svolgimento dell'appalto (cfr. Sez. 1, n. 17702/2005, Celentano, Rv. 587081-01). Tale principio, secondo la Corte, non è tuttavia applicabile al caso in esame, non avendo la controversia ad oggetto la pretesa dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo dovuto per i maggiori lavori eseguiti,

ma il risarcimento del danno cagionato dal comportamento illecito dell'ente committente, e per esso dei suoi organi, che avrebbe impedito la tempestiva formalizzazione della predetta pretesa, e non essendo pertanto l'appaltatore soggetto all'onere della preventiva formulazione della riserva. In sostanza, la Corte rileva che, nel caso di specie, la doglianza posta a fondamento della domanda risarcitoria dell'appaltatore era una presunta condotta contrastante con la corretta gestione dell'appalto, la cui deduzione in giudizio, quale fonte di responsabilità, doveva ritenersi sottratta all'onere della riserva. In conclusione, in tema di appalto di opere pubbliche, l'onere della riserva posto a carico dell'appaltatore si estende a tutte le pretese incidenti sul compenso complessivamente dovuto, ad eccezione dei comportamenti dolosi o gravemente colposi dell'Amministrazione nell'esecuzione di adempimenti amministrativi, quando non incidano direttamente sull'esecuzione dell'opera e risultino quindi indifferenti rispetto alle finalità delle riserve. In tale ultimo caso, dunque, trova applicazione la specifica eccezione al divieto di prova per testimoni, prevista dall'art. 2724, n. 2, c.c., nel caso di impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta, eccezione che invece, in tema di riserve, cede, in forza del successivo art. 2725 c.c., rispetto ad ogni prescrizione di forma che la legge imponga per il documento di cui abbia a trattarsi.

Sez. 1, n. 18897/2020, Parise, Rv. 658971-01, con riferimento alla consegna in ritardo dei lavori per fatto imputabile all'Amministrazione appaltante, ha affermato che non trova applicazione la disciplina civilistica in materia di risoluzione del contratto o di risarcimento del danno, bensì la norma speciale di cui all'art. 10, comma 8, del d.P.R. n. 1063 del 1962 (Capitolato generale di appalto delle opere pubbliche). Per effetto di tale disposizione viene riconosciuto all'appaltatore la sola facoltà di presentare istanza di recesso dal contratto, al mancato accoglimento della quale consegue il sorgere del diritto dell'appaltatore al compenso per i maggiori oneri derivanti dal ritardo che dipende dal protrarsi contro la sua volontà del rapporto contrattuale. La Corte, con la sentenza in esame, ha, poi, individuato la *ratio* del citato comma 8 dell'art. 10 nell'assicurare all'Amministrazione la possibilità di valutare l'opportunità di mantenere in vita il rapporto, ovvero di adottare una diversa determinazione in vista dell'eventuale superamento degli originari limiti di spesa, in considerazione del fatto che all'appaltatore sarà dovuto il rimborso di "maggiori oneri", a titolo indennitario, per avere egli esercitato la facoltà di recesso.

Con riferimento agli obblighi dell'appaltatore **Sez. 1, n. 05144/2020, Scalia, Rv. 657082-01**, ha affermato che in essi rientra, nell'appalto pubblico e privato e senza necessità di una specifica pattuizione, il controllo della validità tecnica del progetto fornito dal committente, anche in relazione alle caratteristiche del suolo su cui l'opera deve sorgere, posto che dalla corretta progettazione, oltre che dall'esecuzione dell'opera, dipende il risultato promesso. Alla luce di tale principio, la Corte ha

affermato che la scoperta in corso d'opera di peculiarità geologiche del terreno tali da impedire l'esecuzione dei lavori, non può essere invocata dall'appaltatore per esimersi dall'obbligo di accertare le caratteristiche idrogeologiche del terreno sul quale l'opera deve essere realizzata e per pretendere una dilazione o un indennizzo, essendo egli tenuto a sopportare i maggiori oneri derivanti dalla ulteriore durata dei lavori, restando la sua responsabilità esclusa solo se le condizioni geologiche non siano accertabili con l'ausilio di strumenti, conoscenze e procedure normali.

È opportuno, infine, richiamare anche la sentenza **Sez. 3, n. 08517/2020, Valle, Rv. 657781-01**, con la quale la Corte ha ripreso un risalente orientamento della Corte (Sez. 1, n. 388/2006, Salvato, Rv. 586521-01) secondo cui, in tema di appalto di opere pubbliche, ogni qualvolta si faccia questione della risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltante (o, in generale, dell'invalidità del contratto o della sua estinzione), la relativa domanda, arbitrale o giudiziaria, non è soggetta alla decadenza prevista per l'inosservanza dell'onere - sussistente soltanto con riferimento alle pretese dell'appaltatore che si riflettono sul corrispettivo dovutogli - della riserva; il che non esclude, tuttavia - ove l'inadempimento dell'appaltante posto a fondamento della richiesta risoluzione consista nella illegittima disposizione o protrazione della sospensione dei lavori - la rilevanza della mancata contestazione, da parte dell'appaltatore, dei presupposti giustificativi del provvedimento nel verbale di sospensione ovvero di ripresa (a seconda del carattere originario o sopravvenuto delle ragioni di illegittimità e del tempo in cui l'appaltatore ha potuto averne consapevolezza) ai fini (non già della decadenza, bensì) di valutare l'esistenza di un grave inadempimento del committente, tale da giustificare la risoluzione del contratto.

4. Le formalità nella ripartizione dei lavori nel caso di riunione di imprese orizzontale.

Sez. 1, n. 11639/2020, Parise, Rv. 657950-01, ha scrutinato la questione afferente la domanda di pagamento avanzata da una società, facente parte di un'ATI affidataria del lavori oggetto di appalto pubblico. In particolare, in forza delle pattuizioni contenute in una convenzione tra la suindicata società ed altra compagine sociale facenti parti della suddetta ATI non allegata al contratto di appalto, la ricorrente aveva richiesto il pagamento degli interessi moratori dovuti dalla stazione appaltante quantificati in base alla quota del 97% del credito totale spettante per tale titolo, come da ripartizione dei corrispettivi correlata all'attività di esecuzione così come concordata con la convenzione intervenuta tra le due società. Tanto premesso, il Collegio ha affermato che, in caso di aggiudicazione di un appalto di opera pubblica, ai sensi degli artt. 20 ss. della l. n. 584 del 1977, ad una riunione di imprese

cosiddette orizzontale, ossia senza parti dell'opera assegnate a determinate imprese riunite, poiché tutte le imprese riunite, in difetto di specifiche indicazioni nell'offerta e nel contratto, hanno il diritto e l'obbligo di eseguire l'appalto per quote uguali, non sono validi accordi tra le imprese riunite di ripartizione interna diversa da quella riscontrabile nell'offerta e nel contratto.

Il Collegio ha, sul punto, osservato che la l. n. 584 del 1977 ha attribuito alla stazione appaltante penetranti poteri di verifica sulla capacità tecnica delle imprese, in funzione della migliore realizzazione dell'opera pubblica da parte di quei soggetti che vengano ritenuti, anche in concreto, idonei allo scopo. Il perseguimento degli interessi pubblici attraverso il ricorso alle prestazioni dei privati appaltatori non può ritenersi assicurato soltanto mediante la predisposizione di un regime legale di responsabilità solidale delle singole imprese partecipanti. Il fenomeno che la legge intende contrastare è proprio il monopolio di fatto delle grandi imprese, le quali, senza fornire un diretto contributo di capacità e di esperienza alla realizzazione delle opere, potrebbero conseguire un lucro limitandosi a fornire il proprio nome, al solo scopo di consentire ad imprese minori di accedere ad appalti di grandi opere. In tale ottica, dunque, la previsione di incisivi poteri della P.A. sul riscontro dell'effettiva capacità delle singole imprese (cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 24 l. n. 584 del 1977) comporta, giuridicamente ma, ancor prima, logicamente, che detti poteri siano attribuiti alla P.A. non soltanto ai fini dell'ammissione al procedimento di aggiudicazione, ma anche con riferimento alle modalità con cui le singole imprese partecipano all'appalto. Diversamente opinando, si consentirebbe, in palese violazione delle menzionate finalità della disciplina nazionale, mediante l'indicazione solo formale e sostanzialmente fittizia di una o più imprese "compiacenti", anche a piccole imprese di partecipare ad appalti di rilevante entità e di assumersene l'esecuzione anche totale, al di fuori di qualsiasi verifica, da parte dell'amministrazione appaltante, sul concreto apporto di ciascuna delle imprese riunite. In conclusione, rileva il Collegio che l'impegno come sopra assunto da ciascuna impresa nei confronti della P.A., poiché finalizzato al perseguimento di un pubblico interesse, non è derogabile attraverso una pattuizione interna alle imprese, giungente fino alla totale, o quasi totale come nel caso di specie, estromissione di una di esse dall'esecuzione dell'appalto, poiché solo l'originario accordo portato a conoscenza della P.A. con la presentazione dell'offerta costituisce il titolo del diritto fatto valere.

5. Differenze tra opere extracontrattuali e varianti. Rilevanza ai fini della posizione dell'appaltatore.

La Corte (**Sez. 1, n. 00727/2020, Scotti, Rv. 656765-01**) si è anche occupata della fattispecie in cui l'appaltatore, dopo aver contestato la pretesa, a posteriori accertata come illegittima, dell'Amministrazione, di esecuzione di ulteriori lavori eccedenti il «quinto d'obbligo», non si è avvalso della possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, ma ha eseguito i lavori richiesti, dopo aver avvertito del proprio dissenso la committente e formalizzato apposita riserva e senza che fosse intervenuto un nuovo specifico e ulteriore accordo *ad hoc* sul punto (per vero difficilmente concepibile, poiché le parti dissentivano proprio sulla misura del quinto). In tale sentenza si è affermato che è possibile escludere il compenso a prezzo di mercato dei lavori ordinati «extra quinto» ed eseguiti, solo nell'ipotesi in cui l'appaltatore li abbia effettuati senza contestare l'esorbitanza dal quinto d'obbligo, in tal modo venendosi a tutelare la libertà contrattuale dell'Amministrazione alla quale non può venir imposto a posteriori il pagamento di un corrispettivo maggiore di quello contrattualmente dovuto. Diversamente, la committente ben sa di essere esposta al pagamento a valori di mercato nel caso, come quello di specie, in cui l'appaltatore abbia recisamente, formalmente e fondatamente contestato l'ordine rivoltogli nell'esercizio dello *jus variandi* dell'Amministrazione, perché comportante il superamento del quinto d'obbligo, e la committente abbia insistito per l'esecuzione dei lavori, pur essendo perfettamente consapevole dell'esistenza di contestazione sulla legittimità della sua richiesta. In conclusione, afferma la Corte, che per effetto delle diverse norme succedutesi nel tempo in materia, resta fermo il principio che la manifestazione di opposizione dell'appaltatore alla richiesta di variazioni oltre la soglia del quinto è sufficiente ad escludere la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario e non gli preclude la possibilità di richiedere compensi aggiunti e la remunerazione a prezzo di mercato del lavoro eseguito.

Con la medesima pronuncia la Corte ha, poi, precisato che, in tema di appalto, le nuove opere richieste dal committente costituiscono varianti in corso d'opera ove, pur non comprese nel progetto originario, siano necessarie per l'esecuzione migliore ovvero a regola d'arte dell'appalto o, comunque, rientrino nel piano dell'opera stessa e, invece, sono lavori extracontrattuali se siano in possesso di una individualità distinta da quella dell'opera originaria pur ad essa connessi ovvero ne integrino una variazione quantitativa o qualitativa oltre i limiti di legge; nel primo caso, l'appaltatore è, in linea di principio, obbligato ad eseguirle, previo ordine scritto, mentre, nel secondo, le opere debbono costituire oggetto di un nuovo appalto. In sostanza, si ha variazione quando le opere nuove, nelle quali le variazioni stesse consistono, sono

necessarie per la completa e migliore esecuzione dell'opera ovvero per la realizzazione della stessa a regola d'arte ovvero quando, pur importando modifica all'opera rientrano sempre nel piano dell'opera stessa. Si è in presenza di lavori extracontrattuali *tout court*, quando trattasi invece di opere nuove che, pur avendo una qualche relazione o connessione con l'opera non sono necessarie alla completa o migliore esecuzione di questa, né rientrano nel piano della medesima, ma costituiscono opere aventi una propria individualità, distinta da quella dell'opera originaria o che integrano un'opera a sé stante.

6. Appalto e sub-appalto. Rapporti e interferenze.

La Corte nel corso del 2020 (**Sez. 2, n. 09386/2020, Dongiacomo, Rv. 657706-01**) si è occupata dei rapporti tra appalto e sub-appalto e, in particolare, della possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di pagare direttamente il subappaltatore. In proposito, si è affermato che, l'art. 18, comma 3, della l. n. 55 del 1990, - il quale prevede la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di opere di appalto con facoltà di subappalto, di indicare nel bando di gara se provvederà al pagamento diretto al subappaltatore dell'importo dovuto, ovvero tramite l'appaltatore - è norma precettiva. In ragione di ciò, l'omessa indicazione di tali modalità di pagamento nel bando di gara e la loro previsione nel solo contratto applicativo, determina, pertanto, la nullità parziale del bando medesimo e la conseguente sostituzione di diritto, ex art. 1419 c.c., delle clausole ad essa contrarie con la previsione normativa del pagamento diretto, in quanto ipotesi più favorevole all'appaltatore.

7. L'arbitrato negli appalti pubblici.

L'arbitrato in materia di contratti pubblici di lavori è stato oggetto di continui interventi da parte del legislatore che, con gli artt. 241, 242, 243 del d.lgs. n. 163 del 2006, ha provveduto a unificarne la disciplina prima di allora contenuta in diverse disposizioni (art. 32, l. n. 109 del 1994, e successive modificazioni; artt. 149, 150 e 151 del regolamento generale di attuazione della suddetta legge, approvato con d.P.R. n. 554 del 1999; artt. 1-12, d.m. Grazia e Giustizia n. 398 del 2000; artt. 32, 33 e 34, d.m. Lavori Pubblici n. 145 del 2000).

Per effetto dell'art. 217, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016, a decorrere dal 19 aprile 2016, il d.lgs. n. 163 è stato abrogato, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220, risultando, ora, l'arbitrato disciplinato dall'art. 209 del cit. d.lgs.

Per quanto rileva in tale sede, l'originario art. 241 cit., stabiliva «Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori,

servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri».

A fronte di questa iniziale previsione che consentiva il ricorso all'arbitrato, l'art 3, comma 19, della l. n. 244 del 2007 ha introdotto il divieto per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, di inserire clausole compromissorie «in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi. Le clausole compromissorie ovvero i compromessi comunque sottoscritti sono nulli e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti».

Successivamente, il d.lgs. n. 53 del 2010, nel dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, ha, con l'art. 15, abrogato il cennato art. 3 della l. n. 244 del 2007 e, all'art. 5, comma 1, lett. b), inserito il comma 1 *bis* all'art. 241 cit. Con tale ultima disposizione il legislatore prevedeva che «La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. È vietato in ogni caso il compromesso».

Per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, commi 19-24, l. n. 190 del 2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), l'art 241, nel testo in vigore dal 28 novembre 2012 al 18 aprile 2016, sanciva che «Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli».

Il medesimo art. 1 cit. al comma 25 prevedeva che «le disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge».

Infine, oggi, per effetto dell'art. 209 del d.lgs. n. 50 del 2016, è previsto che «Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici

relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. 2. La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. È vietato in ogni caso il compromesso. 3. È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice (…)».

Il quadro normativo sopra riportato pone in luce il difficile bilanciamento perseguito dal legislatore tra le diverse esigenze che pone il ricorso all'arbitrato nei contratti della pubblica amministrazione. Da un lato, infatti, l'istituto in esame risponde all'esigenza avvertita non solo in ambito nazionale, ma, più in generale, in quello europeo, di rendere più efficaci le procedure di risoluzione delle controversie relative agli appalti pubblici, con conseguente anche contenimento dei relativi costi rispetto ai contenziosi ordinari. Dall'altro lato, il legislatore, proprio in ragione della portata dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie diverso da quello rimesso alla giurisdizione ordinaria, ne ha previsto l'operatività previo rispetto di specifici presupposti tra i quali l'autorizzazione da parte dell'organo di governo della singola pubblica amministrazione.

È con riferimento alla portata applicativa delle disposizioni che hanno introdotto, quale requisito di validità della clausola compromissoria, la preventiva autorizzazione che la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata nel corso del 2019. In particolare, la questione è quella di individuare la disciplina a cui devono essere sottoposti quei contratti di appalto stipulati in epoca antecedente alla previsione della necessaria autorizzazione sopra indicata.

La Corte di cassazione (Sez. 1, n. 13410/2019, Falabella, Rv. 654256-01) ha esaminato la controversia che traeva origine da un contratto di appalto stipulato il 23 dicembre 2008 dall'Università della Calabria avente ad oggetto la realizzazione dei lavori di costruzione di un complesso residenziale per studenti. In tale contratto era contenuta una clausola che devolveva le controversie tra le parti alla competenza di

un collegio arbitrale. Nel corso del rapporto, la società appaltante notificava alla committente «atto introduttivo di arbitrato e nomina di arbitro», instando per la costituzione del collegio arbitrale previsto dalla clausola compromissoria. L'Università, dopo aver provveduto, a sua volta, a nominare il proprio arbitro e a svolgere le proprie deduzioni difensive, successivamente eccepiva che la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto dovesse ritenersi inefficace in forza di quanto disposto dall'art. 1, comma 19, della l. n. 190 del 2012, con cui era stato modificato l'art. 241 d.lgs. n. 163 del 2006.

Il collegio arbitrale dichiarava la propria competenza, disattendendo, quindi, l'eccezione pregiudiziale dell'Università, e accoglieva parzialmente le domande dell'appaltatrice.

La corte d'appello rigettava il gravame proposto dall'Università.

Avverso tale decisione l'Università, proponeva ricorso dinnanzi alla Corte di cassazione denunciando, tra l'altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 241 d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 1, commi 19 ss. l. n. 190 del 2012. In particolare, la ricorrente si doleva del fatto che il lodo era stato pronunciato da collegio arbitrale incompetente, in quanto la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto era nulla o comunque inefficace, alla luce della disciplina transitoria del regime introdotto dal cit. art. 1 l. n. 190 del 2012 (contenuta nel comma 25 dell'articolo). In ragione di tale disciplina, la ricorrente contestava che l'arbitrato potesse dirsi «autorizzato» dall'organo di governo dell'Università.

La Corte ha affermato la fondatezza della censura sul presupposto della natura non arbitrabile della controversia affermando che la preventiva autorizzazione amministrativa dell'arbitrato, prevista dall'art. 1, comma 25, l. n. 190 del 2012 per gli appalti pubblici conclusi prima dell'entrata in vigore della legge (28 novembre 2012), costituisce una clausola di efficacia che non può identificarsi con la delibera mediante la quale sia stato approvato il contratto contenente la clausola compromissoria, dovendo essa rinvenirsi in atti con i quali la P.A. abbia manifestato, con riferimento ad una controversia specificamente individuata, la volontà di avvalersi della clausola arbitrale, perché il legislatore ha inteso richiedere, all'ente chiamato a decidere sull'autorizzazione, una ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto (Corte cost. n. 108 del 9 giugno 2015).

Rileva la Corte che, se il legislatore avesse inteso identificare tale atto nell'autorizzazione di cui al cit. comma 25, avrebbe semplicemente escluso che le disposizioni introdotte con la l. n. 190 del 2012 si estendessero ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore di essa o, meglio, avrebbe anche potuto evitare di introdurre la disciplina transitoria prevista dalla disposizione in esame.

A sostegno di tale interpretazione si pone, poi, il tenore letterale della norma che fa menzione di «arbitrati conferiti o autorizzati»; espressione che non è riferibile alla

clausola compromissoria inserita nel contratto, la quale è deputata a stabilire, in via preventiva e in termini necessariamente generali, che le controversie nascenti dal contratto saranno decise da arbitri. Diversamente l'espressione utilizzata dal legislatore deve intendersi riferita a liti specificamente individuate, già introdotte con la nomina degli arbitri (arbitrati «conferiti») o per le quali, pur non essendo intervenuta tale nomina, l'ente abbia espresso la propria volontà di avvalersi della clausola arbitrale (arbitrati «autorizzati»).

Rileva, poi, la Corte che sarebbe incongruo ritenere che le stringenti esigenze di contenimento dei costi collegati alle controversie che vedono la partecipazione degli enti pubblici, di tutela degli interessi di cui questi sono portatori e di contrasto all'illegalità all'interno della P.A. - interessi che il legislatore ha inteso salvaguardare subordinando il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicurasse la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto (cfr. Corte cost. n. 108 del 9 giugno 2015) - siano affidate a un intervento legislativo che, non applicandosi, di fatto, a tutti i contratti (contenenti clausole compromissorie) perfezionati prima dell'entrata in vigore della legge, si rivelerebbe in gran parte inoperante.

Diversamente, il comma 25 dell'art. 1 cit. ha sottratto alla necessità di un'autorizzazione motivata (e quindi espressa) dell'organo competente quelle sole procedure arbitrali per cui, alla data dell'entrata in vigore della legge, si fosse già fatto luogo alla nomina degli arbitri, o che risultassero comunque prossime ad essere introdotte, avendo la pubblica amministrazione già manifestato, nei fatti, la propria volontà di attivare il giudizio arbitrale. In queste due ipotesi, l'esclusione dell'applicazione della disciplina trova fondamento in ragioni di economia processuale, giacché evita che il procedimento iniziato prima dell'entrata in vigore della legge, o che la P.A. abbia prima di allora specificamente autorizzato (e introdotto dopo), sia vanificato dalla mancanza dell'autorizzazione prevista dal comma 19.

In sostanza, per effetto dei passaggi argomentativi sopra riportati, per gli appalti stipulati in epoca antecedente alla novella della l. n. 190 del 2012, il termine "autorizzati", da essa prevista, richiede che l'Amministrazione abbia emesso apposito e specifico atto relativo all'arbitrato, diversamente essi sono soggetti alla disciplina introdotta con la legge del 2012.

Sez. 6-1, n. 28871/2020, Scotti, Rv. 659899 – 01, ha, poi, precisato che, in tema di arbitrato cd. amministrato di lavori pubblici, la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone, quanto alla disciplina dell'arbitrato ex artt. 241, 242 e 243 del medesimo codice dei contratti pubblici, la salvezza delle clausole compromissorie e delle procedure arbitrali antecedenti alla sua entrata in vigore, nei soli casi ivi specificamente previsti ed alla condizione che i collegi arbitrali risultino già costituiti entro tale data; ne consegue l'immediata applicabilità delle

nuove disposizioni, aventi carattere inderogabile, riguardo ai collegi arbitrali relativi ad appalti non ricadenti nel d.P.R. n. 1063 del 1962. (Nella specie, la S.C. ha cassato senza rinvio la decisione dei giudici d'appello, che aveva trascurato la tardività dell'impugnazione, ancorché l'abrogazione dell'art. 15, comma 6, del d.lgs. n. 53 del 2010, ad opera del d.l. n. 40 del 2010 comportasse l'applicabilità all'impugnazione dei lodi pronunciati successivamente all'eliminazione della disciplina transitoria dei termini previsti dall'art. 241, comma 15 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006).

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Le società *in house providing* e la giurisprudenza di legittimità – 2. Gli oneri economici dei permessi ai dipendenti con incarichi elettivi presso l'ente pubblico partecipante.

1. Le società *in house providing* e la giurisprudenza di legittimità.

Negli anni precedenti a quello in rassegna la S.C. ha adottato importanti pronunce in tema di società *in house* e, in generale, di società a partecipazione pubblica, svolgendo un ruolo centrale nell'individuazione delle caratteristiche di tali figure e della disciplina ad esse applicabile, in presenza di un quadro normativo per molti anni estremamente frammentato e da raccordare a fonti di diritto unionale in continua evoluzione.

Con il d.lgs. n. 175 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 100 del 2017, è stato finalmente adottato il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (di seguito anche T.U.S.P.) in attuazione della delega conferita al governo dagli artt. 16 e 18 della l. n. 124 del 2015.

Lo scopo dell'intervento è stato quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e di creare una disciplina generale organica, senza mutare totalmente il quadro di riferimento, ma favorendo fenomeni già in atto che, in certi casi, avevano trovato ostacoli proprio nella mancanza di norme adeguate o non adeguatamente coordinate.

Molte disposizioni del T.U.S.P. hanno fatto proprie le soluzioni interpretative adottate dalla giurisprudenza e altre hanno solo spostato i termini delle questioni che sono comunque rimaste affidate all'interpretazione dei giudici.

In tale quadro, è opportuno richiamare le statuizioni adottate dalla Corte di cassazione, e riportate nelle Rassegne degli anni precedenti, riguardanti, in particolare, l'individuazione dei caratteri distintivi delle società *in house*, la verifica della giurisdizione in ordine a delicate controversie (come l'azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di tali società o l'impugnazione della nomina e della revoca dei componenti di tali organi), il riconoscimento della fallibilità di tali società e le infinite ulteriori problematiche connesse, solo in parte risolte dal menzionato Testo Unico.

Nel corso dell'anno 2020 non si registrano statuizioni riguardanti tali argomenti.

La S.C. si è pronunciata sul rapporto di lavoro del personale di tali società e sugli oneri economici per la fruizione dei permessi spettanti ai dipendenti delle stesse che abbiano incarichi elettivi presso l'ente pubblico partecipante.

Quest'ultima decisione viene di seguito illustrata mentre, per le decisioni riguardanti i rapporti di lavoro, si rinvia al corrispondente capitolo di questa Rassegna.

2. Gli oneri economici dei permessi spettanti ai dipendenti con incarichi elettivi presso l'ente pubblico partecipante.

In argomento, **Sez. 1, n. 11265/2020, Scalia, Rv. 658051-01**, ha affermato, in base al principio civilistico del divieto di indebito arricchimento e tenuto conto della distinzione tra società partecipata e socio pubblico, gli oneri derivanti dalla fruizione da parte dei dipendenti di società i*n house* dei permessi retribuiti previsti per l'esercizio di funzioni elettive presso lo stesso ente locale che partecipa alla società sono a carico di quest'ultimo e devono essere rimborsati alla società datrice di lavoro nei termini e secondo le modalità di cui all'art. 80 d.lgs. n. 267 del 2000.

La controversia è sorta perché una società *in house,* interamente partecipata da un comune, ha citato in giudizio quest'ultimo per ottenere in restituzione gli importi pagati ad alcuni dipendenti, che avevano goduto di permessi retribuiti per l'esercizio di cariche elettive presso lo stesso comune.

Nella decisione, la S.C., che ha respinto il ricorso del Comune, ha fornito un quadro completo della giurisprudenza maturata in materia di società *in house* e, in generale, di società partecipate da enti pubblici, fondando la sua pronuncia sugli orientamenti oramai sedimentati del giudice di legittimità sopra ricordati e illustrati nelle Rassegne degli anni precedenti.

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(Di Dario Cavallari, Maria Elena Mele Ed Aldo Natalini)[1]

SOMMARIO: 1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali - 2. Modalità di notifica - 3. Giurisdizione e principio di specialità - 4. Competenza ed incompetenza - 5. Altri vizi procedurali - 6. Elemento psicologico e cause di giustificazione - 7. Cumulo materiale e concorso di persone - 8. Intrasmissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale - 9. Prescrizione - 10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedimentali - 11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta - 12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione - 13. Abuso di informazioni privilegiate - 14. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate - 15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario - 16. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada. Profili processuali: l'opposizione, la competenza, il rito - 17. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura e requisiti - 18. Le violazioni sanzionate dal codice della strada. - 19. Le sanzioni in materia di inquinamento idrico: titolarità della potestà sanzionatoria - 19.1 Le singole infrazioni in materia di inquinamento idrico - 20. Le sanzioni amministrative in materia di rifiuti - 21. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti - 22. Le sanzioni per le violazioni al cd. Codice della privacy - 23. Le altre sanzioni.

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali.

La struttura del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, regolato dagli artt. 22 e ss. della l. n. 689 del 1981, ha natura impugnatoria su ricorso e annullatoria di un atto amministrativo, mutuata dal processo amministrativo rappresentando una delle rare eccezioni ai principi-cardine posti dagli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (**Sez. 6-2, n. 18158/2020, Tedesco, Rv. 659212-01**). Detto giudizio riguarda, come ricorda Sez. 6-2, n. 21146/2019, Carrato, Rv. 655278-01, in continuità con l'indirizzo nomofilattico di Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, Rv. 611243-01, il rapporto giuridico sotteso, avente fonte legale in un'obbligazione di tipo sanzionatorio (così già Sez. 2, n. 12503/2018, Carrato, Rv. 648753-01; Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01).

Al descritto paradigma impugnatorio è annesso un rigido sistema preclusivo (Sez. 2, n. 27909/2018, Picaroni, Rv. 651033-01), valevole per ogni soggetto coinvolto nel giudizio di opposizione, sicché tutte le ragioni poste alla base dell'istanza demolitoria di nullità (o di annullamento) dell'atto *(causae petendi)* devono essere prospettate nel ricorso introduttivo entro i termini di legge. Nel giudizio di opposizione ad

[1] Aldo Natalini ha redatto i paragrafi da 1 a 9, Dario Cavallari quelli da 10 a 15 e Maria Elena Mele quelli da 16 a 23. Il coordinamento è stato svolto da Dario Cavallari.

ordinanza-ingiunzione di pagamento di una somma a titolo di sanzione amministrativa, al ricorrente non è pertanto consentito di integrare in corso di causa i motivi originariamente addotti, non potendo egli ampliare il *thema decidendum* mediante memorie suppletive o altro atto comunque denominato volto ad introdurre motivi nuovi dei quali il ricorso originario era del tutto privo (**Sez. 6-2, n. 18158/2020, Tedesco, cit.**).

Del pari, l'Amministrazione resistente non può dedurre, a sostegno della pretesa sanzionatoria, motivi o circostanze differenti da quelle enunciate con l'ordinanza-ingiunzione, stante il carattere vincolato del provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa, in conformità al principio di tassatività dettato dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981 (ribadito da Sez. 1, n. 06965/2018, Mercolino, Rv. 648110-01), con conseguente immodificabilità del relativo contenuto (in termini anche Sez. 1, n. 13433/2016, Barnabai, Rv. 640355-01).

Infine, il giudice non può rilevare d'ufficio, fuori dei limiti dell'oggetto dello stesso giudizio così delimitato, eccezioni relative a vizi o ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che ne ha preceduto l'emanazione distinti da quelli dedotti dal ricorrente, salvo che essi incidano sull'esistenza dell'atto impugnato. Rientra in quest'ultima eccezione l'illegittimità del provvedimento opposto per violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 della l. n. 689 del 1981, che è rilevabile d'ufficio, trattandosi di principio-cardine dell'intero sistema normativo di settore ed ha valore ed efficacia assoluti, essendo direttamente riferibile alla tutela di valori costituzionalmente garantiti (artt. 23 e 25 Cost.), sicché la sua attuazione non può rimanere, sul piano giudiziario, affidata alla mera iniziativa dell'interessato, ma deve essere garantita dall'esercizio della funzione giurisdizionale (**Sez. 2, n. 04962/2020, Varrone, Rv. 657117-01**).

Sulla scorta di quest'impostazione, Sez. 6-2, n. 01921/2019, Carrato, Rv. 652384-01, ha precisato che l'onere della prova del completo espletamento delle attività strumentali all'accertamento grava, nel giudizio di opposizione, sulla P.A. poiché concerne il fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria. Per l'esattezza, mentre l'onere di allegazione è a carico dell'opponente, quello probatorio soggiace alla regola ordinaria dell'art. 2697 c.c. e, quindi, è la P.A., quale attore sostanziale, che deve dare la prova dei fatti costitutivi posti a fondamento della sua pretesa, dovendo, invece, l'opponente dimostrare, qualora abbia dedotto fatti specifici incidenti o sulla regolarità formale del procedimento o sulla esclusione della sua responsabilità nella commissione dell'illecito, le sole circostanze negative contrapposte a quelle indicate dall'Amministrazione.

Legittimato passivo del giudizio di opposizione ad ordinanza emanata ai sensi della l. n. 689 del 1981 è esclusivamente il destinatario dell'ingiunzione, al quale è addebitata la violazione: ciò anche in caso di eventuale responsabilità sanzionatoria

col vincolo di solidarietà (come ha precisato Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01), sicché non è consentita la partecipazione di soggetti diversi dall'ingiunto e dall'Amministrazione ingiungente. Quanto a quest'ultima, l'art. 23 della l. n. 689 cit. identifica nell'autorità che ha emesso l'ordinanza la parte legittimata nel giudizio di opposizione: come puntualizzato da Sez. 2, n. 18198/2019, Tedesco, Rv. 654469-01, tale legittimazione rimane ferma, in difetto di una diversa previsione normativa, nel corso dell'intero giudizio e, dunque, pure se vi è impugnazione. Ne deriva che, quando oggetto dell'opposizione sia un'ordinanza prefettizia, la legittimazione processuale (attiva e passiva) spetta al Prefetto il quale, benché organo periferico del Ministero dell'interno, agisce nell'ambito di una specifica autonomia funzionale, con l'ulteriore conseguenza che, in deroga alle comuni regole di rappresentanza dello Stato, soltanto lo stesso Prefetto, e non il Ministro dell'interno, è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza che ha deciso sull'opposizione. Secondo **Sez. 2, n. 20418/2020, Oliva, Rv. 659191-02**, si applicano esclusivamente al giudizio di primo grado tutte le disposizioni contenute nell'art. 6, comma 9, d.lgs. n. 150 del 2011, ossia quelle per cui l'opponente e l'autorità ingiungente possono stare in giudizio personalmente, quella per cui l'autorità che ha emesso l'ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati e quella per cui il Prefetto, nel giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 205 del d.lgs. n. 285 del 1992, può farsi rappresentare in giudizio dall'amministrazione cui appartiene l'organo accertatore, laddove quest'ultima sia anche destinataria dei proventi della sanzione, ai sensi del successivo art. 208 del medesimo d.lgs. n. 285 del 1992.

Regola processuale comune ai procedimenti di opposizione nella vigenza del d.lgs. n. 150 del 2011 (che ha previsto - come noto - misure di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione), è l'applicazione degli artt. 429, comma 1, e 437, comma 1, c.p.c., giustificata - per quanto precisato da Sez. 2, n. 00072/2018, Bellini, Rv. 646662-01 - dal rinvio generale contenuto nell'art. 2, comma 1, del cit. d.lgs. n. 150. Ne deriva che anche in secondo grado il giudice d'appello, nel pronunciare la sentenza, deve, a pena di nullità insanabile, dare lettura del dispositivo all'esito dell'udienza di discussione (*contra* Sez. 2, n. 12954/2015, Picaroni, Rv. 635706-01, che invece ha escluso, in mancanza di un'espressa disciplina, l'automatica estensibilità delle regole speciali dettate per il giudizio di primo grado).

Quanto al deposito di documenti strettamente connessi all'opposizione a sanzione amministrativa, la produzione da parte dell'Autorità opposta - secondo **Sez. 2, n. 09385/2020, Varrone, Rv. 657753-01** - può intervenire anche nel corso del giudizio, non avendo il relativo termine natura perentoria, e indipendentemente dalla costituzione della predetta autorità o dalla comparizione della medesima, senza che venga perciò in considerazione il disposto dell'art. 87 disp. att. c.p.c. che contempla, regolandone le modalità, la diversa ipotesi di documenti offerti in comunicazione alle

parti dopo la costituzione (sulla perentorietà del termine di cui all'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 150 del 2011, a differenza di quello previsto dall'art. 416 c.p.c., applicabile invece, agli altri documenti depositati dall'Amministrazione v. anche Sez. 3, n. 15887/2019, Porreca, Rv. 654292-01),

In ordine all'attività istruttoria, Sez. 2, n. 34034/2019, Scarpa, Rv. 656329-01, ha rilevato che, nel giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione (nella specie disciplinato *ratione temporis* dagli artt. 22 e ss. della l. n. 689 del 1981), il Tribunale, sulla base dei poteri concessi dal successivo art. 23, comma 6, nell'esercizio di una facoltà rimessa al suo prudente apprezzamento e sganciata dalla decadenza in cui siano eventualmente incorse le parti nella formulazione delle richieste istruttorie, può procedere all'audizione anche d'ufficio degli agenti accertatori ogni qual volta ciò si renda necessario - come confermato anche da **Sez. 6-2, n. 25690/2020, Oliva, Rv. 659706-01**, in tema di opposizioni ex art. 204 *bis* del d.lgs. n. 285 del 1992, regolate dal rito del lavoro - rappresentando la verifica della fondatezza della pretesa sanzionatoria, del rapporto e degli atti relativi all'accertamento ed alla contestazione della violazione la base di partenza dell'indagine giudiziale, la quale può essere eventualmente integrata con quei chiarimenti che il giudicante, attraverso l'esame dei verbalizzanti, ritenga necessari ai fini della verifica della consistenza dell'addebito o, per converso, dei motivi di opposizione.

Al giudizio di opposizione a sanzione amministrativa - come ha precisato da ultimo **Sez. 6-2, n. 16317/2020, Falaschi, Rv. 658744-01** - per espressa disposizione dell'art. 23, comma 11, della l. n. 689 del 1981, come modif. dall'art. 99 del d.lgs. n. 507 del 1999, non trova applicazione l'art. 113, comma 2, c.p.c. e non si fa, quindi, luogo a pronunzia secondo equità. Alla medesima conclusione si giungerebbe, comunque, anche in assenza di una disposizione quale quella di cui all'art. 23 cit., in quanto le opposizioni ex art. 22 e ss. della l. n. 689 del 1981 non rientrano nella competenza del giudice di pace stabilita *ratione valoris* dall'art. 7 c.p.c., cui fa riferimento l'art. 113 c.p.c., ma in quella speciale attribuita dalla legge *ratione materiae*.

2. Modalità di notifica.

Come chiarito da Sez. 2, n. 27405/2019, Varrone, Rv. 655686-01, qualora non sia avvenuta la contestazione immediata dell'illecito amministrativo, il momento dell'accertamento - in relazione al quale va collocato il *dies a quo* del termine previsto dall'art. 14, comma 2, della l. n. 689 del 1981 per la notifica degli estremi della violazione - non coincide con quello di acquisizione del fatto nella sua materialità da parte dell'autorità che ha ricevuto il rapporto, ma va individuato nella data in cui detta autorità ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione; compete al giudice di merito valutare la

congruità del tempo utilizzato per tale attività, in rapporto alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Questo principio deve essere coordinato con l'altro, espresso da Sez. 2, n. 10841/2019, Casadonte, Rv. 653502-01, in base al quale, qualora la notificazione del verbale di accertamento dell'infrazione sia stata effettuata a mezzo posta da un funzionario dell'Amministrazione, l'omessa stesura, sull'originale e sulla copia dell'atto, della relazione di notifica, integra una mera irregolarità ed è priva di conseguenze invalidanti, specialmente quando detta notifica abbia raggiunto il suo scopo.

Sempre in tema di notificazione, **Sez. L, n. 25991/2020, Di Paolantonio, Rv. 659546-01**, ha precisato che l'ordinanza ingiunzione ex l. n. 689 del 1981 ha la funzione di consentire la riscossione coattiva del credito mediante la formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale e che la sua mancata opposizione è sanzionata con la decadenza dalla tutela giurisdizionale in relazione alla pretesa creditoria dell'amministrazione. Pertanto, la peculiare natura dell'ordinanza stessa vale a differenziarla dagli atti amministrativi e giustifica il rinvio contenuto nell'art. 18, comma 6, della l. n. 689 del 1981, come modificata dalla l. n. 265 del 1999, alla l. n. 890 del 1982 sulle notificazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari. In particolare, la S.C. ha escluso che la disciplina concernente il procedimento notificatorio dell'ordinanza ingiunzione per il caso di temporanea assenza del destinatario dia luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista, in materia di notificazione degli atti amministrativi, dall'art. 40 del regolamento approvato con d.P.R. n. 655 del 1982 - che considera compiuta la giacenza dopo trenta giorni dal deposito -, in quanto il non coincidente trattamento normativo trova giustificazione, in termini di ragionevolezza, in considerazione della diversità delle fattispecie poste a confronto.

Inoltre, in tema di notifica del verbale di contestazione degli addebiti di cui al procedimento sanzionatorio amministrativo **Sez. 2, n. 20515/2020, Picaroni, Rv. 659195-01**, ribadisce l'applicazione del principio di scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario, con la conseguenza che, qualora la notifica non sia andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento, senza superare il limite di tempo pari alla metà del termine originariamente previsto, salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa (così già Sez. 2, n. 28388/2017, Varrone, Rv. 646342-01).

Da ultimo, in materia di PEC, va segnalata **Sez. 6-2, n. 28829/2020, Criscuolo, Rv. Rv. 660000 - 01**, secondo la quale la notificazione delle ordinanze-ingiunzione, ai

sensi dell'art. 18 della l. n. 689 del 1981, può avvenire direttamente da parte della P.A. a mezzo di posta elettronica certificata, rappresentando una modalità idonea a garantire al destinatario la conoscibilità dell'atto e la finalità della notificazione, senza che possa farsi riferimento alla necessità del rispetto anche delle formalità di cui alla l. n. 53 del 1994, che attiene alla diversa ipotesi di notifiche eseguite direttamente dagli avvocati.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 20418/2020, Oliva, Rv. 659191-01**, la notificazione dell'appello all'Amministrazione delegata a stare in giudizio e non a quella che ebbe ad emettere l'ordinanza ingiunzione non è inesistente, ma nulla, venendo in rilievo l'inesistenza della notificazione, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui sia stata posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità.

3. Giurisdizione e principio di specialità.

In tema di riparto di giurisdizione, ove sulla sanzione amministrativa, emessa a titolo di concorso nell'indebita percezione di aiuti comunitari, intervenga il giudicato di rigetto della relativa opposizione, ma, poi, venga pronunciata, in sede penale, sentenza irrevocabile di assoluzione per insussistenza del fatto, **Sez. U, n. 26493/2020, Mancino, Rv. 659550-01**, affida al giudice ordinario la cognizione della vertenza promossa nei confronti del diniego di revoca o annullamento della sanzione, ai sensi dell'art. 22 della l. 689 del 1981, poiché la *causa petendi* non attiene alla correttezza dell'azione amministrativa di riesame, ma alla permanente legittimità della sanzione a seguito della menzionata sentenza di proscioglimento.

Ad avviso di **Sez. U, n. 19664/2020, Acierno Rv. 658850-01**, la sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio commerciale o del locale destinato al videogioco e alle video lotterie, prevista - in aggiunta a quella pecuniaria, ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale con quest'ultima - dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 111 del 2011, per il caso di indebito ingresso, nell'esercizio medesimo, di un soggetto minore d'età, ha natura esclusivamente afflittiva e si riconduce, non già ad un potere discrezionale di vigilanza e controllo, esercitato dall'autorità amministrativa irrogante, sul settore dei giochi vietati ai minori, bensì ad un potere interamente vincolato dalla norma, la quale definisce dettagliatamente il fatto che integra la violazione, stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione in seguito all'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità di polizia, e ne determina il contenuto anche in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili; pertanto, la

giurisdizione sull'opposizione avverso la predetta sanzione amministrativa spetta al giudice ordinario, dovendosi ritenere devoluto a quella del giudice amministrativo soltanto il sindacato sulle sanzioni di carattere ripristinatorio, la cui applicazione consegua all'esercizio di un potere discrezionale di vigilanza e controllo, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico violato.

Quanto alle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione di pagamento per violazioni della normativa urbanistica ed edilizia, Sez. U, n. 22426/2018, Scrima, Rv. 650456-01, ha ribadito il radicamento innanzi al giudice ordinario sulla base di un duplice rilievo argomentativo (tratto da Sez. U, n. 11388/2016, Giusti, Rv. 639955-01), che pare opportuno richiamare perché espressivo di un indirizzo consolidato.

Anzitutto, il massimo Consesso ha valorizzato l'art. 22 *bis*, comma 2, lett. c), della l. n. 689 del 1981 - abrogato dall'art. 34, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2011 - che attribuisce al Tribunale ordinario le opposizioni alle sanzioni in materia urbanistica.

In secondo luogo, in piena aderenza all'orientamento nomofilattico in materia (fra le ultime: Sez. U, n. 08076/2015, D'Ascola, Rv. 634939-01; Sez. U, n. 01528/2014, Spirito, Rv. 628859-01), la S.C. ha sottolineato che, pur essendo la materia urbanistica compresa in quella per cui l'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'opposizione a sanzione amministrativa non genera una controversia nascente da atti della P.A. relativi alla gestione del territorio, costituendo i provvedimenti sanzionatori la reazione a condotte del privato illegittime. Infatti, in presenza di tali provvedimenti, non sorge la necessità, alla base della previsione di giurisdizione esclusiva, di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché la situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto ingiustamente a sanzione ha consistenza di diritto soggettivo.

Relativamente, infine, al principio di specialità, sancito dall'art. 9 della l. n. 689 del 1981, secondo Sez. 2, n. 10744/2019, Falaschi, Rv. 653561-01, esso in tanto opera, in quanto le norme sanzionanti un medesimo fatto si trovino fra loro in rapporto di specialità, che deve essere escluso ove sia diversa l'obiettività giuridica degli interessi rispettivamente protetti. Non sussiste, pertanto, un rapporto di specialità tra le previsioni penali a protezione del falso ideologico, di cui agli artt. 7 del d.P.R. n. 358 del 2000 e 479 c.p., e le norme a protezione delle autocertificazioni delle situazioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini delle annotazioni al PRA; infatti, la P.A. non è svincolata dal controllo sulla veridicità della stessa autocertificazione, essendo tenuta a verificare - anche di propria iniziativa ex art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000 - la correttezza delle dichiarazioni, pure mediante riscontro diretto dei dati, né è ravvisabile, tra le anzidette norme, una pregiudizialità tale da configurare l'accertamento dell'illecito amministrativo come antecedente logico necessario per

l'esistenza del reato, così da determinare quella connessione obiettiva che, ai sensi dell'art. 24 della l. n. 689 del 1981, comporta lo spostamento delle competenze all'applicazione della sanzione dall'organo amministrativo al giudice penale.

4. Competenza ed incompetenza.

Si segnalano varie pronunce di legittimità in tema di competenza ed al correlato vizio di incompetenza.

Con riguardo alla competenza per territorio, Sez. 6-1, n. 00580/2019, Valitutti, Rv. 652670-01, ha ritenuto che l'illecito amministrativo già previsto dall'art. 58 del d.lgs. n. 29 del 1993 - il quale, ai commi 6 e 7, impone ai soggetti pubblici e privati che, comunque, si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese da dipendenti pubblici di richiedere l'autorizzazione dell'ente di appartenenza e/o di comunicare ai medesimi enti i compensi erogati (ora art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 168 del 2001) - debba ritenersi commesso nel luogo in cui il soggetto che ha conferito l'incarico ha avuto conoscenza dell'accettazione da parte del destinatario, in virtù del carattere recettizio della manifestazione della volontà di ricevere un incarico professionale. In precedenza, Sez. 6-2, n. 04840/2018, Abete, Rv. 647985-01, ai fini dell'individuazione del giudice di pace territorialmente competente a pronunciarsi sull'opposizione ad ordinanza-ingiunzione per emissione di assegno bancario (o postale) senza autorizzazione (o senza provvista) di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 386 del 1990, aveva identificato il «*luogo in cui è stata commessa la violazione*» non in quello di emissione, bensì in quello ove è pagabile l'assegno bancario o postale; ciò in continuità con un precedente di legittimità (Sez. 1, n. 16205/2006, Petitti, Rv. 592309-01) secondo cui era il Prefetto di detto luogo (che, per l'assegno postale, coincide con la sede dell'ufficio postale di radicamento del conto corrente postale) l'autorità territorialmente competente ad emettere l'ordinanza-ingiunzione ai sensi dell'art. 4 della l. n. 386 del 1990.

In tema di competenza per materia, in fattispecie relativa a sanzioni elevate per violazione degli artt. 3 e 16 del d.lgs. n. 109 del 1992 relative all'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, Sez. 6-2, n. 05242/2018, Orilia, Rv. 648217-01, ha riconosciuto la competenza del giudice di pace, avuto riguardo alla disciplina commerciale finalizzata ad assicurare la correttezza e la completezza delle indicazioni riportate dai produttori e, con esse, a tutelare l'affidamento dei consumatori, escludendo, quindi, la riconducibilità della materia all'igiene degli alimenti e bevande, riservata ex art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 alla competenza del tribunale.

Relativamente, poi, alla competenza per valore, un principio di portata generale resta quello espresso da Sez. 6-3, n. 20191/2018, Cirillo F.M., Rv. 650293-01, secondo

cui - come già affermato in passato - ai fini dell'attribuzione al giudice di pace delle opposizioni alle sanzioni amministrative pecuniarie di valore fino ad euro 15.493,00 ai sensi dell'art. 6, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2011, occorre avere riguardo al massimo edittale della sanzione prevista per ciascuna violazione, non rilevando che il provvedimento sanzionatorio abbia ad oggetto una pluralità di contestazioni e che, per effetto della sommatoria dei relativi importi, venga superato il suddetto limite di valore.

Sul fronte patologico del vizio di incompetenza, la sedimentata giurisprudenza di legittimità - compendiata in Sez. 2, n. 28108/2018, Picaroni, Rv. 651188-01 - ravvisa l'incompetenza relativa nel rapporto tra organi od enti nelle attribuzioni dei quali rientra, sia pure a fini ed in casi diversi, una determinata materia mentre si ha incompetenza assoluta dell'Amministrazione, con conseguente inesistenza del provvedimento sanzionatorio, laddove l'atto emesso concerna una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'Amministrazione cui l'organo emittente appartiene.

Sul correlato fronte giurisdizionale, **Sez. 2, n. 15043/2020, Oliva, Rv. 658119-01**, specifica che nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa il giudice è tenuto a rilevare *ex officio* solo l'incompetenza assoluta dell'autorità amministrativa che abbia emesso, senza averne alcun potere, l'ordinanza-ingiuntiva opposta, poiché solo in tal caso difetta *in radice* il potere sanzionatorio in concreto esercitato dall'autorità predetta e l'incompetenza si risolve nel difetto di uno degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria. In ogni altro caso di incompetenza, spetta, invece, alla parte sollevare la relativa eccezione nel ricorso introduttivo, unitamente alle ragioni poste alla base dello stesso, e fornirne la dimostrazione puntuale, in ottemperanza ai normali criteri di ripartizione dell'onere della prova, poiché il vizio non attiene alla titolarità in astratto del potere sanzionatorio, ma soltanto al suo corretto esercizio in concreto.

5. Altri vizi procedurali.

Quanto agli altri possibili vizi dell'ordinanza-ingiunzione, va premesso che il procedimento preordinato all'irrogazione delle sanzioni amministrative sfugge all'ambito applicativo della l. n. 241 del 1990 perché, per la sua natura sanzionatoria, è compiutamente retto dai principi autonomamente sanciti dalla l. n. 689 del 1981 e dal d.P.R. n. 495 del 1992, che non prescrivono, quanto al contenuto del verbale di accertamento, la necessità di indicare il nominativo del responsabile del procedimento ovvero l'autorità territorialmente competente a conoscere dell'impugnativa (Sez. 6-2, n. 17088/2019, Falaschi, Rv. 654616-01). Pertanto - come rammenta da ultimo **Sez. 2, n. 01740/2020, Criscuolo, Rv. 656852-01** - l'omessa o

erronea indicazione, nell'ordinanza-ingiunzione (o, in sua mancanza, nella cartella di pagamento), del termine per proporre l'opposizione e dell'autorità competente a decidere sulla stessa, ai sensi dell'art. 3, comma 4, della l. n. 241 del 1990, non determinano, *ex se*, invalidità dell'atto ma, possono, al più, dar luogo ad errore scusabile, impedendo la decadenza dal diritto di proporre opposizione, qualora tali indicazioni mancanti o sbagliate non consentano l'adeguata identificazione dell'Autorità a cui ricorrere e la conoscenza dei termini relativi.

Sez. 6-2, n. 16316/2020, Falaschi, Rv. 658790-01, esclude che l'atto non debba avere una motivazione analitica e dettagliata come quella di un provvedimento giudiziario, essendo sufficiente che sia dotata di una motivazione succinta, purché dia conto delle ragioni di fatto della decisione (che possono essere anche desunte *per relationem* dall'atto di contestazione) ed evidenzi l'avvenuto esame degli eventuali scritti difensivi formulati dal ricorrente.

Secondo Sez. 2, n. 18199/2019, Tedesco, Rv. 654470-01, ove l'accertamento della violazione sia realizzato attraverso analisi di campioni, la comunicazione dell'esito di tali analisi all'interessato, ai sensi dell'art. 15 della l. n. 689 del 1981, equivale alla contestazione immediata di cui all'art. 14, comma 1, della stessa legge e, pertanto, non è soggetta ad un termine predeterminato, ma deve essere eseguita entro un lasso di tempo compatibile con l'equiparazione all'accertamento immediato stabilita dall'art. 15, comma 5, della stessa legge; ne consegue che, solo ove tale comunicazione non sia possibile, occorre procedere alla notificazione degli estremi della violazione entro il termine, decorrente dal momento del completamento dell'analisi, stabilito dall'art. 14, comma 2, legge cit., in difetto della quale si verifica l'estinzione dell'obbligazione di pagamento della sanzione pecuniaria.

Sez. 6-2, n. 21146/2019, Carrato, Rv. 655278-01, in conformità a quanto già statuito da Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, Rv. 611244-01, ha escluso che la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della l. n. 689 del 1981, comporti la nullità dell'ordinanza-ingiunzione, in quanto, riguardando il giudizio di opposizione il rapporto e non l'atto - v. *retro* § 1 - gli argomenti a proprio favore che l'istante avrebbe potuto sostenere in sede di audizione dinanzi all'autorità amministrativa ben possono essere prospettati in sede giurisdizionale. Peraltro, ad avviso di Sez. 2, n. 11300/2018, Scalisi, Rv. 648098-01, il mutamento di giurisprudenza *in subiecta materia*, introdotto proprio da Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, cit., non integra un'ipotesi di cd. *prospective overulling*, poiché tale istituto non ha carattere processuale, inserendosi nell'ambito di un procedimento di formazione di un atto amministrativo, e, comunque, dalla sua violazione non consegue l'effetto preclusivo del diritto di azione e di difesa dell'interessato, il quale ha la possibilità di fare valere nel processo a cognizione piena le ragioni che avrebbe potuto rappresentare in fase di audizione.

6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.

Con riguardo all'elemento psicologico della violazione amministrativa, è necessaria ed al tempo stesso sufficiente la semplice colpa, identificata dalla giurisprudenza come mera *suitas* della condotta inosservante. Come rammenta da ultimo **Sez. 6-2, n. 11777/2020, Casadonte, Rv. 658212-01**, il principio posto dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981 - secondo il quale, per violazioni amministrativamente sanzionate, è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, sia essa dolosa o colposa - postula una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, non essendo necessaria la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente, sul quale grava - l'onere di provare di avere agito senza colpa (conf. Sez. 2, n. 13610/2007, Ebner, Rv. 597317-01), poiché - come puntualizzato anche da Sez. 2, n. 24081/2019, Varrone, Rv. 6655391-01, e Sez. 2, n. 33441/2019, Lombardo, non massimata - il legislatore ha tipizzato le fattispecie ricollegando il giudizio di colpevolezza non a parametri psicologici, ma normativi, ovvero alla realizzazione di determinate condotte attive od omissive, in violazione di legge o di precetti di comune prudenza.

Ne deriva che l'esimente della buona fede, applicabile anche all'illecito amministrativo disciplinato dalla l. n. 689 del 1981, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa - al pari di quanto avviene per la responsabilità penale, in materia di contravvenzioni ex art. 5 c.p. - solo quando sussistano elementi positivi idonei a ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso, neppure sotto il profilo della negligenza omissiva (da ultimo, **Sez. 2, n. 11977/2020, Grasso, Rv. 658272-01**). Come ricorda Sez. 2, n. 06018/2019, Picaroni, Rv. 652932-01, non basta uno stato di ignoranza circa la sussistenza dei relativi presupposti, ma occorre che tale ignoranza sia incolpevole, cioè non superabile dall'interessato con l'uso dell'ordinaria diligenza (negli stessi termini, Sez. 2, n. 00720/2018, Bellini, Rv. 647152-01). È radicato l'indirizzo di legittimità, ripreso anche da Sez. 2, n. 33441/2019, Lombardo, non massimata, e Sez. 2, n. 20219/2018, Bellini, Rv. 649910-01, che dà rilievo all'esimente della buona fede solo quando risulti "inevitabile", apprezzamento che il giudice di merito deve compiere alla luce della conoscenza e dell'obbligo di conoscenza delle leggi gravante sul trasgressore in relazione anche alle proprie qualità professionali e al dovere di informazione sulle norme e sulla relativa interpretazione (Sez. 2, n. 33441/2019, Lombardo, non massimata).

L'errore scusabile determinato dall'interpretazione di norme giuridiche, secondo Sez. 2, n. 12110/2018, Cosentino, Rv. 648504-01, in tanto può assumere rilievo, in quanto non riguardi la sola interpretazione giuridica del precetto, ma verta sui

presupposti della violazione e sia stato determinato da un elemento positivo, estraneo all'autore, idoneo ad ingenerare in quest'ultimo l'incolpevole opinione di liceità del proprio agire (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in riferimento ad una sanzione amministrativa irrogata ai sindaci di una s.p.a. per l'omessa segnalazione delle irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza, aveva escluso la scusabilità dell'errore addotto dai ricorrenti, in considerazione del livello di qualificazione professionale che la carica ricoperta doveva fare presumere). Significativo, al riguardo, è il principio sancito da Sez. 5, n. 03431/2019, Mondini, Rv. 652523-01, che, in tema di sanzioni amministrative per violazione di obblighi tributari, ha escluso la sussistenza di obiettive condizioni di incertezza nell'interpretazione delle norme violate qualora la giurisprudenza di legittimità, alla quale soltanto spetta di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ai sensi dell'art. 65 del r.d. n. 12 del 1941, sia consolidata, senza che assumano rilevanza eventuali contrasti nella giurisprudenza di merito.

Un caso di esclusione dell'elemento psicologico per difetto (anche) di colpa è rinvenibile in Sez. 2, n. 04866/2018, Carrato, Rv. 647643-01, in tema di esercizio abusivo dell'attività di autotrasporto, in fattispecie nella quale il proprietario della merce non aveva partecipato all'affidamento del trasporto al vettore abusivo e non erano emerse negligenze rispetto all'accertamento della regolarità del trasportatore, non essendo esigibile, a carico dello stesso, un obbligo di vigilanza avente ad oggetto anche la verifica del possesso, da parte dell'autotrasportatore medesimo, delle prescritte autorizzazioni.

Per ciò che concerne le cause di giustificazione - adempimento di un dovere, esercizio di una facoltà legittima, stato di necessità e legittima difesa - in mancanza di ulteriori precisazioni contenute nell'art. 4 della l. n. 689 del 1981, che si limita ad enumerarle, è regola costante nella giurisprudenza il riferimento ai corrispondenti istituti penalistici, esigendosi un rigoroso accertamento di fatto, rimesso al giudice di merito.

Coerentemente a tale impostazione, ai fini del riconoscimento dello stato di necessità, Sez. 6-2, n. 16155/2019, Carrato, Rv. 654604-01, richiede, in conformità ai requisiti strutturali degli artt. 54 e 59 c.p., la sussistenza di un'effettiva situazione di pericolo imminente di un grave danno alla persona, non altrimenti evitabile, ovvero l'erronea convinzione (che, comunque, ridonda in favore del trasgressore, purché provocata da circostanze oggettive) di trovarsi in una situazione del genere (fattispecie in cui la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva negato la sussistenza dello stato di necessità invocato sulla base del mero convincimento soggettivo, da parte del trasgressore, che la madre versasse in condizioni di pericolo: v. anche Sez. 6-2, n. 04834/2018, Manna F., Rv. 649209-01, che ha escluso l'invocabilità dell'esimente quando la situazione di pericolo riguardi un animale).

La scriminante dell'esercizio di una facoltà legittima è stata esclusa da Sez. 2, n. 03740/2018, Carrato, Rv. 647801-01, se il contravventore, pur abilitato con autorizzazione amministrativa all'esercizio di un'attività, abbia violato i limiti tabellari previsti dalla normativa primaria di riferimento.

7. Cumulo materiale e concorso di persone.

In fattispecie concernente delle sanzioni amministrative per plurime violazioni in materia di orario di lavoro, commesse con più azioni od omissioni, Sez. L, n. 12659/2019, Arienzo, Rv. 654065-01, ha ritenuto operativo, in una simile situazione, il criterio del cd. cumulo materiale, atteso che la disciplina dell'art. 8 della l. n. 689 del 1981 contempla il criterio del cd. cumulo giuridico soltanto in materia di previdenza e assistenza e che la differenza morfologica e soggettiva tra illecito penale e illecito amministrativo non consente di applicare analogicamente l'art. 81 c.p.

In tema di illeciti amministrativi di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 (Codice della privacy), **Sez. 2, n. 18288/2020, Besso Marcheis, Rv. 659098-02**, inquadra la fattispecie prevista dall'art. 164 *bis*, comma 2, non come un'ipotesi aggravata rispetto alle violazioni semplici ivi richiamate, ma come figura di illecito del tutto autonoma, atteso che essa prevede la possibilità che vengano infrante dal contravventore, anche con più azioni ed in tempi diversi, una pluralità di ipotesi-base, unitariamente considerate dalla norma con riferimento a «*banche di dati di particolare rilevanza o dimensioni*», sicché, in caso di concorso di violazioni di altre disposizioni unitamente a quella in esame, ravvisa un'ipotesi di cumulo materiale di sanzioni amministrative.

Per Sez. 2, n. 34031/2019, Bellini, Rv. 656220-01, l'art. 5 della l. n. 689 del 1981, in tema di concorso di persone nella commissione dell'illecito, rende applicabile la pena pecuniaria non soltanto all'autore o ai coautori dell'infrazione, ma anche a coloro che, comunque, abbiano dato un contributo causale, sicché, relativamente al trasporto di rifiuti non pericolosi, integra gli estremi della condotta tipica dell'illecito amministrativo commesso in violazione dell'art. 193 del d.lgs. n. 152 del 2006 - e sanzionato dall'art. 258 del medesimo decreto - l'omissione, da parte del produttore e del trasportatore, dell'obbligo posto a loro carico di compilare e sottoscrivere il formulario di trasporto, assumendosene onere e responsabilità diretti.

In caso di pluralità di illeciti, **Sez. 2, n. 11481/2020, Varrone, Rv. 658267-01**, ha affermato che nel giudizio di opposizione avverso le sanzioni amministrative pecuniarie, il giudice, nel caso di contestazione della misure delle stesse, è autonomamente chiamato a controllarne la rispondenza alle previsioni di legge, senza essere soggetto a parametri fissi di proporzionalità correlati al numero ed alla consistenza degli addebiti, e può reputare congrua l'entità della sanzione inflitta in riferimento ad una molteplicità di incolpazioni anche qualora escluda l'esistenza di

alcune di esse; egli, inoltre, non è chiamato a controllare la motivazione dell'ordinanza-ingiunzione, ma a determinare la sanzione entro i limiti edittali previsti, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, desumendola globalmente dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, senza che sia tenuto a specificare i criteri seguiti, dovendosi escludere che la sua statuizione sia censurabile in sede di legittimità ove quei limiti siano stati rispettati e dalla motivazione emerga come, nella determinazione, si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981.

8. Intrasmissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale.

È consolidato l'orientamento - da ultimo ribadito da **Sez. 2, n. 21265/2020, De Marzo, Rv. 659362-01** - a mente del quale, il disposto dell'art. 7 della l. n. 689 del 1981 - per il quale «*L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi*») e quello dell'ultimo comma dell'art. 6 della stessa legge (secondo cui l'obbligato solidale che ha pagato «*ha diritto di regresso per l'interno nei confronti dell'autore della violazione*») sono espressione del principio della personalità della sanzione amministrativa, per il quale la morte dell'autore della violazione determina non solo l'intrasmissibilità ai suoi eredi dell'obbligo di pagare la somma dovuta per la sanzione, ma anche l'estinzione dell'obbligazione a carico dell'obbligato solidale per la sanzione amministrativa. Detto principio di intrasmissibilità dell'obbligazione sanzionatoria si rende applicabile a tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale, e trova la sua ragione giustificativa nel carattere afflittivo di tali sanzioni che le riconduce all'ambito del diritto punitivo, accentuandone - quindi - la stretta inerenza alla persona del trasgressore (Sez. U, n. 22082/2017, Manna F., Rv. 645324-01).

Nondimeno, all'interno del sistema dell'illecito amministrativo, la solidarietà svolge una pluralità di funzioni: per un verso, quella pubblicistica di deterrenza generale nei confronti di quanti, persone fisiche o enti, abbiano interagito con il trasgressore, rendendo possibile la violazione; per altro verso, quella di rafforzare il credito in funzione recuperatoria della somma dovuta dall'autore del fatto.

Nell'ipotesi di responsabilità del proprietario di un bene per il pagamento della somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa, prevista dall'art. 6, comma 1, della l. n. 689 del 1981, il suddetto principio di intrasmissibilità dell'obbligazione conosce un'eccezione, essendo prevista una sua presunzione di responsabilità qualora non fornisca la prova precisa che il medesimo bene sia stato utilizzato per il compimento dell'illecito contro la sua volontà (v. già Sez. 2, n. 16798/2006, Bognanni, Rv. 591529-01). Pertanto - ha precisato da ultimo **Sez. 2, n. 20522/2020, De Marzo, Rv. 659197-**

01 - la responsabilità solidale del proprietario non viene meno in conseguenza del decesso dell'autore dell'illecito: la funzione di garanzia e di rafforzamento del credito in funzione recuperatoria qui svolga fa venir meno quella stringente correlazione col principio personalistico, tipico del diritto punitivo, che giustifica la previsione dell'estinzione dell'obbligazione nei confronti degli eredi, a seguito del decesso dell'autore della violazione, disposta dall'art. 7 della l. n. 689 del 1981.

In caso di solidarietà ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, ad avviso di Sez. 2, n. 00303/2019, Tedesco, Rv. 652052-01, il limite apportato dal comma 2 dell'art. 1306 c.c. al principio enunciato nel comma 1 è applicabile pure alle obbligazioni basate su rapporti giuridici pubblicistici, con l'effetto che la sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori solidali è opponibile al creditore da parte degli altri, ove ad essi favorevole e non fondata su ragioni personali al condebitore nei cui confronti è stata emessa, purché essi abbiano partecipato al relativo giudizio. In precedenza, se l'oggetto dell'unico provvedimento sanzionatorio era costituito da più condotte poste in essere da più soggetti, Sez. 2, n. 21347/2018, Gorjan, Rv. 650036-01, aveva escluso che il giudicato relativo all'accoglimento dell'opposizione proposta da taluni di essi potesse spiegare i suoi effetti verso dei concorrenti rimasti estranei al giudizio, stante la diversità delle parti e delle condotte addebitate.

9. Prescrizione.

La prescrizione del diritto a riscuotere le somme dovute a titolo di sanzione amministrativa decorre, in ossequio all'art. 2935 c.c., dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

Al riguardo, Sez. 5, n. 05577/2019, D'Orazio, Rv. 652721-02, in vicenda relativa a cartella di pagamento per sanzioni fondata su sentenza passata in giudicato, ha chiarito che il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie è assoggettato al termine di prescrizione decennale previsto dal succitato art. 2935 c.c. per l'*actio iudicati* solo ove si fondi su un accertamento divenuto definitivo contenuto in una sentenza coperta da giudicato; se, invece, la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile, opera il termine di prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 727 del 1997.

Con specifico riferimento alla pena pecuniaria stabilita in caso di inottemperanza all'obbligo di comunicazione alla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense dell'ammontare del reddito professionale ex art. 17, comma 4, della l. n. 576 del 1980, Sez. L, n. 17258/2018, Riverso, Rv. 649594-01, nel considerare detta sanzione tuttora amministrativa (anche all'indomani della privatizzazione della Cassa per effetto del d.lgs. n. 509 del 1994), l'ha ritenuta assoggettata a prescrizione quinquennale, con inizio dal giorno di commissione della violazione, e non a quella decennale fissata

dall'art. 19, comma 1, della l. n. 576 del 1980, riferibile esclusivamente ai contributi e ai relativi accessori.

Da ultimo, **Sez. 6-2, n. 15694/2020, Tedesco, Rv. 658783-01**, ha chiarito che la revoca della patente di guida, quale sanzione accessoria che consegue alla violazione di determinate norme del codice della strada, costituisce adempimento per il quale la legge non prevede alcun termine, sicché la sanzione può essere irrogata nel termine generale di prescrizione quinquennale.

Nella particolare ipotesi di fatti già sanzionati penalmente e successivamente depenalizzati, Sez. 6-2, n. 19897/2018, Falaschi, Rv. 650067-01, ha escluso che il *dies a quo* rilevante a fini prescrizionali possa identificarsi nella data dell'infrazione, dovendosi avere riguardo a quando pervengono alla competente Autorità amministrativa gli atti inviati dall'Autorità giudiziaria, poiché esclusivamente da tale momento l'Amministrazione è in grado di esercitare il diritto di riscuotere la somma stabilita dalla legge a titolo di sanzione amministrativa.

Sez. 2, n. 06310/2020, Fortunato, Rv. 657130-01, annette carattere permanente alla violazione del divieto di impianto di nuovi vigneti o di reimpianto di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 260 del 2000 (applicabile *ratione temporis*) sicché il relativo termine di prescrizione, sia riguardo alla violazione che alla sanzione, decorre dal momento della cessazione della permanenza, che coincide con la rimozione materiale dell'impianto o con il momento della contestazione dell'illecito che, valendo anche come atto interruttivo, conferisce all'eventuale protrazione della violazione il carattere di autonomo illecito amministrativo, ulteriormente sanzionabile (nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto che l'annullamento per intervenuta prescrizione di una precedente sanzione amministrativa per violazione del divieto di impianto di nuovi vigneti non impedisse, in mancanza della rimozione materiale del medesimo impianto viticolo, di irrogare una seconda sanzione).

In precedenza, Sez. 2, n. 15025/2019, Picaroni, Rv. 654189-01, si è occupata di un'ipotesi di illecito omissivo proprio permanente, affermando che, in ordine alla decorrenza della prescrizione di cui all'art. 28 della l. n. 689 del 1981, occorre verificare la configurabilità della permanenza in relazione alle singole condotte.

Riguardo agli atti interruttivi della prescrizione, Sez. 3, n. 01550/2018, D'Arrigo, Rv. 647596-01, ha chiarito che l'atto notificato ad uno dei coobbligati, in caso di solidarietà tra questi ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, determina effetti interruttivi verso gli altri, in base all'art. 1310 c.c., stante il richiamo generale contenuto nell'art. 29 della medesima legge alla disciplina del codice civile anche quanto all'interruzione della prescrizione. La Corte ha ritenuto irrilevante che il soggetto nei confronti del quale è stata interrotta la prescrizione sia il materiale esecutore della violazione (o colui al quale la legge estende la corresponsabilità nel pagamento della relativa sanzione), non potendosi distinguere, ai fini dell'art. 1310

c.c., fra coobbligati solidali. L'estensione degli effetti interruttivi non si verifica, invece, nella diversa ipotesi, regolata dall'art. 5 della l. n. 689 del 1981, del concorso di più persone nella commissione della violazione, difettando il vincolo della solidarietà fra i coobbligati, ciascuno dei quali è tenuto al pagamento della sanzione amministrativa per intero.

Infine, per Sez. L, n. 27509/2019, Mancino, Rv. 655600-01, il termine quinquennale di prescrizione della sanzione amministrativa pecuniaria, stabilito dall'art. 17, comma 4, primo periodo, della l. n. 576 del 1980, per l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense dell'ammontare del reddito professionale percepito, decorre dal giorno in cui è stata commessa la violazione, ovvero dalla scadenza del termine di trenta giorni dalla data prescritta per la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedimentali.

Con riferimento ai profili attinenti alla competenza ad irrogare sanzioni, **Sez. 2, n. 19558/2020, Varrone, Rv. 659174-01**, ha affermato che, in materia di sanzioni amministrative nei confronti degli intermediari mobiliari, ove la condotta sanzionata consista nella violazione, da parte di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, dei doveri concernenti il momento organizzativo, preordinati alla tutela non solo del cliente, ma anche della trasparenza e correttezza dell'operato della banca e dell'integrità del mercato, l'autorità competente ad irrogare le sanzioni è la CONSOB, ai sensi degli artt. 5, 21 e 190 del T.U.F., restando irrilevante che dalle violazioni siano poi derivate pratiche commerciali scorrette e senza che ciò determini un contrasto della disciplina del T.U.F. con l'art. 27, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 206 del 2005, introdotto dall'art. 1, comma 6, lett. a), del d.lgs. n. 21 del 2014, che attribuisce in via esclusiva all'AGCM la tutela amministrativa del consumatore contro simili pratiche.

Con riguardo agli aspetti procedimentali, secondo **Sez. 2, n. 19512/2020, De Marzo, Rv. 659131-01**, in tema di intermediazione finanziaria, la contestazione degli illeciti amministrativi, anche nell'ambito del procedimento delineato dall'art. 195 d.lgs. n. 58 del 1998, deve avvenire, pena l'estinzione dell'obbligazione, nei termini previsti in via generale dall'art. 14, ultimo comma, della l. n. 689 del 1981, sicché costituisce prova del ricevimento della contestazione l'attestazione operata sulla notifica dall'agente postale, che fa fede fino a querela di falso, pur quando si deduca l'omessa apposizione della firma sull'avviso di ricevimento.

Con riferimento alla tutela del contraddittorio, **Sez. 2, n. 09371/2020, Sabato, Rv. 657750-01**, ha precisato che, in tema di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, la mancata comunicazione all'incolpato degli esiti istruttori non comporta violazione

del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, atteso che il procedimento amministrativo deve ritenersi sin dall'inizio conforme alle prescrizioni di tale ultima disposizione, essendo il provvedimento sanzionatorio impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti.

Infatti, come ricordato da **Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-05**, il procedimento sanzionatorio davanti alla Banca d'Italia non viola il diritto di difesa dell'incolpato, atteso che, sebbene l'art. 24, comma 1, della l. n. 262 del 2005 disponga che "i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie", è tuttavia esclusa la diretta applicabilità, in tale ambito, dei precetti costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost., invocabili solo con riferimento al processo che si svolge davanti al giudice, innanzi al quale l'incolpato può impugnare il provvedimento sanzionatorio con piena garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio.

Sempre in relazione alla Banca d'Italia, per **Sez. 2, n. 09385/2020, Varrone, Rv. 657753-02**, nella procedura sanzionatoria ex art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993, il termine di duecentoquaranta giorni, previsto del regolamento della Banca d'Italia del 25 giugno 2008 per la conclusione del procedimento, inizia a decorrere dalla scadenza del termine per la presentazione delle controdeduzioni da parte del soggetto che ha ricevuto per ultimo la notifica della contestazione. Ne consegue che, ove tale termine sia stato prorogato, il termine finale di conclusione del procedimento decorre dallo scadere del nuovo termine come prorogato.

Inoltre, ad avviso di **Sez. 2, n. 03845/2020, De Marzo, Rv. 657103-02**, il cumulo di funzioni istruttorie e decisorie in capo ad un medesimo organo previsto dall'organizzazione interna della Banca d'Italia, ovvero l'affidamento della decisione sulla sanzione all'organo gerarchicamente sopraordinato rispetto a quello preposto allo svolgimento dell'istruttoria, non comporta, di per sé, la violazione dell'art. 6 CEDU, anche quando esso si risolva in una anticipazione del giudizio, dovendosi comunque avere riguardo, per potere configurare un ragionevole timore di mancanza di imparzialità in capo all'organo investito della funzione decisoria, alla portata ed alla natura delle eventuali attività e decisioni preliminari, da valutarsi caso per caso.

Sez. 2, n. 03845/2020, De Marzo, Rv. 657103-03, ha chiarito, invece, che la contemporanea attivazione di due distinti procedimenti sanzionatori, l'uno condotto dalla Banca d'Italia e l'altro dalla CONSOB, in relazione ai medesimi fatti, non pone problemi di compatibilità con l'art. 6 CEDU qualora i predetti procedimenti siano tesi a sanzionare diversi profili della condotta antisociale realizzata dal soggetto ed a condizione che tra le due procedure sussista una connessione sostanziale e

cronologica, che il trattamento sanzionatorio sia nel complesso proporzionato e comunque prevedibile nella sua articolazione ed entità, che sia assicurata l'unicità della raccolta e, ove possibile, della valutazione della prova e, infine, che la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, così da assicurare la proporzionalità complessiva della pena in concreto irrogata.

11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta.

Con riferimento ai doveri degli amministratori di società per azioni, **Sez. 2, n. 19556/2020, Cosentino, Rv. 659134-01**, ha affermato che, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, l'obbligo imposto dall'art. 2381, ultimo comma, c.c. ai detti amministratori di "agire in modo informato", pur quando non siano titolari di deleghe, si declina, da un lato, nel dovere di attivarsi, esercitando tutti i poteri connessi alla carica, per prevenire o eliminare ovvero attenuare le situazioni di criticità aziendale di cui siano, o debbano essere, a conoscenza, dall'altro, in quello di informarsi, affinché tanto la scelta di agire quanto quella di non agire risultino fondate sulla conoscenza della situazione aziendale che gli stessi possano procurarsi esercitando tutti i poteri di iniziativa cognitoria connessi alla carica con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Tali obblighi si connotano in termini particolarmente incisivi per gli amministratori di società che esercitano l'attività bancaria, prospettandosi, in tali ipotesi, non solo una responsabilità di natura contrattuale nei confronti dei soci della società, ma anche quella, di natura pubblicistica, nei confronti dell'Autorità di vigilanza.

Nella stessa ottica, **Sez. 2, n. 06625/2020, Varrone, Rv. 657466-02**, ha precisato che, in relazione agli illeciti di cui all'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, nei confronti di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari il legislatore individua una serie di fattispecie, destinate a salvaguardare procedure e funzioni incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ricollegando il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico e limitando l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della condotta inosservante, sicché, integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981, l'onere di provare di avere agito in assenza di colpevolezza.

Infine, per **Sez. 2, n. 14708/2020, Grasso, Rv. 658472-01**, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione

finanziaria, sebbene non rientri tra i doveri dei sindaci interloquire sulla opportunità delle operazioni con parti correlate e sulle prospettive vantaggiose o meno delle stesse, cionondimeno i medesimi non possono limitarsi ad una verifica estrinseca del rispetto delle procedure legali, avendo l'obbligo di relazionare all'assemblea circa le criticità emerse per difetto di "correttezza sostanziale" delle dette operazioni e per mancanza di indipendenza dell'*advisor*, risultante dalle emergenze, e la non conformità della procedura allo scopo di legge, che è quello di impedire silenti "svuotamenti societari".

12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione.

Secondo **Sez. 2, n. 13150/2020, Abete, Rv. 658283-01**, in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB, l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione proposta dinanzi alla corte d'appello non configura un'impugnazione dell'atto ed introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della stessa, sicché non può trovare applicazione l'art. 13, comma 1*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, che si riferisce all'ipotesi in cui sia stata respinta o dichiarata inammissibile o improcedibile l'impugnazione, anche incidentale.

Di conseguenza, come evidenziato da **Sez. 2, n. 05526/2020, De Marzo, Rv. Rv. 657120-01**, nel procedimento di opposizione avverso le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per violazione della legge bancaria, il giudice ha il potere discrezionale di quantificarne l'entità, entro i limiti sanciti da quest'ultima, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, globalmente desunta dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, senza dovere specificare i criteri seguiti. Tale statuizione è incensurabile in sede di legittimità, ove quei limiti siano stati rispettati e dalla motivazione emerga come, nella determinazione, si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981, quali la gravità della violazione, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche.

13. Abuso di informazioni privilegiate.

In materia di abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 *bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, **Sez. 2, n. 08782/2020, Scarpa, Rv. 657699-03**, ha specificato che, non esiste alcuna incompatibilità tra tale condotta ed il suo accertamento mediante presunzioni semplici, essendo, piuttosto, la prova presuntiva spesso l'unica che consenta di accertare il possesso delle dette informazioni, dal momento che il trasferimento di queste si attua, di regola, con modalità che escludono attività di documentazione, mentre la rappresentazione dell'*insider trading* attraverso prove orali è eventualità per

lo più esclusa dalla naturale riservatezza delle comunicazioni e dalla mancata conoscenza, da parte della CONSOB, di quanti, vicini all'incolpato, potrebbero fornire precise informazioni al riguardo.

La stessa decisione (**Sez. 2, n. 08782/2020, Scarpa, Rv. 657699-04**) ha chiarito che, in tema di abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 *bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, per effetto della pronuncia della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, n. 63, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui tale norma, relativamente agli illeciti disciplinati dagli artt. 187 *bis e ter* del T.U.F, escludeva l'applicazione retroattiva *in mitius* del più favorevole trattamento sanzionatorio introdotto dal comma 3 del citato art. 6, va cassata la sentenza che abbia ritenuto legittima la sanzione pecuniaria prevista dalla disciplina dichiarata incostituzionale, imponendosi una diversa valutazione in ordine alla sanzione da applicare.

Sez. 2, n. 08782/2020, Scarpa, Rv. 657699-02, ha ribadito, altresì, l'orientamento di Sez. 2, n. 24310/2017, Cosentino, Rv. 645794-01, per il quale, in tema di abuso di informazioni privilegiate ex art. 187 *bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, l'espressione "informazione" va intesa quale "conoscenza", indipendentemente dal fatto che la stessa sia stata o meno trasmessa da altri all'agente, presupponendo la fattispecie sanzionatrice che sia accertato non un collegamento causale orientato tra l'informazione posseduta e l'attività trasmissiva di un informatore qualificato, quanto il nesso eziologico tra il possesso dell'informazione e l'utilizzo che se ne faccia compiendo operazioni su strumenti finanziari.

14. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate.

La legittimità costituzionale del sistema sanzionatorio interno è stata oggetto di specifico esame in una pluralità di decisioni.

Secondo **Sez. 2, n. 10462/2020, Grasso, Rv. 657795-02**, in tema di procedimento di reclamo dinanzi alla Corte d'appello di Roma contro il decreto ministeriale che abbia irrogato le sanzioni amministrative di cui all'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, la concentrazione della competenza per territorio in un unico ufficio giudiziario - così come dispone il successivo art. 145 - non può dirsi misura lesiva del principio della piena difesa dei diritti nei confronti degli atti della pubblica amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.), né del principio di ragionevolezza e parità di trattamento nella disciplina di analoghe situazione (art. 3 Cost.), atteso che la concentrazione della tutela giurisdizionale è diretta espressione del sistema di centralità dei controlli imposto da obbiettive ragioni di funzionalità tecnica, da un lato, assicurando agli stessi soggetti destinatari della sanzione più adeguate garanzie -

in materie che presentano profili di elevata complessità tecnica - nella specializzazione dell'unico ufficio giudiziario cui siano affidate controversie della medesima natura e, dall'altro, rafforzando l'esigenza di uniformità della giurisprudenza anche di merito, generalmente avvertita in una materia attinente a una sfera di interessi (quali il credito e la tutela del risparmio) a diretta copertura costituzionale.

Nella stessa ottica, per **Sez. 2, n. 10462/2020, Grasso, Rv. 657795-01**, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24 e 25 Cost., dell'art. 145, comma 7, del d.lgs. n. 385 del 1993, nella parte in cui prevede, in ordine al procedimento di reclamo dinanzi alla Corte d'appello di Roma contro il decreto ministeriale irrogativo delle sanzioni amministrative di cui al precedente art. 144, la forma del rito camerale e la definizione del giudizio con decreto motivato, anziché con sentenza, così impedendo la proponibilità del ricorso ordinario per cassazione - con possibilità di denuncia anche dei vizi di motivazione - in luogo di quello ex art. 111 Cost., atteso che, da un lato, il rito camerale è idoneo ad assicurare tutela ai diritti soggettivi - specie quando, come nel caso dell'attività bancaria, la controversia sia caratterizzata da contenuti tecnici e da fonti di conoscenza prevalentemente documentali - e, dall'altro, la scelta del decreto motivato, in deroga alla normativa comune sui procedimenti di applicazione delle sanzioni amministrative, deve ritenersi non irragionevole, in considerazione del carattere di specialità della disciplina bancaria e creditizia e della continuità con la precedente regolamentazione della materia.

Inoltre, **Sez. 2, n. 17209/2020, Picaroni, Rv. 658959-01**, ha affermato che, relativamente alle sanzioni amministrative ex artt. 144 e 144 ter TUB, irrogate prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015, non avendo esse natura sostanzialmente penale, non opera il principio di retroattività della *lex mitior*, con conseguente manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 72 del 2015, per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., nella parte in cui tale norma non prevede l'applicazione a tali sanzioni del principio del *favor rei*, non sussistendo una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 03845/2020, De Marzo, Rv. 657103-01**, in tema di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 8, d.lgs. n. 72 del 2015, in relazione all'art. 76 Cost., per eccesso di delega contenuta nella l. n. 154 del 2014, nella parte ove ha esteso l'obbligo della pubblicità dell'udienza di discussione anche ai giudizi pendenti alla data di entrata vigore del d.lgs. citato, trattandosi di scelta del legislatore delegato coerente con gli indirizzi generali della delega, compatibile con la

ratio di questa e tale da comportare un ampliamento delle garanzie processuali offerte al destinatario della sanzione.

Soprattutto, **Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-01**, ha chiarito che, in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 144 ss. del d.lgs. n. 385 del 1993, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 145 del cit. d.lgs. n. 385, come modificato dal d.lgs. n. 72 del 2015, in relazione all'art. 76 Cost., per eccesso di delega contenuta nella l. n. 154 del 2014, nella parte ove ha introdotto, per il giudizio di opposizione, la trattazione in pubblica udienza in luogo di quella camerale, atteso che il potere di intervenire sul rito dell'opposizione era espressamente conferito al Governo dall'art. 3, comma 1, lett. i), della l. n. 154, nel punto in cui consentiva l'adozione di modifiche alla procedura sanzionatoria, ivi incluse le norme processuali.

Infatti, come meglio precisato da **Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-05**, il procedimento sanzionatorio davanti alla Banca d'Italia non viola il diritto di difesa dell'incolpato, atteso che, sebbene l'art. 24, comma 1, della l. n. 262 del 2005 disponga che "i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione, nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie", è tuttavia esclusa la diretta applicabilità, in tale ambito, dei precetti costituzionali degli artt. 24 e 111 Cost., invocabili solo con riferimento al processo che si svolge davanti al giudice, innanzi al quale l'incolpato può impugnare il provvedimento sanzionatorio con piena garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio.

Infine, per **Sez. 2, n. 03457/2020, De Marzo, Rv. 657101-01**, la previsione della pubblicità dell'udienza di discussione delle opposizioni avverso le sanzioni amministrative previste dal d.lgs. n. 58 del 1998 (cd. T.U.F.), contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 72 del 2015, e l'espressa estensione di tale garanzia anche ai processi in corso, contenuta nel successivo art. 6, comma 8, norme dettate in attuazione della disposizione di cui all'art. 3, comma 1, della legge delega n. 154 del 2014, non si pone in contrasto con il parametro costituzionale dell'art. 76 Cost., trattandosi di scelte del legislatore delegato coerenti con gli indirizzi generali della delega, compatibili con la *ratio* di questa e tali da comportare un ampliamento delle garanzie processuali offerte al destinatario della sanzione.

15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.

In primo luogo, **Sez. 2, n. 06625/2020, Oliva, Rv. 657466-01**, ha affermato che l'art. 22, comma 2, lett. a), n. 1, della l. n. 217 del 2011, che ha sostituito la lett. d) dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 385 del 1993, laddove attribuisce alla Banca d'Italia il potere regolamentare anche in materia di governo societario, organizzazione

amministrativa e contabile, nonché di controlli interni e di sistemi di remunerazione e di incentivazione, introduce una norma interpretativa, volta a dare attuazione alla direttiva comunitaria 2010/76/CE, al fine di evidenziare l'importanza dei meccanismi di remunerazione dell'alta dirigenza delle banche per impedire l'assunzione di rischi ingiustificati, eccessivi e imprudenti da parte degli amministratori; tale potere regolamentare preesisteva, infatti, alla novella del 2011, trovando fondamento nelle previsioni di cui alle lett. b) e d) del previgente art. 53 TUB, concernenti, rispettivamente, le voci del contenimento dei rischi e dell'organizzazione amministrativa e contabile e dei controlli interni.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 16517/2020, Fortunato, Rv. 659018-02**, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 144 ss. del d.lgs. n. 385 del 1993 (nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 72 del 2015) nei confronti di soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, non sono equiparabili, quanto a gravosità economica ed incidenza sui diritti e libertà fondamentali, avuto riguardo alle concrete estrinsecazioni professionali, imprenditoriali e manageriali della persona, a quelle previste dall'art. 187 ter TUF, per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno natura sostanzialmente penale e non pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU.

Sez. 2, n. 19797/2020, Besso Marcheis, Rv. 659176-01, ha rilevato, poi, che chi emette un assegno bancario privo della data di emissione accetta il rischio che, al momento del riempimento del documento e della sua utilizzazione come assegno, il titolo risulti privo di autorizzazione, sicché risponde dell'illecito previsto dall'art. 1 della l. n. 386 del 1990 se, al momento dell'impiego del detto titolo, non vi sia autorizzazione ad emetterlo.

Sez. 2, n. 21132/2020, De Marzo, Rv. 659361-01, ha affermato, altresì, che il sistema dell'azione di regresso obbligatoria che, ai sensi dell'art. 195, comma 9, d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF), imponeva alle società ed enti che avessero pagato la sanzione amministrativa di agire in rivalsa nei confronti dell'autore della violazione, aveva la finalità di fare ricadere obbligatoriamente sul responsabile dell'illecito il peso della sanzione, nonché di individuare un soggetto maggiormente solvibile quale condebitore solidale, a tutela dell'interesse pubblico alla effettiva riscossione; esaurendosi in ciò le esigenze pubblicistiche della disciplina, deve escludersi che il credito di regresso, vantato dall'ente che abbia onorato la sanzione nei confronti dell'autore dell'illecito, possa essere considerato personale ed incedibile.

Infine, **Sez. 2, n. 21131/2020, Tedesco, Rv. 659184-01**, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 196 del d.lgs. n. 58 del 1998, nei confronti del consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, che si sia reso responsabile di una delle violazioni contemplate dall'art. 110, comma 2, lett. a), del Regolamento CONSOB n. 16190/2007, è

applicabile la sanzione della radiazione dall'albo, senza che abbia alcuna rilevanza la distinzione, quando egli sia dipendente dell'intermediario al quale è collegato (ex art. 31 del d.lgs. n. 58 del 1998), "a seconda che sia venuto in contatto con il cliente o il potenziale cliente nell'esercizio della specifica attività connessa alla qualifica o per la concorrente qualità di dipendente dell'intermediario".

16. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada. Profili processuali: l'opposizione, la competenza, il rito.

In tema di sanzioni amministrative previste per la violazione di disposizioni del codice della strada, è riconosciuta all'interessato l'alternativa tra il proporre il ricorso amministrativo, all'esito del quale è adottata l'ordinanza ingiunzione, ai sensi art. 204 del codice della strada (ricorribile davanti al giudice di pace ex art. 6, d.lgs. n. 150 del 2011), o di adire direttamente il giudice, impugnando il verbale di contestazione in base al disposto del successivo art. 7 e del testo attuale dell'art. 204 *bis* del codice della strada, sostituito dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha diversamente disciplinato l'analogo rimedio comunque già contemplato dal testo previgente dell'art. 204 *bis* citato.

Con riguardo all'opposizione avverso il verbale di contestazione di una infrazione al codice della strada presentata dinanzi al Prefetto, ex art. 203 d.lgs. 285 del 1992, **Sez. 3, n. 24702/2020, Rossetti, Rv. 659766-01**, ha affermato che, poiché tale opposizione introduce un procedimento amministrativo, questo non può che concludersi con un provvedimento amministrativo espresso, ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990. Tale disposizione impone la necessità di un provvedimento espresso anche quando la pubblica amministrazione ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità dell'istanza. Per tale ragione, il prefetto, ove confermi l'accertamento, ha il dovere di emanare l'ordinanza-ingiunzione, sia che ritenga il ricorso infondato nel merito sia che lo consideri inammissibile, irricevibile o improcedibile, non essendo consentita, in tale ipotesi, l'emissione della cartella esattoriale in base al verbale di contestazione dell'infrazione. Diversamente opinando, infatti, l'interessato non avrebbe tutela nell'eventualità in cui il prefetto, errando, dichiarasse tardivo un ricorso tempestivo. In questo caso, infatti, l'interessato potrebbe venire a conoscenza della tardività del suo ricorso al prefetto dopo lo spirare del termine dell'art. 205 del codice della strada per l'impugnazione del verbale dinanzi al giudice di pace e perderebbe l'una e l'altra forma di tutela.

Sez. 6-2, n. 04501/2020, Fortunato, Rv. 657255-01, ha affrontato la questione concernente l'individuazione del giudice competente per territorio a conoscere dell'opposizione avverso ordinanza-ingiunzione ex art. 3 r.d. n. 639 del 1910, concernente la riscossione di sanzioni amministrative per infrazioni al codice della

strada. Ai fini del recupero delle somme dovute a tale titolo, infatti, i Comuni possono avvalersi della procedura di riscossione coattiva tramite l'ingiunzione di cui al citato decreto, anche affidando il relativo servizio ai concessionari iscritti all'albo indicato dall'art. 53, d.lgs. n. 44 del 1997. La S.C. ha ritenuto che, rientrando tale controversia nell'ambito applicativo dell'art. 32, d.lgs. n. 150 del 2011, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 158 del 2019, l'opposizione va proposta dinanzi al giudice del luogo ove ha sede l'ufficio che ha emesso l'ingiunzione e, per i provvedimenti del concessionario della riscossione, al giudice nel cui circondario ha sede l'ente locale concedente. Ha affermato, altresì, che siffatta competenza ha natura inderogabile ed il suo mancato rispetto è rilevabile d'ufficio, essendo oggetto di una previsione speciale che prevale sui criteri ordinari.

Con riferimento al giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative elevate per violazione alle norme sulla circolazione, l'art. 204 *bis* del codice della strada stabilisce che esso è regolato dall'art. 7 del d. lgs. n. 150 del 2011. Quest'ultimo prevede, al comma 1, che le controversie in materia di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada di cui all'articolo 204 *bis* citato sono regolate dal rito del lavoro, se non diversamente stabilito dalle disposizioni del medesimo articolo.

Nell'ipotesi nella quale tale giudizio sia stato erroneamente introdotto con il rito ordinario, **Sez. 3, n. 09847/2020, D'Arrigo, Rv. 657717-01**, ha affermato che il mutamento del rito può essere disposto, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2011 non oltre la prima udienza di comparizione delle parti, all'esito della quale il rito adottato dall'opponente in primo grado si consolida pure con riguardo alla forma dell'impugnazione. Conseguentemente, si è ritenuto che in questa fattispecie la tempestività dell'appello deve essere verificata prendendo come riferimento la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notificazione, anziché quella del suo deposito in cancelleria.

Ancora con riguardo alla disciplina di questo giudizio**, Sez. 6-2, n. 25690/2020, Oliva, Rv. 659706-01**, ha ritenuto che, poiché ove non diversamente stabilito, esso è regolato dal rito del lavoro ex art. 7 d.lgs. n. 150 del 2011, in base all'art. 421 c.p.c., non sussiste alcuna preclusione istruttoria a procedere d'ufficio all'ascolto dei verbalizzanti ogni qual volta ciò si renda necessario ai fini di un approfondimento funzionale alla decisione sull'opposizione.

Sez. 2, n. 09764/2020, Fortunato, Rv. 658007-01, ha ribadito l'orientamento espresso dalle Sezioni unite, secondo il quale il verbale di accertamento della violazione è impugnabile in sede giudiziale soltanto se concerne l'inosservanza di norme sulla circolazione stradale, essendo in questo caso idoneo ad acquisire il valore e l'efficacia di titolo esecutivo per la riscossione della pena pecuniaria, nell'importo direttamente stabilito dalla legge. Al di fuori di tale ambito, il verbale non incide di

per sé sulla situazione giuridica soggettiva del presunto contravventore, essendo esclusivamente destinato a contestargli il fatto e a segnalargli la facoltà del pagamento in misura ridotta, in mancanza del quale l'autorità competente dovrà procedere ad emettere l'eventuale ordinanza di ingiunzione, suscettibile, a sua volta, di opposizione (Sez. U, n. 00016/2007, Bucciante, Rv. 594112-01).

17. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura e requisiti.

Sez. 6-2, n. 11792/2020, Fortunato, Rv. 658448-01, ha ribadito il consolidato orientamento per il quale il verbale di accertamento dell'infrazione fa piena prova, fino a querela di falso, dei fatti attestati dal pubblico ufficiale rogante come avvenuti in sua presenza e delle attività svolte dagli organi accertatori, nonché in merito alla provenienza del documento ed alle dichiarazioni delle parti. Tale fede privilegiata non si estende, invece, agli apprezzamenti ed alle valutazioni, né ai fatti dei quali i pubblici ufficiali abbiano avuto notizia da terzi o dedotti in base a presunzioni o considerazioni di carattere logico (in questo senso, si era già espressa Sez. L. n. 23800/2014, Venuti, Rv. 633239-01). A ciò consegue che l'indicazione della sussistenza di segnalazione preventiva contenuta in detto verbale costituisce l'attestazione di un dato direttamente rilevato dagli accertatori, senza margini di apprezzamento, la cui contestazione può avvenire solo mediante querela di falso.

Quanto ai requisiti dell'ordinanza-ingiunzione con la quale sia contestata la violazione del codice della strada e irrogata la relativa sanzione, **Sez. 2, n. 18493/2020, Fortunato, Rv. 659185-01**, ha affermato che, ove essa sia priva della sottoscrizione autografa del dirigente, deve ritenersi legittima se il verbale risulta redatto con sistema meccanizzato o di elaborazione dati, giusta il disposto degli artt. 383, comma 4, e 385, commi 3 e 4, del regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada, e dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 39 del 1993, secondo il quale, nella redazione di atti amministrativi, la firma autografa è sostituita, a tutti gli effetti, dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile dell'atto. In tal modo è, infatti, garantita la sicura attribuibilità dell'atto al soggetto che, secondo le norme positive, deve esserne l'autore, a prescindere dalla sottoscrizione autografa (in senso conforme si era già espressa, con riguardo al verbale di accertamento, Sez. 1, n. 19780/2006, Plenteda, Rv. 592124-01).

18. Le violazioni sanzionate dal codice della strada.

Nel giudizio di opposizione al verbale di accertamento di infrazione del codice della strada per sosta senza esposizione del titolo di pagamento in violazione dell'art. 157, comma 6, codice della strada, **Sez. 2, n. 15678/2020, Abete, Rv. 658779-01**, ha chiarito che grava sull'autorità amministrativa opposta, a fronte di una specifica contestazione da parte dell'opponente, dare la prova dell'adozione dei necessari provvedimenti amministrativi individuanti, nella zona interessata, un'adeguata area destinata a parcheggio senza custodia o senza dispositivi di controllo di durata, ovvero, in mancanza, dimostrare l'esistenza della delibera che rende inoperante l'obbligo stabilito dall'art. 7, comma 8, codice della strada.

Secondo **Sez. 6-2, n. 28466/2020, Dongiacomo, Rv. 659997 - 01**, ai sensi degli artt. 3 e 196 del d.lgs. n. 285 del 1992, per le violazioni al codice della strada punibili con la sanzione pecuniaria, la responsabilità del proprietario del veicolo è presunta e lo stesso ha l'onere di offrire la prova liberatoria, dimostrando che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà; tale prova è, tuttavia, esclusa, ai sensi dell'art. 196, comma 3, citato, quando la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente o di un'associazione priva di responsabilità o, comunque, da un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, atteso che, in considerazione della relazione di immedesimazione o di preposizione che lega l'ente o l'imprenditore all'agente, l'attività posta in essere da quest'ultimo nell'esercizio e nell'ambito delle attribuzioni conferitegli è direttamente riferibile ai primi.

Sez. 2, n. 23331/2020, Varrone, Rv. 659382-01, ha affrontato la questione concernente l'ambito applicativo del divieto, posto dall'art. 173, comma 2, codice della strada, di fare uso di apparecchi radiotelefonici durante la marcia, stabilendo che esso permane anche nel caso di arresto del veicolo dovuto ad esigenze della circolazione, situazione che ricorre qualora sia impegnato un incrocio, in attesa del passaggio delle vetture con precedenza e con obbligo di sgomberare l'area nel più breve tempo possibile.

Tale conclusione discende dalla *ratio* della prescrizione, da rinvenirsi nella necessità di impedire comportamenti in grado di provocare una situazione di pericolosità nella circolazione stradale, inducendo il guidatore a distrarsi ed a non consentire di avere, con certezza, il completo controllo del veicolo in movimento.

19. Le sanzioni in materia di inquinamento idrico: titolarità della potestà sanzionatoria.

In tema di provvedimenti sanzionatori in materia di inquinamento idrico, la S.C. ha esaminato la questione concernente la validità di tali provvedimenti adottati dalle amministrazioni appositamente delegate dalla Regione mediante propria legge emanata anteriormente alla entrata in vigore del d.lgs. n. 152 del 2006.

Sez. 2, n. 01739/2020, Criscuolo, Rv. 656851-01, ha ritenuto che l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., nell'affidare in via esclusiva alla competenza statale la disciplina dell'ambiente nella sua interezza, dettando *standards* uniformi di tutela, non esclude, nel rispetto dei medesimi, il concorrente potere di regioni e province autonome su specifici interessi giuridicamente tutelati, così che la disciplina unitaria del bene ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, si pone come limite alla disciplina regionale e delle province autonome nelle materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato.

Il limite dell'intervento legislativo regionale è costituito dal rispetto dei principi regolatori indicati dal legislatore statale in tema di soglie minime di tutela dell'ambiente. Inoltre, la S.C. ha rilevato come l'art. 135 del d.lgs. n. 152 del 2006, nel fare salve le attribuzioni affidate dalla legge ad altre pubbliche autorità, conserva la distribuzione delle attribuzioni amministrative sanzionatorie a diversi livelli, così impedendo di ritenere che il legislatore abbia introdotto un principio inderogabile di competenza regionale; il successivo art. 170 fa salvi, fino alla adozione dei corrispondenti atti sulla base della nuova normativa, gli atti ed i provvedimenti adottati in applicazione della previgente disciplina abrogata e l'intero impianto del d.lgs. n. 152 attribuisce alle regioni e ad altri enti locali ampi poteri in materia. Tali disposizioni, ad avviso della Corte di cassazione, impediscono di ritenere che la legislazione statale abbia previsto un principio inderogabile di competenza regionale nell'applicazione delle sanzioni amministrative in materia di inquinamento idrico idoneo a spiegare efficacia direttamente abrogativa nei confronti delle leggi regionali, preesistenti al cit. d.lgs. n. 152, che abbiano delegato alle Province ordinarie il potere sanzionatorio. Pertanto, non possono essere considerati nulli, siccome adottati in carenza del relativo potere, i provvedimenti sanzionatori delle amministrazioni all'uopo delegate dalla Regione.

In continuità con tale orientamento, **Sez. 2, n. 08364/2020, Giusti, Rv. 657643-02**, ha riconosciuto sussistente la potestà sanzionatoria delle Province per effetto di delega da parte delle Regioni, avendo l'art. 135, d.lgs. n. 152 del 2006 provveduto solo al riordino e coordinamento delle pregresse disposizioni disciplinanti la materia, nel cui quadro si delinea una competenza trasversale, in piena coerenza con i principi

di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, posto che ciascuna Regione è abilitata a determinare, in conformità al proprio ordinamento, le funzioni amministrative che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale, provvedendo contestualmente a conferire le altre agli enti locali nel rispetto degli artt. 117, comma 2, lett. s), e 118, commi 1 e 2, Cost.

La medesima pronuncia ha, altresì, statuito che, qualora l'accertamento e l'irrogazione delle sanzioni per illeciti ambientali siano stati effettuati dalla Provincia in luogo della Regione, viene in evidenza un vizio di incompetenza assoluta solo se l'atto emesso concerne una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'amministrazione alla quale l'organo emittente appartiene. Nel caso di specie, la S.C. ha ravvisato un'incompetenza solo relativa, spettando, all'epoca dei fatti, alla Provincia, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2006, il potere di rilascio delle autorizzazioni di scarichi idrici (**Sez. 2, n. 08364/2020, Giusti, Rv. 657643-01**).

Anche **Sez. 2, n. 03269/2020, Casadonte, Rv. 657099-01**, ha riconosciuto che alle Regioni compete la possibilità di delegare alle Province l'attività di irrogazione delle sanzioni amministrative in materia ambientale e, specificamente, con riguardo alla violazione concernente lo scarico di acque reflue in assenza della prescritta autorizzazione.

19.1 Le singole infrazioni in materia di inquinamento idrico.

L'art. 133, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006 punisce «chiunque apre o comunque effettua scarichi di acque reflue domestiche o di reti fognarie...senza l'autorizzazione». **Sez. 2, n. 01740/2020, Criscuolo, Rv. 656852-02**, ha affermato che tale disposizione non configura un illecito "proprio", atteso che essa non presuppone una particolare qualità del soggetto attivo, che può identificarsi non solo nel titolare dell'autorizzazione all'esercizio dell'impianto, che apra nuove vie di scarico, ma anche in qualsiasi soggetto che gestisca o comunque detenga di fatto la condotta di scarico non autorizzata.

Da tale affermazione **Sez. 2, n. 08364/2020, Giusti, Rv 657643-03**, ha tratto la conseguenza che, nel caso di messa in funzione di nuovi scarichi, della violazione non risponde il soggetto che, pur essendo rimasto formale intestatario dell'autorizzazione, abbia, di fatto, trasferito l'impianto, ma unicamente l'autore materiale della condotta illecita (in senso conforme si era già espressa Sez. 2, n. 03176/2006, Piccialli, Rv. 586291-01).

In ordine alla illiceità dello scarico di acque, **Sez. 2, n. 09962/2020, Fortunato, Rv. 657756-01**, ha precisato che, quale che sia la tipologia dell'impianto, essa discende dalla previsione dell'art. 101, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, il quale prevede che tutti gli scarichi sono disciplinati in funzione del rispetto degli obiettivi di qualità dei

corpi idrici e devono, comunque, rispettare i valori limite previsti nell'Allegato V, parte III, del medesimo decreto, dovendo, per l'effetto, escludersi che detti valori debbano essere osservati solo in caso di impianti di trattamento secondario, come definiti dall'art. 74, comma 1, lettera mm). Siffatti valori limite devono, infatti, essere seguiti da tutti gli scarichi, senza alcuna distinzione tra impianti o scarichi autorizzati ed impianti o scarichi non autorizzati, venendo l'autorizzazione in rilievo solo al fine di individuare eventuali deroghe, che, peraltro, devono essere circoscritte, per le fasi di avvio, ai casi di arresto o di guasto dell'impianto (**Sez. 2, n. 09962/2020, Fortunato, Rv. 657756-02**).

20. Le sanzioni amministrative in materia di rifiuti.

L'art. 258 d.lgs. n. 152 del 2006 sanziona il trasporto di rifiuti con formulari contenenti dati inesatti in violazione dell'obbligo di cui all'art. 193, comma 1 dello stesso decreto. Secondo **Sez, 2, n. 26701/2020, Carrato, Rv. 659687-01**, il contenuto minimo di tali formulari deve ritenersi integrato dalle prescrizioni contenute nel d.m. ambiente n. 145 del 1998, richiamato dal comma 6 dell'art. 193 cit., il quale individua, all'allegato c), le modalità di compilazione di detti formulari, includendovi specificamente il necessario riferimento all'indirizzo dell'impianto o dell'unità locale di partenza del rifiuto. Il principio di tipicità e riserva di legge, fissato dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981, infatti, non esclude che i precetti normativi, nella specie l'apparato sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, siano legittimamente eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione nella quale le fonti secondarie sono destinate ad operare.

In ordine alla natura della sanzione ex art. 258 del citato decreto, **Sez. 2, n. 18469/2020, Criscuolo, Rv. 659169-01**, ha escluso che essa abbia natura penale, deponendo in questo senso la formale qualificazione della condotta come illecito amministrativo, la natura pecuniaria della sanzione e l'entità contenuta della stessa.

Per quanto concerne l'individuazione del soggetto territorialmente competente ad adottare i provvedimenti irrogativi di sanzioni amministrative (nella specie, ordinanze-ingiunzione) in relazione alla condotta illecita consistente nell'avere effettuato trasporti di rifiuti con formulari contenenti dati inesatti, **Sez. 2, n. 15043/2020, Oliva, Rv. 658119-02**, ha affermato che tale competenza non si radica necessariamente nel luogo della sede della società produttrice del rifiuto, bensì in quello di produzione in concreto del rifiuto stesso e, quindi, di partenza effettiva del relativo trasporto. È, infatti, nel momento della partenza del trasporto illecito che il materiale esce fisicamente dal processo produttivo del produttore diventando rifiuto.

Per ciò che interessa l'analoga violazione amministrativa prevista dall'art. 15 del d.lgs. n. 22 del 1997, **Sez. 2, n. 25010/2020, Abete, Rv. 659670-01**, ha ritenuto

legittima la sanzione amministrativa comminata a fronte del trasporto di "terre e rocce provenienti dall'attività di scavo" avvenuta senza il formulario identificativo prescritto, per i rifiuti, dalla citata disposizione, in quanto le terre e rocce da scavo, anche di gallerie, costituiscono "rifiuti" ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. f *bis*, del d.lgs. n. 22 del 1997, come autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 17, della l. n. 443 del 2001 (nella formulazione derivata dall'art. 23, comma 1, lett. a, nn. 1 e 2, della l. n. 306 del 2003) e, pertanto, ove non si riscontrino le prefigurazioni eccettuative delineate in tale sede di interpretazione autentica, ricadono nell'ambito di applicazione del menzionato d.lgs. n. 22.

Sempre in tema di terre e rocce di scavo, **Sez. 2, n. 18469/2020, Criscuolo, Rv. 659169-03**, ha ritenuto, anche sulla scorta della giurisprudenza delle sezioni penali della S.C., che l'applicazione della relativa disciplina, contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 186 del d.lgs. n. 152 del 2006, è subordinata alla prova, gravante sull'autore dell'illecito, della sussistenza dei relativi presupposti (consistenti nella riutilizzazione dei materiali secondo un progetto ambientale compatibile), la cui mancanza impedisce di qualificare il materiale in questione alla stregua di "sottoprodotto", anziché di "rifiuto".

Peraltro, l'omessa istituzione dello sportello unico per l'edilizia di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 380 del 2001 non spiega alcuna incidenza sul regime autorizzatorio dell'attività edilizia e non esonera, pertanto, l'interessato dal conseguimento dei necessari titoli abilitativi, non consentendogli di invocare l'esimente della buona fede, per l'accertamento della mancanza dell'elemento soggettivo ex art. 3 della l. n. 689 del 1981 (**Sez. 2, n. 18469/2020, Criscuolo, Rv. 659169-02**).

21. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti.

Lo svolgimento di incarichi extraistituzionali da parte di dipendenti della Pubblica amministrazione è subordinato alla preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, secondo quanto stabilito dall'art. 53, comma 9, d.lgs. n. 165 del 2001, la cui violazione è punita con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 6, d.l. n. 79 del 1997, conv. dalla l. n. 140 del 1997.

Nell'anno di riferimento, la S.C. ha affrontato la questione relativa alla possibilità che un'autorizzazione rilasciata in un momento successivo al conferimento dell'incarico sia idonea ad escludere tale illecito amministrativo. **Sez. 2, n. 18206/2020, Bellini, Rv. 659166-01**, ha affermato che la violazione della prescrizione recata dall'art. 53 cit. non può essere sanata da un'autorizzazione successiva (ora per allora), stante la specificità del rapporto di pubblico impiego, la necessità di verificare *ex ante* la compatibilità tra l'incarico esterno e le funzioni istituzionali e tenuto conto, altresì, della circostanza che il potere sanzionatorio è

attribuito all'Agenzia delle Entrate e non all'amministrazione di provenienza del dipendente. Nell'enunciare tale principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di appello che aveva ritenuto l'autorizzazione successiva - conferita, nella specie, ad un avvocato professore universitario - non mera autorizzazione "postuma", con valore *ex nunc*, bensì autorizzazione "ora per allora" con effetti *ex tunc* e, quindi, equivalenti a quelli dell'autorizzazione preventiva.

In tema di pubblico impiego contrattualizzato, **Sez. L, n. 06637/2020, Bellè, Rv. 657432-01**, ha precisato che l'autorizzazione allo svolgimento di attività extralavorativa retribuita è necessaria pure ove il dipendente si trovi in regime di aspettativa in quanto, da un lato, la previsione contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 non contiene una distinzione a seconda dello stato del rapporto di lavoro, e, dall'altro, la predetta aspettativa non fa cessare il rapporto stesso, sicché la persistente appartenenza del dipendente medesimo ad una pubblica amministrazione non fa venire meno i rischi di conflitto di interessi o di possibile utilizzazione di entrature che la citata previsione è preposta a prevenire. In applicazione del suddetto principio, la Corte ha confermato la sentenza che aveva ritenuto legittima la sanzione amministrativa irrogata ad una società privata che aveva conferito incarichi di consulenza ad un dipendente pubblico, durante il periodo in cui quest'ultimo si trovava in aspettativa, senza chiedere l'autorizzazione all'amministrazione di appartenenza.

Si è altresì specificato che l'onere della verifica in ordine alla necessità della preventiva autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza grava sull'ente pubblico economico o sul datore di lavoro privato conferenti, ai sensi dell'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, senza che detta verifica possa essere surrogata dalle dichiarazioni dei lavoratori che attestino la superfluità dell'autorizzazione, in quanto inidonee ad elidere la colposità della condotta del conferente (**Sez. L., n. 09289/2020, Cinque, Rv. 657672-01**; in senso conforme, Sez. L, n. 25752/2016, Tricomi, Rv. 642498-01).

Sez. 2, n. 16045/2020, San Giorgio, Rv. 658288-01, si è pronunciata sui limiti del potere disciplinare dell'Ordine di appartenenza degli esercenti una professione sanitaria che siano impiegati in una pubblica amministrazione e ai quali, secondo gli ordinamenti loro applicabili, non sia vietato l'esercizio della libera professione. In questo caso, i sanitari possono essere iscritti all'albo e, come tali, sono soggetti al potere disciplinare dell'Ordine, limitatamente alle ipotesi in cui si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione. Si è precisato, peraltro, che si devono considerare illeciti disciplinari i comportamenti tenuti dagli iscritti anche se nello svolgimento di attività diverse dall'esercizio della libera professione (fatti "extrafunzionali"), quante volte il comportamento sia suscettibile di essere considerato di pregiudizio per il decoro della stessa. Tuttavia, resta fermo che

l'organo disciplinare non può sindacare gli atti che siano riconducibili, invece, all'attività amministrativa dell'ente pubblico. Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della Commissione Centrale Esercenti Professione Sanitaria, nella parte ove questa non aveva rilevato che l'Ordine dei medici aveva agito in carenza di potere, per avere sottoposto a procedimento disciplinare e sanzionato un proprio iscritto in relazione ad atti - consistenti nella predisposizione di protocolli sull'impiego del personale infermieristico di una A.S.L. - compiuti da quest'ultimo nell'esercizio non già della professione di medico, ma di una funzione pubblica.

22. Le sanzioni per le violazioni al cd. Codice della privacy.

L'art. 164 *bis*, d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. codice della privacy) sanziona l'ipotesi di più violazioni di un'unica o di più disposizioni commesse anche in tempi diversi in relazione a banche di dati di particolare rilevanza o dimensioni. Secondo **Sez. 2, n. 18288/2020, Besso Marcheis, Rv. 659098-02**, tale fattispecie costituisce non già un'ipotesi aggravata rispetto alle violazioni semplici richiamate dalla disposizione, ma una figura di illecito del tutto autonoma, atteso che essa prevede la possibilità che vengano "infrante dal contravventore", pure con più azioni ed in tempi diversi, "una pluralità di ipotesi semplici", unitariamente considerate dalla norma con riferimento a «banche di dati di particolare rilevanza o dimensioni», sicché, in caso di concorso di violazioni di altre disposizioni unitamente a quella in esame, ne deriva il cumulo materiale delle sanzioni amministrative (in senso conforme, Sez. 2, n. 17143/2016, Genovese, Rv. 640917-01).

La medesima pronuncia ha statuito che le violazioni consistenti nella omessa informativa di cui all'art. 13 e sanzionata dall'art. 161, d.lgs. n. 196 del 2003, nonché nell'omessa acquisizione del consenso per i dati acquisiti dalle liste elettorali dei cittadini, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 207 del 2008, conv. dalla l. n. 14 del 2009 sono illeciti a carattere continuativo, in quanto la condotta di gestione, trattamento e conservazione dei dati si è protratta fino alla data indicata nel provvedimento di accertamento del Garante, potendo il titolare del trattamento fare cessare tali condotte in qualsiasi momento.

23. Le altre sanzioni.

La violazione di cui all'art. 15, lett. a), della legge n. 963 del 1965 (*ratione temporis* applicabile), consistente nell'avere pescato quantità di pesce superiore rispetto a quelle autorizzate, per ciascuna specie, da regolamenti, decreti ed ordini legittimamente emanati dall'autorità amministrativa, è sanzionata dall'art. 26 della medesima legge. Ai fini della conoscibilità di tali provvedimenti, **Sez. 2, n.**

20536/2020, Carrato, Rv. 659180-01, ha affermato che, sebbene l'art. 59 del regolamento esecutivo del codice della navigazione preveda la pubblicazione nell'albo dell'ufficio per le ordinanze del capo del circondario per i porti e le altre zone demaniali marittime e di mare territoriale della circoscrizione, tale forma di pubblicità, oltre a non essere contemplata esplicitamente a pena di inefficacia o di nullità delle ordinanze medesime, è legittimamente surrogabile con altra forma che ne garantisca ugualmente e idoneamente la stessa conoscibilità. Conseguentemente, la S.C. ha ritenuto idonea a garantire la conoscibilità dell'ordinanza in esame la sua pubblicazione sullo specifico sito internet dell'Ufficio dell'autorità emanante e la relativa comunicazione a tutti gli enti e a gli organi interessati.

Per **Sez. 2, n. 25939/2020, Abete, Rv. 659679-01**, in tema di sanzioni amministrative, l'obbligo di tenuta del documento di trasporto relativo ai prodotti della pesca non è limitato alla sola fase riguardante la cd. prima vendita, avente luogo dal peschereccio al primo operatore, atteso che l'ambito oggettivo del controllo sulla filiera ittica prefigurato dalla normativa europea e, segnatamente, dal regolamento (CE) n. 1224 del 2009, si estende a tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione.

In tema di navigazione e con riguardo al trasporto pubblico non di linea, **Sez. 2, n. 11478/2020, Giannaccari, Rv. 658266-01**, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 43 e 44 della l.r. Veneto n. 63 del 1993, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui, nel caso di trasporto pubblico non di linea svolto nelle acque di navigazione interna di Venezia, equipara, ai fini dell'applicazione della confisca, l'assenza assoluta del titolo autorizzativo e la sospensione della licenza. Tale ultima fattispecie, infatti, non è nella sostanza dissimile rispetto a quella dell'assenza dell'autorizzazione e merita, pertanto, un uguale trattamento sanzionatorio, imposto dai fini di regolamentazione della navigazione interna e della tutela dell'incolumità pubblica e dell'ambiente che permeano la disciplina in questione.

In sede di regolamento di giurisdizione, **Sez. U, n. 19664/2020, Acierno, Rv. 658850-01**, si è pronunciata riguardo alla sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio commerciale o del locale destinato al videogioco e alle video lotterie, prevista - in aggiunta a quella pecuniaria, ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale con quest'ultima - dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 111 del 2011, per il caso di indebito ingresso, nell'esercizio medesimo, di un soggetto minore di età. La S.C. ha affermato che tale sanzione ha natura esclusivamente afflittiva e si riconduce, non già ad un potere discrezionale di vigilanza e controllo, esercitato dall'autorità amministrativa irrogante, sul settore dei giochi vietati ai minori, bensì ad un potere interamente vincolato dalla norma, la quale definisce dettagliatamente il fatto che integra la

violazione, stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione in seguito all'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità di polizia, e ne determina il contenuto anche in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili. Alla luce di queste caratteristiche, si è ritenuto che la giurisdizione sull'opposizione avverso la predetta sanzione amministrativa spetti al giudice ordinario, dovendosi reputare devoluto al giudice amministrativo soltanto il sindacato sulle sanzioni di carattere ripristinatorio, la cui applicazione consegua all'esercizio di un potere discrezionale di vigilanza e controllo, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico violato.

In tema di apparecchi e congegni per il gioco lecito, l'art. 110, comma 9, lett. f), del r.d. n. 773 del 1931 (cd. T.U.L.P.S.) sanziona la mancata apposizione su ciascun apparecchio del titolo autorizzatorio.

In proposito, **Sez. 2, n. 04605/2020, Carrato, Rv. 657115-01**, ha ritenuto che tale violazione è integrata allorché i titoli autorizzatori non siano apposti "in forma originale", bensì mediante una mera fotocopia, non rispondendo siffatta modalità ai requisiti di sicurezza sottesi all'intera normativa di settore.

Inoltre, per **Sez. 2, n. 29646/2020, Scarpa, Rv. 660117 – 01,** agli effetti della sanzione amministrativa stabilita dall'art. 110, comma 9 f ter, r.d. n. 773 del 1931 (T.U.L.P.S.), costituisce apparecchio videoterminale l'apparecchio da intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, lettera b, T.U.L.P.S., da collegare alla rete telematica del sistema di gioco, ove comprensivo delle periferiche e dei dispositivi necessari per lo svolgimento del gioco, della connessione per la trasmissione dei dati, nonché dei dispositivi di inserimento, lettura ed erogazione di denaro, carte o *ticket*.

Va menzionata, altresì, **Sez. 2, n. 23954/2020, Varrone, Rv. 659383-01**, ad avviso della quale, in materia di adempimenti connessi al funzionamento di apparecchi e congegni di intrattenimento da gioco, la mancata attivazione della procedura di blocco e collocazione in magazzino delle apparecchiature non collegate alla rete telematica giustifica la legittimità dell'ordinanza ingiunzione emessa dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S) per violazione dell'art. 110, comma 9, lett. c), del r.d. n. 773 del 1931 (T.U.L.P.S.), anche in caso di mancato ritrovamento di denaro all'interno degli apparecchi medesimi e senza che assuma rilevanza l'allaccio di questi ultimi alla rete elettrica al momento del controllo, atteso che solo la neutralizzazione del loro uso potenziale può comportare l'esclusione della responsabilità per i gestori, gli esercenti nonché il concessionario del servizio telematico per la raccolta e la gestione del gioco lecito.

Con riguardo alla violazione del divieto di impianto di nuovi vigneti o di reimpianto di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 260 del 2000 (applicabile *ratione temporis*) **Sez. 2, n. 06310/2020, Fortunato, Rv. 657130-01**, ha affermato trattarsi di violazione avente carattere permanente e che il relativo termine di prescrizione, sia

riguardo alla violazione che alla sanzione, decorre dal momento della cessazione della permanenza che coincide con la rimozione materiale dell'impianto o con il momento della contestazione dell'illecito che, valendo anche come atto interruttivo, conferisce all'eventuale protrazione della violazione il carattere di autonomo illecito amministrativo, ulteriormente sanzionabile. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che l'annullamento per intervenuta prescrizione di una precedente sanzione amministrativa per violazione del divieto di impianto di nuovi vigneti non impedisse, in mancanza della rimozione materiale del medesimo impianto viticolo, di irrogare una seconda sanzione.

Per quanto concerne le sanzioni applicate nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari (le cosiddette quote-latte), si è ritenuto che l'acquirente che non abbia rispettato gli obblighi di regolare tenuta della contabilità di cui all'art. 8, comma 3, d.l. n. 49 del 2003, conv. dalla l. n. 119 del 2003, può estinguere l'illecito amministrativo, a norma dell'art. 16, comma 1, l. n. 689 del 1981, col pagamento di una somma in misura ridotta pari al doppio del minimo edittale, posto che la sanzione prevista non è proporzionale, risultando espressamente fissati un limite minimo pari ad euro 1.000,00 e uno massimo di euro 100.000,00 (**Sez. 2, n. 07943/2020, Carbone, Rv. 657567-01**).

In tema di misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, **Sez. 2, n. 21267/2020, Criscuolo, Rv. 659365-02**, ha chiarito l'ambito applicativo della sanzione della violazione prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 109 del 1997, stabilendo che il divieto di vendere, fornire, trasferire o esportare, direttamente o indirettamente, beni a qualsiasi persona, entità o organismo iraniana/o, o per un uso in Iran, contemplato dall'art. 2 del Regolamento (UE) n. 267 del 2012, riguarda esclusivamente i beni elencati negli allegati I o II del medesimo Regolamento, atteso che la finalità della previsione non è quella di porre un generale ed assoluto divieto di trasferimento di qualsivoglia bene verso l'Iran, ma di limitare il trasferimento solo dei beni a cd. duplice uso.

Sez. L, n. 21740/2020, Ghinoy, Rv. 659256-01, ha precisato che le sanzioni amministrative per lavoro irregolare, di cui all'art. 3 del d.l. n. 12 del 2002, conv., con modif., dalla l. n. 73 del 2002, che conseguono alla mancata regolarizzazione a fini fiscali e previdenziali dei dipendenti, nonostante le agevolazioni volte ad incentivare l'emersione del lavoro sommerso, non si applicano ad ipotesi, quali l'interposizione illecita, la somministrazione irregolare o fraudolenta e l'appalto fittizio o illecito, in cui il rapporto di lavoro sia imputato a soggetto diverso dall'effettivo datore di lavoro.

La recente **Sez. 2, n. 29928/2020, Carrato, Rv. 660120 – 01,** ha affermato che, con riguardo alla violazione amministrativa della coltivazione di una cava senza autorizzazione, sanzionata dall'art. 33, comma 1, della l.r. del Veneto n. 44 del 1982,

l'attività di sbancamento dell'area coltivabile costituisce già coltivazione, attesa la sua evidente strumentalità rispetto all'attività estrattiva, sicché non può essere effettuata in difetto della correlata necessaria autorizzazione.

Sempre con riferimento alla Regione Veneto, secondo **Sez. 2, n. 23310/2020, Cosentino, Rv. 659379-01**, la disciplina dettata dall'art. 33 delle Prescrizioni di massima di polizia forestale della Regione Veneto configura come illecito amministrativo non soltanto il taglio di alberi effettuato senza previa dichiarazione o senza previa autorizzazione, ma anche il taglio di un numero di alberi superiore a quello autorizzato. La sanzione della violazione di tale divieto, tuttavia, non si rinviene nell'art. 33 delle PMPF, che è espressamente dettato per la sola ipotesi di mancata presentazione della domanda di taglio, bensì nell'art. 26 del r.d. n. 3267 del 1923, richiamato *quoad poenam* dall'art. 39 delle PMPF, che sanziona tutte le violazioni al relativo titolo secondo.

Per ciò che concerne le sanzioni irrogate dai Comuni per la mancata comunicazione, nel termine fissato dal relativo regolamento, dell'avvenuta iscrizione nella propria anagrafe, ai fini dell'applicazione della tariffa di igiene ambientale, ad avviso di **Sez. 2, n. 20523/2020, De Marzo, Rv. 659178-01**, l'emissione della relativa ordinanza ingiunzione rientra tra i compiti dei dirigenti di tale ente, ex art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000, competenti per l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, ex artt. 97 e 108 del medesimo d.lgs. n. 267.

Infine, in un caso particolare, **Sez. 2, n. 08197/2020, Carbone, Rv. 657642-01**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 14 l. n. 580 del 1967 e 1 d.P.R. n. 502 del 1998, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui prescrivono l'obbligo di preconfezionamento per il solo pane precotto, e non anche per il pane fresco, in quanto il preconfezionamento costituisce misura non discriminatoria, idonea ad informare il consumatore su una qualità rilevante del prodotto. Né sussistono i presupposti per un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in relazione al principio di libera circolazione delle merci, atteso che la CGUE ha dichiarato legittimo, sul piano unionale, l'obbligo di preconfezionamento del pane a cottura frazionata, purché esso sia applicato indistintamente ai prodotti nazionali come agli importati e non rappresenti, quindi, un ostacolo all'importazione intracomunitaria.

CAPITOLO XXIX

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI ALDO CENICCOLA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Elettorato passivo. – 3. Contenzioso elettorale.

1. Premessa.

Le non numerose pronunce intervenute nel 2020 in materia elettorale riguardano essenzialmente i temi dell'elettorato passivo e del contenzioso elettorale. Particolarmente interessanti sono gli spunti esegetici che si ricavano da queste pronunce riguardo ad alcune disposizioni del d.lgs. n. 235 del 2012 (cd. Legge Severino).

2. Elettorato passivo.

Sez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273-04, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 235 del 2012, norma che prevede come causa di incandidabilità la condanna con sentenza definitiva alla pena della reclusione complessivamente superiore a sei mesi per uno o più delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio diversi da quelli indicati nella lettera c). La questione era stata sollevata sul presupposto che la norma non esclude dalla sua portata applicativa le condanne precedenti alla sua entrata in vigore, con conseguente violazione degli artt. 25 e 51 Cost.

La Corte, con tale pronuncia, premessa la natura non sanzionatoria delle cause di incandidabilità, ripetutamente ribadita dalla Corte Costituzionale, ha affermato che il principio di irretroattività non riceve copertura costituzionale in tutti quei casi in cui viene riservata alla legge la disciplina di diritti inviolabili, fermo restando il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Sempre in tema di incandidabilità degli amministratori degli enti locali, altro principio affermato da **Sez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273-01**, in relazione all'art. 10, lett. d), del d. lgs. n. 235 del 2012, è che la disposizione consente l'estensione delle cause di incandidabilità anche al delitto tentato, in quanto il confine applicativo della norma, da ritenersi norma di chiusura della disciplina prevista, è dettato dal tetto della pena inflitta e dalla individuazione di condotte ritenute, in via generale e predeterminata, aventi un grado di offensività non compatibile con la candidatura a cariche elettive negli enti locali.

Secondo la Corte, non osta al riguardo nemmeno la mancata espressa inclusione del delitto tentato nella formulazione della norma, dal momento che la stessa nemmeno ne prevede l'esclusione. La distinzione tra reato consumato e tentato, insomma, è estranea ai criteri discretivi posti nella lettera d) per enucleare ulteriori cause ostative alla candidabilità fondate su sentenze penali definitive, in quanto relative ad ipotesi di reato non individuate singolarmente ma enucleabili in base ai due requisiti concorrenti, miranti a creare una categoria di cause di incandidabilità da selezionare in modo diverso rispetto a quelle, previste dalle lettere precedenti, fondate esclusivamente sulla predeterminazione delle fattispecie incriminatrici.

Nella specie, pertanto, la S.C. ha confermato la sentenza con la quale la Corte d'Appello aveva ritenuto riconducibile all'ipotesi normativa di cui alla lett. d) il delitto di abuso d'ufficio in forma tentata, aggiungendo che detta fattispecie era astrattamente rientrante anche nella lettera c) della norma in esame.

Sez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273-02, si occupa anche degli effetti della sentenza di riabilitazione. Quest'ultima è espressamente qualificata come causa di estinzione anticipata, ai sensi dell'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 235 del 2012 e produce effetti *ex nunc* esclusivamente in relazione alla presentazione delle candidature successive al provvedimento che la dispone; viceversa, ove la riabilitazione sia intervenuta in un momento successivo alla presentazione della candidatura stessa, la causa d'incandidabilità produce, in mancanza di condizioni ostative, il suo effetto impeditivo all'esercizio dell'elettorato passivo.

La riabilitazione, infatti, ha ad oggetto una valutazione successiva alla commissione del reato e del tutto autonoma rispetto all'accertamento della responsabilità penale, sicché la produzione degli effetti non può che seguire all'accertamento delle condizioni soggettive che l'art. 178 c.p. pone a fondamento di essa; fino a che, dunque, la riabilitazione non viene disposta in via definitiva, la causa ostativa alla candidabilità è pienamente operativa e la candidatura deve reputarsi invalida.

3. Contenzioso elettorale.

Per **Sez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273-03**, non sussiste il litisconsorzio necessario tra il candidato alla carica di sindaco e gli altri candidati della lista, in quanto l'azione popolare elettorale ha ad oggetto la condizione personale del candidato eletto, incidendo sul suo diritto soggettivo all'elettorato passivo e sul diritto all'elettorato attivo dell'attore, non rilevando, invece, che altri consiglieri eletti possano eventualmente subire effetti, riflessi e indiretti, dalla adottanda decisione.

Questa affermazione, chiarisce la Corte, già sostenuta da Sez. 1, n. 14199/2004, Genovese, Rv. 576465-01, e da Sez. 1, n. 17769/2007, Rv. 598444-01, non si pone in

contrasto con la Costituzione, atteso che resta fermo il diritto di intervento degli interessati, già ritenuto ammissibile da Sez. 1, n. 27327/2011, Di Palma, Rv. 620748-01.

Della cd. surrogazione elettorale si occupa **Sez. 1, n. 16223/2020, Nazzicone, Rv. 658262-01**, che ha affermato che il sindaco dichiarato ineleggibile non può essere surrogato nella carica da altro candidato, primo dei non eletti in ordine di voti espressi, dal momento che la disciplina vigente in materia di composizione ed elezione degli organi delle amministrazioni comunali prevede, per il caso del venir meno delle condizioni di eleggibilità, il necessario ricorso a nuove consultazioni elettorali in ragione della spiccata rilevanza dell'elemento personale sottesa a tale scelta.

Se, infatti, il sindaco viene eletto in stretto collegamento alla propria lista elettorale, acquisendo mediante la lista collegata al vincitore un numero più che proporzionale dei seggi dell'intero consiglio, ciò significa che l'intento manifestato dal legislatore è quello della stabilità del governo dell'ente locale, proprio in forza allo stretto legame del sindaco con la lista stessa; sarebbe allora illogico e contrario alla *ratio* richiamata che, in caso di vizio dell'elezione a sindaco del soggetto prescelto dal voto elettorale, all'ineleggibile subentrasse il primo dei non eletti.

La dichiarazione giudiziale di una ragione di ineleggibilità a carico del sindaco non potrà che determinare, dunque, la caduta dell'intero consiglio e l'indizione di nuove elezioni.

CAPITOLO XXX

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI GIANLUCA GRASSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. – 2.1. Gli illeciti disciplinari. – 2.1.1. I comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. – 2.1.2. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. – 2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. – 2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. – 2.1.5. La divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui. – 2.1.6. Il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati. – 2.1.7. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri. – 2.1.8. L'ottenimento di prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere coinvolti in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello, ovvero dai difensori di costoro. – 2.1.9. Il divieto di iscrizione ai partiti politici. – 2.1.10. Gli illeciti disciplinari conseguenti al reato. – 2.1.11. Sanzioni disciplinari e rimozione del magistrato. – 2.2. Il procedimento disciplinare. – 2.2.1. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. – 2.2.2. Intercettazioni disposte in un processo penale. – 2.2.3. Incompatibilità, astensione e ricusazione nel procedimento disciplinare. – 2.2.4. Il giudizio di impugnazione e sindacato di legittimità. – 2.2.5. La revocazione. – 2.2.6. La revisione. – 2.3. Le misure cautelari. – 2.3.1. Il trasferimento d'ufficio. – 2.3.2. La misura cautelare della sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio. – 3. La responsabilità disciplinare degli avvocati. – 3.1. Gli illeciti disciplinari. – 3.2. Il regime giuridico della prescrizione. – 3.3. Il procedimento disciplinare. – 3.3.1. Il giudizio disciplinare dinanzi al Consiglio Nazionale Forense. – 3.3.2. Il giudizio di impugnazione. – 4. La responsabilità disciplinare dei notai. – 4.1. Gli illeciti disciplinari. – 4.2. Il procedimento disciplinare. – 4.3. La determinazione della sanzione.

1. Premessa.

La rassegna sulla responsabilità disciplinare racchiude le pronunce rese in tale ambito dalla S.C. nei riguardi dei magistrati, degli avvocati e dei notai.

2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.

Sul tema della responsabilità disciplinare degli appartenenti all'ordine giudiziario va fatta menzione delle pronunce rese sugli illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni e al di fuori di queste mentre, riguardo al procedimento, numerose decisioni hanno affrontato i temi legati all'astensione e alla ricusazione, alle misure cautelari, nonché alle peculiarità di tale rito.

2.1. Gli illeciti disciplinari.

Riguardo alle diverse fattispecie, vanno distinte le pronunce delle Sezioni Unite in merito alle ipotesi di illecito che discendono dall'esercizio delle funzioni da quelle realizzate al di fuori di esse.

Nel primo ambito ricadono le fattispecie dei comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti, della grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile e della ritardata scarcerazione, della consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge, dei comportamenti abitualmente e gravemente scorretti nei confronti di altri magistrati, dell'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato, della violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, della sollecitazione della pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio.

Sugli illeciti commessi al di fuori delle funzioni, si segnalano l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sè o per altri, l'ottenere prestiti o agevolazioni da soggetti da parte di un terzo legato al magistrato, il divieto di iscrizione ai partiti politici.

2.1.1. **I comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti.**

Riguardo alla consumazione dell'illecito previsto dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006, le Sezioni Unite hanno specificato la necessità che, mediante la violazione, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, dei doveri di diligenza, laboriosità e correttezza, si cagioni a una delle parti un danno ingiusto, consistente in un pregiudizio patrimoniale oggettivamente apprezzabile, non rilevando la percezione che dello stesso possa avere il danneggiato (**Sez. U, n. 1606/2020, Lamorgese, Rv. 656795-01**, in fattispecie relativa alle funzioni esercitate da un giudice tutelare in una procedura di amministrazione di sostegno, ha cassato la sentenza di assoluzione pronunciata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura per avere omesso la valutazione sull'effettivo svolgimento, a opera del magistrato, di un controllo estrinseco sulla gestione dell'amministratore di sostegno, dai cui rendiconti emergevano uscite superiori alle disponibilità finanziarie della beneficiaria, con conseguente depauperamento del patrimonio mobiliare della stessa).

Ne consegue che, ove difetti tale elemento costitutivo della fattispecie tipizzata, non può farsi applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 *bis* dello stesso decreto legislativo, ma deve escludersi la sussistenza dell'addebito, giacché la causa di giustificazione si fonda sull'accertamento positivo di tutti gli elementi costitutivi

dell'illecito disciplinare cui segue la valutazione, svolta *ex post*, della scarsa rilevanza complessiva del fatto (**Sez. U, n. 7832/2020, Acierno, Rv. 657533-01**).

2.1.2. **La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.**

Sul rilievo disciplinare della grave violazione di legge, **Sez. U, n. 7832/2020, Acierno, Rv. 657533-02** conferma che essa non rileva in sé, bensì in relazione all'effetto perturbante sulla considerazione del magistrato e sul prestigio dell'ordine giudiziario conseguente a una condotta, deontologicamente deviante, posta in essere nell'esercizio della funzione, la quale deve emergere all'esito di una valutazione complessiva dell'attività giurisdizionale al cui interno si è consumata (in senso conforme Sez. U, n. 20819/2019, Scaldaferri, Rv. 655034-01).

La fattispecie, in particolare, riguardava una fattispecie di condanna del magistrato in sede disciplinare per la violazione del T.U. sulle spese di giustizia e dell'art. 93 c.p.c., avendo l'incolpato, in numerosi procedimenti di protezione internazionale, disposto la revoca dell'ammissione del cittadino straniero vittorioso al patrocinio a spese dello Stato al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, nonché distratto le spese processuali in favore del difensore in difetto della necessaria istanza. La Corte, nel cassare la sentenza disciplinare, ha rilevato che non era stato compiuto l'esame della complessiva attività giurisdizionale svolta dall'incolpato, avuto riguardo, per un verso, al problema oggettivo di compatibiltà tra il quadro normativo speciale sul patrocinio a spese dello Stato di cui al d.P.R. n. 115 del 2002 e quello generale codicistico relativo alla regolazione delle spese processuali e, per altro verso, all'esito dei giudizi interessati dalla violazione, conclusi con l'accertamento negativo, coperto da giudicato, della sussistenza di danni patrimoniali.

La fattispecie disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006 sulla grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile può concorrere con quella di cui alla lett. a) del medesimo comma 1, la quale punisce il comportamento che, violando i doveri di cui all'art. 1 – imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona –, arreca ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti (**Sez. U, n. 2323/2020, Doronzo, Rv. 656869-01).** Le due fattispecie sono accomunate dalla violazione del dovere di diligenza che grava sul magistrato, distinguendosi la lett. a) per la necessaria ricorrenza di un danno ingiusto o di un indebito vantaggio ad una delle parti e la lett. g) per il fatto che la violazione del dovere di diligenza deve integrare una grave violazione di legge con ignoranza o negligenza inescusabile.

Sulla sussistenza dell'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006 non incide peraltro l'avvenuta sostituzione della custodia in carcere con gli

arresti domiciliari, la quale non comporta la decorrenza di un nuovo termine di durata della misura cautelare, trattandosi di misure coercitive omogenee; né può rilevare, come scriminante della condotta dell'incolpato, una prassi del suo ufficio difforme dalla giurisprudenza consolidata di legittimità, atteso che le prassi seguite negli uffici e i comportamenti tenuti da soggetti investiti della titolarità dell'ufficio restano inidonei a rendere scusabile un errore tecnico che un magistrato non può e non deve commettere (**Sez. U, n. 2323/2020, Doronzo, Rv. 656869-02**).

Nel caso in cui la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile si sia risolta nell'inosservanza della disciplina codicistica in tema di limiti temporali della custodia cautelare in carcere, o di altre misure limitative della libertà personale, **Sez. U, n. 11868/2020, Acierno, Rv. 658036-01** ha rilevato che per la configurazione dell'illecito, ai fini della riconduzione di tale condotta nell'ambito dell'attività interpretativa non sindacabile in sede disciplinare (con conseguente esclusione dell'illecito), è necessario accertare se le ragioni di essa siano verificabili attraverso uno o più provvedimenti motivati, giustificativi del diverso computo dei termini o del superamento del limite massimo stabilito nell'art. 304, comma 6, c.p.p., anche mediante l'adesione ad una scelta ermeneutica riconducibile a un orientamento minoritario, purché reso evidente da un percorso argomentativo valutabile e impugnabile così come previsto dalla legge.

2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.

In tema di responsabilità disciplinare per mancata osservanza dell'obbligo di astensione, **Sez. U, n. 18302/2020, Nazzicone, Rv. 658631-03** ha specificato che l'illecito di cui all'art.2, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 109 del 2006 si caratterizza, sotto il profilo oggettivo, per essere un illecito di pura condotta, che viene integrato dalla sola condotta commissiva di partecipazione, da parte del magistrato, a una attività d'ufficio rispetto alla quale sussisteva l'obbligo di astensione, senza la necessità che da tale condotta derivi altresì uno sviamento di potere o un vantaggio per sé o per il terzo del cui interesse il magistrato si sia reso indebitamente portatore.

Sotto il profilo subiettivo, inoltre, si evidenzia che non è richiesto un dolo specifico, essendo sufficiente la consapevolezza, nell'agente, della sussistenza di quelle situazioni di fatto in presenza delle quali l'ordinamento esige che egli si astenga dal compimento di un determinato atto. Si esclude, pertanto, la necessità di uno specifico intento finalizzato a favorire o danneggiare una delle parti. Ciò che rileva, ai fini della configurazione del predetto illecito a opera del pubblico ministero, è esclusivamente l'omessa astensione in presenza di un conflitto, anche solo potenziale, tra l'interesse pubblicistico al perseguimento dei fini istituzionali di giustizia ad esso

affidati dall'ordinamento e l'interesse alieno a tali finalità (privato o personale) di cui egli sia portatore in proprio o per conto di terzi, non essendo necessaria l'effettiva realizzazione di tale ultimo interesse.

Sez. U, n. 2709/2020, Scrima, Rv. 657191-03 ha inoltre precisato che costituisce parere sull'oggetto del procedimento, a norma dell'art. 36, comma 1, lett. c), c.p.p., la formulazione di una precisa opinione sulle questioni di diritto e di fatto di cui è intessuta la regiudicanda e sulle decisioni da assumere, ma non anche la manifestazione di opinioni inerenti a tematiche di ordine generale o di espressioni del tutto generiche, che non denotino un convincimento del giudice sull'esito del processo, con riguardo sia alle contestazioni che agli imputati.

La S.C., nella specie, ha confermato la sentenza della Sezione disciplinare del CSM nella parte in cui aveva escluso la violazione dell'obbligo di astensione di un Presidente di Corte di assise, il quale si era limitato ad esprimere, sia pure inopportunamente, apprezzamenti generici sulle capacità professionali della difesa degli imputati, del rappresentante della parte civile e dei pubblici ministeri, senza peraltro formulare alcun giudizio anticipatorio sul procedimento.

2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.

Riguardo alla fattispecie dei comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori, la Corte ha confermato che la nozione di "grave scorrettezza" cui fa riferimento la previsione normativa di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, nel rendere sanzionabili disciplinarmente la condotta ha carattere "elastico" (**Sez. U, n. 29823/2020, Cosentino, Rv.**; conforme, Sez. U, n. 31058/2019, Vincenti, Rv. 656167-01).

In tal senso, in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, il giudice disciplinare deve far riferimento sia ai principi che la disposizione (anche implicitamente) richiama, sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, è suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività. Ne consegue che il dovere di correttezza gravante sul magistrato risulta violato dall'inosservanza di quelle regole di civile comportamento che devono connotare i rapporti sociali, come ad esempio le regole di educazione, di lealtà, di onestà intellettuale e pratica, di convenienza sociale, e la cui osservanza è volta, nello specifico, a preservare, anzitutto, le relazioni interpersonali nel rispetto

della diversità dei ruoli e, con esse, il buon andamento dell'ufficio giudiziario e la sua stessa unitarietà funzionale, essendo dato di comune esperienza quello per cui, sul profilo oggettivo del servizio, si riverbera, in modo virtuoso, il corretto svolgimento delle prime.

Nella specie, il principio è stato applicato dalle Sezioni Unite in relazione ai comportamenti di un magistrato rivestente un ruolo dirigenziale che erano sconfinati nella mancanza di rispetto, nell'aggressività verbale e nel dileggio gratuito nei confronti di colleghi del proprio ufficio.

Gravemente scorretto nei confronti di "altri magistrati" **è stato parimenti ritenuto il comportamento posto in essere al di fuori** del concreto esercizio della giurisdizione, potendo essi investire anche i rapporti che si instaurano con altri magistrati in ragione della funzione che l'incolpato svolge proprio in quanto tale (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-05**).

Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che costituiscono violazione dei doveri di correttezza ed equilibrio propri del magistrato, sì da rientrare della fattispecie disciplinare di cui al citato art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, le condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di interferire con l'attività del CSM.

Con riferimento al rapporto tra agli illeciti disciplinari di cui all'art.2, comma 1, lett. d) ed e) del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 2709/2020, Scrima, Rv. 657191-02** ha ritenuto applicabile il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. In particolare, è stato precisato che l'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006, punendo una specifica ipotesi di scorrettezza nei confronti di altri magistrati, sanzionata in via generale dalla lett. d) del medesimo comma 1, si pone in rapporto di specie a genere rispetto a quest'ultima disposizione, atteso che il principio di cui all'art. 15 c.p. trova operatività anche nelle ipotesi di illecito disciplinare del magistrato, ove sussista un concorso apparente di norme coesistenti astrattamente applicabili al medesimo fatto disciplinarmente rilevante; pertanto, ove risulti accertata la responsabilità disciplinare per la fattispecie speciale di cui alla citata lett. e), non può pronunciarsi per lo stesso fatto condanna anche per la violazione generale di cui alla precedente lett. d).

In precedenza, Sez. U, n. 4881/2019, Lombardo, Rv. 652854-01 aveva peraltro escluso la configurabilità di un concorso apparente di norme in una ipotesi in cui l'incolpato aveva contattato il magistrato relatore di un processo penale e, successivamente, aveva comunicato all'imputato l'esito favorevole del colloquio, attesa la radicale e ontologica diversità delle due condotte contestate, ricondotte, rispettivamente, all'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006 – relativo all'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato – e alla lettera d) della medesima disposizione, che sanziona i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di

chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratore.

2.1.5. La divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui.

In relazione all'art. 2, comma 1, lett. u), del d.lgs. n. 109 del 2006**, Sez. U, n. 22373/2020, Valitutti, Rv. 659284-01** ha specificato che la disposizione si articola in due diverse previsioni – che, nelle varie fattispecie concrete, possono ricorrere singolarmente o cumulativamente – ma che sono accomunate dal comune denominatore costituito dall'essere entrambe violazioni del "dovere di riservatezza".

In particolare, la seconda delle violazioni succitate si connota per la violazione della riservatezza in relazione – non ad "atti del procedimento coperti da segreto", come la prima – bensì ad "affari" in corso di trattazione o già definiti, non più coperti dal segreto, sempre che la loro divulgazione sia "idonea a ledere indebitamente diritti altrui". La disposizione, come prefigurata dalla norma di riferimento, comporta, quindi, che l'illecito disciplinare in parola richiede due elementi costitutivi: 1) la violazione del dovere di riservatezza sugli "affari" in corso di trattazione o già definiti; 2) l'idoneità di tale violazione a ledere indebitamente diritti altrui.

Nella specie – relativa alla partecipazione, da parte del magistrato, a un film-documentario nel quale è stata ripercorsa l'intera vicenda di un delitto, alla quale aveva partecipato come pubblico ministero nel processo di primo grado, ancora in corso al momento delle riprese, filmato nel corso del quale è stato chiamato ad esporre e supportare le conclusioni accusatorie, in relazione ad un procedimento ancora non concluso in via definitiva – la S.C. ha ritenuto sussistente l'elemento della violazione del dovere di riservatezza sugli "affari" in corso di trattazione o già definiti, essendo la condotta del magistrato consistita nella divulgazione di notizie circa gli affari espletati nel processo e in corso di espletamento al momento delle riprese, e al contempo nella ricerca di pubblicità inerente alla propria attività di ufficio ed anche privata, in contrasto con la previsione dell'art. 6 del Codice etico. Tuttavia, ha ritenuto di escludere l'ulteriore presupposto dell'illecito disciplinare in esame, costituito dall'idoneità dell'accertata violazione del dovere di riservatezza a "ledere indebitamente diritti altrui", avendo la Sezione disciplinare motivatamente escluso che la partecipazione del magistrato al film-documentario si sia rivelata "concretamente, o anche solo astrattamente, idonea a compromettere l'interesse alla credibilità della funzione giudiziaria" – che peraltro è un interesse generale dello

Stato, non un diritto soggettivo di singoli – essendosi l'incolpato limitato a riprodurre in forma scenica le "modalità di ricostruzione dell'ipotesi accusatoria penale, quale poi effettivamente sottoposta al vaglio dell'autorità giudicante".

2.1.6. Il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati.

La condotta del magistrato, consistita nella partecipazione a un documentario divulgativo della vicenda di un procedimento penale, su invito del produttore, non integra di per sé l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. aa), del d.lgs. n. 109 del 2006, il quale richiede la preventiva costituzione e la successiva utilizzazione, da parte del magistrato medesimo, di canali informativi personali, riservati o privilegiati (**Sez. U, n. 22373/2020, Valitutti, Rv. 659284-02**).

Il sistema della responsabilità disciplinare del magistrato, prefigurato dal d.lgs. n. 109 del 2006, infatti, si basa sulla tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti assunte dal magistrato in contrasto con i doveri di cui al d.lgs. n. 109 del 2006, artt. 1 e 2, per cui l'accertamento della loro specifica violazione – essendo la valutazione del disvalore delle singole condotte compiuta ex ante dal legislatore – postula esclusivamente il confronto tra la fattispecie astratta e la condotta posta in essere dal magistrato, che deve essere pienamente conforme alla fattispecie tipizzata dell'illecito disciplinare contestato.

2.1.7. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sè o per altri.

Con riferimento alla condotta tipica dell'illecito di cui all'art. 3, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006 **Sez. U, n. 28382/2020, Acierno, Rv. 659868-01** ha evidenziato che la fattispecie richiede, quale elemento costitutivo, una condotta attiva caratterizzata dall'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti, per sé o per altri, consistente nell'adoperarsi, esplicitamente o implicitamente, nel raggiungimento dell'obiettivo coincidente con i detti vantaggi.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della Sezione disciplinare che aveva ritenuto integrato l'illecito in forza della condotta di non riprovazione e di "compiacimento" per l'assunzione della propria figlia intervenuta in considerazione della qualità professionale del magistrato e con l'obiettivo di influenzarlo nell'esercizio delle sue funzioni.

Per configurare l'abuso della qualità di magistrato non è peraltro necessaria la spendita esplicita della qualità di magistrato, quando questa è nota all'interlocutore, essendo piuttosto necessario l'uso strumentale di essa, posto in essere al di fuori

dall'esercizio delle funzioni, allo scopo di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri (**Sez. U, n. 10086/2020, Lombardo, Rv. 657685-04** che ha sottolineato come il CSM avesse spiegato come la qualità di magistrato dell'incolpato fosse ben nota alla parte, la quale esisteva un "pregresso rapporto di confidenza", seppure i rapporti tra i due erano stati "interrotti volutamente durante la pendenza del procedimento fallimentare", per poi riprendere subito dopo. Non occorreva, pertanto, e sarebbe stata del tutto superflua, la esplicita spendita della qualità di magistrato).

2.1.8. L'ottenimento di prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere coinvolti in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello, ovvero dai difensori di costoro.

Riguardo la configurazione dell'elemento materiale dell'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 24630/2020, Mercolino, Rv. 659451-02** ha evidenziato come non sia sufficiente il conseguimento del vantaggio da parte di un terzo in qualche modo legato al magistrato, occorrendo invece che il percettore sia proprio quest'ultimo, sia pure mediatamente.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della Sezione disciplinare del CSM, nella parte in cui aveva ritenuto integrato il detto elemento oggettivo in seguito alla stipulazione, tra il coniuge del magistrato e un soggetto indagato in un procedimento penale presso l'ufficio di sua appartenenza, di un vantaggioso contratto di consulenza, comportante l'erogazione di un vistoso compenso, senza verificare se da esso l'incolpato avesse tratto un personale beneficio.

2.1.9. Il divieto di iscrizione ai partiti politici.

L'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006 configura come illecito disciplinare due distinte fattispecie, alternative tra loro, costituite dalla "iscrizione a partiti politici" e dalla "partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici", entrambe lesive dell'immagine pubblica di imparzialità del magistrato e della indipendenza e del prestigio dell'ordine giudiziario (**Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-03**). Ai fini della configurabilità dell'illecito disciplinare, mentre la condotta della iscrizione, per la sua valenza di atto formale, che rivela di per sé una stabile e continuativa adesione del magistrato a un determinato partito politico, lo integra indipendentemente dal ricorso di particolari circostanze, la condotta della partecipazione a partiti politici, invece, costituisce illecito solo quando sia qualificabile secondo i parametri di cui alle clausole generali della "sistematicità" e della "continuatività"; con riguardo a tale fattispecie, è pertanto escluso ogni automatismo sanzionatorio, dovendo il CSM di volta in volta valutare se la

partecipazione del magistrato ad un partito politico assuma i caratteri richiesti dalla legge.

Il divieto per i magistrati di iscrizione ai partiti politici, che si ricava dall'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006, vale indistintamente per tutti, sia che svolgano funzioni giudiziarie sia che siano collocati in aspettativa e fuori dal ruolo organico della Magistratura per qualunque ragione, ivi compreso lo svolgimento di un mandato elettorale e/o amministrativo (**Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-04**).

Peraltro, il divieto di iscrizione ai partiti politici non è contraddetto dalla possibilità, per il magistrato eletto al Parlamento, di iscriversi ai "gruppi parlamentari", diversa essendo la natura giuridica di questi ultimi rispetto a quella dei partiti, atteso che, mentre i partiti politici sono associazioni private non riconosciute, i gruppi parlamentari hanno natura istituzionale, costituendo organi dell'istituzione elettiva necessari al suo funzionamento, tanto che l'iscrizione ad uno di essi (eventualmente al c.d. "gruppo misto") è obbligatoria in base ai regolamenti interni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e prescinde dall'iscrizione del parlamentare a un determinato partito politico (**Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-05**).

Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-02 ha inoltre escluso che l'illecito previsto dall'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006 possa essere integrato – immettendovi nozioni che la legge non prevede – dalla normativa interna statutaria dei partiti, la quale non costituisce fonte del diritto, ma, avendo gli stessi natura giuridica di associazioni private non riconosciute, costituisce mera espressione dell'autonomia privata.

Alla luce dell'attuale assetto normativo, è stata così ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006 in riferimento agli artt. 2, 3, 19, 48, comma 2, 49, 51, comma 1, e 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 9, 11 e 14 della CEDU, sollevata sull'assunto che il divieto di iscrizione e di partecipazione sistematica e continuativa ai partiti politici renderebbe più difficoltosa per il magistrato la possibilità di essere eletto, comprimerebbe il suo diritto di autodeterminazione nel campo della fede politica e violerebbe il principio di eguaglianza nell'accesso ai pubblici uffici e alle cariche elettive (**Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-07**).

Secondo apprezzamento compiuto, il diritto del magistrato di partecipare alla vita politica non è senza limitazioni nella Costituzione e deve essere bilanciato con la tutela di altri beni giuridici costituzionalmente protetti, quali il corretto esercizio della giurisdizione, il prestigio dell'ordine giudiziario e i principi di indipendenza e di imparzialità della Magistratura (artt. 101, 104, 108 Cost.), a tutela dei quali l'art. 98,

comma 3, Cost., conferisce espressamente al legislatore ordinario la facoltà di introdurre, per i magistrati, "limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici".

2.1.10. Gli illeciti disciplinari conseguenti al reato.

Sugli illeciti disciplinari di cui all'art. 4, lett. d), del d. lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 1719/2020, Lombardo, Rv. 656796-01** ha rilevato come le fattispecie conseguenti a reato determinino la lesione di beni giuridici diversi rispetto a quelli relativi all'osservanza dei doveri professionali, la cui lesione è posta a fondamento degli illeciti funzionali o extrafunzionali di cui agli artt. 2 e 3 del medesimo decreto. Rispetto a questi ultimi, gli illeciti disciplinari conseguenti a reato (d.lgs. n. 109 del 2006, art. 4) hanno una oggettività giuridica diversa e di gran lunga maggiore è la loro gravità, tanto che il medesimo d.lgs., art. 12, comma 5, prevede la sanzione massima della rimozione – da applicarsi obbligatoriamente e senza alcuna discrezionalità dell'organo disciplinare – nei confronti del magistrato che incorre nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici in seguito a condanna penale o che incorre in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa, ai sensi degli artt. 163 e 164 c.p. o per la quale sia intervenuto provvedimento di revoca della sospensione ai sensi dell'art. 168 c.p.

L'estinzione per prescrizione dell'illecito funzionale o extrafunzionale non può pertanto riverberarsi sull'illecito disciplinare conseguente a reato (nella specie, art. 4, lett. d), per il quale vige il diverso regime di prescrizione dettato dal d.lgs. n. 109 del 2006, art. 15, comma 8, lett. a).

2.1.11. Sanzioni disciplinari e rimozione del magistrato.

Sul piano delle sanzioni, **Sez. U, n. 18302/2020, Nazzicone, Rv. 658631-04** ha precisato che la sanzione della rimozione disciplinare del magistrato, oltre che al verificarsi di una delle tre fattispecie tipiche previste dall'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006, nel qual caso va disposta obbligatoriamente (nel caso in cui il magistrato: a) sia stato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'art. 3, comma 1, lett. "e"; b) incorra nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici in seguito a condanna penale; c) incorra in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia sospesa), può essere irrogata in ogni altra ipotesi in cui l'illecito abbia compromesso irrimediabilmente i valori connessi alla funzione giudiziaria e al prestigio personale del magistrato, anche in relazione allo *strepitus fori*, secondo l'apprezzamento di merito della Sezione disciplinare del CSM, insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logico-giuridici.

2.2. La condotta disciplinare irrilevante.

Sull'esimente della scarsa rilevanza del fatto di cui all'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, è stato confermato che l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante, da identificarsi in quella che, riguardata *ex post* e in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato, deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari; pertanto, nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 *bis*, il giudizio di "scarsa rilevanza del fatto" dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico "specifico" e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente in caso di esito negativo di entrambe le verifiche **(Sez. U, n. 29823/2020, Cosentino, Rv. 660013 - 02**; in senso conforme già Sez. U, n. 31058/2019, Vincenti, Rv. 656167-02).

In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha escluso la necessità di una verifica della sussistenza di un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, ai fini dell'accertamento della scarsa rilevanza del fatto al medesimo addebitato, in una fattispecie in cui tale scarsa rilevanza andava già esclusa per la gravità dell'offesa recata al bene giuridico specifico direttamente tutelato dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 109 del 2006, vale a dire, il buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale.

2.2. Il procedimento disciplinare. Diverse pronunce delle Sezioni Unite si sono concentrate sui profili procedurali**.**

In particolare, sulla decorrenza del termine annuale per l'esercizio dell'azione disciplinare è stato ribadito che detto termine (art. 15 del d.lgs. n. 109 del 2006) inizia a decorrere soltanto dall'acquisizione di una notizia "circostanziata" di un illecito disciplinare, ossia dalla conoscenza certa di tutti gli elementi costitutivi dello stesso, potendo solo da quel momento procedersi ad un'esauriente formulazione del capo di incolpazione **(Sez. U, n. 8906/2020, Lombardo, Rv. 657627-01**. Nella specie, la Procura generale presso la Corte di cassazione aveva avuto notizia circostanziata dei fatti contestati solo a seguito dell'acquisizione di un articolo di stampa pubblicato su un quotidiano e del ricevimento di un esposto e proprio grazie a quest'ultimo – molto particolareggiato – i fatti erano stati descritti in modo tale da consentire la formulazione del capo di incolpazione).

L'art. 15 del d.lgs. n. 109 del 2006 non attribuisce peraltro rilevanza alcuna al momento in cui di tale fatto siano venuti a conoscenza gli organi tenuti a darne

comunicazione al medesimo, ai sensi dell'art. 14, comma 4, dello stesso decreto, sia perché essa non determina quella conoscenza, neanche materiale (oltre che giuridica), degli stessi fatti anche per il titolare dell'azione disciplinare, sia perché il rilievo disciplinare di un fatto può essere stabilito unicamente dal titolare dell'afferente potere, essendo il relativo apprezzamento il risultato di un giudizio proprio ed esclusivo dello stesso (e non di altri), diverso, peraltro, e ben più pregnante, rispetto a quello concernente soltanto la rilevanza di quello stesso fatto ai fini dell'insorgenza del predetto obbligo di comunicazione. (**Sez. U, n. 2709/2020, Scrima, Rv. 657191-01** che ha ritenuto "notizia circostanziata", idonea ai fini della decorrenza del termine annuale, la ricezione, da parte del P.G. presso la Suprema Corte di cassazione, della notizia di reato inviatagli da un Procuratore della Repubblica unitamente alla copia di un esposto – con allegata visura camerale – volto a denunciare la titolarità, a nome dell'incolpato, di una impresa individuale con relativa partita IVA, stante la valenza probatoria del menzionato allegato).

Nel caso in cui si sia dinanzi a un illecito disciplinare del magistrato conseguente a reato, ai fini della decorrenza del termine annuale per l'esercizio dell'azione disciplinare non assume rilevanza l'iscrizione dell'incolpato nel registro degli indagati, atteso che il predetto termine decorre dal momento in cui il Ministro della giustizia o il Procuratore generale presso la Corte di cassazione abbiano avuto notizia "circostanziata" dell'illecito ovvero conoscenza certa di tutti gli elementi costitutivi dello stesso, e non dal momento in cui di esso siano venuti a conoscenza gli organi tenuti a darne comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare, spettando in via esclusiva a questi ultimi l'apprezzamento del rilievo disciplinare di un fatto, peraltro nell'ambito di un giudizio diverso e ben più pregnante di quello concernente soltanto la rilevanza di quello stesso fatto ai fini dell'insorgenza del predetto obbligo di comunicazione (**Sez. U, n. 5588/2020, Tria, Rv. 657203-01**).

Sull'estensibilità della disciplina del processo penale al procedimento disciplinare **Sez. U, n. 18303/2020, Tria, Rv. 658632-01** ha specificato che i richiami al codice di procedura penale contenuti nell'art. 16, comma 2 (per l'attività di indagine), e art. 18, comma 4 (per il dibattimento), del d.lgs. n. 109 del 2006 devono interpretarsi restrittivamente e solo nei limiti della compatibilità, dovendo applicarsi, per il resto, le regole del codice di procedura civile, sicché resta esclusa l'applicabilità dell'art. 311, comma 5 *bis*, c.p.p. (introdotto dall'art. 13, comma 1, della l. n. 47 del 2015), che stabilisce l'inefficacia della misura cautelare a causa dell'avvenuta deliberazione, in sede di giudizio di rinvio, oltre il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, trattandosi di disposizione riferibile esclusivamente alle misure cautelari personali adottate in sede penale, comportanti limitazioni più o meno incisive della libertà personale.

Nei procedimenti dinanzi alla Sezione disciplinare del CSM, peraltro, non trovano applicazione le regole di attribuzione della competenza per territorio dettate nell'art. 11 c.p.p., avuto riguardo all'unicità dell'organo giurisdizionale, che opera a livello nazionale (**Sez. U, n. 24631/2020, Virgilio, Rv. 659452-03**).

In merito alla presenza di procedimenti disciplinari diversi e sulla operatività del principio del *ne bis in idem* la S.C. ha sottolineato come la preclusione che discende da tale principio esclude che possa farsi luogo a un secondo giudizio quando nel primo si sia giudicato sul medesimo fatto storico-naturalistico, identificato sulla base della coincidenza di tutti gli elementi costitutivi (condotta, nesso causale ed evento), che costituisce oggetto della nuova contestazione (**Sez. U, n. 18302/2020, Nazzicone, Rv. 658631-01**).

Nella specie, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la sentenza assolutoria, pronunciata in favore di un pubblico ministero in ordine a fatti di mancata astensione nell'ambito di procedimenti penali trattati anteriormente ad una certa data, non precludesse un nuovo giudizio in relazione ad un episodio specifico della stessa natura, verificatosi nel medesimo periodo temporale ma non ricompreso nella precedente pronuncia, trattandosi di fatto che era stato oggetto di imputazione anche in sede penale, e per il quale l'originaria azione disciplinare era stata pertanto sospesa.

2.2.1. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale**.**

In tema di sospensione dei termini del procedimento disciplinare per esercizio di azione penale, la S.C. ha ritenuto che la disposizione di cui all'art. 15, comma 8, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006 – secondo cui il corso dei termini del procedimento disciplinare resta sospeso nel caso in cui per il medesimo fatto sia stata esercitata l'azione penale – non possa essere interpretata restrittivamente, come riferita unicamente all'identità tra i fatti oggetto dei due procedimenti, ma deve essere letta in senso più ampio, comprensivo della comune riferibilità degli stessi a una medesima vicenda storica, avuto riguardo all'esigenza, conforme alla *ratio* della norma in esame, di assicurare l'unitarietà del procedimento disciplinare e di evitare per quanto possibile che l'esercizio dell'azione penale per alcuni soltanto dei fatti complessivamente addebitati all'incolpato possa determinarne il frazionamento (**Sez. U, n. 24630/2020, Mercolino, Rv. 659451-01**).

Sulla presenza della comune riferibilità dei fatti oggetto dei due procedimenti a una "medesima vicenda storica" si è altresì espressa **Sez. U, n. 18302/2020, Nazzicone, Rv. 658631-02** che ha confermato la pronuncia della Sezione disciplinare del CSM che, ai fini dell'operatività della sospensione *ex lege* dei termini del procedimento disciplinare, aveva affermato la coincidenza della condotta di omessa astensione rilevante sotto tale profilo con l'identica condotta posta,

unitamente ad altre, a fondamento dell'imputazione penale, con cui era stato contestato al magistrato il reato di cui all'art. 323 c.p.

Ove il decorso dei termini del procedimento disciplinare sia restato sospeso a causa dell'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto, ai sensi dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. n. 109 del 2006, il giudice del merito, quando le parti abbiano sollecitato la verifica dell'eventuale estinzione del procedimento medesimo per illegittimità della disposta sospensione, è tenuto a verificare in concreto la sussistenza del presupposto della "medesimezza" del fatto, indagando sull'identità della vicenda storica dalla quale abbiano tratto origine il procedimento penale e quello disciplinare, che giustifica la necessaria sospensione del secondo in attesa della definizione del primo, tenendo conto che nelle due ipotesi i criteri di accertamento della responsabilità sono diversi in ragione della diversità del bene tutelato, e senza trascurare di considerare che un'eccessiva limitazione nell'applicazione dell'istituto della sospensione potrebbe determinare una frammentazione dei processi con effetti negativi sotto il profilo dell'economia processuale e dell'interesse dell'incolpato ad un processo unitario rispetto a fatti complessivamente addebitati e maturati in un unico contesto (**Sez. U, n. 9277/2020, Garri, Rv. 657659-01**).

2.2.2. Intercettazioni disposte in un processo penale**.**

Riguardo all'utilizzo all'interno del procedimento disciplinare delle intercettazioni disposte in un processo penale**,** è stato ribadito che le intercettazioni telefoniche o ambientali sono pienamente utilizzabili, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedimentali, non ostandovi i limiti di cui all'art. 270 c.p.p., riferibile ai soli procedimenti deputati all'accertamento delle responsabilità penali, nei quali si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-04**. In senso conforme, Sez. U, n. 14552/2017, Giusti, Rv. 644570-02). Ne consegue che, nel procedimento disciplinare, risulta irrilevante l'omessa trascrizione integrale delle intercettazioni suddette, essendo sufficiente anche quella riassuntiva, pur in assenza del consenso dell'incolpato, salva la specifica contestazione di quest'ultimo circa la sussistenza di qualche difformità rispetto ai supporti audio, quali bobine o cassette.

Nello stesso procedimento la S.C. si è pronunciata anche sulla questione riguardante l'utilizzabilità delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo mobile (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-03**)**.** In particolare, sono state ritenute utilizzabili intercettazioni effettuate in un procedimento penale, anteriormente al 1° gennaio 2020, con captatore informatico (cd. *trojan horse*) su dispositivo mobile nella vigenza e in conformità della disciplina

introdotta dall'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 (che ha parzialmente esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, conv., con modif., dalla l. n. 203 del 1991 ed integrato con d.l. n. 306 del 1992, conv., con modif., dalla l. n. 356 del 1992) e dall'art. 1, comma 3, della l. n. 3 del 2019 (la quale, abrogando il comma 2 dell'art. 6 del citato d.lgs. n. 216 del 2017, ha eliminato la restrizione dell'uso del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., così consentendo l'intercettazione in tali luoghi anche se non vi è motivo di ritenere che vi si stia svolgendo attività criminosa), atteso che la prima di tali norme, non rientrando tra quelle per le quali l'art. 9 del medesimo d.lgs. n. 216 del 2017 ha disposto il differimento dell'entrata in vigore, è efficace dal 26 gennaio 2018, mentre la seconda (a differenza di altre disposizioni della medesima legge per le quali il legislatore ha differito l'entrata in vigore al 1° gennaio 2020) è efficace dal decimoquinto giorno dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 16 gennaio 2019.

2.2.3. **Incompatibilità, astensione e ricusazione nel procedimento disciplinare. elettorale.**

Particolarmente significative sono le pronunce nelle quali le Sezioni Unite, in termini inediti, si sono trovate a misurarsi con le questioni legate ai temi dell'imparzialità e della composizione della Sezione disciplinare del CSM.

In particolare, è stato ritenuto che nell'ipotesi in cui, per effetto di astensione, ricusazione o dimissioni di consiglieri appartenenti alla categoria dei magistrati requirenti, il collegio non possa essere integrato da un supplente avente pari funzioni e sia necessario procedere a nuove elezioni, con i relativi tempi tecnici ed il conseguente blocco dell'attività disciplinare cui il Consiglio è tenuto ex art. 105 Cost., deve darsi un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6 della l. n. 195 del 1958, intendendo estensivamente il concetto di "supplente corrispondente", in modo da salvaguardare l'indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-02**).

Ne consegue che, in tale situazione, legittimamente il CSM può procedere alla sostituzione di un componente requirente, che sia stato ricusato, con un componente giudicante, atteso che l'unico limite va ravvisato nel fatto che la sostituzione non può avvenire con un componente laico se il ricusato è un togato, o viceversa, perché la Costituzione impone una determinata proporzione tra laici e togati e tale equilibrio non può essere alterato.

Qualora la ricusazione di più componenti della Sezione disciplinare del CSM renda impossibile al suo interno formare un collegio che rispetti l'indefettibile proporzione tra membri laici e membri togati, la competenza a decidere sulla relativa istanza spetta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, atteso che in difetto di una disposizione di legge che disciplini espressamente tale ipotesi o della concreta possibilità di estensione analogica di altra norma, la lacuna va colmata secondo i principi generali che regolano la materia della ricusazione del giudice, tra i quali vi è anche quello per cui la competenza a conoscerne è sempre attribuita o ad un collegio dello stesso ufficio o al giudice superiore (**Sez. U, n. 19893/2020, Manna, Rv. 658992-01**). Pertanto, ove la soluzione interna all'ufficio, disciplinata per il CSM dall'art. 6 della l. n. 195 del 1958, non sia realizzabile per mancanza di un numero sufficiente di giudici rispettoso della proporzione fra laici e togati, non resta che ricorrere all'altra, investendo della decisione il giudice superiore.

È tuttavia inammissibile la ricusazione rivolta contro tutti i componenti della Sezione disciplinare del CSM, poiché una tale istanza, coinvolgendo tutti i giudici in quanto e sol perché appartenenti al medesimo organo giurisdizionale, non lamenta un ipotetico difetto di imparzialità (che per sua natura riguarda la persona del singolo giudice), ma un eventuale difetto di terzietà dell'organo decidente, vale a dire un difetto non rimediabile con lo strumento processuale della ricusazione che presuppone l'esatta identificazione fisica del giudice ricusato (**Sez. U, n. 19893/2020, Manna, Rv. 658992-04**).

Sulla possibilità che un giudice supplente, già destinatario di precedente istanza di ricusazione, giudichi sulla ricusazione del giudice titolare, è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della l. n. 195 del 1958 nella parte in cui consente tale possibilità, non potendosi promuovere un incidente di legittimità costituzionale quando un ipotetico accoglimento della relativa questione sia tale da produrre un esito in sé manifestamente contrario alla Costituzione, cioè la paralisi dell'esercizio del potere disciplinare in capo al CSM (**Sez. U, n. 19893/2020, Manna, Rv. 658992-03**). Ove, infatti, si considerasse ostativa la mera circostanza di essere stato destinatario d'una precedente analoga istanza di ricusazione, né i componenti supplenti né i loro omologhi titolari potrebbero mai concorrere a decidere gli uni della ricusazione degli altri sicché, esauriti i membri titolari e quelli supplenti, non sarebbe più possibile costituire un collegio giudicante sulla ricusazione rispettoso della proporzione prevista dalla Costituzione.

È stato altresì ritenuto che non sia percorribile la strada dell'incidente di legittimità costituzionale per colmare, con sentenza additiva della Corte costituzionale, l'assenza d'una norma che espressamente individui il giudice della ricusazione di membri della Sezione disciplinare quando all'interno del Consiglio non sia possibile formare un collegio che rispetti la proporzione tra membri laici e membri

togati, difettando il presupposto di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, attesa l'esistenza di differenti soluzioni che il legislatore, nell'ampia sua discrezionalità, ben potrebbe individuare per realizzare la terzietà del giudice in sede di decisione sull'istanza di ricusazione (**Sez. U, n. 19893/2020, Manna, Rv. 658992-02**)

Sul piano delle fattispecie, la S.C. ha evidenziato come la mera indicazione come testimone di un componente della Sezione disciplinare non determina quell'incompatibilità tra l'ufficio di testimone e quello di giudice prevista dall'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c., poiché altrimenti si verificherebbe un insolubile corto circuito per cui ogni parte di qualsiasi processo potrebbe potestativamente determinare *ad libitum* tale incompatibilità e paralizzare all'infinito il processo dal quale (e non nel quale) voglia difendersi, con conseguente violazione degli artt. 24, comma 1, e 111, comma 2, Cost. (**Sez. U, n. 19893/2020, Manna, Rv. 658992-05**).

È stato inoltre ribadito che le ordinanze della Sezione disciplinare del CSM che decidono sulle istanze di ricusazione non sono impugnabili con il ricorso per cassazione, atteso che il richiamo alla disciplina delle impugnazioni prevista dalle norme processuali penali, contenuto nell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, postula l'applicabilità al procedimento disciplinare delle norme processualpenalistiche "in quanto compatibili" (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-01** che conferma l'orientamento espresso da Sez. U, n. 15969/2009, Nappi, Rv. 608896-01). In tale contesto non può ritenersi compatibile con il sistema disciplinare la disposizione che stabilisce l'immediata ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità della ricusazione nell'ambito del codice di procedura penale (art. 41 c.p.p.) poiché il sistema delle impugnazioni in sede disciplinare, delineato dall'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, è limitato tassativamente alle sentenze e alle ordinanze cautelari, salva la possibilità di far valere la nullità degli atti e delle decisioni assunte con la partecipazione del magistrato ritenuto incompatibile in sede di impugnazione della decisione definitiva.

2.2.4. Il **giudizio di impugnazione e sindacato di legittimità.**

Sull'operatività delle norme del rito penale nella fase introduttiva del giudizio di legittimità, secondo il disposto dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, al giudizio di impugnazione, si applica la disciplina del processo penale con riguardo alla fase introduttiva di proposizione del ricorso, che comprende l'individuazione dei soggetti ammessi a proporlo, le modalità di presentazione dello stesso e gli adempimenti successivi a cura della cancelleria del giudice *a quo*, restando, di conseguenza, esclusa la disciplina del processo civile, che pone invece a carico del ricorrente l'onere della notificazione dell'impugnazione alle controparti e del suo deposito e, specularmente,

a carico di queste ultime quello della notificazione e del deposito del controricorso (**Sez. U, n. 24631/2020, Virgilio, Rv. 659452-01**). Non trova, pertanto, applicazione l'art. 370 c.p.c., che onera la controparte a proporre il controricorso, essendo il suo diritto di difesa garantito dall'obbligo di comunicazione dell'udienza di discussione e dalla facoltà della stessa di presentare memorie e di partecipare all'udienza.

Sul sindacato della Corte di cassazione sulla pronuncia del giudice di rinvio, in caso di ricorso per violazione della precedente statuizione di annullamento, il sindacato della S.C. si risolve nel controllo dei poteri propri del suddetto giudice, poteri che, nell'ipotesi di rinvio per vizio di motivazione, si estendono non solo alla libera valutazione dei fatti già accertati, ma anche alla indagine su altri fatti, con il solo limite del divieto di fondare la decisione sugli stessi elementi già censurati del provvedimento impugnato e con la preclusione rispetto ai fatti che il principio di diritto eventualmente enunciato presuppone come pacifici o accertati definitivamente (**Sez. U, n. 18303/2020, Tria, Rv. 658632-02**).

La S.C., nella specie, ha respinto il ricorso avverso l'ordinanza con cui la Sezione disciplinare del CSM, in sede di rinvio, aveva confermato l'applicazione della misura cautelare della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio facendo riferimento anche a fatti ulteriori, considerati analoghi e in continuazione con quelli oggetto del procedimento disciplinare, con ampia e approfondita valutazione in coerenza con la sentenza rescindente.

Sul rapporto di continenza tra fatto contestato e fatto ritenuto nel provvedimento decisorio, allorquando esista un "rapporto di continenza", nel senso che gli elementi costituenti il fatto ritenuto sono tutti inclusi tra gli elementi costituenti il fatto contestato, **Sez. U, n. 10086/2020, Lombardo, Rv. 657685-01** ha escluso che sia configurabile la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza e legittimamente il CSM può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto.

2.2.5. La Revocazione.

Le Sezioni Unite hanno escluso l'ammissibilità dell'impugnazione dei provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM per revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c., atteso che gli artt. 24 e 25 del d.lgs. n. 109 del 2006 delineano un sistema completo e autosufficiente di impugnazione delle sentenze disciplinari, che mutua le forme del processo penale, il quale non prevede lo strumento della revocazione, ma quello che si attiva con l'istanza di revisione (**Sez. U, n. 1610/2020, Perrino, Rv. 656661-01**).

Riguardo all'impugnazione con ricorso straordinario o per revocazione dei provvedimenti emessi dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, **Sez. U, n. 6074/2020, Mercolino, Rv. 657219-01** ha chiarito che l'art. 24 del d. lgs. n. 109 del

2006, nel dichiarare applicabili, ai fini del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM, i termini e le forme previsti dal codice di procedura penale, si riferisce alla sola impugnazione delle decisioni adottate dalla predetta Sezione, sicché tale disciplina non può essere estesa ai ricorsi proposti avverso le sentenze e le ordinanze emesse, in sede di impugnazione, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Ne consegue che queste ultime non possono essere impugnate personalmente dall'incolpato e mediante deposito del ricorso in cancelleria, risultando invece necessarie sia la rappresentanza di un difensore iscritto nell'albo degli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi alle magistrature superiori, munito di procura speciale, sia la notificazione del ricorso al Ministero della giustizia e alla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione. Tali modalità devono essere osservate per la proposizione non solo del ricorso straordinario ma anche di quello per revocazione, che, al pari degli altri mezzi di impugnazione, resta assoggettato alle forme previste dal codice di procedura civile.

Sulla mancata estensione alla revocazione delle forme prescritte per il ricorso in cassazione, **Sez. U, n. 6074/2020, Mercolino, Rv. 657219-02** ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per asserita violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. – dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006 e dell'art. 391 *bis* c.p.c. Secondo apprezzamento compiuto, nell'ambito del sistema cd. "bifasico", introdotto dal citato art. 24 per l'instaurazione e la decisione del giudizio di legittimità in materia disciplinare, l'assoggettamento del ricorso alle forme e ai termini previsti dal codice di procedura penale trova giustificazione nella duplice esigenza di accelerare la fase introduttiva e di assicurare la compatibilità dei motivi di gravame con la disciplina di un procedimento che, nel grado di merito, è regolato dalle norme del medesimo codice, in quanto compatibili, mentre l'applicabilità del rito civile, nella fase decisoria, coerentemente con l'attribuzione della competenza alle Sezioni Unite civili, consegue alla cessazione delle predette esigenze in sede di impugnazione delle relative pronunce, il cui oggetto, costituito da sanzioni ritenute tradizionalmente estranee alla materia penale, consente di ritenere ragionevole l'esclusione dell'ulteriore operatività delle forme prescritte dalla norma censurata.

2.2.6. La **revisione.**

La revisione della sentenza disciplinare del CSM per effetto dei nuovi elementi di prova descritti dall'art. 25, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 109 del 2006, postula che il giudice adito si confronti necessariamente con il contenuto della statuizione impugnata per verificare se la sopravvenienza del fatto nuovo risulti rilevante alla stregua del quadro istruttorio e dell'impianto decisorio della stessa, altrimenti

finendosi per consentire a quel giudice di rinnovare completamente le valutazioni ivi espresse e di rimettere in discussione, ben oltre i limiti sanciti dalla norma, una decisione ormai irrevocabile (**Sez. U, n. 27412/2020, Conti, Rv. 659611-01**).

Nella specie, in relazione a un'ipotesi in cui l'incolpato, condannato per la violazione di cui all'art.4, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, aveva dedotto, a sostegno dell'istanza di revisione, l'assenza di ripercussione in ambito locale o nazionale della vicenda oggetto del procedimento disciplinare, la S.C. ha confermato l'ordinanza di inammissibilità dell'istanza medesima, emessa dalla Sezione disciplinare, sul rilievo che gli elementi nuovi addotti dall'incolpato risultavano irrilevanti rispetto alla configurazione dell'illecito contestato, calibrato sulla mera idoneità della condotta a ledere l'immagine del magistrato.

2.3. Le misure cautelari.

In presenza della richiesta di applicazione di misure cautelari *ex* art. 22 del d.lgs. n. 109 del 2006, il giudice non è tenuto al completo accertamento della sussistenza degli addebiti (che è riservato al giudizio di merito sull'illecito) ma deve valutare, oltre alla rilevanza disciplinare dei fatti contestati astrattamente considerati e della possibile sussistenza degli stessi, anche la loro oggettiva gravità e la loro compatibilità con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali in assoluto o nel distretto ove erano state esercitate in precedenza, dipendendo da tali valutazioni – in applicazione del criterio di gradualità quale precipitato del principio generale di proporzionalità posto dal codice di procedura penale (art. 275, commi 1 e 2, c.p.p.) – l'irrogazione della misura della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio o quella del trasferimento provvisorio in altro distretto (**Sez. U, n. 741/2020, Sambito, Rv. 656792-06**).

Tra il rinvio a giudizio dell'incolpato disposto in sede penale per un delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, e il provvedimento di sospensione cautelare facoltativa, *ex* art. 22 del d.lgs. n. 109 del 2006, non sussiste rapporto di automatismo – nel senso che al giudice disciplinare sia consentito, ai fini dell'adozione della misura cautelare, un mero richiamo alla gravità dell'ipotesi accusatoria astrattamente considerata – bensì una correlazione dinamica, per effetto della quale il giudice disciplinare, al fine di rispettare i principi di adeguatezza e proporzionalità delle misure, deve prendere autonoma cognizione, sia pure allo stato degli atti, delle contrapposte tesi delle parti (e degli elementi che in concreto le supportino) in ordine alla possibile colpevolezza dell'indagato, fondando il proprio convincimento su tale base e dandone riscontro nella motivazione del provvedimento (**Sez. U, n. 5588/2020, Tria, Rv. 657203-02**).

A fronte dell'istanza con la quale l'incolpato ha chiesto la revoca della misura della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio, applicata ai

sensi dell'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2006, legittimamente il CSM, anche in assenza di espressa richiesta dei titolari dell'azione disciplinare, anziché accogliere l'istanza, può sostituire la detta misura con quella meno gravosa del trasferimento provvisorio ad altro ufficio di un distretto limitrofo, prevista dal medesimo art. 22, in quanto tale sostituzione *in melius* non costituisce una nuova iniziativa cautelare nei confronti dell'incolpato ma si risolve nell'accoglimento parziale dell'istanza di revoca dallo stesso avanzata (**Sez. U, n. 10086/2020, Lombardo, Rv. 657685-03**), in relazione alla quale non è necessaria la richiesta del P.M. ma è sufficiente sentirne il parere, obbligatorio e non vincolante (**Sez. U, n. 10086/2020, Lombardo, Rv. 657685-02**).

In sede di impugnazione, la mancata decisione, da parte delle Sezioni unite della Corte di cassazione nel termine di sei mesi dalla data di proposizione del ricorso, previsto dall'art. 24, comma 2, del d.lgs. n. 109 del 2006, non determina la sopravvenuta inefficacia della misura cautelare del trasferimento ad altra sede o della destinazione ad altre funzioni eventualmente disposta, a carico dell'incolpato, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del medesimo decreto legislativo (**Sez. U, n. 21432/2020, Stalla, Rv. 659036-01**).

Per un verso, la fase di legittimità del giudizio disciplinare è esclusa dal regime estintivo-decadenziale contemplato dall'art. 15 del predetto decreto legislativo e che, per l'altro, il carattere speciale della disciplina del relativo procedimento si traduce, sul piano sostanziale, nell'applicazione di sanzioni che non hanno natura penale ma amministrativa e, sul piano processuale, nell'operatività - salvo che per la fase strettamente introduttiva e di instaurazione del contraddittorio nel giudizio di legittimità - della disciplina dettata dal codice di procedura civile. Ne consegue, secondo le Sezioni Unite, che non è evocabile un effetto estintivo della misura cautelare in analogia a quanto espressamente previsto dall'art. 309, comma 10, c.p.p., per la tardiva decisione del tribunale investito del riesame di misure coercitive nel procedimento cautelare penale.

La Corte giunge altresì ad escludere che la mancata previsione di tale effetto possa suscitare fondati dubbi di legittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, per contrasto con gli art. 3, 24 e 111 Cost., dovendosi ritenere rispondente al non arbitrario esercizio di una tipica discrezionalità legislativa la valutazione che la stringente scansione temporale decadenziale di cui al precedente art. 15 fosse bastevole a stabilire un congruo punto di equilibrio tra l'interesse dello Stato al completo e ponderato accertamento della responsabilità e l'interesse dell'incolpato a non vedersi sottoposto *sine die* a giudizio disciplinare.

2.3.1. Il trasferimento d'ufficio.

È stato confermato che nel disporre il trasferimento quale misura cautelare, la Sezione disciplinare del CSM può individuare la sede e le funzioni dell'ufficio di destinazione del magistrato (**Sez. U, n. 9277/2020, Garri, Rv. 657659-02**. In senso conforme, Sez. U, n. 2804/2018, D'Antonio, Rv. 647162-01), poiché la natura e lo scopo della misura cautelare impongono una celere definizione, risultando intrinsecamente contraddittorio un sistema che vedesse "diviso", con diverse attribuzioni di competenze, il potere cautelare di trasferimento e quello di indicazione della sede e delle funzioni. Tuttavia, la scelta di destinare il magistrato a un ufficio limitrofo, restringendo l'ambito delle funzioni da assegnare solo a quelle radicalmente diverse dalle precedenti, deve essere oggetto di specifica motivazione, tanto più nell'ipotesi in cui (come nella specie) risulti dagli atti che lo stesso procuratore generale, pur avendo richiesto l'allontanamento del magistrato dalla sede in cui prestava servizio all'epoca dei fatti contestatigli in sede disciplinare, non aveva invece invocato la sua destinazione a funzioni diverse da quelle originariamente rivestite.

Riguardo al rapporto tra il trasferimento per incompatibilità ambientale *ex* art. 2 del r.d. n. 511 del 1946 e il trasferimento d'ufficio ex art. 13, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 24631/2020, Virgilio, Rv. 659452-02** ha confermato la possibilità di disporre il cumulo dei due procedimenti per i medesimi fatti, nell'ipotesi in cui al magistrato già sottoposto al procedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale, siano applicate, per i medesimi fatti, la sanzione accessoria o la misura cautelare del trasferimento d'ufficio, in relazione a procedimenti relativi ad illeciti disciplinari (in precedenza, in senso conforme, Sez. U, n. 29833/2019, Lamorgese, Rv. 656065-04). Secondo l'apprezzamento compiuto, deve escludersi la configurabilità di un *bis in idem* – sia di diritto convenzionale, sia di diritto unionale sia di diritto interno – in ragione dell'ontologica diversità dei presupposti e delle finalità dei due istituti, atteso che il primo, a differenza del secondo, si fonda sull'accertamento di situazioni oggettivamente lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, a prescindere da ogni indagine o valutazione relative a profili soggettivi di responsabilità e non ha, pertanto, funzione sanzionatoria, esulando da esso ogni sindacato di colpevolezza o "riprovevolezza" del comportamento dell'interessato.

2.3.2. La misura cautelare della sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio.

L'adozione della misura cautelare della sospensione di un magistrato dalle funzioni e dallo stipendio, ai sensi degli artt. 21 e 22 del d.lgs. n. 109 del 2006, non concretando l'irrogazione di una sanzione disciplinare, non richiede un completo

accertamento in ordine alla sussistenza degli addebiti – riservato al giudizio di merito sull'illecito disciplinare –, ma presuppone comunque una valutazione circa la rilevanza dei fatti contestati, astrattamente considerati, e la delibazione della possibile sussistenza degli stessi (**Sez. U, n. 1719/2020, Lombardo, Rv. 656796-02**).

Nella specie – relativa a procedimento disciplinare per fatti integranti reato – la S.C. ha cassato con rinvio l'ordinanza con la quale il giudice disciplinare aveva comminato la misura cautelare, limitandosi a richiamare la sentenza penale di primo grado di condanna dell'incolpato, senza compiere un'autonoma delibazione dei fatti contestati ai fini della verifica della sussistenza del *fumus boni iuris*.

Nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati, alla misura cautelare della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio non si applica il limite massimo quinquennale di durata, previsto in via generale dall'art. 9, comma 2, della l. n. 19 del 1990 per la sospensione cautelare dei pubblici dipendenti, atteso che la specificità dello *status* del magistrato e delle relative funzioni richiede, anche nella fase cautelare, una disciplina più rigorosa rispetto a quella dettata per gli altri pubblici impiegati, essendo necessario tutelare, soprattutto, il dovere e l'immagine di imparzialità e la connessa esigenza di credibilità nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, e considerato altresì che l'art. 23, comma 2, del d.lgs n. 109 del 2006 – con norma di chiusura avente finalità analoga a quella di cui al citato art. 9, comma 2, della l. n. 19 del 1990 – collega la cessazione di diritto degli effetti della sospensione cautelare alla "definitività" della pronuncia della Sezione disciplinare conclusiva del procedimento (**Sez. U, n. 15196/2020, Giusti, Rv. 658335-01**).

La sospensione cautelare obbligatoria dalle funzioni e dallo stipendio per adozione di misura cautelare personale penale, prevista dall'art. 21 del d.lgs. n.109 del 2006, è soggetta a revoca facoltativa, non già obbligatoria, quando tale misura sia cessata per motivi diversi dalla mancanza dei gravi indizi di colpevolezza, nel qual caso l'esercizio del potere di revoca è identico a quello concernente la sospensione facoltativa, prevista dal successivo art. 22, ovvero ha natura discrezionale (**Sez. U, n. 15196/2020, Giusti, Rv. 658335-02**).

In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato l'ordinanza della Sezione disciplinare del CSM che aveva rigettato l'istanza di revoca della sospensione cautelare, sul duplice rilievo che il processo penale si era concluso in primo grado con la condanna dell'incolpato per i gravi reati di cui agli artt.81, 317, 319, 378 e 629 c.p., e che tale condanna, mentre per un verso rafforzava le esigenze cautelari, per altro verso comportava, di per sé, grave menomazione del prestigio dell'ordine giudiziario, così legittimando la persistenza della misura.

3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.

Riguardo alla responsabilità disciplinare degli avvocati, vanno richiamate le pronunce delle Sezioni Unite sulle fattispecie di illecito, sul regime giuridico della prescrizione, nonché su taluni profili procedurali.

3.1. Gli illeciti disciplinari.

Sulle fattispecie di illecito**, Sez. U, n. 7761/2020, Bisogni, Rv. 657526-02** ha ritenuto che costituisce violazione dell'art. 55 del codice deontologico forense l'assunzione e l'esercizio dell'incarico di componente di un collegio arbitrale in situazione di incompatibilità (nella specie, in quanto professionista associato del difensore di una delle parti), a nulla rilevando la mancata contestazione della circostanza nel corso del procedimento arbitrale, per essere il divieto di assunzione sancito da tale norma volto a tutelare il profilo deontologico dell'avvocatura garantendo l'indipendenza e l'imparzialità del collegio arbitrale in quanto tale, a prescindere dalla correttezza dello svolgimento del mandato.

3.2. Il regime giuridico della prescrizione.

In tema di prescrizione dell'azione disciplinare, di cui all'art. 51 del r.d.l. n. 1578 del 1933, recante l'ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore, occorre distinguere il caso, previsto dall'art. 38, in cui il procedimento disciplinare tragga origine da fatti punibili solo in tale sede, in quanto violino esclusivamente i doveri di probità, correttezza e dirittura professionale, dal caso, previsto dall'art. 44, in cui il procedimento disciplinare abbia luogo per fatti costituenti anche reato e per i quali sia stata iniziata l'azione penale (**Sez. U, n. 1609/2020, Perrino, Rv. 656708-01**; in conformità, Sez. U, n. 10071 del 2011 Rv. 617009-01).

Nel primo caso, in cui l'azione disciplinare è collegata a ipotesi generiche ed a fatti anche atipici, il termine prescrizionale comincia a decorrere dalla commissione del fatto; nel secondo, invece, l'azione disciplinare essendo collegata al fatto storico di una pronuncia penale che non sia di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, ha come oggetto lo stesso fatto per il quale è stata formulata una imputazione, ha natura obbligatoria e non può essere iniziata prima che se ne sia verificato il presupposto, con la conseguenza che la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto di punire può essere esercitato, e cioè dal passaggio in giudicato della sentenza penale, costituente un fatto esterno alla condotta.

L'interruzione del termine quinquennale di prescrizione dell'azione disciplinare nei confronti degli avvocati, decorrente dalla data di realizzazione dell'illecito (o dalla

cessazione della sua permanenza), è diversamente disciplinata nei due distinti procedimenti in cui si articola il giudizio disciplinare: nel procedimento amministrativo dinanzi al Consiglio dell'Ordine la prescrizione è soggetta a interruzione con effetti istantanei in conseguenza dell'atto di apertura del procedimento ed anche di tutti gli atti procedimentali di natura propulsiva o probatoria o decisoria; nella fase giurisdizionale davanti al Consiglio nazionale forense opera, invece, il principio dell'effetto interruttivo permanente, di cui al combinato disposto degli artt. 2943 e 2945, comma 2, c.c., effetto che si protrae durante tutto il corso del giudizio e nelle eventuali fasi successive dell'impugnazione innanzi alle Sezioni Unite e del giudizio di rinvio fino al passaggio in giudicato della sentenza (**Sez. U, n. 7761/2020, Bisogni, Rv. 657526-01**. In senso conforme, Sez. U, n. 5072/2003, Di Nanni, Rv. 561724-01).

Riguardo alla mancata restituzione di una somma contante versata dal cliente al legale in deposito fiduciario, è stata riconosciuta la natura di illecito permanente, in relazione al quale il momento in cui cessa la permanenza coincide con quello dell'indebita appropriazione e cioè con il momento in cui il professionista, sollecitato alla restituzione, nega il diritto del cliente sulla somma affermando il proprio diritto di trattenerla, a cui è equiparabile la negazione di averla ricevuta, sicché è da tale momento che inizia a decorrere il termine di prescrizione dell'illecito, in applicazione analogica dell'art. 158 c.p. (**Sez. U, n. 14233/2020, Valitutti, Rv. 658194-01**).

Le sanzioni disciplinari contenute nel codice deontologico forense hanno natura amministrativa sicché, con riferimento al regime giuridico della prescrizione, non è applicabile lo *jus superveniens*, ove più favorevole all'incolpato (**Sez. U, n. 23746/2020, Garri, Rv. 659288-01**). Ne consegue che il punto di riferimento per l'individuazione del regime della prescrizione dell'azione disciplinare è e resta la commissione del fatto o la cessazione della sua permanenza ed è a quel momento, quindi, che si deve avere riguardo per stabilire la legge applicabile.

3.3. Il procedimento disciplinare.

Nel procedimento disciplinare a carico degli avvocati trovano applicazione, quanto alla procedura, le norme particolari che, per ogni singolo istituto, sono dettate dalla legge professionale e, in mancanza, quelle del codice di procedura civile, con la conseguenza che, secondo il principio costantemente ribadito per quel rito, è insindacabile in sede di legittimità la decisione sulla riunione dei procedimenti, essendo tale scelta rimessa alla valutazione discrezionale del giudice (**Sez. U, n. 24896/2020, Crucitti, Rv. 659709-01**).

Le norme del codice di procedura penale si applicano soltanto nelle ipotesi in cui la legge professionale vi faccia espresso rinvio, ovvero allorché sorga la necessità di

applicare istituti che hanno il loro regolamento esclusivamente nel codice di procedura penale (**Sez. U, n. 412/2020, Frasca, Rv. 656658-01**). In applicazione di tale principio, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso ex art. 28, comma 1, lett. a), c.p.p., per denuncia di conflitto tra il Collegio Distrettuale di Disciplina, quale giudice speciale comminante una sanzione disciplinare ad un avvocato, e il giudice ordinario della controversia in relazione alla quale era stato commesso l'illecito disciplinare.

Il procedimento disciplinare di primo grado, svoltosi innanzi ai Consiglio dell'ordine, ha sì natura amministrativa, ma speciale, in quanto disciplinato specificamente dalle norme dell'Ordinamento forense, che non contengono termini perentori per l'inizio, lo svolgimento e la definizione del procedimento stesso all'infuori di quelli posti a tutela del diritto di difesa, nonché di quello di prescrizione dell'azione disciplinare; ne consegue che in tale procedimento non trovano applicazione gli artt. 24 Cost. e 6 CEDU in tema di ragionevole durata del processo, né l'art. 2 della l. n. 241 del 1990 sulla durata del procedimento amministrativo, giacché la mancata previsione di un termine finale del procedimento disciplinare è coessenziale al fatto che esso debba avere una durata sufficiente per consentire all'incolpato di sviluppare compiutamente la propria difesa (**Sez. U, n. 23593/2020, Carrato, Rv. 659286-01**).

Con riferimento al diritto di difesa, la partecipazione del difensore designato all'udienza innanzi al Consiglio dell'ordine costituisce una libera scelta di quest'ultimo, per cui, per comportare una lesione del diritto di difesa, la mancata partecipazione deve essere determinata da un impedimento reale, che presenti, cioè, caratteristiche tali da non risolversi in una mera difficoltà (**Sez. U, n. 5596/2020, Scoditti, Rv. 657205-01**).

Riguardo ai requisiti di forma delle decisioni dei Consigli degli ordini, le stesse debbono essere sottoscritte dal Presidente e dal segretario che hanno partecipato alla seduta, la cui data risulta nel corpo della decisione ed è per questo irrilevante il cambiamento della composizione del consiglio stesso al momento della pubblicazione della decisione (**Sez. U, n. 28386/2020, D'Antonio, Rv.** In senso conforme, Sez. U, n. 22516/2016, Petitti, Rv. 641531-01).

Sez. U, n. 23593/2020, Carrato, Rv. 659286-02 si è invece pronunciata sul valore da attribuire all'intervenuta transazione, nel corso del procedimento, tra l'incolpato e il suo assistito, qualora il procedimento disciplinare nei confronti dell'avvocato abbia avuto origine da un esposto del cliente. Secondo l'apprezzamento compiuto, la transazione della giunta non può influire sul corso del procedimento stesso, comportandone la possibile interruzione o estinzione, poiché l'esercizio del potere disciplinare è previsto a tutela di un interesse pubblicistico, come tale non rientrante nella disponibilità delle parti, rimanendo perciò intatto, per l'organo

disciplinare, il potere di accertamento della responsabilità del professionista per gli illeciti a lui legittimamente contestati.

3.3.1. **Il giudizio disciplinare dinanzi al Consiglio Nazionale Forense.**

Nel giudizio disciplinare dinanzi al CNF, l'incolpato ha diritto a ottenere il rinvio dell'udienza in presenza di una situazione di legittimo impedimento a comparire ai sensi dell'art. 420-*ter* c.p.p., tale dovendosi, però, considerare solo un impedimento assoluto a comparire e non una qualsiasi situazione di difficoltà (**Sez. U, n. 24377/2020, Garri, Rv. 659457-01**, che conferma l'indirizzo precedente già espresso da Sez. U, n. 1715/2013, Rordorf, Rv. 624766-01).

In applicazione di tale principio, la S.C., respingendo l'impugnazione, ha confermato la decisione del CNF che aveva motivatamente respinto la richiesta di differimento, avendo verificato, sulla base di specifici protocolli scientifici, che la certificazione medica era priva dell'attestazione anche solo di uno dei sintomi del carattere acuto della patologia rappresentata dall'incolpato.

3.3.2. **Il giudizio di impugnazione.**

Riguardo ai profili dell'impugnazione, il termine di trenta giorni per ricorrere avverso la sentenza del CNF, ai sensi dell'art. 36, commi 4 e 6, della l. n. 247 del 2012, in deroga al combinato disposto degli artt. 285 e 170 c.p.c., decorre dalla notifica della stessa a richiesta d'ufficio eseguita nei confronti dell'interessato personalmente, considerato che non ricorre qui la *ratio* della regola generale della necessità della notifica al difensore, in quanto il soggetto sottoposto a procedimento disciplinare è un professionista il quale è in condizione di valutare autonomamente gli effetti della notifica della decisione, dovendosi, peraltro, eseguire la notificazione alla parte presso l'avvocato domiciliatario, secondo le regole ordinarie, e non direttamente alla parte, le volte in cui il professionista incolpato decida di non difendersi personalmente ma di farsi assistere da un altro avvocato, eleggendo domicilio presso il medesimo o presso un terzo avvocato (**Sez. U, n. 27773/2020, Giusti, Rv. 659663-01**).

In materia di procedimenti disciplinari a carico degli avvocati, il CNF, nel confermare la sentenza di primo grado, quanto al giudizio di colpevolezza dell'incolpato, può integrare la motivazione di prime cure, anche d'ufficio, senza violare il principio del contraddittorio purché essa sia radicata nelle risultanze acquisite al processo e contenuta entro i limiti del *devolutum*, quali risultanti dall'atto di impugnazione (**Sez. U, n. 28176/2020, Scrima, Rv. 659866-01**).

Nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva esplicitato la "scarna" motivazione *per relationem* di prime cure, facente proprie argomentazioni del Tribunale penale a sostegno della condanna, in ragione del compendio istruttorio

penale ritualmente acquisito al processo disciplinare – sostenuto da una duplice delibazione di merito conforme – e non confutato da richieste istruttorie dell'incolpato.

Ai sensi del regolamento n. 2 del 2014 del CNF, applicabile *ratione temporis*, i fatti di rilevanza disciplinare ascritti all'incolpato devono essere sufficientemente riportati, con l'indicazione delle norme violate, ma ciò non è ostativo alla configurabilità della contestazione implicita della recidiva, allorquando emerga dal contenuto della descrizione degli addebiti (**Sez. U, n. 2506/2020, Carrato, Rv. 656950-01**).

Nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la decisione del CNF che aveva considerato la rilevanza di altri pregiudizi disciplinari attinenti a simili infrazioni, sulla scorta della complessiva rappresentazione delle vicende disciplinari coinvolgenti l'avvocato.

La determinazione della sanzione adeguata costituisce tipico apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità (**Sez. U, n. 1609/2020, Perrino, Rv. 656708-02**).

4. La responsabilità disciplinare dei notai.

In materia di responsabilità disciplinare dei notai, si segnalano alcune pronunce rese sulle fattispecie di illecito, in tema di procedimento disciplinare e di determinazione della sanzione.

4.1. Gli illeciti disciplinari.

Sul piano sostanziale**, Sez. 2, n. 16519/2020, Tedesco, Rv. 658682-01**, in tema di trasferimento di diritti reali non di garanzia su immobili**,** ha ritenuto che il notaio che riceve un tale atto privo delle menzioni di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, della l. n. 52 del 1985, incorre nel divieto di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge", *ex* art. 28, comma 1, n. 1, della l. n. 89 del 1913 e sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2, della medesima legge. La norma, invero, è violata nel momento stesso della redazione dell'atto nullo, senza che possano spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi predisposti dal legislatore per conservare l'atto ai fini privatistici, quale l'eventuale successiva sua conferma, ai sensi del comma 1-ter del medesimo art. 29 (in senso conforme, Sez. 2, n. 21828/2019, Criscuolo, Rv. 654910-02).

Riguardo alla fattispecie del procacciamento d'affari, **Sez. 2, n. 16433/2020, Fortunato, Rv. 658290-01** conferma che l'art. 147 della legge notarile non vieta la concorrenza tra i notai, ma le forme illecite (Sez. 6-3, n. 4721/2012, Segreto, Rv. 621610-01), compreso il ricorso a procacciatori di affari, da intendersi in senso meramente economico e non strettamente tecnico, essendo sufficiente ad integrare

la condotta sanzionata il solo fatto che un terzo indirizzi un certo numero di clienti verso il notaio e che quest'ultimo ne tragga beneficio nello svolgimento dell'attività, senza che rilevi la gratuità dell'attività di procacciamento, vietata dall'art. 31 del codice deontologico anche se svolta a titolo non oneroso.

È contraria, ai sensi dell'art. 31, lett. f, dei principi di deontologia professionale dei notai, la presenza frequente del notaio presso recapiti stabili di organizzazioni per rogare, trattandosi di un comportamento idoneo a turbare le condizioni che ne assicurano l'imparzialità, e visto come un concorso consapevole del notaio a una scelta etero-diretta del professionista (**Sez. 2, n. 3458/2020, De Marzo, Rv. 657102-01**). Il dovere d'imparzialità del notaio, infatti, va inteso in termini di astensione da comportamenti che, in via preventiva e di garanzia dell'immagine della categoria, influiscono sulla designazione del professionista.

4.2. Il procedimento disciplinare.

Sul piano procedurale è stato ritenuto che anche il Presidente del collegio notarile del luogo in cui è stata posta in essere la condotta illecita è abilitato a promuovere l'azione disciplinare, atteso che l'art. 153 della l. n. 89 del 1913, come novellato dalla l. n. 27 del 2012, amplia la previsione dell'art. 93 *ter* della legge notarile, prevedendo una legittimazione concorrente di tale organo al fine di rendere omogenea l'iniziativa disciplinare riconosciuta al Procuratore della Repubblica, estesa anche al pubblico ministero del luogo di commissione dell'illecito (**Sez. 2, n. 6302/2020, Gorjan, Rv. 657128-01**).

4.3. La determinazione della sanzione.

Sulla determinazione della sanzione, è stato confermato che **l**'art. 135, comma 4, della legge notarile, secondo il quale se il notaio, in occasione della formazione di uno stesso atto, contravviene più volte alla medesima disposizione, si applica una sola sanzione, determinata fino all'ammontare massimo previsto per tale infrazione tenendo conto del numero delle violazioni commesse, non opera in caso di plurime infrazioni identiche compiute in atti diversi, non potendo il giudice interferire nella discrezionalità del legislatore con l'estendere all'ambito degli illeciti disciplinari quanto previsto, in tema di continuazione, da altri settori dell'ordinamento **(Sez. 2, n. 16519/2020, Tedesco, Rv. 658682-02; in senso conforme, Sez. 2, n. 9177/2013, D'Ascola, Rv. 626103-01).**

Nel caso in cui siano commessi gli illeciti di cui all'art. 147, comma 1, l. n. 89 del 1913, ma ricorrano circostanze attenuanti, la sanzione della sospensione può in via generale essere sostituita dalla pena pecuniaria, come stabilito dall'art. 144 l. cit.; una disciplina speciale è, invece, prevista, nel comma 2 del menzionato art. 147, secondo

cui viene sempre applicata la destituzione per il caso del notaio, già condannato due volte alla sospensione, che incorra nuovamente nella recidiva reiterata infradecennale (**Sez. 2, n. 3458/2020, De Marzo, Rv. 657102-02**).

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

PRINCIPÎ DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

VOLUME III

Anno 2020

INDICE

VOLUME TERZO

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(DI GIOVANNI MARIA ARMONE)

1. Il principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. 799
   1.1. La tutela del consumatore. 799
   1.2. I migranti. 802
   1.3. Il diritto tributario dell'Unione europea. 804
   1.4. Altre ipotesi. 806
2. L'effettività nella giurisprudenza di legittimità. 807
   2.1. Le garanzie processuali. 807
   2.2. Effettività e immigrazione 809
   2.3. Tributi armonizzati e non 810
   2.4. Effettività e diritto delle impugnazioni 810
   2.5. Effettività ed entità della riparazione pecuniaria. 811

II) GIUSTO PROCESSO, ADEGUATEZZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE AD AGIRE

(DI LAURA MANCINI)

1. La teoria dell'azione nella genesi del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale. 813
2. Il diritto di azione nella Costituzione. 816
3. Il diritto alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo. 818
   3.1. L'effettività come limite al principio di autonomia procedurale. 820
4. Giusto processo, potere giurisdizionale e riserva di legge processuale. La teoria dell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale. 822
5. L'adeguatezza dei rimedi nella giurisprudenza di legittimità. La tutela risarcitoria. 825
   5.1. Il controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale. 829
6. Il limite della meritevolezza dell'interesse ad agire. 834

III) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

(DI MARIA ELENA MELE)

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. 839
2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. 841
3. L'effetto espansivo interno del giudicato. 843
4. Impugnazioni e preclusioni. 844

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

1. Premessa: la questione di giurisdizione 847
2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008 855
3. Il regolamento preventivo di giurisdizione: il procedimento 858

4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii* 864

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO
(di Dario Cavallari)

1. Brevi premesse. 869
2. Profili processuali: il giudicato. 869
3. Profili processuali: i motivi inerenti alla giurisdizione. 870
4. Profili processuali: ulteriori questioni. 875
5. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni. 876
6. Le sanzioni amministrative. 877
7. Gli appalti. 878
8. Le vicende legate al patrimonio immobiliare. 879
9. Le procedure ad evidenza pubblica, i servizi in regime di concessione e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. 882
10. L'attività sanitaria. 885
11. Gli enti. 886
12. Le domande di accertamento dei diritti, di pagamento di somme di denaro e di risarcimento del danno. 886

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE
(di Stefania Billi)

1. La giurisdizione delle acque pubbliche. 901

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI
(di Dario Cavallari)

1. Premessa. 905
2. L'azione di responsabilità. 905
3. Il giudizio di conto. 910
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico. 910
5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione. 911
6. Ulteriori profili processuali. 914

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO
(di Gian Andrea Chiesi e Stefania Billi)

1. Premesse generali. 917
1.1. (Segue) Le clausole di deroga e di proroga della giurisdizione. 920
2. Azioni contrattuali e contratti. Per quanto concerne le azioni contrattuali, ... 923
3. Cause successorie. 926
4. Delibazione di sentenze e lodi arbitrali stranieri. 927
5. Illeciti civili. 929

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA

(di Maria Elena Mele)

1. La competenza per materia. 931
1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. - 931
1.2 Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa. 932
1.3 Le controversie di competenza della Corte d'appello. 934
2. La competenza per valore. 934
3. La competenza per territorio. 936
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione. 937
3.2. Il foro per le cause relative a diritti reali e in materia di locazione. 938
3.3 Il foro della Pubblica amministrazione. 939
3.4 Il foro delle controversie in materia di proprietà industriale. 940
3.5 Il foro delle controversie in materia di protezione dei dati personali. 941
3.6 Procedimenti di competenza della sezione disciplinare del CSM. 941
3.7 Il foro per la nomina dell'amministratore di sostegno. 941
3.8 Competenza per territorio riguardo al trasporto aereo internazionale. 943
3.9. Convenzioni di deroga alla competenza per territorio. 944
4. La competenza funzionale. 946
5. Profili processuali. L'eccezione di incompetenza. 947
6. Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza. 950
7. Il regolamento di competenza. 950
7.1 Il procedimento. 955

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI

(di Laura Mancini)

1. Il giudice. Astensione e ricusazione. 957
2. Ausiliari. 958
2.1. Il diritto al compenso. 958
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari. 960
3. Litispendenza e continenza. 961
4. Le parti e i difensori. 964
5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso. 971
6. L'interesse ad agire. 975
7. La legittimazione ad agire. 977
8. I termini. 979
9. Comunicazioni e notificazioni. 980
9.1. Nullità della notificazione. 987

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

(di Donatella Salari)

1. La condanna alle spese. 989
1.1. Il principio di soccombenza e la liquidazione delle spese. 993
1.3. La responsabilità aggravata. 997
1.4. La lite temeraria. 998

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE
(di Giuseppe Nicastro)

1. Premessa. 1001
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: generalità e casistica. 1002
2.1. Generalità. 1002
2.2. Comunione legale tra coniugi. 1002
2.3. Diritti reali. 1003
2.4. Previdenza. 1004
2.5. Successioni. 1006
2.6. Contratti. 1007
2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni. 1009
2.8. Azione revocatoria. 1009
2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione. 1009
2.10. Contenzioso elettorale. 1010
2.11. Espropriazione per pubblico interesse. 1010
2.12. Successione nel processo. 1011
3. Difetto del contraddittorio: rilevabilità e sanzione, integrazione. 1011
4. Svolgimento del processo litisconsortile. 1012
5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame. 1012
5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione. 1015
6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame. 1016
7. Litisconsorzio necessario (processuale) nel giudizio di rinvio. 1016
8. Litisconsorzio facoltativo. 1017

CAPITOLO X

LE PROVE
(di Andrea Penta)

1. La consulenza tecnica d'ufficio. 1020
1.1. Il mancato esame delle risultanze della c.t.u. 1021
1.2. Le operazioni peritali e i poteri del c.t.u. 1021
2. L'ordine di esibizione. 1024
3. Il disconoscimento di scritture private. 1025
3.1. Il disconoscimento delle copie fotostatiche o fotografiche. 1027
3.2. Il procedimento di verificazione. 1028
4. La querela di falso. 1028
4.1. Gli aspetti processuali. 1029
4.2. I mezzi di prova utilizzabili. 1030
5. Il giuramento. 1031
6. La prova testimoniale. 1031
6.1. L'incapacità a testimoniare. 1032
6.2. L'assunzione della prova testimoniale. 1033
6.3. La testimonianza *de relato*. 1033
6.4. Le presunzioni. 1033

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO
(di Paola D'Ovidio)

1. L'interpretazione della domanda. 1035
2. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria. 1036
2.1. La mancanza della sottoscrizione del difensore nella copia notificata dell'atto di citazione. 1038
2.2. La domanda e l'eccezione riconvenzionale. 1038

3. Il mandato alle liti. 1040
4. Difetto di autorizzazioni. 1043
5. Notificazioni e comunicazioni. 1044
6. Mediazione obbligatoria 1049
7. Nullità degli atti e della sentenza. 1051
7.1 Duplice iscrizione della causa a ruolo. 1053
8. La *mutatio* e la *emendatio libelli*. Preclusioni processuali 1053
8.1. Il differimento della prima udienza. 1056
9. La rimessione in termini. 1056
10. Il litisconsorzio, l'intervento e la chiamata in causa. 1058
11. La sospensione del processo. 1060
12. L'interruzione del processo. 1062
13. La riassunzione del processo interrotto. 1063
13.1 Eccezione di estinzione per tardiva riassunzione. 1065
14. La fase decisoria. 1066
14.1 Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. 1069
14.2. Le sentenze non definitive. 1071
15. La correzione dei provvedimenti giudiziali. 1072

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE
(di Giovanni Fanticini)

1. Profili generali. 1075
2. L'interesse all'impugnazione. 1075
3. La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato. 1079
4. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve. 1081
4.1. (Segue) b) il termine cd. lungo. 1085
4.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione. 1089
4. Le impugnazioni incidentali. 1093
6. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. 1097
7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione. 1100

CAPITOLO XIII

L'APPELLO
(di Giovanni Fanticini)

1. Caratteri generali del processo d'appello. 1103
2. I provvedimenti appellabili. 1104
3. Forme e termini dell'impugnazione. 1107
4. L'oggetto dell'impugnazione. 1114
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex* art. 346 c.p.c. 1115
6. Le parti e il contraddittorio. 1116
7. I *nova* in appello. 1118
7.1. (Segue) Nuovi mezzi di prova in appello. 1121
8. La decisione e trattazione dell'appello. 1123

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE
(di Salvatore Saija)

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa. 1125
2. Il procedimento. 1132
3. Il giudizio di rinvio. 1166

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

(di Eleonora Reggiani e Raffaele Rossi)

1. Premessa. 1171
2. La presentazione del ricorso straordinario per cassazione. 1172
3. Gli atti impugnabili. 1174
4. Alcuni provvedimenti adottati nel corso del processo. 1175
5. La pronuncia di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348 *ter* c.p.c. 1176
6. I provvedimenti in materia di famiglia e minori. 1176
7. La statuizione sulla sospensiva in materia di protezione internazionale. 1178
8. I provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. 1179
9. La revoca dell'amministratore di condominio. 1180
10. Le sentenze secondo equità del giudice di pace. 1181
11. La decisione sull'opposizione alla liquidazione dei compensi *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002 1183
12. La revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. 1184
13. I provvedimenti relativi all'esecuzione forzata. 1184
14. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere. 1186
15. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. 1188
16. La richiesta del Procuratore Generale. 1188
17. Il potere officioso della Corte. 1189

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

(di Valeria Pirari).

1. Premessa. 1193
2. Revocazione. 1193
   2.1. Falsità delle prove. 1194
   2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. 1195
   2.3. Contrasto tra sentenze. 1195
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione. 1196
4. Questioni procedimentali. 1197
5. L'opposizione di terzo. 1199

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(di Giovanni Maria Armone)

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali. 1203
   1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico. 1203
   1.2. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile. 1206
2. La competenza. 1207
3. Il giudizio di primo grado. La fase introduttiva. 1209
   3.1. I poteri officiosi istruttori del giudice. 1210
   3.2. La sentenza di primo grado. 1211
4. Le impugnazioni. 1212
5. Il procedimento *ex* art. 28 st.lav. 1214
6. Il cd. rito Fornero. 1215
7. Il procedimento di accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi. 1217
8. Il processo previdenziale e assistenziale. 1218
9. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex* art. 445-*bis* c.p.c. 1221

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(di Raffaele Rossi)

1. Condizioni dell'azione esecutiva. 1223
2. Titolo esecutivo. 1224
3. Precetto. 1226
4. Intervento dei creditori. 1226
5. Espropriazione mobiliare ed espropriazione presso terzi: ambiti applicativi. 1227
6. Espropriazione di crediti presso terzi: oggetto, soggetti, effetti. 1229
6.1. (*segue*) Ordinanza di assegnazione. 1232
7. Espropriazione immobiliare. 1233
7.1. (*segue*) Gli esiti della fase liquidativa. 1235
8. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione. 1237
9. Espropriazione contro il terzo proprietario. 1237
10. Opposizioni esecutive: profili comuni. 1238
11. Opposizione all'esecuzione. 1240
12. Opposizione agli atti esecutivi. 1242
13. Opposizione di terzo all'esecuzione. 1243
14. Controversie in sede di distribuzione del ricavato. 1243
15. Stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata. 1244
16. Estinzione dell'esecuzione. 1245

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(di Andrea Penta)

1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza. 1246
2. Notificazione ed inefficacia del d.i. 1247
3. La mediazione obbligatoria ed il tentativo di conciliazione. 1247
4. Il giudizio di opposizione a d.i. 1248
5. I poteri processuali dell'opponente. 1249
6. Il giudizio di opposizione in ambito condominiale. 1249
7. I rapporti con il fallimento. 1250
8. L'opposizione tardiva a d.i. 1251
9. L'esecutorietà del d.i. 1251
10. La tutela cautelare. 1252
11. Il sequestro giudiziario. 1254
12. I procedimenti di istruzione preventiva. 1254
13. Il procedimento sommario di cognizione: le preclusioni. 1255
13.1. L'impugnazione dell'ordinanza conclusiva. 1256
13.2. Alcuni procedimenti speciali. 1257
14. I procedimenti in materia di famiglia. 1258
14.1. I provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni. 1258
14.2. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi. 1258
15. I provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e di amministrazione di sostegno. 1259
16. I procedimenti in camera di consiglio: il regime impugnatorio. 1261
16.1. L'istruttoria e le spese. 1262
16.2. La revocabilità dei provvedimenti. 1262

CAPITOLO XX

L'ARBITRATO

(di Fabio Antezza)

1. Premessa. 1265

2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione, *potestas iudicandi* e suoi limiti, vessatorietà e collegamento negoziale. 1265
3. (segue) Contratto ad effetti processuali: autonomia e contratto preliminare. 1268
4. Rapporti con statuto di società di persone, *potestas iudicandi* e limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità....1269
5. La clausola compromissoria tra indisponibilità del diritto controverso e inderogabilità delle norme. 1269
6. Arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale e assicurazione contro i danni....1270
7. Pubblica Amministrazione e arbitrato (irrituale e rituale) nella materia dell'appalto di opere pubbliche. 1272
8. Anticipazione delle spese ed arbitrato amministrato *ex* art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006. 1275
9. Arbitrato irrituale in materia di lavoro privato....1276
10. Rapporti tra *potestas iudicandi*, verifica del Giudice dell'impugnazione e sindacato di legittimità. ...1277
11. L'impugnazione delle deliberazioni di aumento del capitale sociale. 1277
12. Ordine pubblico e regole di diritto sostanziale e processuale nella decisione degli arbitri. 1278
13. Impugnazione per nullità. 1279
14. (segue) Natura e conseguenze. 1281
15. L'interesse ad impugnare nella violazione del contraddittorio e la fase rescissoria nel difetto *della potestas iudicandi*. 1282
16. Il termine per impugnare. 1283
17. L'impugnazione immediata del lodo parziale. 1284
18. Questioni di giurisdizione e di merito, rapporti con il G.A., regolamento di competenza e poteri della S.C. 1284
19. Il riconoscimento del lodo arbitrale estero. 1287

VOLUME TERZO
PRINCIPÎ DI DIRITTO PROCESSUALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(di GIOVANNI MARIA ARMONE)

SOMMARIO: 1. Il principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. - 1.1. La tutela del consumatore - 1.2. I migranti - 1.3. Il diritto tributario - 1.4. Altre ipotesi - 2. L'effettività nella giurisprudenza di legittimità. - 2.1. Le garanzie processuali. - 2.2. Effettività e immigrazione. - 2.3. Tributi armonizzati e non. - 2.4. Effettività e diritto delle impugnazioni. - 2.5. Effettività ed entità della riparazione pecuniaria.

1. Il principio di effettività nella giurisprudenza della Corte di giustizia U.E.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisce una realtà consolidata nell'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni, alla cui affermazione ha contribuito in misura determinante la giurisprudenza della Corte di giustizia U.E.

Anche nel corso del 2020, l'opera di scavo e delimitazione compiuta dai giudici di Lussemburgo, sotto l'egida dell'art. 47 della Carta di Nizza, è proseguita in tutti i settori dell'ordinamento rientranti nel raggio d'azione del diritto eurounitario[1].

E tale opera, benché la Corte rimarchi costantemente la necessità di rispettare l'autonomia procedurale degli Stati membri, investe non solo le norme di diritto sostanziale, ma anche l'assetto istituzionale, i poteri delle autorità giudiziarie, la disciplina processuale[2].

1.1. La tutela del consumatore.

In materia consumeristica, dove il principio di effettività ha conosciuto i suoi principali sviluppi, continuano a registrarsi sentenze di rilievo.

Proseguono anzitutto gli interventi in materia di nullità delle clausole abusive e poteri officiosi del giudice.

---

[1] Per una recente ricerca ad ampio raggio sull'applicazione dell'art. 47 della Carta nell'ambito dell'Unione europea, v. P. IAMICELI, (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020, consultabile in *open access* al seguente link: http://hdl.handle.net/11572/282583 .

[2] Sulle ragioni dell'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria in tema di effettività e sui possibili rischi di conflitto tra efficienza e giustizia, v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017, p. 51 ss.

Con **Corte giust. 5 marzo 2020, C-679/18, OPR-Finance s.r.o.**, si è ribadito che la direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, coniugata con il principio di effettività, impone al giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'esistenza di una violazione dell'obbligo precontrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'articolo 8 di tale direttiva. A completamento, la sentenza ha aggiunto che la direttiva osta a una disciplina nazionale in forza della quale la violazione da parte del creditore del suo obbligo precontrattuale di valutare il merito creditizio del consumatore è sanzionata con la nullità del contratto di credito, corredata dall'obbligo per tale consumatore di restituire il capitale al creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità, solo a condizione che detto consumatore eccepisca tale nullità entro un termine di prescrizione triennale.

Ancor più dirompente per la sua incidenza sui poteri-doveri del giudice è **Corte giust. 25 novembre 2020, C-269/19, Banca B. SA**. Il caso concerneva le clausole che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile in un contratto di prestito, di cui sia accertata l'abusività. La Corte ha affermato che, in seguito a tale accertamento, ove il contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole abusive e ciò provochi un danno di particolare gravità per il consumatore, non emendabile mediante norme suppletive, il giudice nazionale deve adottare, tenendo conto del complesso del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento di detto contratto potrebbe provocare, incluso l'invito alle parti a una rinegoziazione del metodo di calcolo del tasso d'interesse.

Ispirata a una maggiore cautela è invece **Corte giust. 11 marzo 2020, C-511/17, Lintner**, con cui sono stati precisati i confini dell'intervento officioso del giudice.

È vero - ha esordito la Corte - che per garantire la tutela voluta dalla direttiva 93/13, la situazione di disuguaglianza tra il consumatore e il professionista può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Ed è altrettanto vero che, a tal fine, il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio, non appena disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, ad ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

Un siffatto esame deve, in un secondo momento, rispettare i limiti dell'oggetto della controversia, inteso come il risultato che una parte persegue con le sue pretese, lette alla luce delle conclusioni e dei motivi presentati a tal fine. Perché ci sia un intervento positivo da parte del giudice nazionale adito, è pur sempre necessario che il procedimento giurisdizionale sia avviato da una delle parti del contratto perché tale tutela possa essere concessa; inoltre l'effettività della tutela non può spingersi fino a

ignorare o eccedere i limiti dell'oggetto della controversia come definito dalle parti con le loro pretese, lette alla luce dei motivi da esse dedotti, di modo che detto giudice nazionale non è tenuto ad estendere tale controversia al di là delle conclusioni e dei motivi presentati dinanzi al medesimo, analizzando individualmente, quanto al loro carattere eventualmente abusivo, tutte le altre clausole di un contratto, soltanto alcune del quale sono oggetto di ricorso dinanzi ad esso.

Di ampia portata sono invece i *dicta* di **Corte giust. 16 luglio 2020, C-224/2019, BY**, relativa a un rinvio pregiudiziale spagnolo. Anche qui si trattava di un mutuo ipotecario e la Corte ha affermato numerosi principi in sede di interpretazione della direttiva 93/13/CEE.

Anzitutto, ove una clausola contrattuale che pone il pagamento della totalità delle spese di costituzione e di cancellazione dell'ipoteca a carico del consumatore sia dichiarata abusiva, il giudice nazionale non può rifiutare la restituzione al consumatore degli importi pagati in applicazione di detta clausola, a meno che le disposizioni del diritto nazionale non prevedano tale ripartizione degli oneri anche in mancanza della clausola in questione.

In secondo luogo, la Corte ha delimitato la nozione di «oggetto principale del contratto», rispetto al quale non operano, com'è noto, le presunzioni di abusività. Rientrano in tale nozione le clausole che fissano le prestazioni essenziali di tale contratto, non invece le clausole che rivestono carattere accessorio, come ad esempio quella che fissa una commissione di apertura, benché compresa nel costo totale di un mutuo ipotecario. In ogni caso, un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro. Ne consegue che il giudice nazionale ben può (e deve) valutare se detta clausola determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, in contrasto con il requisito della buona fede, qualora l'istituto finanziario non dimostri che tale commissione corrisponde a servizi effettivamente forniti e a spese dallo stesso sostenute, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla prescrizione del diritto alla restituzione, la Corte ha escluso che la fissazione di un termine sia di per sé illegittima, ma è necessario che il *dies a quo* di tale termine nonché la sua durata non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del consumatore.

Infine, sul piano processuale, il principio di effettività esclude la legittimità di un regime che consente di far gravare sul consumatore una parte delle spese processuali, a seconda del livello delle somme indebitamente pagate che gli sono restituite in seguito alla dichiarazione di nullità di una clausola contrattuale per via del suo

carattere abusivo; un simile regime crea infatti un ostacolo sostanziale che può scoraggiare i consumatori dall'esercitare il diritto a un controllo giurisdizionale effettivo del carattere potenzialmente abusivo di clausole contrattuali, quale riconosciuto dalla direttiva 93/13.

Il tema della prescrizione dell'azione di restituzione a seguito di nullità è stato affrontato anche da **Corte giust. 9 luglio 2020, C-698/18 e C-699/18, SC Raiffeisen Bank SA.**

Ferma la legittimità della fissazione di un termine di prescrizione per esercitare l'azione, la direttiva 93/13/CEE, letta alla luce dei principi di equivalenza, di effettività e di certezza del diritto, osta a un'interpretazione giurisdizionale della normativa nazionale secondo la quale l'azione in giudizio per la ripetizione delle somme indebitamente pagate in forza di una clausola abusiva contenuta in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista è assoggettata a un termine di prescrizione di tre anni che decorre dalla data dell'esecuzione integrale di tale contratto, qualora si presuma, senza che sia necessario verificarlo, che, a tale data, il consumatore avrebbe dovuto avere conoscenza del carattere abusivo della clausola di cui trattasi o qualora, per azioni analoghe, fondate su determinate disposizioni del diritto interno, tale stesso termine inizi a decorrere soltanto a partire dall'accertamento giudiziale della causa di tali azioni.

1.2. I migranti.

Le questioni che ruotano intorno all'immigrazione, concernenti la protezione internazionale o le procedure di rimpatrio dei migranti non richiedenti asilo, sono tra le più delicate. Esse hanno infatti implicazioni politiche e ricadute pesanti sul diritto nazionale, soprattutto per un Paese come l'Italia, esposto in prima linea ai flussi migratori.

Di primario interesse sono due pronunce coeve concernenti l'Ungheria, la protezione internazionale e i poteri decisionali dei giudici.

Corte giust. 19 marzo 2020, C-564/18, LH, in un caso riguardante i Paesi di transito, ha anzitutto affermato la contrarietà alla direttiva 2013/32/UE (cd. direttiva procedure) di una normativa nazionale che consente di respingere in quanto inammissibile una domanda di protezione internazionale con la motivazione che il richiedente è arrivato nel territorio dello Stato membro interessato attraversando uno Stato in cui non è esposto a persecuzioni o a un rischio di danno grave, o in cui è garantito un adeguato livello di protezione.

Ai fini del presente capitolo, l'aspetto più rilevante è però quello concernente le modalità di decisione da parte dei giudici. La normativa ungherese assegnava al giudice un termine perentorio di otto giorni per pronunciarsi su un ricorso avverso

una decisione amministrativa che respinge una domanda di protezione internazionale in quanto inammissibile. La sentenza ha letto l'articolo 46, par. 3, della direttiva 2013/32, alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e ne ha tratta la conseguenza della illegittimità della normativa interna, «*qualora tale giudice non sia in grado di assicurare, entro un simile termine, l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie processuali riconosciute al richiedente dal diritto dell'Unione*».

Su una linea interpretativa analoga è **Corte giust. 19 marzo 2020, C-406/18, PG**, in cui si è bensì esclusa la contrarietà al principio di effettività di una normativa nazionale che conferisce ai giudici soltanto il potere di annullare le decisioni delle autorità competenti in materia di protezione internazionale, escludendo quello di riformarle.

Tuttavia, la Corte di giustizia ha aggiunto che in tal caso l'autorità amministrativa "di rinvio" non è completamente libera di riesaminare la domanda di protezione, ma deve conformarsi alla pronuncia giudiziaria di annullamento, potendosene discostare solo in presenza di elementi nuovi. Ove l'autorità amministrativa non si attenga a questa regola, il giudice nuovamente adìto, qualora il diritto nazionale non gli conferisca alcun mezzo che gli consenta di far rispettare la sua sentenza, potrà sostituire la propria decisione a quella amministrativa e, se del caso, disapplicare la normativa nazionale che gli vieti di procedere in tale senso.

Anche qui, poi, la sentenza si è soffermata sul termine che la normativa ungherese assegna al giudice per decidere sul ricorso avverso una decisione amministrativa di rigetto (non di inammissibilità). Il termine di sessanta giorni è astrattamente adeguato, ma il giudice resta libero, se non si ritiene in grado di garantire l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie procedurali riconosciute al richiedente dal diritto dell'Unione, di disapplicare la normativa nazionale che fissa il termine, ferma restando la necessità, una volta scaduto, di rendere la propria decisione il più rapidamente possibile.

Sempre in tema di protezione internazionale e termini processuali, va segnalata anche **Corte giust. 9 settembre 2020, C-651/19, JP**.

In questo caso, il termine era quello di dieci giorni, assegnato dalla legge nazionale belga al ricorrente per impugnare una decisione di irricevibilità di una domanda ulteriore di protezione internazionale. Il termine, decorrente dalla data dalla notifica della decisione, è stato giudicato congruo, anche nell'ipotesi in cui, in mancanza di elezione di domicilio in tale Stato membro da parte del richiedente interessato, tale notifica sia effettuata presso la sede dell'autorità nazionale competente a esaminare tali domande, ma a quattro condizioni, imposte dal principio di effettività: a) che i richiedenti siano informati del fatto che, in caso di mancata elezione di un domicilio ai fini della notifica della decisione relativa alla loro domanda, si presumerà che abbiano eletto domicilio a tal fine presso la sede di detta autorità

nazionale; b) che le condizioni di accesso di detti richiedenti a tale sede non rendano loro eccessivamente difficile ricevere le decisioni che li riguardano; c) che sia loro assicurato entro il suddetto termine l'accesso effettivo alle garanzie processuali riconosciute dal diritto dell'Unione a coloro che richiedono protezione internazionale; d) che sia rispettato il principio di equivalenza.

Al di fuori della protezione internazionale, in tema di ricongiungimento familiare dei migranti, significative sono due decisioni concernenti la legislazione belga.

Corte giust. 16 luglio 2020, C-133/19, B.M.M., ha affrontato un caso in cui la domanda di ricongiungimento di un figlio minorenne era stata dichiarata irricevibile per il solo motivo che il figlio era divenuto maggiorenne nelle more del procedimento giurisdizionale. La Corte ha affermato la contrarietà della previsione interna alla direttiva 2003/86/CE, letta alla luce dell'art. 47 della Carta di Nizza.

Per analoghi motivi, **Corte giust. 30 settembre 2020, C-133/19, LM**, ha affermato la contrarietà al diritto eurounitario di una previsione che non prevede il ricongiungimento con un figlio che, pur maggiorenne, sia affetto da una grave malattia e non abbia mezzi di sostentamento.

1.3. Il diritto tributario dell'Unione europea.

Un altro importantissimo terreno di applicazione del principio di effettività è quello del diritto tributario, dove occorre tuttavia muoversi con particolare cautela.

Anzitutto, è necessaria una fondamentale distinzione tra tributi armonizzati e non armonizzati. Solo con riferimento ai primi, dove sussiste una competenza eurounitaria, la Corte di giustizia esercita infatti il suo controllo sulle modalità attuative del diritto U.E. nei singoli Stati, il che genera differenti declinazioni applicative dell'effettività in ambito nazionale.

Inoltre, la disciplina tributaria armonizzata è pur sempre diretta ad assicurare alla fiscalità eurounitaria i giusti introiti. Con la conseguenza che il principio di effettività non sempre si traduce in un rafforzamento dei diritti dei cittadini contribuenti, ma può talvolta finire per garantire, sanzionando le violazioni del diritto unionale, le ragioni dell'Erario.

A favore del contribuente vanno segnalate numerose pronunce.

Corte giust. 30 aprile 2020, C-661/18, CTT - Correios de Portugal, è intervenuta sulle detrazioni operate secondo il metodo del volume d'affari, affermando che negare al contribuente la possibilità di rettificare tali detrazioni secondo il diverso metodo della destinazione urta, tra l'altro, contro il principio di effettività.

Analogamente, **Corte giust. 2 luglio 2020, C-835/2018, SC Terracult srl**, ha affermato la contrarietà ai principi di neutralità fiscale, di effettività e di

proporzionalità, di una normativa nazionale o di una prassi amministrativa nazionale che non consenta ad un soggetto passivo che abbia effettuato operazioni che in un momento successivo si sono rivelate rientrare nel regime dell'inversione contabile dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), di correggere le fatture relative a tali operazioni e di avvalersene mediante la rettifica di una precedente dichiarazione fiscale o mediante la presentazione di una nuova dichiarazione fiscale che tenga conto della correzione così effettuata.

Corte giust. 3 settembre 2020, C-610/2019, Vikingo, riguarda il diritto alla detrazione dell'IVA nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria adduca l'inattendibilità delle fatture e la soggettiva inesistenza delle operazioni sottostanti. Qui la Corte ha ribadito che, per poter negare la detrazione, deve essere dimostrato adeguatamente che il soggetto passivo ha partecipato attivamente a un'evasione o che tale soggetto passivo sapeva o avrebbe dovuto sapere che dette operazioni si iscrivevano in un'evasione commessa dall'emittente delle fatture o da qualsiasi altro operatore intervenuto a monte in detta catena di cessioni.

In tema di rimborso del bollo ambientale per gli autoveicoli, e sempre con orientamento di garanzia per il contribuente, **Corte giust. 14 ottobre 2020, C-677/19, SC Valoris SRL**, ha sottolineato come il diritto U.E. non contenga una disciplina armonizzata delle modalità di rimborso. Il principio di effettività serve allora a evitare che le modalità stabilite dai legislatori nazionali siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. A tale ultimo riguardo, occorre prendere in considerazione il principio della tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. È alla luce di questi criteri, in particolare, che va valutata l'adeguatezza di un termine di decadenza fissato per presentare le domande di rimborso di tributi dichiarati incompatibili con il diritto dell'Unione.

Di ben altro tenore, anche se sempre nel settore dell'IVA, è invece **Corte giust. 16 luglio 2020, C-424/19, Cabinet de avocat**, che è destinata a rivestire un'importanza centrale per le ricadute che avrà sulla giurisprudenza italiana in materia di giudicato tributario.

È noto come la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di giudicato e imposte periodiche sia orientata a riconoscere l'effetto vincolante del giudicato esterno nei casi in cui vengano in esame fatti che, per legge, hanno efficacia permanente o pluriennale, producendo effetti per un arco di tempo che comprende più periodi di imposta, o nei quali l'accertamento concerne la qualificazione di un rapporto ad esecuzione prolungata, restando esclusa l'efficacia espansiva del giudicato per le fattispecie "tendenzialmente permanenti" in quanto suscettibili di

variazione annuale (la sentenza-guida è Sez. T, n. 04832/2015, Virgilio, Rv. 635058 01).

Si tratta di una giurisprudenza che, specie nel settore dell'IVA, ha poi ricevuto ulteriori temperamenti, proprio in nome dell'effettività eurounitaria (Sez. T, n. 09710/2018, Nonno, Rv. 647717-01).

La sentenza *Cabinet de avocat* sembra però aver fornito un indirizzo ancor più restrittivo, affermando che il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio di effettività, ostano a che, nell'ambito di una controversia relativa all'imposta sul valore aggiunto (IVA), un giudice nazionale applichi il principio dell'autorità di cosa giudicata, qualora tale controversia non verta su un periodo d'imposta identico a quello di cui trattavasi nella controversia che ha dato luogo alla decisione giurisdizionale munita di tale autorità, né abbia il medesimo oggetto di quest'ultima. Ove sia stata presa una decisione contraria al diritto U.E., l'effettività richiede che l'errore non si ripeta negli esercizi fiscali successivi, anche a costo di mettere in discussione e disapplicare una sentenza passata in giudicato.

1.4. Altre ipotesi.

Il principio di effettività estende il suo raggio applicativo anche in altre direzioni.

La tutela risarcitoria, ad esempio, resta un presidio fondamentale per la violazione dei diritti scaturenti dalle fonti U.E. e l'effettività impedisce che essa si annacqui, o riducendosi a entità simboliche o comunque insufficienti, o per gli ostacoli posti sul cammino per farla valere.

Lo si vede nei casi di discriminazione, come quello preso in considerazione da **Corte giust. 27 febbraio 2020, C-773, 774, 775/2018, TK e altri,** in cui era stata realizzata una discriminazione sul luogo di lavoro, atteso che la legislazione di un *Land* tedesco prevedeva, a parità di anzianità, una diversa retribuzione a seconda dell'età anagrafica dei lavoratori pubblici. I lavoratori discriminati, all'atto di proporre l'azione risarcitoria, si erano trovati davanti a un termine di decadenza non solo breve (due mesi), ma anche decorrente dal giorno della pronuncia di una sentenza della Corte che aveva accertato il carattere discriminatorio di una misura analoga. I giudici di Lussemburgo hanno affermato la contrarietà al principio di effettività di una simile disciplina, qualora le persone interessate rischino di non essere in grado di venire a conoscenza, entro tale termine, dell'esistenza o della portata della discriminazione di cui sono state vittime.

A proposito invece dell'entità del risarcimento del danno, va segnalata la recentissima **Corte giust. 10 dicembre 2020, C-735/19, Euromin Holdings (Cyprus) Limited**, in cui è stata reputata contraria al principio in esame una norma di diritto nazionale (lettone) in forza della quale, nel caso in cui sussista la

responsabilità di uno Stato membro per danni causati dalla violazione di una norma di diritto dell'Unione da parte di una decisione di un'autorità amministrativa di tale Stato, il risarcimento del danno materiale che ne deriva, può essere limitato al 50% dell'importo totale.

In tema di protezione dei dati personali e lungo il confine tra diritto civile e diritto penale, **Corte giust. 6 ottobre 2020, C-511, 512, 520/2018, La Quadrature du Net e altri**, ha fatto derivare dal principio di effettività l'obbligo, per il giudice penale nazionale, di non tenere conto delle informazioni e degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate della commissione di reati, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e che possono influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti.

2. L'effettività nella giurisprudenza di legittimità.

Preso atto dell'intensità dell'opera della Corte di giustizia, occorre valutare se il principio di effettività di matrice sovranazionale continui a esercitare quello che la Cassazione alcuni anni fa, prendendo a prestito un'espressione utilizzata nel diritto tedesco per descrivere l'adeguamento delle norme ordinarie a quelle costituzionali, ebbe a definire l'effetto di irraggiamento sugli istituti del diritto interno (Sez. U, n. 22601/2004, Altieri, Rv. 580646-01, Sez. U, n. 03117/2006, Altieri, Rv. 586830-01).

2.1. Le garanzie processuali.

Non v'è dubbio che il principio di effettività sia tuttora presente al giudice di legittimità nelle ipotesi più estreme, in cui le garanzie difensive appaiono a rischio di essere vanificate.

Di rilievo è ad esempio **Sez. U, n. 07825/2020, Garri, Rv. 657586-01**, che, in tema di attuazione, da parte della P.A., del giudicato civile in materia di lavoro, in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale ha attribuito al giudice di ottemperanza il potere di verifica dell'esattezza della interpretazione data dall'amministrazione alle disposizioni da applicare al caso concreto, per accertare che del contenuto della decisione passata in giudicato non sia stato dato un adempimento parziale, incompleto se non addirittura elusivo.

Un diretto richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di effettività è poi rinvenibile in **Sez. T, n. 10103/2020, Catallozzi, Rv. 657730-01**. Qui

la Corte ha affermato che, in tema d'IVA, laddove il cedente provveda alla sua regolarizzazione in un momento successivo rispetto alla cessione dei beni, emettendo fatture e versando all'erario l'importo dovuto, in difetto del rischio di evasione fiscale, il correlato termine di decadenza per rimborso decorre - secondo l'interpretazione dell'art. 178 dir. 2006/112/CE datane dalla giurisprudenza unionale conforme al principio di effettività (CGUE 21 marzo 2018, *Volkswagen*; CGUE 15 settembre 2016, *Senatex*) - solo a partire dal momento in cui il cessionario è venuto in possesso delle fatture, essendo stato, in precedenza, oggettivamente impossibilitato ad esercitare il diritto alla detrazione proprio in ragione dell'indisponibilità materiale dei documenti e dell'ignoranza in ordine alla debenza dell'imposta.

Si veda anche **Sez. 3, n. 05124/2020, Rossetti, Rv. 657135-01**, in cui la S.C. ha affermato che la domanda di annullamento degli atti impositivi proposta al giudice tributario interrompe e sospende, per tutta la durata di quel processo, la prescrizione dell'azione - successivamente esercitata dinanzi al giudice ordinario - di risarcimento dei danni derivanti dalla riscossione coattiva, non potendo la pluralità di giudici, ordinari e speciali, prevista per assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, risolversi in una minore effettività della tutela giurisdizionale.

O si prenda ad esempio **Sez. 5, n. 01954/2020, Mucci, Rv. 656778-01**, in cui la Corte ha scongiurato un'interpretazione davvero formalistica, affermando che, in tema di processo tributario, a seguito dell'istituzione dell'Agenzia delle entrate, per i giudizi di cassazione, nei quali la legittimazione era riconosciuta esclusivamente al Ministero delle finanze ai sensi dell'art. 11 del r.d. n. 1611 del 1933, la nuova realtà ordinamentale, caratterizzata dal conferimento della capacità di stare in giudizio agli uffici periferici dell'Agenzia, in via concorrente e alternativa rispetto al direttore, consente di ritenere che la notifica della sentenza di merito, ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione, e quella del ricorso per cassazione possano essere effettuate, alternativamente, presso la sede centrale dell'Agenzia o presso i suoi uffici periferici, in tal senso orientando l'interpretazione sia il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che impone di ridurre al massimo le ipotesi d'inammissibilità, sia il carattere impugnatorio del processo tributario, che attribuisce la qualità di parte necessaria all'organo che ha emesso l'atto o il provvedimento impugnato.

Ancora sul principio di effettività ha fatto leva, in materia previdenziale, **Sez. L, n. 02230/2020, D'Antonio, Rv. 656599-01**, per affermare che il termine di dodici mesi decorrente a ritroso dalla data di inizio dell'esecuzione forzata *ex* art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 80 del 1992, per far valere i crediti lavorativi non soddisfatti nei confronti del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS, si calcola senza tenere conto del tempo intercorso fra la data di proposizione dell'atto di iniziativa volto a far valere in giudizio i crediti del lavoratore (necessario per la precostituzione del titolo

esecutivo e, quindi, per dare inizio all'esecuzione forzata) e la data di formazione del titolo esecutivo stesso.

2.2. Effettività e immigrazione

In materia di immigrazione, nei due ambiti delle espulsioni e della protezione internazionale, è ricorrente il richiamo al principio di effettività, al fine di temperare gli effetti di riforme di diritto processuale orientate perlopiù a fini deflattivi di un contenzioso che cresce in misura esponenziale.

Sez. 1, n. 04806/2020, Scordamaglia, Rv. 657000-01, ha così chiarito che l'omesso avviso al difensore di fiducia dello straniero espulso con decreto prefettizio della fissazione dell'udienza di convalida dell'ordine del questore di accompagnamento alla frontiera, determina la nullità del relativo decreto di convalida, dovendosi così interpretare il disposto dell'art. 13, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 241 del 2004, conv. con modif. dalla l. n. 271 del 2004, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 222 del 2004. Tale norma, nello stabilire che il destinatario del provvedimento di accompagnamento alla frontiera ha diritto di essere tempestivamente informato dell'udienza di convalida e di farsi assistere da un difensore di fiducia, va interpretata, alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale, nel senso che l'effettività del diritto di difesa può essere assicurata solo se l'assistenza tecnica non si riduce all'adempimento di una mera formalità, ma rappresenta lo strumento per assicurare il rispetto dei principi del giusto processo.

Da parte sua, **Sez. 1, n. 21584/2020, Fidanzia, Rv. 658982-01**, ha fissato alcuni punti fermi in tema di audizione personale del richiedente asilo, leggendo sia la normativa nazionale, sia l'art. 46 della direttiva n. 32/13/CEE alla luce del principio di effettività consacrato nella Carta di Nizza. In assenza della videoregistrazione del colloquio svoltosi dinanzi alla Commissione territoriale, il giudice ha l'obbligo non solo di fissare l'udienza di comparizione, ma anche quello di disporre l'audizione del richiedente quando: a) nel ricorso vengano dedotti fatti nuovi a sostegno della domanda (sufficientemente distinti da quelli allegati nella fase amministrativa, circostanziati e rilevanti); b) ritenga necessaria l'acquisizione di chiarimenti in ordine alle incongruenze o alle contraddizioni rilevate nelle dichiarazioni del richiedente; c) il richiedente faccia istanza di audizione nel ricorso, precisando gli aspetti in ordine ai quali intende fornire chiarimenti e sempre che la domanda non venga ritenuta manifestamente infondata o inammissibile.

2.3. Tributi armonizzati e non

In altre occasioni si nota tuttavia, se non un arretramento, certo una maggiore prudenza nel dare spazio al principio di effettività ad ampio raggio.

Lo si osserva in materia tributaria, dove la Corte mantiene una netta distinzione tra tributi armonizzati, rientranti nel cono di luce del diritto unionale e come tali interessati dal principio di effettività, e tributi non armonizzati, per i quali valgono regole puramente interne e parzialmente diverse.

Sulla base di questa distinzione, **Sez. 5, n. 21694/2020, Fuochi Tinarelli, Rv. 659071-05**, ha bensì affermato l'importante principio per cui l'effettività della tutela rende producibile in cassazione *ex* art. 372 c.p.c. la sentenza penale irrevocabile di assoluzione, relativa ai medesimi fatti oggetto della sanzione tributaria controversa, ove il contribuente intenda far valere l'improcedibilità, l'improponibilità o, comunque, l'estinzione, in tutto o in parte, del giudizio tributario per violazione - pur dedotta per la prima volta in sede di legittimità e sempreché pertinente alle questioni ritualmente in giudizio - di principi di ordine pubblico unionale (nella specie, del *ne bis in idem*); ma ha avuto anche cura di precisare che tale produzione non è ammissibile ai fini delle contestazioni in materia di imposte dirette, per le quali non viene in rilievo l'esigenza di effettività del diritto unionale.

2.4. Effettività e diritto delle impugnazioni

Un terreno poi sul quale la Cassazione non sembra disposta a lasciare spazio a quelle che appaiono strumentalizzazioni del principio in esame, è quello delle impugnazioni.

Pertanto, l'effettività non basta a rendere ammissibile il regolamento necessario di competenza contro il diniego di sospensione del processo, dovendosi ritenere che la disciplina dell'art. 42 c.p.c. contemperi l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale con quella di efficienza della giurisdizione, garantendo, da un lato, il diritto della parte che si vede respingere la richiesta di sospensione di impugnare, comunque, sul punto, la decisione che ha definito il giudizio non sospeso e, dall'altro, la durata ragionevole del processo (**Sez. 6-3, n. 20344/2020, Guizzi, Rv. 659251-01**).

Neppure contrasta con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la disciplina del ricorso per cassazione, nella parte in cui prevede - all'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c. - requisiti di ammissibilità di contenuto-forma (**Sez. L, n. 00027/2020, Pagetta, Rv. 656364-01**). Tali requisiti sono infatti individuati in modo chiaro (tanto da doversi escludere che il ricorrente in cassazione, tramite la difesa tecnica, non sia

in grado di percepirne il significato e le implicazioni) ed in armonia con il principio della idoneità dell'atto processuale al raggiungimento dello scopo, sicché risultano coerenti con la natura di impugnazione a critica limitata propria del ricorso per cassazione e con la strutturazione del giudizio di legittimità quale processo sostanzialmente privo di momenti di istruzione.

E l'effettività sovranazionale non vale neppure, attraverso il canale dell'art. 117 Cost., a rendere fondate le questioni di legittimità costituzionale: dell'art. 702-*quater* c.p.c., nella parte in cui stabilisce che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione è appellabile entro il termine breve di trenta giorni dalla sua comunicazione ad opera della cancelleria, trattandosi di schema procedimentale che, rispondendo allo scopo di garantire la stabilità delle decisioni non impugnate entro un determinato termine, ritenuto dall'ordinamento nazionale adeguato ai fini di una ponderata determinazione della parte interessata (**Sez. 3, n. 02467/2020, Olivieri, Rv. 656727-01**); dell'art. 35-*bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 13 del 2017, nella parte in cui stabilisce che il procedimento per l'ottenimento della protezione internazionale è definito con decreto non reclamabile, poiché la Corte Europea dei diritti umani con riferimento ai procedimenti civili ha sempre negato che il diritto all'equo processo e ad un ricorso effettivo possano essere considerati parametri per invocare un secondo grado di giurisdizione, mentre la legislazione eurounitaria ed, in particolare, la dir. n. 2013/32, non prevede un obbligo per gli Stati membri di istituire l'appello, poiché l'esigenza di assicurare l'effettività del ricorso riguarda espressamente i procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado (**Sez. 1, n. 22950/2020, Fidanzia, Rv. 659116-01**).

2.5. Effettività ed entità della riparazione pecuniaria.

Come si è visto nel paragrafo dedicato alla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'adeguatezza del risarcimento del danno o, comunque, della tutela per equivalente, costituisce un'importante declinazione del principio di effettività.

Nella giurisprudenza di legittimità del 2020, tuttavia, questo indirizzo non ha prodotto interpretazioni correttive o disapplicazioni.

Così, **Sez. 2, n. 16076/2020, Carrato, Rv. 658680-01**, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2-*sexies*, della l. n. 89 del 2001 (in vigore dal 1° gennaio 2016), sollevata sul presupposto dell'irragionevolezza della norma che, nel prevedere la presunzione di insussistenza del pregiudizio anche in caso di prescrizione maturata antecedentemente a quella data, violerebbe il principio di effettività della tutela indennitaria. La Corte ha osservato come, con la norma in oggetto, non sia stata introdotta una causa assoluta di insussistenza del presupposto dell'irragionevole

durata del processo penale in caso di sopravvenuta dichiarazione di estinzione del reato, ma solo relativa, essendo fatta salva la prova contraria circa l'esistenza di un reale ed effettivo pregiudizio subito dal ricorrente, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato.

Da parte sua, **Sez. 1, n. 05381/2020, Iofrida, Rv. 657038-02**, resa in materia di disciplina della concorrenza nell'ordinamento italiano, ha affermato che il diritto al risarcimento del danno da illecito *antitrust* risulta garantito, senza che possa ravvisarsi un'impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio al punto di vanificare il principio di effettività della tutela posto dall'art. 102 T.F.U.E., dalla previsione di un termine quinquennale di prescrizione dettato dalla normativa nazionale, che cominci a decorrere dal momento in cui sia stato dato, con pubblicità legale, avvio al procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità Garante per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante rispetto ad un'impresa concorrente.

II) GIUSTO PROCESSO, ADEGUATEZZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE E MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE AD AGIRE

(di LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. La teoria dell'azione nella genesi del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale. - 2. Il diritto di azione nella Costituzione. - 3. Il diritto alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo. - 3.1. L'effettività come limite al principio di autonomia procedurale. - 4. Giusto processo, potere giurisdizionale e riserva di legge processuale. La teoria dell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale. - 5. L'adeguatezza dei rimedi nella giurisprudenza di legittimità. La tutela risarcitoria. - 5.1. Il controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale. - 6. Il limite della meritevolezza dell'interesse ad agire.

1. La teoria dell'azione nella genesi del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale.

Il principio di strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, pur non essendo esplicitamente enunciato in una disposizione positiva, identifica una regola fondamentale dell'ordinamento processuale civile e, esprimendo la tendenziale corrispondenza tra i risultati del processo e le utilità riconosciute al titolare della situazione giuridica soggettiva, lesa o rimasta inattuata, che di esso si avvalga, è considerato immanente al sistema (PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 16 ss.).

L'effettività della tutela giurisdizionale, di cui l'adeguatezza delle forme e delle tecniche di attuazione dei diritti costituisce estrinsecazione, indica, invece, la misura della capacità del rimedio a soddisfare il bisogno qualificato di tutela generato dalla lesione dell'interesse protetto (CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1, 1) e rappresenta il principio-cardine sul quale poggia l'assetto delle garanzie processuali approntato dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali (e, in particolare, dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte EDU, e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Dal disegno costituzionale si ricavano, invero, una serie di principi che, alla stregua di *naturalia processus*, hanno ridelineato il tradizionale rapporto tra la protezione sostanziale e la tutela processuale dei diritti, nell'acquisita consapevolezza dell'inscindibilità dei correlati piani e della necessità che alle singole situazioni sostanziali corrispondano strumenti di tutela adeguati (TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale,* in *Il giusto proc. civ.,* 2019, 1, 18).

Il distinto riconoscimento dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) e del diritto di agire in giudizio per la loro tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) palesa, infatti, un superamento dell'approccio formalistico proprio della concezione autonomistica dell'azione e l'adesione ad una prospettiva sostanzialistica incline a stabilire una corrispondenza tra l'interesse sostanziale protetto e il rimedio adeguato, il quale deve, quindi, essere modellato sul contenuto e sulla natura del bene oggetto di ciascuna situazione giuridica soggettiva.

Nel processo evolutivo che ha portato alla definizione della nozione di tutela giurisdizionale accolta dalla Costituzione e dalle norme eurounitarie un contributo essenziale è stato, quindi, offerto dalla riflessione scientifica sull'azione quale categoria giuridica distinta dal diritto sostanziale, così che è utile ripercorrere i momenti salienti dell'itinerario culturale che ha condotto alla sua attuale configurazione.

Risale, invero, all'inizio del XX secolo la costruzione teorica che, superando la concezione - vicina alla tradizione romanistica delle *actiones* - che intravedeva nell'azione una mera funzione del diritto soggettivo individuale, ha riconosciuto alla stessa una propria autonoma fisionomia e, quindi, un valore ontologico distinto rispetto a quello della situazione giuridica soggettiva con essa fatta valere.

È appena il caso di rammentare che la teoria dell'autonomia, che risale alla dottrina tedesca della metà dell'"800, muove dall'assunto per il quale l'azione è un diritto che spetta al titolare affermato del diritto sostanziale nei confronti del soggetto passivo - anch'esso affermato - dello stesso diritto sostanziale e, a differenza di quest'ultimo, ha come contenuto una prestazione non del titolare passivo, ma dell'organo giurisdizionale, configurandosi, dunque, come un diritto verso il giudice a un provvedimento sul merito (CARNELUTTI, *Diritto e processo,* Napoli, 1958, 112).

Nell'ambito dell'orientamento autonomistico si è, tuttavia, registrato un dissidio tra i fautori della teoria dell'azione in senso concreto, per i quali l'azione è un diritto ad un provvedimento favorevole, e i sostenitori della tesi dell'astrazione, ad avviso dei quali l'azione è astratta dall'esistenza del diritto sostanziale, della quale si ha contezza soltanto all'esito del giudizio.

Da tale disputa è scaturita la più recente elaborazione della teoria dell'azione in senso parzialmente astratto (LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, 1, 48 e ss.; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile,* I, Torino, 2017, 64-65), secondo la quale l'azione postula la sola affermazione nella domanda del diritto sostanziale come spettante a colui che agisce e necessitante di tutela giurisdizionale.

L'importante opera di *"conciliazione"* tra diritto soggettivo e tutela processuale, che è alla base della collocazione del processo civile nell'ordinamento delle garanzie costituzionali, si deve soprattutto alla raffinata ricostruzione di Chiovenda (*Principi di diritto processuale,* Napoli, 1923), nella quale l'azione viene per la prima volta concepita, all'esito di un procedimento di entificazione, come un diritto potestativo autonomo dal diritto sostanziale che mira a realizzare, con il quale il singolo coopera nel proprio interesse all'attuazione della legge e quindi dell'interesse pubblico.

Ma il risultato più originale di tale ricostruzione va sicuramente identificato nell'assunto per il quale, secondo un principio generale, che non necessita di un fondamento positivo, il processo è la fonte di tutte le azioni praticamene possibili che tendono all'attuazione di una volontà di legge.

In consonanza con tale intuizione, altra dottrina osservava che le libertà consacrate nella Carta costituzionale sono vane se non possono essere rivendicate e difese in un giudizio e se l'ordinamento giurisdizionale non è fondato sul rispetto della persona umana (CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, VI, Padova, 1937, 290), dovendo la funzione del processo essere colta nell'attuazione della giustizia e, segnatamente, di una legalità di valori costituzionali (SATTA, *Il mistero del processo,* Milano, 1994; CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 165 ss.).

In tempi più recenti è stato evidenziato che l'art. 24 Cost. integra una norma in bianco che *«aderisce a tutte le norme sostanziali»* che attribuiscono situazioni soggettive. Le norme attributive di situazioni giuridiche soggettive, ove non dispongano anche sulla tutela, devono, quindi, essere considerate alla stregua di fattispecie dell'art. 24 Cost. (ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana,* in *Scritti giuridici,* I, Milano, 2007, 7).

In linea con tale impostazione è stato, poi, precisato che il rimedio non sostituisce il diritto, ma lo presuppone, nel senso che postula che l'interesse che ne è alla base risulti protetto dall'ordinamento giuridico, e individua il *quomodo* della protezione (DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi,* in *Europa e dir. priv.,* 2005, 341).

Ancora, per altra dottrina, spetta al diritto sostanziale individuare l'interesse meritevole di tutela e al diritto processuale identificare la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di protezione (MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo,* Torino, 2015). Tale operazione impone uno sforzo ermeneutico che porti ad offrire la massima strumentalità del processo al diritto sostanziale e a superare le limitazioni che discendono dalla mancata inclusione nell'assetto dei rimedi dell'uno o dell'altro tipo di azione.

È stato, infine, posto in evidenza come le teorie sin qui richiamate sottendano il principio dell'atipicità della tutela giurisdizionale, in forza del quale ogni rimedio che non sia espressamente escluso deve ritenersi consentito (PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza,* in *Dir. proc. amm.,* 2016, 2, 401 e ss.).

La stessa dottrina ha, tuttavia, avvertito che tale ricostruzione non deve essere confusa con l'approccio puramente rimediale tipico dei sistemi di *common law*, i quali, in antitesi con il modello continentale dei diritti soggettivi quali entità preesistenti e indipendenti rispetto al processo, si fondano sull'assunto per il quale il diritto esiste in quanto è disponibile un rimedio, con la conseguenza che la garanzia non coincide con il potere agire in giudizio, ma con le concrete forme di tutela che si possono esperire.

2. Il diritto di azione nella Costituzione.

Il nesso di interdipendenza tra processo e diritto soggettivo, che costituisce il fondamento del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale, trova, dunque, nel disegno costituzionale un'essenziale fonte di legittimazione.

Invero, la Carta costituzionale fa assurgere il diritto di agire in giudizio consacrato nell'art. 24 a diritto fondamentale e inviolabile, collocandolo nel contesto dei diritti e delle libertà personali dell'individuo e munendolo, al pari di queste, di stabilità e di opponibilità al legislatore ordinario.

Una disposizione di simile contenuto prescrittivo si rinviene nella Costituzione tedesca (art. 19, par. 4, della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania), mentre è estranea all'esperienza giuridica francese ed ai sistemi *di common law,* ai quali, come già evidenziato, è ignoto il concetto di alterità del diritto sostanziale rispetto alla sua attuazione giudiziale.

La consacrazione costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale assume, dunque, rilevanza su un duplice piano, perché, per un verso, la Legge fondamentale mostra di aver recepito gli esiti dell'imponente elaborazione processualcivilistica sull'azione e suggellato l'opzione interpretativa favorevole all'autonoma considerazione di tale diritto rispetto alla situazione giuridica soggettiva con esso fatta valere; per altro verso, la formulazione "aperta" dell'art. 24 Cost. ha indotto una parte della dottrina a ritenere che il legislatore costituzionale abbia accolto la concezione chiovendiana dell'atipicità della tutela giurisdizionale, in base alla quale al giudice è attribuito il potere di ricercare nelle pieghe del sistema il rimedio più adeguato a realizzare l'utilità offerta al titolare della situazione giuridica soggettiva lesa.

Si tratta di una prospettiva antitetica rispetto al modello del codice civile del 1942, il quale, essendo costruito intorno ai valori della proprietà, dell'impresa, della famiglia e del contratto, ha approntato un articolato sistema di azioni tipiche a protezione di tali diritti (mentre per i diritti immateriali specifici rimedi sono stati previsti in leggi speciali), concedendo, per contro, uno spazio più ridotto ai diritti della personalità, la cui tutela era affidata in via prioritaria al diritto penale, in coerenza con la concezione statalista all'epoca imperante.

Radicalmente diverse sono le direttrici che ispirano il disegno dei costituenti, il quale, nella preoccupazione di evitare iniziative liberticide, accanto ad un catalogo di diritti inviolabili della persona e a garanzia della loro effettività, delinea, appunto, come autonomo diritto inviolabile spettante a *«tutti»*, quello di *«agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»*.

Ad avviso della dottrina più recente non si è al cospetto di una "costituzionalizzazione" in senso formale, ma di una *«precisa opzione culturale di considerare quelle garanzie destinate a condizionare nel tempo la credibilità e l'accettabilità delle forme di tutela giudiziale e delle strutture processuali, non solo come sfere riservate da proteggere, ma anche, se non primariamente, come beni da promuovere e concretizzare»* ((TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo,* Torino, 2011, 221 e ss.; Id., *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale,* cit., 17).

Nell'attuazione di tale disegno programmatico un ruolo fondamentale ha assunto l'interpretazione evolutiva dell'art. 24 Cost. compiuta dalla Corte costituzionale.

In tale itinerario ermeneutico si iscrivono sicuramente le pronunce che hanno contribuito alla rifondazione dello statuto del danno alla persona, tra le quali un essenziale impulso è scaturito dalla nota pronuncia n. 184 del 14 luglio 1986, che ha stabilito che *«[…] La vigente Costituzione garantendo all'art.* 32 *Cost. la tutela della salute come diritto fondamentale del privato, diritto primario e pienamente operante anche nei rapporti tra privati, svela che l'art.* 2043 *c.c. non possa essere interpretato come applicantesi esclusivamente al danno patrimoniale e al danno economico derivante dalla menomazione psico-fisica. L'art.* 2043 *c.c. correlato all'art.* 32 *Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana»*.

In tale prospettiva evolutiva si pone anche il riconoscimento, da parte della stessa Corte costituzionale, della funzione di monito sociale, di prevenzione e di deterrenza che può assumere il rimedio risarcitorio (Corte cost., n. 194 dell'8 novembre 2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23).

Ancora, la flessibilità dell'azione di risarcimento del danno e le sue potenzialità espansive si colgono nell'affermazione della natura polifunzionale e, dunque, anche sanzionatoria, della tutela risarcitoria.

Emblematiche, in proposito, sono le sentenze n. 139 del 2019 e n. 152 del 2016, con le quali la Consulta ha precisato che l'obbligazione risarcitoria posta dall'art. 96, comma 3, c.p.c., che si affianca al regime del risarcimento del danno da lite temeraria, ha *«natura sanzionatoria dell'abuso del processo, commesso dalla parte soccombente, non disgiunta da una funzione indennitaria a favore della parte vittoriosa»*.

In linea con le indicazioni offerte da tali pronunce, nonché dalle sentenze n. 303 del 9 novembre 2011 e n. 238 del 22 ottobre 2014, la Corte di Cassazione (Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01) ha ammesso che, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, dal sistema normativo che è venuto componendosi nel corso degli anni è emersa una natura polifunzionale e, quindi, anche preventiva, o deterrente o dissuasiva, e sanzionatorio-punitiva, pur avvertendo che tale rinnovato approccio non consente una generalizzata facoltà di modulazione giudiziale del risarcimento avulsa dal concreto pregiudizio accertato, dal momento che ogni imposizione di prestazione personale esige un'intermediazione legislativa in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., correlato agli artt. 24 e 25 Cost., con la conseguenza che il risarcimento punitivo può ritenersi configurabile soltanto a condizione che sia supportato da un'apposita previsione normativa.

3. Il diritto alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento europeo.

La categoria dell'azione, intesa come diritto di agire in giudizio per la tutela di situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto sostanziale, non figura nell'assetto originariamente delineato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Invero, le garanzie introdotte con l'art. 6, par. 1 - a mente del quale *«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti»* -, attengono alle modalità di svolgimento del processo e, quindi, sono state concepite per operare nel corso di esso, essendo volte ad assicurare che la decisione autoritativa sul diritto dell'interessato sia resa nel rispetto di un *iter* formativo equo e conforme ai fondamentali principi della terzietà del giudice, del contraddittorio, della pubblicità del giudizio e della sua ragionevole durata.

Tale circoscritto ambito di operatività si spiega alla luce dell'approccio "selettivo" della Convenzione, il cui obiettivo, esplicitato nel preambolo, era quello di offrire le prime misure dirette ad assicurare l'attuazione di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 10 dicembre del 1948 attraverso una giustizia procedurale quale misura dell'accettabilità della potestà pubblicistica degli organi giurisdizionali (così TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., 223).

Tra gli opposti modelli delineati dalla Costituzione italiana e tedesca, da un lato, e dai sistemi di *common law*, dall'altro, connotati, rispettivamente, dalla distinzione ontologica tra diritto sostanziale e rimedio, il primo, e dall'approccio puramente rimediale, il secondo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sembra aver condiviso quest'ultimo.

È stato, infatti, da più parti evidenziato come nella formulazione dell'art. 6, par. 1, le garanzie procedurali non risultino corroborate dal riconoscimento di un diritto di azione a protezione di situazioni giuridiche soggettive.

Non di meno, tale lacuna è stata colmata in via pretoria dalla stessa Corte EDU, la quale, attraverso un complesso itinerario ermeneutico, ha ridefinito, arricchendolo, il contenuto precettivo dell'art. 6, fino configurare un autonomo diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, che, benché lontano dalle raffinate raffigurazioni teoriche della scienza processualcivilistica continentale sul diritto di azione, ha rappresentato una tappa fondamentale nella definizione dell'ordine costituzionale europeo.

Secondo i giudici di Strasburgo (v., in particolare, la nota sentenza del 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, ric. n. 4451/70), il diritto di accesso a un tribunale è implicato dal giusto processo - quale mezzo inteso ad arginare l'ingiustificata limitazione della tutela giurisdizionale - e risponde al fondamentale obiettivo dell'attuazione del principio della *preéminence du droit* (o della *rule of law*).

L'argomentazione che supporta tale assunto è incentrata sulla considerazione per la quale, ancorché la norma non contenga un riferimento espresso al diritto di accesso ad una corte, ma specifichi soltanto i requisiti per un equo processo una volta che una corte o un tribunale siano stati aditi, l'effettività dei diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, del diritto ad un equo processo, presuppone necessariamente il riconoscimento del diritto ad un giudizio davanti ad un tribunale, posto che, diversamente opinando, il riconoscimento di tali diritti si ridurrebbero ad un'astratta e teorica proclamazione.

Come chiarito nella sentenza del 28 maggio 1985, (Ashingdane c. Regno Unito, ric. n. 8225/78), richiamata dalla sentenza del 22 ottobre 1996 (Stubbings

e altri c. Regno Unito, ric. nn. 22083/93, 22095/93), se è vero che agli Stati va riconosciuto un *«margine di apprezzamento»,* non di meno, poiché la Convenzione garantisce diritti che non sono teorici o illusori, bensì reali ed effettivi, non sono ammesse limitazioni tali da restringere l'accesso al giudice sino al punto da far venire meno la sostanza del diritto (Corte EDU, sentenza del 9 ottobre 1979, Airey c. Irlanda, ric. 6289/73). Inoltre, il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale deve essere *«practical and effective»* e non può ridursi a un mero accesso "fisico" al tribunale (Corte EDU, 13 maggio 1980, Artico c. Italy, n. 6694/74).

Costituisce, non di meno, condizione indefettibile per accedere ad un tribunale il fatto che il diritto su cui si fonda la controversia trovi riconoscimento nell'ordinamento del foro, sulla base di *«motivazioni almeno sostenibili»*. Invero, l'art. 6 non riconosce il diritto ad ottenere necessariamente una statuizione nel merito da parte dei giudici interni qualora la pretesa giuridica non sia riconosciuta nell'ordinamento del foro, giacché diversamente opinando, si attribuirebbe alla Corte EDU il potere di creare diritti sostanziali (per una recente applicazione del principio v. Grande Sezione, 15 marzo 2018, Naït-Liman c. Svizzera, ric. n. 51357/07).

3.1. L'effettività come limite al principio di autonomia procedurale.

Nel contesto dell'ordinamento eurounitario la nozione di tutela giurisdizionale adeguata ha assunto nel tempo una connotazione del tutto peculiare, frutto dell'opera ricostruttiva attraverso la quale la Corte di giustizia ha inteso rafforzare la protezione dei diritti di origine comunitaria (PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, 183, richiamato da CARRATTA, *Libertà fondamentali del trattato dell'unione europea e processo civile*, *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 6, 1400).

La preoccupazione di potenziare l'assetto dei rimedi predisposti dalle legislazioni nazionali, che nasce fondamentalmente dalla diretta applicabilità di alcune disposizioni unionali e dalla loro attitudine a far sorgere veri e propri diritti soggettivi a favore dei privati, si è, tuttavia, tradotta in significative ingerenze, da parte del legislatore e del giudice europei, negli ordinamenti processuali interni, a dispetto del principio di autonomia procedurale che riserverebbe ai soli stati membri la competenza in materia.

D'altro canto, tale ultimo principio soggiace al pregnante limite dell'obbligo di osservanza, da parte degli ordinamenti nazionali, dei principi, generali e cogenti, dell'equivalenza e dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Come chiarito dalla stessa Corte di giustizia nella nota decisione del 16 dicembre 1976, Rewe, C-33/76 - e, più di recente, ribadito nella pronuncia del 14 marzo 2013, Aziz, C-415/11 -, *«in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta»*.

Il principio di equivalenza esige che l'azione a tutela di un diritto derivante da una fonte dell'Unione europea non sia sottoposta a condizioni procedurali meno favorevoli di quelle che si applicherebbero ad un diritto simile, ma di origine interna.

Il principio di effettività - che genera il diritto fondamentale consacrato dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e che per questo costituisce un principio generale del diritto comunitario derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (Corte giust., 3 settembre 2008, Kadi c. Consiglio e Commissione, C-402/05 e C-415/05 P) - impone, invece, che l'azione a tutela di un diritto procedurale nazionale non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale delle posizioni derivanti dal diritto dell'Unione.

Ne discende che, nella prospettiva dell'ordinamento eurounitario, il principo di effettività si traduce in un dovere per gli organi giurisdizionali dei paesi membri di sopperire ad eventuali lacune ordinamentali, specie nell'ipotesi in cui la normazione interna si presenti carente sul piano della tutela giurisdizionale di situazioni soggettive riconosciute dal diritto dell'Unione.

Quale organo periferico della giustizia europea, il giudice nazionale è, in primo luogo, tenuto a vigilare sull'applicazione del diritto comune al fine di garantirne l'uniforme ed effettiva attuazione in ossequio al principio di primazia dell'ordinamento sovranazionale sancita dall'art. 4, par. 3, TUE (Corte giust., 15 luglio 1964, Costa/Enel, C-6/64; Corte giust., 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos, C-26/62).

A tale obbligo conformativo gli organi giurisdizionali sono chiamati ad adempiere attraverso i meccanismi dell'applicazione diretta delle norme europee *self executing* - che risultino, cioè, chiare, precise e incondizionate - e della disapplicazione delle disposizioni interne suscettibili di interferire con quelle unionali o di ostacolarne l'effettività (Corte giust., 9.3.1978, Simmenthal, C-106/77), oppure ricorrendo alla tecnica dell'interpretazione adeguatrice del diritto interno alle fonti eurounitarie, sia pure nel rispetto delle norme nazionali rientranti nei c.d. controlimiti, ossia dei principi caratterizzanti l'identità nazionale

(Corte giust., 10 aprile 1984, Von Colson e Kamann, C-14/83), e comunque accedendo al rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE ogniqualvolta insorgano dubbi sull'esegesi della norma europea ovvero sulla compatibilità della disposizione interna con il diritto dell'Unione.

4. Giusto processo, potere giurisdizionale e riserva di legge processuale. La teoria dell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale.

Si è evidenziato come una recente dottrina, valorizzando il pensiero di Giuseppe Chiovenda, intraveda nell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale il fondamento teorico del potere-dovere del giudice di ricercare la tutela più adeguata alla situazione sostanziale protetta dall'ordinamento.

Secondo tale impostazione, il principio di atipicità del diritto di azione e della tutela giurisdizionale, efficacemente sintetizzato dall'affermazione chiovendiana secondo la quale il processo *"deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire"* così che esso *"è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge"*, è stato costituzionalizzato dall'art. 24 Cost., il quale, riconoscendo il diritto fondamentale di agire in giudizio ai titolari dei diritti e degli interessi legittimi previsti da qualsiasi norma del sistema ordinamentale, anche se nulla disponga sulla tutela processuale, configura una norma a fattispecie aperta.

La teoria dell'atipicità dell'azione si fonda, quindi, sull'assunto per il quale è sufficiente che il diritto sostanziale preveda una determinata situazione giuridica soggettiva perché il relativo titolare possa agire in giudizio per la sua tutela, senza che sia necessaria un'apposita norma, sostanziale o processuale, che autorizzi l'azione (PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo,* in *Foro it.,* 2012, V, 1 e ss.; PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, cit., 387 e ss.). Il diritto sostanziale preesiste e si distingue dalla tutela giurisdizionale, la quale appartiene al diritto pubblico e ne costituisce lo strumento di attuazione, con la conseguenza che sono configurabili tante azioni quanti sono i diritti riconosciuti dall'ordinamento e che *"ogni modo di attuazione della legge e ogni mezzo esecutivo che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile"* (PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro,* cit., 393).

In linea con tale approccio ermeneutico, altri autori hanno affermato che il principio della tipicità delle azioni debba ritenersi ormai superato, essendo, invece, configurabile un'azione unica per più forme di tutela (COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile,* I, *Il processo ordinario di cognizione*,

Bologna, 2011, 225; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1961, I 58).

Inoltre, una parte della dottrina sostiene che la teoria dell'atipicità dell'azione e della tutela giurisdizionale sia stata recepita anche nel codice del processo amministrativo (SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 35; CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it*), mentre altra opinione ritiene che il d.lgs. n. 104 del 2010 sia ispirato ad un *«canone di tipicità "moderata"»* (TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano 2011, 87).

Secondo la prima impostazione, il legislatore del 2010 ha abbandonato il modello processuale del rimedio a tutela di specifiche e legalmente predeterminate tipologie di interessi, optando per la concezione secondo la quale l'oggetto della garanzia giurisdizionale è il bisogno concreto di protezione, la cui tutela deve essere attuata attraverso strumenti idonei e atipici, ancorché necessariamente compatibili con l'ordinamento (LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo,* in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, 503 e ss.; in giurisprudenza v. Cons. Stato, A.P., n. 15 del 2011; Cons. Stato, A.P., n. 13 del 2017).

La concezione favorevole all'atipicità dell'azione intravede, tuttavia, un insuperabile limite all'operatività del relativo principio nella volontà del legislatore espressa nella disciplina positiva delle forme di tutela giurisdizionale tipiche.

Se, infatti, è vero che i principi di strumentalità del processo e di atipicità della tutela autorizzano il giudice a integrare in via interpretativa l'assetto dei rimedi che si riveli lacunoso e incompleto rispetto al concreto bisogno della parte, e, quindi, in contrasto con il principio di effettività, è altrettanto vero che tale facoltà viene necessariamente meno di fronte alla scelta del legislatore di identificare le forme di tutela per determinate situazioni giuridiche soggettive, così accordando preferenza a determinati interessi, e di escludere l'esperibilità di altri rimedi (PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro,* cit., 392).

Anche questa precisazione si pone in linea con la concezione chiovendiana, secondo la quale il principio di atipicità dell'azione rende ammissibile ogni modalità di attuazione di situazioni giuridiche soggettive che, tuttavia, non sia contraria ad una norma generale o speciale di diritto e trova conferma nella riserva di legge processuale costituzionalizzata nell'art. 111, comma 1, Cost., a mente del quale *«la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».*

Tale prescrizione, ancorché sia stata introdotta soltanto con la legge cost. n. 2 del 1999, non costituisce una novità perché è espressione del principio di legalità e dello Stato di diritto, secondo il quale tutti i titolari di un potere pubblico sono tenuti all'osservanza di precise regole (Corte cost., n. 415 del 2001).

Ad eccezione di un'opinione minoritaria, secondo la quale detta riserva sarebbe finalizzata esclusivamente a garantire che il processo non sia regolato da atti di normazione secondaria e, quindi, riguarderebbe i soli rapporti tra i poteri dello Stato legittimati a emanare norme e non anche quelli tra legislatore e potere giudiziario (CHIARLONI, *Il nuovo articolo* 111 *della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo* 111 *della Costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell'Elba,* 9-10 *giugno* 2000*)* a cura di CIVININI e VERARDI, Milano, 2001,16), la maggior parte degli interpreti, aderendo alla concezione secondo la quale la riserva di legge riguarda non solo le relazioni tra organi depositari del potere di normazione (legislativo ed esecutivo), ma anche i rapporti tra legislatore e organi deputati all'attuazione della legge (PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.* 111 *della costituzione e il giusto processo civile. (Atti del convegno dell'Elba,* 9-10 *giugno* 2000, cit.), ritiene che l'art. 111, comma 1, Cost. sia inteso proprio a garantire che le modalità e i tempi di esercizio dei poteri processuali del giudice e delle parti non siano rimessi alla valutazione discrezionale dell'organo giurisdizionale (PROTO PISANI, *Il nuovo art.* 111 *Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241-242; LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)*, in *Enc. giur.*, X, 1, Roma, 2001, 10), ammettendosi, da parte di questo, soltanto interventi di stretta applicazione.

Alcuni degli autori che aderiscono a tale ricostruzione sostengono che la riserva sia circoscritta alla predeterminazione *ex lege* delle sole condizioni o componenti essenziali sancite dall'art. 111 Cost., ovvero delle norme che attuano le garanzie minime del giusto processo (COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.,* 2002, 702 ss.).

Secondo altri studiosi (PROTO PISANI, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo* 111 *della Costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell'Elba,* 9-10 *giugno* 2000*)*, cit., 324 ss.; CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale),* in *Enc. dir.,* Milano, 2001; COSTANTINO, *Il nuovo articolo* 111 *della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in *Il nuovo articolo* 111 *della Costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell'Elba,* 9-10 *giugno* 2000*)*, cit., 255-259), dall'espressione *«regolato dalla legge»* deve, invece, ricavarsi la non conformità alla Costituzione di un processo *«nel quale la forma e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta e*

orale, fossero tutti rimessi quanto alla modalità ed ai tempi alla discrezionalità del giudice» (PROTO PISANI, *Relazione conclusiva,* cit., 320).

Occorre, in particolare, distinguere tra i poteri destinati all'organizzazione e al governo del processo e ininfluenti sul contenuto della decisione, i quali possono essere esercitati discrezionalmente dal giudice a seconda delle esigenze delle singole controversie; e i poteri suscettibili di incidere sul contenuto della decisione, di cui il principio del giusto processo regolato dalla legge esige la rigida predeterminazione da parte del legislatore.

Alla stregua dell'impostazione appena indicata, il potere giudiziale di integrazione del sistema dei rimedi regolati dalla legge, espressione del principio di atipicità e di effettività della tutela giurisdizionale, può trovare spazio solo nel caso in cui l'assetto delle tutele tipiche si presenti incompleto rispetto a specifiche esigenze di protezione di beni-interessi, ma non può spingersi fino ad una *«deformazione delle azioni quando queste siano tipizzate dal legislatore»* (DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1273 e ss.).

5. L'adeguatezza dei rimedi nella giurisprudenza di legittimità. La tutela risarcitoria.

Il richiamo all'effettività della tutela giurisdizionale ricorre frequentemente nella giurisprudenza di legittimità dell'ultimo ventennio, ma soltanto in alcune pronunce il relativo principio risulta declinato nella specifica accezione di *«regola fondamentale dell'ordinamento costituzionale, intesa a garantire il diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella […] unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»* (Sez. 3, n. 21255/2013, Travaglino, Rv. 628699-01; 628700-01; 628701-01; 628702-01; 628703-01).

Tra le enunciazioni più significative del canone di adeguatezza della tutela giurisdizionale si iscrive indubbiamente la pronuncia nomofilattica in materia di nullità negoziale n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633502-01; Rv. 633503-01; Rv. 633504-01; Rv. 633505-01; Rv. 633506-01; Rv. 633507-01; Rv. 633508-01; Rv. 633509-01, in cui il canone di effettività, orientando l'interpretazione del sistema verso il superamento del formalismo dell'impostazione tradizionale, ha condotto la Corte a identificare l'oggetto del giudizio di impugnazione del contratto con il rapporto giuridico che da esso scaturisce.

Ancora, in materia processuale, merita di essere segnalata Sez. U, n. 12310/2015, Di Iasi, Rv. 635536-01, la quale, sulla scorta della premessa secondo la quale *«[…] la previsione costituzionale di un processo "giusto" impone a giudice di non*

limitarsi alla meccanica e formalistica applicazione di regole processuali astratte, ma di verificare sempre (e quindi ogni volta) se l'interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono state poste, evitando che, in mancanza di tale necessità, il rispetto di una ermeneutica tralascia sottratta alla necessaria verifica in rapporto al caso concreto si traduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi di giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale», ha enunciato il principio secondo il quale la modificazione della domanda ammessa *ex* art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Altra significativa applicazione del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale si rinviene in Sez. U, n. 7825/2020, Garri, Rv. 657586-01, la quale ha affermato che in tema di attuazione, da parte della Pubblica amministrazione, del giudicato civile in materia di lavoro, il potere del giudice di ottemperanza non può che esercitarsi sulla base di elementi interni al giudicato - la cui valutazione rientra nella giurisdizione propria del giudice che ha emesso la sentenza -, con la conseguenza che è ammissibile, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che caratterizza il giudizio di ottemperanza, la verifica dell'esattezza dell'interpretazione data dall'amministrazione alle disposizioni da applicare al caso concreto, per accertare che del contenuto della decisione passata in giudicato non sia stato dato un adempimento parziale e incompleto, se non addirittura elusivo.

Il settore in cui l'attenzione giurisprudenziale per l'adeguatezza dei rimedi ha prodotto gli esiti ermeneutici più elevati è, tuttavia, quello della tutela risarcitoria.

Invero, come evidenziato in dottrina, *«affrancato dai condizionamenti della nozione riduttiva di "patrimonialità" del danno, lo strumento risarcitorio ha assunto una flessibilità e adattabilità che lo rendono idoneo a coprire spazi inesplorati, a colpire fattispecie lesive che causano conseguenze pregiudizievoli di carattere personale; insomma, a proteggere diritti nuovi spesso di carattere non patrimoniale rispetto ai quali non solo la coscienza sociale pone un imperativo di tutela coordinata con l'esigenza di effettività»* (TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale,* cit., 37).

Il percorso ermeneutico che ha portato il diritto vivente ad ampliare le *«mobili frontiere del danno ingiusto»* (GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 e ss.) costituisce, dunque, l'espressione più significativa dell'adattamento pretorio del rimedio alla reale portata contenutistica delle

situazioni giuridiche soggettive sostanziali via via emergenti dall'evoluzione della realità sociale.

In tale contesto si iscrive l'itinerario giurisprudenziale sul danno alla persona il quale, dalla concezione sanzionatoria della tutela risarcitoria, che ispirava l'orientamento paneconomico della cultura giuridica precostituzionale e che tendeva a identificare il pregiudizio non patrimoniale con il *«danno morale subiettivo»*, è approdato alla più recente ricostruzione che, valorizzando la concreta fenomenologia del danno non patrimoniale, lo scompone nel duplice pregiudizio della sofferenza interiore e delle ripercussioni sulla vita quotidiana nel suo aspetto dinamico-relazionale, da valutarsi autonomamente nella liquidazione del ristoro pecuniario.

Secondo tale ultima impostazione, che nel corso degli anni ha ottenuto sempre più consistente adesione sino a divenire, in tempi recenti, un orientamento ampiamente condiviso dai giudici di legittimità, la reale essenza del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente tutelati è, dunque, duplice, potendo il pregiudizio *ex* art. 2059 c.c. manifestarsi anche come sofferenza interiore.

Il danno morale non viene più concepito come mera componente del danno biologico, liquidabile mediante personalizzazione in aumento dei valori tabellari, ma come voce di pregiudizio concettualmente autonoma e, in quanto tale, oggetto di liquidazione differenziata.

Tra le decisioni più significative di tale recente corso della giurisprudenza merita di essere segnalata Sez. 3, n. 11851/2015, Travaglino, Rv. 635701-01, secondo la quale ogni *vulnus* arrecato ad un interesse tutelato dalla Costituzione si caratterizza per una doppia dimensione di danno relazionale/proiezione esterna dell'essere e di danno morale/interiorizzazione intimistica della sofferenza. Spetta la giudice valutare questi differenti aspetti del danno, procedendo *"ad una riparazione che, caso per caso, nella unicità e irripetibilità di ciascuna delle vicende umane che si presentano dinanzi a lui, risulti da un canto equa, dall'altro consonante con quanto realmente patito dal soggetto, pur nella inevitabile consapevolezza della miserevole incongruità dello strumento risarcitorio a fronte del dolore dell'uomo, che dovrà rassegnarsi a veder trasformato quel dolore in denaro"* (in senso conforme, *ex multis*, Sez. 3, n. 901/2018, Travaglino, Rv. 647125-03; Sez. 3, n. 7513/2018, Rossetti, Rv. 648303-01; Sez. 3, n. 20795/2018; Sez. 3, n. 11754/2018; Sez. 3, n. 23469/2018, Scoditti, Rv. 650858-02; Sez. 3, n. 27482/2018, Olivieri, Rv. 651338-01; Sez. 3, n. 32944/2018, Dell'Utri, non massimata; Sez. 6-3, n. 4878/2019, Porreca, Rv.

653138-01; Sez. 3, n. 2788/2019, Porreca, Rv. 652664-01; Sez. L, n. 9112/2019, Boghetich).

La ricerca del rimedio più adeguato al contenuto della situazione giuridica soggettiva fatta valere si coglie con particolare evidenza nella citata sentenza n. 21255 del 17 settembre 2013, in cui la Corte ha accordato la tutela risarcitoria - motivata dal comportamento corrotto di un giudice che aveva generato una sentenza corrotta che aveva, a propria volta, alterato l'assetto di interessi divisato in una transazione con la quale le parti avevano definito i reciproci rapporti - in alternativa all'azione di revocazione della sentenza causativa del danno e dell'azione di annullamento dell'accordo transattivo.

La Terza Sezione civile è giunta, così, a configurare, in ossequio al principio di effettività della tutela, un'azione di risarcimento in via autonoma, ossia non condizionata dal previo esperimento dei rimedi specifici, quali sono la revocazione e l'impugnativa negoziale, tutte le volte in cui questi ultimi siano divenuti impossibili e, dunque, inutili rispetto al risultato avuto di mira dalla parte interessata.

Tale impostazione collima con la tesi, sostenuta da recente dottrina, secondo la quale l'obbligo di attivare il rimedio specifico si impone a preferenza del rimedio per equivalente ove il risultato con esso perseguito sia attuabile, mentre non è configurabile nell'ipotesi in cui la possibilità e l'utilità del medesimo rimedio non possano in concreto essere garantite (PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza,* cit., 401 e ss.).

L'attenzione per l'adeguatezza della tutela emerge anche da Sez. 1, n. 29237/2019, Tricomi, Rv. 656040-02, la quale, dando seguito al principio enunciato in Sez. 1, n. 11564/2015, Lamorgese, Rv. 635649-01, ha stabilito che in tema di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli artt. 2 e ss. della l. n. 287 del 1990, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e

valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata.

Un'altra significativa applicazione del principio di adeguatezza della tutela risarcitoria si rinviene in Sez. 3, n. 5124/2020, Rossetti, Rv. 657135-01, la quale, nella prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale, ha stabilito che la domanda di annullamento degli atti impositivi proposta al giudice tributario interrompe e sospende, per tutta la durata di quel processo, la prescrizione dell'azione - successivamente esercitata dinanzi al giudice ordinario - di risarcimento dei danni derivanti dalla riscossione coattiva, non potendo la pluralità di giudici, ordinari e speciali, prevista per assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, risolversi in una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale.

5.1. Il controllo giudiziale sull'equilibrio contrattuale.

La frontiera più avanzata della riflessione sulla correlazione tra la dimensione processuale e la struttura e il contenuto dei diritti è costituita senz'altro dal tema dell'equilibrio, normativo ed economico, del contratto, da tempo al centro di una vasta discussione che in dottrina vede contrapposte soluzioni aperte alla configurabilità di un controllo contenutistico sulla proporzionalità e sull'adeguatezza dell'assetto di interessi divisato dalle parti, e impostazioni tese a salvaguardare, anche in un'ottica di garanzia della sicurezza dei traffici, l'intangibilità dell'autonomia contrattuale.

Secondo l'orientamento tradizionale, il contratto è giusto in quanto è il risultato del libero e consapevole esercizio dell'autonomia delle parti. L'equilibrio normativo del regolamento degli interessi e la proporzione economica del sinallagma non sono, quindi, di per sé, giuridicamente rilevanti, né sono sindacabili attraverso il controllo di validità del contratto o la correzione giudiziale dello squilibrio, salvo che allo squilibrio o alla sproporzione si associ una diversa e ulteriore anomalia nella formazione del consenso che infici, anche in ragione della debolezza di una delle parti, la libertà negoziale (CATAUDELLA*, L'uso abusivo dei principi, in Riv. dir. civ.,* 2014, 753 ss.*;* SCHLESINGER*, L'autonomia privata ed i suoi limiti, in Giur. it.,* 1999, V, 230 ss.*;* GALGANO*, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, in Contratto e impr.,* 1997, 421).

Ad avviso di altri autori è, invece, possibile cogliere una tendenza dell'ordinamento nazionale e sovranazionale verso la tutela dell'equità dello scambio, sul presupposto che il contratto giusto non è quello voluto dalle parti, ma quello equilibrato (PERLINGIERI*, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti,* in *Rass. dir. civ.,* 2001, 341*;* LIPARI*, Intorno alla giustizia*

del contratto, in Il diritto civile tra legge e giudizio, Milano 2017, 235 e ss.*;* VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato,* Napoli 2004, 88 ss.; GALGANO*, Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.,* 1993, 419 e ss.*;* Id.*, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, ivi,* 1997, 421 e ss.).

Nell'ambito di tale ultimo indirizzo, nella prospettiva della valorizzazione delle potenzialità applicative del pricipio di effettività della tutela giurisdizionale e degli spunti ricostruttivi offerti dalla teoria processualcivilistica dell'atipicità dell'azione, una recente dottrina ha suggerito di verificare la configurabilità di un rimedio atipico capace di attuare efficacemente il concreto interesse leso dallo scambio contrattuale (CORRIAS*, Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice,* in *Riv. dir. civ.,* 2019, 345 e ss.).

Anche nella giurisprudenza di legittimità, a fronte di un indirizzo che, considerando prevalente il principio di autonomia privata, esclude che lo squilibrio originario del sinallagma possa tradursi nella nullità del contratto per mancanza di causa (Sez. 2, n. 9640/2013, Nuzzo, non massimata; Sez. 1, n. 22567/2015, Nappi, Rv. 637658-01; Sez. 3, n. 9182/2018, D'Ovidio, Rv. 648591-01), altre decisioni hanno riconosciuto rilevanza all'equilibrio del regolamento negoziale ritenendo ammissibile, sia pure entro precisi limiti, un potere conformativo del giudice (Sez. U, n. 18128/2005, Lo Piano, Rv. 583011- 01; Sez. 3, 20106/2009, Vivaldi, Rv. 610222-01; Sez. 3, n. 7557/2011, De Stefano, Rv. 617752-01; Sez. 1, n. 17642/2012, Di Virgilio, Rv. 624747-01;).

Nella giurisprudenza più recente, una significativa apertura al controllo giudiziale di natura contenutistica in funzione conformativa del programma negoziale si rinviene nella pronuncia nomofilattica n. 9140 del 2016, Amendola A., Rv. 639703-01, la quale, con riferimento alla validità delle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione della responsabilità civile, ha affermato che la pattuizione che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che, tanto il fatto illecito, quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola *claims made* mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero - ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 - per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali.

Pur non prendendo espressa posizione sull'incidenza qualificatoria della clausola *claims made* sul tipo contrattuale assicurativo, ovvero sul se essa determini, o meno, l'atipicità del regolamento contrattuale, detta pronuncia ha offerto originali spunti ricostruttivi sul tema del sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale.

Invero, a giudizio delle Sezioni Unite, la valutazione di meritevolezza deve

essere condotta *«in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete»* e l'eventuale immeritevolezza, derivante dallo squilibrio, riguarda le sole clausole "impure" in ragione della compressione temporale dell'oggetto della copertura.

Dall'immeritevolezza della clausola *claims made* la Corte fa discendere la nullità parziale del contratto ammettendo un intervento del giudice in senso modificativo o integrativo del programma negoziale finalizzato a ristabilire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e a prevenire o reprimere l'abuso del diritto. E la conformazione giudiziale avviene attraverso l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile (c.d. *loss occurrence*).

A sostegno di tale ricostruzione le Sezioni Unite richiamano i principi enunciati nelle ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c. nella parte in cui non consente di ridurre la caparra confirmatoria, sul presupposto che, di fronte ad un regolamento contrattuale non equo e squilibrato in danno di uno dei contraenti - come una caparra manifestamente eccessiva e, quindi, non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte in contrasto con il dovere costituzionale di solidarietà - il giudice può rilevare d'ufficio la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede.

Le indicazioni ricostruttive offerte dall'arresto del 2016 sono state sviluppate ed arricchite da Sez. U., n. 22437/2018, Vincenti, Rv. 650461-01, la quale, sempre in tema di regolamento contrattuale *on claims made basis*, ha precisato che *«Il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art.* 1917*, comma* 1*, c.c., consentita dall'art.* 1932 *c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art.* 1322*, comma* 2*, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art.* 1322*, comma* 1*, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto - sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti -, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole*

abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati».

La sentenza, dopo aver sottolineato il riconoscimento legislativo ottenuto dal modello contrattuale in questione attraverso gli artt. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 24, concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera, e 3, comma 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modificazioni dalla legge 14 novembre 2011, n. 148, come novellato dall'art. 1, comma 26, della legge 4 agosto 2017, n. 124, che ha stabilito l'obbligo di stipulare idonea assicurazione a carico dell'esercente una libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti, ha evidenziato come la clausola *claims made* - già ampiamente diffusa nel settore assicurativo - sia divenuta una componente contenutistica del modello contrattuale di base, inderogabile *in pejus*, dell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti in genere, così collocandosi all'interno dell'ambito di derogabilità del sotto-tipo delineato dal primo comma dell'art. 1917 c.c., concesso dall'art. 1932 c.c. Il contratto di assicurazione con clausola *claims made* costituisce, dunque, una deroga convenzionale, consentita dall'art. 1932 c.c., al modello di assicurazione della responsabilità civile, che non comporta una deviazione strutturale della fattispecie negoziale tale da estraniarla dal tipo dell'assicurazione contro i danni, e partecipa della causa indennitaria propria di tale ultimo contratto (art. 1904 c.c.).

La principale conseguenza di tale scelta ermeneutica va rintracciata nella sottrazione del regolamento contrattuale con *claims made* al controllo di meritevolezza degli interessi, che l'art. 1322, comma 2, c.c. riserva ai contratti atipici, e nel suo assoggettamento alla verifica sulla rispondenza del contenuto negoziale liberamente determinato ai limiti imposti dalla legge ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c.

Tale indagine riguarda, in primo luogo, il contenuto del regolamento contrattuale, essendo demandato al giudice il compito di verificare, attraverso la causa concreta - da identificarsi nello scopo pratico, ovvero nella sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare in concreto, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato -, se l'assetto di interessi pattuito sia lecito, ovvero non lesivo degli interessi delle parti tutelati dall'ordinamento, e adeguato agli interessi in concreto avuti di mira dai contraenti.

Ai fini di tale accertamento, l'emersione di un palese squilibrio dell'assetto sinallagmatico si presta ad essere interpretato come indice di carenza della causa

in concreto dell'operazione economica. Ciò non significa - avverte la Suprema Corte - che il controllo di adeguatezza sia volto a garantire l'equilibrio economico delle prestazioni, essendo detto profilo rimesso all'autonomia contrattuale. Invero, tale indagine è diretta a verificare *«con la lente del principio di buona fede contrattuale»* se lo scopo pratico del regolamento *on claims made* presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, *«giacché nel contratto di assicurazione contro i danni la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato attraverso criteri di calcolo attuariale»*. La determinazione del premio di polizza assume, quindi, valore decisivo non soltanto ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, ma della stessa verifica del rispetto in concreto dell'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.

Tra i suggerimenti ermeneutici più originali e innovativi offerti dalla pronuncia nomofilattica in esame vi è la considerazione per la quale il giudice di merito può compiere il giudizio causale in concreto attingendo dalla fase precontrattuale elementi chiarificatori sulle esigenze dell'assicurato e, quindi, sul contenuto più idoneo, e perciò più adeguato, a soddisfarle a pieno, valorizzando le peculiarità del caso concreto, ma avvalendosi anche dei principi generali tratti dalla legislazione speciale in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale e dalla disciplina delle clausole abusive *ex* artt. 33 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Il connotato causale dell'adeguatezza - avvertono le Sezioni Unite - salvaguarda, oltre all'interesse individuale, *«gli interessi che entrano nel contratto, ai quali non è estraneo quello, di natura superindividuale, di una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione»*.

Sul versante rimediale, la natura ancipite, individuale e pubblicistica, degli interessi perseguiti attraverso il parametro dell'adeguatezza contrattuale conduce a identificare la forma di tutela più confacente nella nullità, ma non già totale, bensì parziale, con sostituzione automatica di clausole *ex* art. 1419, comma 2, c.c.

Ne discende che, con riferimento all'assicurazione della responsabilità professionale, il regolamento contrattuale deve modularsi alla stregua della disciplina legale di base, avente carattere imperativo perché posta a tutela di interessi pubblicistici, così che lo scarto tra il primo e la seconda comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c., cui il giudice può porre rimedio, in forza dell'art. 1419 c.c., integrando il regolamento contrattuale, ma non attraverso

il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., come sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2016, bensì *«attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa»*. E, nel caso di contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legislazione in materia, è, comunque, possibile tenere conto della *«giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo pratico perseguito dai paciscenti»* in funzione di *«criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza»*.

6. Il limite della meritevolezza dell'interesse ad agire.

L'aspetto più innovativo della teoria dell'atipicità della tutela giurisdizionale è rappresentato sicuramente dall'attribuzione al giudice di un potere-dovere di ricercare la protezione più adeguata allo specifico bisogno di tutela, sul presupposto che il processo deve assicurare la massima strumentalità dei propri risultati rispetto al diritto sostanziale, fatti salvi i limiti posti dalla legge (art. 2908 c.c.) o dall'impossibilità materiale di attingere un determinato risultato o dalla preferenza accordata dall'ordinamento ad un interesse maggiormente rilevante (PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza,* 401 e ss., spec. nota 34).

L'individuazione della tutela più congeniale all'attuazione del diritto sostanziale, che costituisce l'essenza stessa del principio di adeguatezza della tutela giurisdizionale di derivazione europea, passa attraverso l'apprezzamento dell'interesse concretamente perseguito dalla parte che agisce in giudizio.

Una recente dottrina, nell'evidenziare come tale controllo possa esitare nella constatazione dell'insussistenza di un interesse ad agire degno di protezione, ha avanzato l'ipotesi della configurabilità nel nostro sistema di un controllo giudiziale sulla meritevolezza della tutela richiesta (GHIRGA, *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta,* in *Riv. dir. proc.,* 2020, 1, 13 e ss).

Tale ricostruzione è stata, tuttavia, avversata da chi, facendo leva sul carattere strettamente formalistico del diritto processuale, oltre che sul principio della certezza del diritto, ha posto in rilievo l'indeterminatezza del concetto di meritevolezza della tutela e la sua contrarietà al principio per il quale le valutazioni in merito alla stessa sono riservate in via esclusiva al legislatore (WIDMANN, *Sulla minima unità economica della pretesa azionata in giudizio,* in *Giusto proc. civ.,* 2017, 894).

La dottrina che attribuisce rilevanza alla meritevolezza dell'interesse ad agire intravede una chiara conferma dei propri assunti nella giurisprudenza di legittimità in materia di frazionamento del credito inaugurata dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 23726/2007, Morelli, Rv. 599316-01, secondo la quale non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale (in senso conforme Sez. 3, n. 24539/2009, Finocchiaro, Rv. 610945-01; Sez. 6-2, n. 19898/2018, Falaschi, Rv. 650068-01; Sez. 6-2, n. 15398/2019, Orilia, Rv. 654137-01).

Ad avviso del Giudice nomofilattico, tale ricostruzione costituisce l'esito dell'allineamento delle norme processuali *«al duplice obiettivo della "ragionevolezza della durata" del procedimento e della "giustezza" del "processo", inteso come risultato finale (della risposta cioè alla domanda della parte), che "giusto" non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto, del processo, per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi».*

Ulteriori sviluppi sul rapporto tra rimedio e interesse si colgono in Sez. U, n. 4090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01, in cui il principio dell'infrazionabilità della singola obbligazione è stato declinato con riferimento all'ipotesi di diversi e distinti diritti di credito riconducibili ad un medesimo rapporto di durata tra le parti.

Le Sezioni Unite hanno precisato che le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - sì da non poter

essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione *ex* art. 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie *ex* art. 101, comma 2, c.p.c. (in senso conforme Sez. 2, n. 17893/2018, D'Ascola, Rv. 649387-01; Sez. 2, n. 20714/2018, Besso Marcheis, Rv. 650013-01; Sez. 3, n. 6591/2019, Dell'Utri, Rv. 653251-01; Sez. 6-3, n. 337/2020, D'Arrigo, Rv. 656587-01; Sez. 6-L, n. 26089/2019, Cavallaro, Rv. 655428-01; Sez. 3, n. 8530/2020, De Stefano, Rv. 657812-01).

La pronuncia nomofilattica del 2017, innovando rispetto al precedente arresto del 2007, non esclude in radice la frazionabilità del credito, ma condiziona la proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto obbligatorio all'allegazione di un *«interesse oggettivamente valutabile»* (nello stesso senso v. Sez. 3, n. 17019/2018, Saija, Rv. 649441-02).

Ad avviso della dottrina della meritevolezza della tutela richiesta, tale interesse non è sovrapponibile all'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.

Infatti, l'interesse al frazionamento della pretesa non può ridursi al vantaggio giuridico perseguito attraverso la domanda giudiziale, dovendo, altresì, risultare conforme al principio, desumibile dagli artt. 1175 e 1375 c.c., che vieta l'abuso del diritto e del processo (in tal senso, in giurisprudenza, v. Sez. U, n. 9935/2015, Di Amato, Rv. 635325-01; Sez. 1, n. 5677/2017, Terrusi, Rv. 644656-01; Sez. 3, n. 21768/2019, Rossetti, Rv. 655030-01; Sez. 1, n. 30539/2018, Campese, Rv. 651878-01).

La sussistenza di un interesse meritevole sembra assumere rilevanza condizionante nella più recente Sez. 2 n. 29079/2019, Cosentino, Rv. 655360-01, secondo la quale in caso di accertamento dell'usucapione in danno di più proprietari, è inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione della sentenza di rigetto proposta, per violazione dell'integrità del contraddittorio, dal soccombente che abbia agito in giudizio senza convenirvi tutti i comproprietari e senza sollecitare al riguardo l'esercizio dei poteri officiosi del giudice, stante l'irrilevanza per lo stesso della non opponibilità della pronuncia ai litisconsorti necessari pretermessi e l'assenza di pregiudizio per i diritti di questi ultimi. Né è meritevole di tutela l'interesse ad un nuovo giudizio che si concluda con differente esito, traducendosi esso in un abuso del processo, oltre ad essere contrario al principio di ragionevole durata dello stesso ai sensi dell'art. 111 Cost.

Utili indicazioni sul tema si traggono, infine, da Sez. 6-2, n. 21971/2020, Oliva, Rv. 659397-01, la quale ha precisato che, in tema di contratti cui acceda la consegna di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, qualora il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione (giudiziale o di diritto) e il risarcimento del danno, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra (o pagamento del doppio), avuto riguardo - oltre che alla disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso ed all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto - all'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento: la funzione della caparra, consistendo in una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, risulterebbe infatti frustrata se alla parte che abbia preferito affrontare gli oneri connessi all'azione risarcitoria per ottenere un ristoro patrimoniale più cospicuo fosse consentito - in contrasto con il principio costituzionale del giusto processo, che vieta qualsiasi forma di abuso processuale - di modificare la propria strategia difensiva, quando i risultati non corrispondano alle sue aspettative

.

III) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

(di MARIA ELENA MELE)

SOMMARIO: 1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. - 2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. - 3. L'effetto espansivo interno del giudicato. - 4. Impugnazioni e preclusioni.

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c.

L'individuazione dei criteri che regolano la formazione del giudicato a seguito della impugnazione parziale della sentenza e della conseguente acquiescenza tacita rispetto alle parti non impugnate costituisce un tema problematico sul quale anche nell'anno di riferimento la Corte di cassazione è intervenuta più volte.

Vi è, innanzitutto, il problema del coordinamento tra l'art. 329, comma 2 c.p.c. e l'art. 336 c.p.c. La prima disposizione disciplina l'istituto dell'acquiescenza tacita cd. qualificata, stabilendo che l'impugnazione parziale della sentenza importa acquiescenza alle parti di essa non impugnate. In tal modo il legislatore, attraverso una presunzione che opera a prescindere dalla volontà della parte acquiescete, ricollega alla impugnazione di una parte soltanto della decisione l'effetto di accettazione delle altre parti e il conseguente passaggio in giudicato formale delle medesime. Tale effetto, tuttavia, può verificarsi, solo in quanto le parti non impugnate siano indipendenti e scindibili rispetto a quelle impugnate. E infatti, l'art. 336 c.p.c. dispone che la riforma o cassazione parziale hanno effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti da quelle riformate o cassate (cd. effetto espansivo interno dell'impugnazione), rispetto alle quali, dunque, l'impugnazione parziale non determina acquiescenza.

Un primo problema attiene alla individuazione delle ipotesi in cui si verifica l'acquiescenza cui si riferisce l'art. 329 c.p.c. In via generale, **Sez. 2, n. 02670/2020, Abete, Rv. 657090-01** ha chiarito che tale acquiescenza opera come preclusione rispetto ad un'impugnazione non ancora proposta, mentre nell'ipotesi in cui la sentenza sia già stata impugnata è possibile avvalersi soltanto di un'espressa rinunzia all'impugnazione stessa, da compiersi nelle forme e con le modalità prescritte dalla legge (in senso conforme si era già espressa Sez. L, n. 23529/2013, Fernandes, Rv. 628251-01).

Inoltre, **Sez. 2, n. 21267/2020, Criscuolo, Rv. 659365-01** - conformemente a quanto affermato da Sez. 3, n. 12615/2017, De Stefano, Rv. 644402-01 - ha precisato che l'acquiescenza costituisce atto dispositivo del diritto di impugnazione e, quindi, indirettamente, del diritto fatto valere in giudizio, sicché la relativa manifestazione di volontà deve essere inequivoca e deve

necessariamente provenire dal soggetto che di detto diritto possa disporre o dal procuratore munito di mandato speciale. In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che potesse assumere univoco significato di atto di acquiescenza una comunicazione tra uffici dell'amministrazione che richiamava soltanto una pregressa presupposta rinuncia all'impugnazione, in relazione alla quale nulla risultava dimostrato.

Si è inoltre affermato che il contegno della parte che, ai fini della determinazione della somma da precettare, detrae dall'importo riconosciuto in suo favore con la sentenza parziale quanto riconosciuto in favore della controparte con la sentenza definitiva, non implica acquiescenza a tale ultima sentenza, della quale è corretto tener conto ai fini della determinazione del saldo dei rapporti di dare e avere tra le parti cristallizzato nel precetto, non fosse altro che per prevenire l'eccezione di compensazione della parte precettata (**Sez. 2, n. 07941/2020, Cosentino, Rv. 657592-01**).

Nel caso di sentenza d'appello che dichiari la nullità della notificazione della citazione introduttiva del giudizio di primo grado e rimetta le parti al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., **Sez. 6-2, n. 07041/2020, Scarpa, Rv. 657284-02** ha ritenuto che la riassunzione della causa davanti al giudice di primo grado quando siano ancora aperti i termini per l'impugnazione di detta statuizione non può essere considerata acquiescenza tacita, trattandosi di iniziativa riconducibile ad esigenze cautelative e, comunque, non incompatibile con la volontà di avvalersi di tale mezzo di impugnazione, e non preclude, alla medesima parte che abbia riassunto la causa davanti al giudice di primo grado, l'esperimento di ricorso incidentale tardivo, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., avverso qualsiasi capo della sentenza medesima (v., in precedenza, Sez. U, n. 03331/2019, Conti R.G., Rv. 652848-01).

L'ulteriore questione posta dalla necessità di coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. attiene alla individuazione della nozione di «parte» della sentenza, anche al fine di stabilire quale possa definirsi autonoma e sulla quale, ove non impugnata, si formi il giudicato. La giurisprudenza della S.C. identifica la «parte» della sentenza con sole le questioni, sia sostanziali che processuali, dotate di autonomia e indipendenza, restandone escluse le mere argomentazioni e le esposizioni di un'astratta tesi giuridica. Si è perciò ritenuto che la formazione della cosa giudicata su un capo della sentenza per mancata impugnazione può verificarsi solo con riferimento ai capi che siano completamente autonomi perché fondati su distinti presupposti di fatto e di diritto, sicché l'acquiescenza alle parti della sentenza non impugnata non si verifica quando queste si pongano in nesso

consequenziale con altra e trovino in essa il suo presupposto (**Sez. 2, n. 12649/2020, Giannaccari, Rv. 658277-01**).

Sotto altro profilo è stato ribadito che, ai fini della individuazione delle questioni, di fatto o di diritto, suscettibili di giudicato interno se non censurate in appello, la locuzione giurisprudenziale "minima unità suscettibile di acquisire la stabilità del giudicato interno" individua la sequenza logica costituita dal fatto, dalla norma e dall'effetto giuridico, ossia la statuizione che affermi l'esistenza di un fatto, sussumibile sotto una norma, cui il giudice ricolleghi un dato effetto giuridico. Ne consegue che, sebbene ciascun elemento di detta sequenza possa essere oggetto di un apposito motivo d'impugnazione, quest'ultima, ove motivata in ordine anche ad uno soltanto di essi, riapre la cognizione del giudice dell'impugnazione sull'intera statuizione. **Sez. 2, n. 08645/2020, Manna F., Rv. 657696-01** ha pertanto ritenuto che è da escludere la formazione di un giudicato interno sull'affermata inesistenza della notifica della citazione di primo grado, ancorché il relativo capo del dispositivo non sia stato oggetto d'una propria e autonoma censura allorquando la parte impugnante contesti i successivi effetti processuali che il giudice d'appello ne abbia tratto, atteso che, affinché il giudice possa ricostruire i fatti in maniera autonoma rispetto a quanto prospettato dalle parti e procedere ad una diversa loro qualificazione giuridica, non occorre un'apposita censura sugli uni o sull'altra, ma è sufficiente che sia contestato anche soltanto l'effetto finale che il giudice *a quo* ne abbia ricavato, rappresentando l'inesistenza - non diversamente dalla nullità di un atto processuale - una "qualificazione" giuridica che questi opera per trarne uno o più effetti concreti sui *themata decidenda* sostanziali e/o processuali.

2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite.

Problematica è l'operatività dell'acquiescenza rispetto alle parti della sentenza contenenti pronunce implicite.

Tra queste particolare rilievo ha la questione concernente la giurisdizione allorché il giudice non si sia espressamente pronunciato in proposito e la parte appellante non abbia formulato al riguardo alcuna specifica doglianza.

A partire da Sez. U., n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, la Corte, discostandosi dal precedente orientamento, ha affermato che con riguardo alla rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, del difetto di giurisdizione, soltanto qualora sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito il giudice può rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, operando la relativa preclusione anche in sede di legittimità. Nella pronuncia richiamata, la S.C. ha

precisato che il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengono statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo alla ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito.

Tale interpretazione è stata costantemente ribadita dalla successiva giurisprudenza di legittimità.

Nell'anno di riferimento, **Sez. U., n. 07454/2020, Conti, Rv. 657417-03** ha affermato che il giudicato implicito sulla giurisdizione si forma tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione, sicché la preclusione da giudicato non può scaturire da una pronuncia che non contenga alcuna statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, ma si limiti a risolvere questione giuridiche strumentali all'attribuzione del bene controverso. In applicazione del principio in fattispecie relativa ad una domanda di risarcimento danni per accessione invertita e occupazione illegittima, la Corte di cassazione ha escluso la presenza di un giudicato implicito sulla giurisdizione del giudice ordinario, rispetto alla domanda risarcitoria, nella sentenza non definitiva di primo grado, che si era limitata a ritenere non perfezionato un accordo di cessione volontaria dell'area occupata, senza esaminare la predetta domanda, neppure al fine di ritenere sussistente l'*an* della pretesa.

Deve, altresì, essere menzionata **Sez. U, n. 08095/2020, Napolitano, Rv. 657587-01** la quale, muovendo da tale presupposto, ha ritenuto che il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, per motivi di giurisdizione, avverso le pronunce emesse dalla Corte dei conti, non trova ostacolo nella circostanza che tale questione non sia stata sollevata nelle precedenti fasi processuali, ricollegandosi l'effetto preclusivo al solo maturarsi del giudicato interno formatosi per la mancata impugnazione di una pregressa pronuncia resa esplicitamente sulla giurisdizione, ovvero sul merito, nel presupposto implicito della giurisdizione medesima.

Inoltre, secondo **Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-01** in tema di danno erariale, ove la pronuncia di condanna emessa in primo grado a carico di due soggetti ritenuti solidalmente responsabili sia stata appellata per difetto di giurisdizione soltanto da uno di essi, deve ritenersi formato il giudicato implicito

sulla sussistenza della giurisdizione del giudice adìto nei confronti del corresponsabile, stante il carattere scindibile dei rapporti giuridici, concretanti un'obbligazione solidale risarcitoria. Per tale ragione, il ricorso in cassazione per carenza di giurisdizione proposto dal coobbligato che non aveva sollevato la relativa questione nel grado di appello, deve essere dichiarato inammissibile.

Sez. U, n. 16458/2020, Scoditti, Rv. 658629-01 ha riconosciuto l'efficacia esterna del giudicato civile di condanna di un Comune al pagamento di un indennizzo per ingiustificato arricchimento in favore dei proprietari di una cava utilizzata dall'ente come discarica di rifiuti solidi sulla base di un accordo verbale mai formalizzato in una convenzione, riconoscendo portata di *res iudicata* all'implicita statuizione dell'esistenza della giurisdizione del giudice ordinario derivante dal giudicato sulla natura privatistica del rapporto intercorso e sulla carenza di esercizio di potere

Più in generale, **Sez. 3, n. 25864/2020, Cirillo FM, Rv. 659785-01** ha ritenuto che alla mancata, specifica impugnazione della statuizione adottata dal giudice di merito - anche implicitamente ai fini della prescrizione - sulla natura, contrattuale o extracontrattuale, del titolo di responsabilità del convenuto, consegue il passaggio in giudicato, sul punto, della sentenza, non potendo il giudice dell'impugnazione, in conseguenza dell'effetto devolutivo dell'appello, qualificare autonomamente e diversamente tale titolo, al fine di ritenere in ipotesi applicabile un diverso termine prescrizionale (in senso conforme si era già espressa Sez. 3, n. 23871/2006, Varrone M., Rv. 594709-01).

3. L'effetto espansivo interno del giudicato.

La previsione dell'art. 336 c.p.c. - a mente del quale «la riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata» - rende necessario stabilire cosa debba intendersi per «parte dipendente» della sentenza. Innanzitutto, allorché sia impugnata la premessa logica della decisione di una domanda, parte dipendente sarà la statuizione che dipenda da quella decisione. E ciò vale anche nel caso in cui tale premessa logica sia costituita da un mero elemento della fattispecie, ovvero da una questione preliminare di merito o da una questione pregiudiziale in senso tecnico o in senso logico. In questi casi, l'impugnazione della parte di sentenza condizionante comporta la devoluzione al giudice dell'impugnazione anche delle parti dipendenti le quali, dunque, saranno sottratte al giudicato. Tale devoluzione, tuttavia, è circoscritta nei soli limiti del condizionamento, e cioè solo nella misura

in cui la diversa soluzione della questione pregiudicante sia in grado di incidere sulla decisione della questione dipendente.

In applicazione di tale principio **Sez. 2, n. 12649/2020, Giannaccari, Rv. 658277-01** ha affermato che la formazione della cosa giudicata su un capo della sentenza per mancata impugnazione può verificarsi solo con riferimento ai capi che siano completamente autonomi perché fondati su distinti presupposti di fatto e di diritto, sicché l'acquiescenza alle parti della sentenza non impugnata non si verifica quando queste si pongano in nesso conseguenziale con altra e trovino in essa il loro presupposto.

Secondo **Sez. 2, n. 08773/2020, Carbone, Rv. 657697-01** qualora la domanda di revocazione concerna una parte autonoma della sentenza d'appello, il relativo accoglimento determina, in aderenza alle regole dell'impugnazione parziale e dell'effetto espansivo interno, la rescissione di quella parte soltanto, nonché delle parti che dipendano dalla parte rescissa, mentre conservano la loro efficacia le parti autonome ed indipendenti; sicché, nel giudizio di cassazione pendente su queste ultime, la pronuncia di revocazione non fa cessare la materia del contendere.

In tema di spese processuali, **Sez. 1, n. 14916/2020, Caradonna, Rv. 658671-01** ha ribadito che il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronunzia di merito adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, poiché gli oneri della lite devono essere ripartiti in ragione del suo esito complessivo, mentre in caso di conferma della sentenza impugnata, la decisione sulle spese può essere modificata dal giudice del gravame soltanto se il relativo capo della sentenza abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione (nello stesso senso v. Sez. 3, n. 27606/2019, Dell'Utri, Rv. 655640-01; Sez. 6-3, n. 01775/2017, Scrima, Rv. 642738-01).

4. Impugnazioni e preclusioni.

La formazione del giudicato è incisa anche dalle preclusioni che maturano nel giudizio di impugnazione, conseguenti all'onere imposto alle parti dagli artt. 329, 342, 346, 360 c.p.c. di coltivare le questioni.

Tali preclusioni condizionano i poteri del giudice come ribadito di recente da **Sez. 3, n. 03896/2020, Valle, Rv. 657150-01** la quale ha riaffermato il principio (già espresso da Sez. 2, n. 25244/2013, Manna F., Rv. 628907-01) per cui il divieto di *reformatio in peius* costituisce conseguenza delle norme, dettate dagli artt. 329 e 342 c.p.c. in tema di effetto devolutivo dell'impugnazione di merito e di

acquiescenza, che presiedono alla formazione del *thema decidendum* in appello, per cui, una volta stabilito il *quantum devolutum*, l'appellato non può giovarsi della reiezione del gravame principale per ottenere effetti che solo l'appello incidentale gli avrebbe assicurato e che, invece, in mancanza, gli sono preclusi dall'acquiescenza prestata alla sentenza di primo grado. Per tale ragione, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di secondo grado che, in assenza di impugnazione incidentale sul punto, aveva attribuito all'appellato delle "voci di spesa" non ricomprese nella somma già quantificata in suo favore dal tribunale, in accoglimento della sua domanda di rimborso di alcuni costi di bonifica di un immobile, sul presupposto che l'ammontare così liquidato fosse comunque inferiore a quello determinato dal giudice di prime cure e che venisse in rilievo semplicemente "una diversa incidenza degli specifici costi nell'ambito del complessivo importo riconosciuto".

Analogamente, **Sez. 6-3, n. 21504/2020, Gorgoni, Rv. 659565-01** ha cassato con rinvio la decisione impugnata che, in assenza di impugnazione incidentale sul punto e dopo avere dichiarato assorbito il motivo di appello formulato sul capo delle spese, aveva modificato, in violazione del principio sopra espresso, la statuizione sulle spese processuali di primo grado in senso sfavorevole per l'appellante.

In applicazione del medesimo principio, **Sez. 3, n. 25877/2020, Porreca, Rv. 659855-01** ha affermato che, nell'ipotesi di rinvio c.d. prosecutorio alla corte d'appello - che si verifica quando la sentenza impugnata sia entrata nel merito della controversia, se del caso accogliendo la domanda risarcitoria e quantificando i danni - la corte territoriale, diversamente da quanto accade nel caso di rinvio c.d. improprio o restitutorio, soggiace al divieto di *reformatio in peius*, che costituisce conseguenza delle norme, dettate dagli artt. 329 e 342 c.p.c. in tema di effetto devolutivo dell'impugnazione di merito e di acquiescenza, che presiedono alla formazione del *thema decidendum* in appello, per cui, una volta stabilito il "quantum devolutum", l'appellato non può giovarsi della reiezione del gravame principale per ottenere effetti che solo l'appello incidentale gli avrebbe assicurato e che, invece, in mancanza, gli sono preclusi dall'acquiescenza prestata alla sentenza di primo grado.

Con riguardo alla individuazione delle ipotesi in cui sussiste un onere di impugnazione specifico, rispetto a quelle in cui ricorre un onere di mera riproposizione di domande ed eccezioni non accolte, **Sez. 3, n. 00121/2020, Olivieri, Rv. 656628-01** ha precisato che in caso di rigetto della domanda principale e conseguente omessa pronuncia sulla domanda condizionata di

garanzia, la devoluzione di quest'ultima al giudice investito del gravame sulla domanda principale non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la riproposizione della domanda, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (in senso conforme già Sez. 6-2, n. 832/2017, D'Ascola, Rv. 642557-01).

In ordine all'onere di riproposizione delle domande non accolte in primo grado, **Sez. 6-3, n. 22311/2020, Dell'Utri, Rv. 659416-01** ha affermato che, mancando una norma specifica sulla forma nella quale l'appellante che voglia evitare la presunzione di rinuncia *ex* art. 346 c.p.c. deve reiterare le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, queste possono essere riproposte in qualsiasi forma idonea ad evidenziare la volontà di riaprire la discussione e sollecitare la decisione su di esse; tuttavia, pur se libera da forme, la riproposizione deve essere fatta in modo specifico, non essendo al riguardo sufficiente un generico richiamo alle difese svolte ed alle conclusioni prese davanti al primo giudice.

In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 25840/2020, D'Arrigo, Rv. 659852-01** ha cassato, decidendo nel merito, la decisione di appello, respingendo l'opposizione all'esecuzione, tenuto conto che gli originari opponenti nel costituirsi in appello, lungi dall'aver esposto compiutamente le ragioni dell'opposizione non decise al tribunale, non ne avevano fatto neppure sommario cenno nell'esposizione dei fatti di causa.

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE

(di ANGELO NAPOLITANO)

SOMMARIO:1. Premessa: la questione di giurisdizione. - 2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008 - 3. Il regolamento preventivo di giurisdizione: il procedimento. - 4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii*.

1. Premessa: la questione di giurisdizione

La giurisdizione ben può essere definita come la misura della *potestas iudicandi* attribuita al giudice dall'ordinamento giuridico con riferimento alla cognizione di una controversia.

La questione di giurisdizione è strettamente connessa alla domanda di tutela di una situazione giuridica soggettiva attraverso un giudizio, sicché il momento determinante della giurisdizione coincide con quello della proposizione della domanda (art. 5 c.p.c.).

Si può affermare, pertanto, sul piano teorico, che, data una *regiudicanda*, ciascun giudice dell'ordinamento è, in astratto, munito del potere di deciderla, tant'è vero che se la decisione emessa nonostante il difetto di giurisdizione passasse in giudicato, essa farebbe "stato" ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Tuttavia, il giudice adìto rispetto ad una controversia deve interrogarsi se essa possa essere decisa nel merito o se il potere di deciderla sia stato attribuito, in concreto, dall'ordinamento, al giudice di un diverso plesso giurisdizionale.

La disposizione che attribuisce al giudice ordinario il potere di definire in rito il giudizio nel caso in cui egli ritenga di non essere munito del potere di pronunciare una decisione di merito è l'art. 37 c.p.c.

La questione della sussistenza o meno in capo al giudice di un determinato plesso giurisdizionale del potere di definire nel merito la controversia portata alla sua cognizione può essere *preventivamente* sollevata dinanzi alle Sezioni Unite della S.C. da una delle parti in contesa, compreso colui che abbia scelto di instaurare la causa dinanzi a quel giudice.

Sul punto, infatti, Sez. U., n. 32727/2018, Lombardo, Rv. 65209601, hanno affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto anche dall'attore, sussistendo, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adìto, un interesse concreto ed immediato alla risoluzione della questione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione,

in via definitiva, per evitare che la sua risoluzione possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, ritardando la definizione della causa, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole.

Tuttavia, nel caso in cui l'attore abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, egli non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione (Sez. U., n. 22439/2018, Giusti, Rv. 650463-01).

Tale orientamento è stato ribadito anche in seguito.

Si è deciso, infatti, che, in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato, la parte ricorrente che abbia allegato, come indefettibile presupposto della domanda, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che l'intimato abbia esercitato l'opposizione *ex* art. 48 c.p.a., né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. e art. 362 c.p.c. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito, o esplicito, presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente (Sez. U., n. 29081/2019, Perrino, Rv. 656057-01).

Tuttavia, il regolamento preventivo di giurisdizione è esperibile anche nell'ambito del procedimento attivato dal ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Infatti, ove l'amministrazione intimata abbia proposto opposizione al ricorso *ex* art. 48 c.p.a., senza contestare la giurisdizione amministrativa, e il TAR l'abbia dichiarata inammissibile per tardività, rimettendo gli atti all'amministrazione per la prosecuzione del procedimento in sede straordinaria, il regolamento preventivo di giurisdizione, con il quale l'amministrazione deduca in tale sede l'insussistenza della giurisdizione amministrativa, presupposto indefettibile del ricorso straordinario al Capo dello Stato *ex* art. 7, comma 8, c.p.a., ben può essere proposto fino al momento della pronuncia del parere del Consiglio di Stato che, formando il contenuto sostanziale della conforme decisione giustiziale del Presidente della Repubblica, ne costituisce l'antecedente necessario e segna il momento preclusivo per far valere il difetto del presupposto della decisione (Sez. U., n. 1413/2019, Genovese, Rv. 652244-01).

Il rilievo della questione di giurisdizione potrebbe entrare in conflitto con il principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2, Cost., considerata l'apparente assenza di preclusioni nel testo dell'art. 37 c.p.c.

Con riferimento ai tempi processuali entro i quali è possibile rilevare il difetto di giurisdizione del giudice adìto, l'art. 37 c.p.c. dispone che il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo.

L'art. 37 c.p.c. indica tre diversi rapporti nei quali può venire in rilievo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario: A) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; B) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali; C) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice straniero (secondo l'art. 11 della legge n. 218 del 1995).

Il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione ha, ormai, una scarsissima incidenza statistica.

Esso identifica l'improponibilità assoluta della domanda, in quanto si riferisce alla deduzione in giudizio di una questione sfornita del tutto di tutela giurisdizionale, in quanto il soggetto che agisce fa valere in giudizio un mero interesse di fatto, che non assume la sostanza né di diritto soggettivo, né di interesse legittimo.

A proposito del difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, si è detto che esso solo formalmente appartiene al novero delle pronunce meramente processuali, ma sostanzialmente rappresenta un'ipotesi di rigetto nel merito della domanda per insussistenza della situazione giuridica di cui si è chiesta la tutela.

Il difetto assoluto di giurisdizione è stato ravvisato nel caso della proposizione, in sede civile, di una azione risarcitoria diretta contro un magistrato per fatti commessi nell'esercizio della funzione giudiziaria, in quanto essa, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 117 del 1988, e salva la previsione dell'art. 13 della detta legge, è improponibile, in quanto concernente un diritto non configurato in astratto a livello normativo dall'ordinamento. Pertanto, la questione integra la deduzione di difetto assoluto di giurisdizione, sindacabile in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (o come motivo di ricorso *ex* art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.), poiché attiene al perimetro, in astratto delimitato dall'ordinamento, della cognizione giurisdizionale (**Sez. U, n. 6690/2020, Vincenti, Rv. 657416-01**).

Un'altra ipotesi in cui è stato ravvisato un peculiare difetto di giurisdizione è quello relativo ad una domanda relativa all'attribuzione e alla misura degli assegni vitalizi per gli *ex* parlamentari.

La S.C. ha ritenuto che una tale controversia, avendo ad oggetto un istituto che, in quanto proiezione economica dell'indennità parlamentare per la vita successiva all'espletamento del mandato, rientra nella normativa di diritto singolare prevista per il Parlamento e per i suoi membri a presidio della peculiare posizione di autonomia riconosciuta dagli artt. 64, comma 1, 66 e 68 Cost., è devoluta alla cognizione degli organi di autodichia, ed in relazione ad essa è, tuttavia, ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione, quale strumento di carattere non impugnatorio diretto a verificare il fondamento costituzionale per l'esercizio del potere decisorio da parte dei predetti organi e, quindi ad accertare se esiste un giudice del rapporto controverso o se quel rapporto debba ricevere una definitiva regolamentazione domestica. Tale rimedio può essere utilizzato dalla stessa parte che ha scelto il giudice, allorché, alla stregua della natura della controversia e delle deduzioni del convenuto, abbia un interesse giuridicamente rilevante ad una preventiva soluzione della questione da parte delle Sezioni Unite, in ragione dell'eventualità che il giudice adìto possa declinare la giurisdizione, rendendo inutile l'attività processuale già svolta e frustrando l'attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo (**Sez. U., n. 1720/2020, Tria, Rv. 656702-01**).

Per **Sez. U., n. 25211/2020, Tria, Rv. 659453-01**, il presupposto per l'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, nell'ambito della controversia sulla spettanza e sulla misura degli assegni vitalizi degli *ex* parlamentari, è lo svolgimento, da parte degli organi di autodichia della Camera, di una funzione obiettivamente giurisdizionale.

Ancora in relazione ai rapporti tra l'autorità giudiziaria ordinaria e plessi non giurisdizionali, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento di giurisdizione sulla domanda risarcitoria proposta da una banca in amministrazione straordinaria nei confronti dei suoi commissari, sul presupposto del diniego di autorizzazione della Banca d'Italia alla proposizione dell'azione, ai sensi dell'art. 72, comma 9, del d.lgs. n. 385 del 1993, atteso, per un verso, che il regolamento preventivo di cui agli artt. 37 e 41 c.p.c. è dato soltanto per le questioni sulla giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della P.A. o dei giudici speciali o di quello straniero, e considerato, per l'altro verso, che, ove in una controversia tra privati, attinente a diritti soggettivi, il giudice ordinario debba vagliare situazioni che presentano aspetti di pubblico interesse o si trovi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei suoi poteri attengono al merito e non alla giurisdizione, investendo l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario. Pertanto, la valutazione degli effetti del

diniego di autorizzazione della P.A. alla proposizione di una domanda risarcitoria nell'ambito di un giudizio al quale essa è estranea non coinvolge la giurisdizione, ma riguarda esclusivamente la proponibilità della domanda, non modificandone l'oggetto, né incidendo sui fatti costitutivi della pretesa (Sez. U., n. 30010/2019, De Stefano, Rv. 656070-01).

Le altre due ipotesi di difetto di giurisdizione, quello nei confronti dei giudici che non appartengono all'ordine giudiziario e quello nei confronti dei giudici stranieri, invece, sono quelle davvero rilevanti dal punto di vista della prassi giudiziaria.

Con riferimento ai rapporti tra diverse giurisdizioni all'interno dell'ordinamento nazionale, ed in particolare con riguardo al deferimento a collegio arbitrale, mediante convenzione stipulata nella vigenza dell'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000, di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Suprema Corte ha chiarito che si pone una questione di rapporto tra le differenti giurisdizioni, ordinaria e speciale, e non una questione di merito circa la validità della compromissione in arbitrato della controversia. Pertanto, deve essere applicato, ai sensi dell'art. 5 c.p.c., il sopravvenuto art. 12 del d.lgs. n. 104 del 2010, che generalizza la possibilità di risolvere mediante arbitrato rituale le predette controversie, con conseguente ravvisabilità della giurisdizione degli arbitri (Sez. U., n. 27847/2019, Bruschetta, Rv. 655590-01).

D'altra parte, difetta dei presupposti per la proposizione del regolamento di competenza, ai sensi dell'art. 43 c.p.c., l'impugnazione della decisione che non abbia avuto ad oggetto la ripartizione interna della competenza tra i giudici ordinari, bensì una questione di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice speciale. E' altresì inammissibile il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione contro una sentenza di primo grado, quale istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, essendo maturata la preclusione di cui all'art. 41 c.p.c., né può essere preso in esame come ricorso ordinario avverso una sentenza appellabile, poiché il ricorso "per saltum" è ammesso solo per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello, e giammai per motivi di giurisdizione (**Cass., sez. 6-5, n. 8303/2020, Russo, Rv. 658467-01**).

Il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche avverso le decisioni del giudice amministrativo rese nel giudizio di ottemperanza, trattandosi di procedimento a natura non esclusivamente esecutiva, giacché il giudice amministrativo gode, in sede di ottemperanza, di poteri cognitivi che implicano

la potestà di interpretare, integrare e precisare, pur se entro determinati limiti, il *dictum* del giudice della cognizione, senza che assuma rilievo il consolidamento della giurisdizione nell'ambito del giudizio presupposto, che ha avuto un oggetto diverso (Sez. U., n. 4880/2019, Acierno, Rv. 652853-01).

La proposizione del regolamento di giurisdizione non è impedita dalla pronuncia di un'ordinanza cautelare da parte del giudice amministrativo, atteso che il provvedimento cautelare, destinato a perdere efficacia per effetto della sentenza di merito, non assume carattere decisorio e non statuisce sulle posizioni soggettive con la forza dell'atto giurisdizionale idonea ad assumere autorità di giudicato, neppure in punto di giurisdizione (**Sez. U., n. 12864/2020, Perrino, Rv. 658057-01**).

A seguito dello scioglimento della riserva assunta all'esito della prima udienza, il giudice amministrativo può sollevare conflitto di giurisdizione (nonostante che nel riservarsi non abbia manifestato alle parti l'intenzione di pronunciarsi al riguardo, esternando dubbi in proposito, né abbia indicato la questione di giurisdizione, dandone atto a verbale, *ex* art. 73, comma 3, c.p.a.), interpretato alla luce dei princìpi del giusto processo, *ex* artt. 2 c.p.a. e 111 Cost., essendo comunque garantita la finalità, da un lato, di evitare alle parti del giudizio riproposto ogni inutile dispendio di attività processuale e, dall'altro, di onerare il giudice amministrativo *ad quem* di evidenziare immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso, provocando l'intervento risolutore delle sezioni unite della Suprema Corte (**Sez. U., n. 23904/2020, Scarpa, Rv. 659165-01**).

Tuttavia, in una fattispecie in cui il conflitto negativo di giurisdizione era stato formalmente sollevato dal giudice amministrativo all'esito della seconda udienza dopo la riassunzione in seguito a declinatoria del giudice ordinario, si è affermato che l'art. 11, comma 3, c.p.a., che consente al giudice amministrativo, davanti al quale la causa sia stata riassunta, di sollevare anche d'ufficio il conflitto negativo di giurisdizione "alla prima udienza", deve essere inteso nel senso che il limite temporale entro il quale il conflitto può essere sollevato è dato dall'udienza di discussione, fissata ai sensi dell'art. 71 c.p.a., ove ha luogo la reale trattazione e decisione della causa, intendendo il legislatore evitare, con la previsione di tale barriera, che la questione di giurisdizione si trascini oltre la soglia di ingresso del giudizio (**Sez. U, n. 23749/2020, Scarpa, Rv. 659455-01**).

Nel giudizio tempestivamente riproposto dinanzi al giudice amministrativo a seguito di declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario, il Consiglio di Stato, in sede di appello, può sollevare d'ufficio il conflitto negativo dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, purché sia osservato, a pena di inammissibilità, il limite temporale costituito dalla prima udienza fissata per la trattazione del

merito, ai sensi dell'art. 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009 e dell'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 104 del 2010, disposizioni applicabili anche qualora il giudizio di primo grado si sia svolto prima della loro entrata in vigore, in ossequio al principio *tempus regit actum* (**Sez. U., n. 1611/2020, Perrino, Rv. 656701-01**).

Ancora con riferimento ai giudici speciali, la S.C. ha recentemente affermato che nel giudizio per resa del conto dinanzi alla Corte dei Conti, la notifica all'agente contabile dell'intimazione a rendere il conto e del decreto di fissazione della pubblica udienza, in caso di mancata presentazione del conto nel termine, nonché la notifica delle "decisioni interlocutorie della Corte contenenti osservazioni sul conto", non precludono il regolamento preventivo di giurisdizione, trattandosi di provvedimenti aventi portata esclusivamente istruttoria non suscettibili di passaggio in giudicato, finalizzati a provocare il contraddittorio, abilitando l'agente ad esercitare il diritto di difesa e a contestare la veste di agente contabile, senza implicare una decisione sulla giurisdizione né sul merito (**Sez. U., n. 7640/2020, Scrima, Rv. 657523-01**).

Con riferimento ai rapporti con il giudice straniero, il quadro normativo, rispetto all'originario testo dell'art. 37 c.p.c., è radicalmente mutato in seguito alla legge n. 218 del 1995, ed in particolare in seguito al regolamento comunitario n. 44 del 2001.

Quanto al rapporto tra la legge n. 218 del 1995 e le fonti unionali incidenti sulla giurisdizione, è da segnalare Sez. U. n. 12585/2019, Virgilio, Rv. 653932-01 che hanno affermato che la clausola di deroga della giurisdizione, stipulata ai sensi dell'art. 25 del Regolamento UE n. 1215 del 2012, è valida anche nel caso in cui riguardi una controversia relativa a diritti indisponibili, non potendo prevalere sulla disciplina di fonte unionale l'art. 4, comma 2, della legge n. 218 del 1995, il quale, nel prevedere un'ipotesi di inderogabilità convenzionale non contemplata dalla prima, ne pregiudica *"in parte qua"* l'applicazione, in contrasto con i caratteri di diretta applicabilità e cogenza e con la finalità di unificazione delle norme nazionali in materia, ad essa attribuiti dai *"considerando"* 4 e 6 del citato regolamento.

Ancora in tema di rapporti tra giurisdizione nazionale e giudice straniero, si è chiarito che non è esperibile e deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione nel caso di conflitto fra clausole di proroga della giurisdizione che attribuiscano la competenza a giudici di paesi diversi dell'Unione europea, relativamente a controversie in cui sussista una ipotesi di litispendenza o connessione, qualora il giudice straniero sia stato preventivamente adìto in base a una clausola di attribuzione esclusiva della

giurisdizione rispetto al giudice italiano successivamente adìto anch'esso in base a una clausola attributiva in via esclusiva della giurisdizione (Sez. U., n. 12638/2019, Bisogni, Rv. 653936-02).

Sulla stessa linea, si è affermato recentemente che in presenza di una clausola di proroga della giurisdizione, nel caso in cui siano promosse più cause in rapporto di litispendenza davanti a giudici di Stati diversi, e dovendosi applicare l'art. 27 della Convenzione di Lugano, firmata il 30 ottobre 2007 (approvata anche dalla Comunità Europea con decisione del Consiglio 2009/430/CE del 27 novembre 2008), è il giudice preventivamente adìto a dover verificare l'esistenza della clausola e, con essa, l'effettiva pattuizione di una competenza giurisdizionale esclusiva, mentre l'altro giudice, nell'attesa di tale statuizione, deve sospendere d'ufficio il proprio procedimento, non potendo adottare alcuna statuizione sulla competenza giurisdizionale, sicché, ove sia successivamente adìto il giudice italiano, nel processo pendente dinanzi a quest'ultimo non è consentita neppure la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione (**Sez. U., n. 12865/2020, Perrino, Rv. 658084-02**).

Proprio in applicazione di tale principio, la S.C. ha affermato che nell'ipotesi di contemporanea pendenza, dinanzi a giudici di diversi paesi dell'Unione europea, di due giudizi di divorzio o separazione personale dei coniugi, il giudice italiano che sia stato successivamente adìto è tenuto, ai sensi dell'art. 19 del regolamento CE n. 2201 del 2003, a sospendere il procedimento fino all'accertamento della competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adìta, di modo che, nel processo dinanzi a lui pendente, è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione (**Sez. U., n. 19665/2020, Acierno, Rv. 658927-01**).

Inoltre, il regolamento preventivo di giurisdizione non può essere utilizzato per contestare l'attribuzione della cognizione di una domanda giudiziale ad un foro rispetto ad un altro appartenente ad uno stesso plesso giurisdizionale nazionale. Sicché, nell'ipotesi di clausola contrattuale che, ai fini della determinazione della giurisdizione del giudice di un singolo Stato, indichi anche lo specifico foro di quello Stato presso il quale deve svolgersi la causa, il rimedio esperibile per contestare l'azione proposta davanti ad un foro diverso, appartenente tuttavia allo stesso ordinamento nazionale, non è il regolamento di giurisdizione, poiché la prospettazione integra una questione di competenza territoriale che deve essere fatta valere nei termini e nei modi della legge processuale del giudice che ha la giurisdizione, senza che, in assenza di una sentenza sulla competenza, il ricorso per regolamento di giurisdizione sia

suscettibile di conversione in ricorso per regolamento di competenza (Sez. U., n. 5195/2019, Campanile, Rv. 652861-01).

Tra le novità più rilevanti portate dalla legge n. 218 del 1995, deve ricordarsi che ai sensi degli artt. 64 e 65 è ormai sancita la regola in base alla quale le sentenze delle autorità straniere sono immediatamente efficaci senza bisogno della cd. "delibazione".

Inoltre, il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti del giudice straniero non è più rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ma lo è solo in tre casi: se il convenuto è contumace; se la causa ha ad oggetto azioni reali relativi a beni immobili che si trovano all'estero; se il difetto di giurisdizione è previsto da trattati internazionali.

Al di fuori di queste ipotesi, il difetto di giurisdizione deve essere eccepito dal convenuto nel suo primo atto difensivo e, se questi non propone l'eccezione, il giudice non potrà declinare la giurisdizione.

2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008

Uno dei problemi più dibattuti in tema di giurisdizione è quello della portata della previsione, contenuta nell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di tale presupposto processuale è rilevabile in ogni stato e grado del processo.

Prima della pronuncia delle Sez.U. n. 24883/2008, la giurisprudenza si era attestata sul seguente criterio: se il giudice decide sul merito nulla dicendo circa la giurisdizione, l'impugnazione solo sul merito devolve al giudice superiore il potere di rilevare d'ufficio la questione di giurisdizione, fermo restando il potere della parte soccombente di eccepirne il difetto.

Ne deriva, innanzitutto, che la decisione sulla giurisdizione sottrae la questione al rilievo di ufficio, attivando il meccanismo di cui all'art. 329, comma 2, c.p.c.: la decisione con cui il giudice conferma la propria giurisdizione può essere contrastata soltanto con l'impugnazione del relativo capo di pronuncia.

In secondo luogo, se la decisione sul merito passa in giudicato, l'esistenza del potere giurisdizionale in capo al giudice che l'ha pronunciata non può più essere messa in discussione.

Con la sentenza a Sez. U., n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, la S.C. ha stabilito, invece, che l'interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ., secondo cui il difetto di giurisdizione *"è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo"*, deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ("asse portante della nuova lettura della norma"), della progressiva

forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 cod. proc. civ. (coincidente con la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito "per saltum", non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito.

Una particolare declinazione degli esposti princìpi la si trova in Sez. U., n. 04997/2018, Lombardo, Rv. 647166-02, secondo cui "le sentenze di merito che statuiscono sulla giurisdizione sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno, sì da spiegare i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state rese, solo in quanto in esse la pronuncia sulla giurisdizione, sia pure implicita, si coniughi con una di merito, fermo restando che tale efficacia presuppone il passaggio in giudicato formale delle sentenze stesse ed è limitata a quei processi che abbiano per oggetto cause identiche, non solo soggettivamente ma anche oggettivamente, a quelle in cui si è formato il giudicato esterno". Nella specie, la S.C. ha escluso che la sentenza del TAR, con la quale era stato dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto dal privato avverso un provvedimento comunale, avesse determinato un giudicato esterno esplicito sulla giurisdizione.

Ed ancora, sul rapporto logico di presupposizione dell'esistenza del potere giurisdizionale in una pronuncia di rito, è paradigmatico l'arresto di Sez. U., n. 04361/2018, Scarano, Rv. 647315-01: "la decisione sulla competenza presuppone l'affermazione, quantomeno implicita, da parte del giudice investito della causa, della propria giurisdizione, sicché, attribuita la competenza, in sede di regolamento, ad un giudice, quest'ultimo non può successivamente negare la sua giurisdizione".

Al di là della tenuta, sul piano logico formale, della svolta interpretativa delle Sezioni Unite, ed al di là dell'aderenza di tale svolta al testo dell'art. 37 c.p.c., ciò che emerge nettamente dal percorso motivazionale tracciato dalla S.C. è la dichiarata volontà di dare all'art. 37 c.p.c. una lettura che favorisca, al di fuori di una esplicita doglianza di parte in sede di impugnazione, la stabilizzazione della sentenza di merito nell'ottica di un processo che abbia anche una ragionevole durata, e che dunque non rischi, dopo il primo grado, di essere "azzerato" pur in mancanza del rilievo del difetto di giurisdizione da parte del primo giudice o di una impugnazione della parte in punto di giurisdizione.

Secondo le citate Sezioni Unite, l'art. 37, comma 1, c.p.c., nell'interpretazione tradizionale, basata sulla lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.).

Nel solco di tale interpretazione dell'art. 37 c.p.c. coordinata con il principio della ragionevole durata del processo, si pone la recente Cass., sez. 5, n. 25493/2019, Perrino, Rv. 655411-01, che ha affermato che nel processo tributario, la mera prospettazione della questione di giurisdizione (contenuta nel ricorso per cassazione avverso la sentenza della CTR che abbia inammissibilmente rilevato d'ufficio il difetto della giurisdizione implicitamente affermata dalla decisione di primo grado) consente alla Corte di cassazione di accertare il consolidamento in capo al giudice tributario della "*potestas iudicandi*" per effetto della formazione, a suo beneficio, di un giudicato implicito sulla relativa attribuzione e, quindi, senza che venga statuita la cogenza di quest'ultima alla stregua del quadro normativo, ponendosi d'ostacolo, in sede di legittimità, soltanto la pronuncia di secondo grado che decida, ancorché implicitamente, sull'esistenza o meno del giudicato interno, rimovibile solo per effetto di una espressa impugnazione.

In (almeno apparente) controtendenza, **Sez. U., n. 23899/2020, Rubino, Rv. 659456-01** hanno affermato che la possibilità di proporre ricorso per

cassazione, deducendo la configurabilità dell'ipotesi dell'eccesso di potere giurisdizionale da parte di un giudice speciale (nella specie, la Corte dei Conti), non è in alcun modo preclusa dall'accettazione della giurisdizione sul merito della controversia, derivante dal non aver sollevato la relativa questione nei gradi di merito.

3. Il regolamento preventivo di giurisdizione: il procedimento

Il regolamento preventivo di giurisdizione può essere definito come lo strumento per poter sollevare, prima ancora di qualsiasi decisione, la questione dell'esistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adìto.

Si tratta di un rimedio preventivo attraverso il quale si sottopone alla Corte di Cassazione l'esame della questione di giurisdizione, allo scopo di evitare che si proceda in un giudizio relativo ad una controversia o ad un "affare" con riferimento al quale il giudice adìto sia privo di giurisdizione.

Il problema maggiore che la disposizione dell'art. 41, comma 1, c.p.c. ha sempre posto è quello del termine entro il quale esso può essere proposto.

Il punto fermo era che sia la sentenza di merito, non definitiva, sia la pronuncia di una sentenza definitiva di rito precludevano la proponibilità del regolamento preventivo.

Ne derivava, ad esempio, che non si riteneva preclusiva della proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione la sentenza che si fosse limitata ad affermare la giurisdizione in capo al giudice adìto.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, e l'esigenza, sottesa a tale strumento processuale, che il dubbio sull'esistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adìto sia sciolto *in limine litis*, e comunque prima che quest'ultimo si pronunci sul merito della domanda o definisca il giudizio in rito, si aggancia all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12 del 1941), a norma del quale *la Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.*

La pronuncia della S.C. resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione ha efficacia cd. panprocessuale: vale per tutti i processi.

Quindi, anche se il processo *a quo* si estingue e si instaura un nuovo processo tra le stesse parti, l'efficacia della pronuncia delle Sezioni Unite resta vincolante.

Questa regola è stata "codificata" nell'art. 59, comma 1, della l. n. 69 del 2009, a norma del quale la pronuncia sulla giurisdizione, resa dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, è vincolante per ogni giudice ordinario o speciale e per le parti anche in un altro processo.

Sull'efficacia vincolante della pronuncia sulla giurisdizione sono recentemente intervenute le Sez. U. n. 11161/2019, Genovese, Rv. 653897-01, che hanno affermato che per il principio del *ne bis in idem*, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, l'efficacia panprocessuale delle pronunce della Suprema Corte sulla giurisdizione non si realizza soltanto quando la nuova domanda sia proposta in termini identici sotto tutti i profili della struttura dell'azione (*personae*, *causa petendi* e *petitum*), ma anche quando il *petitum* sostanziale della nuova domanda sia identico a quello della domanda già proposta, con la conseguenza che il regolamento preventivo di giurisdizione, proposto nel nuovo processo *ex* art. 41 c.p.c., è inammissibile.

Un arresto fondamentale nell'evoluzione interpretativa dell'art. 41, comma 1, Cost., è stato quello di Sez. U., n. 04218/1996, Finocchiaro, Rv. 497431-01, che, argomentando dalla formulazione dell'art. 367 c.p.c. in seguito alla legge n. 353 del 1990, e dalla impossibilità di configurare una sospensione automatica dei termini di impugnazione della sentenza emessa dal giudice *a quo* per effetto della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, hanno concluso per la non proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione dopo che il giudice abbia emesso una qualsiasi decisione nel corso del processo di merito.

La proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione è preclusa nell'ipotesi in cui il giudice abbia emesso un provvedimento non modificabile o revocabile in tema di giurisdizione, sicché tale preclusione non opera allorché egli abbia statuito sulla giurisdizione "allo stato degli atti", con l'ordinanza contenente il rinvio per la precisazione delle conclusioni, la quale non concreta una delibazione sulla giurisdizione insuscettibile di ripensamento (**Sez. U., n. 1605/2020, Oricchio, Rv. 656794-03**).

Lungo questa linea interpretativa, si è affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione è inammissibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche solo limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale, poiché in tal caso la decisione sul punto va rimessa al giudice di grado superiore, atteso che l'art. 367 c.p.c., prevedendo la sospensione del processo ad opera del giudice davanti al quale pende la causa in caso di proposizione del ricorso per regolamento di giurisdizione, postula che il ricorso per regolamento venga proposto prima che il giudice di primo grado abbia definito il giudizio davanti a sé (**Sez. U., n. 10083/2020, Cosentino, Rv. 657735-01**).

Di converso, non osta alla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione la circostanza che il giudice abbia provveduto nella fase cautelare di un'azione di enunciazione, sia pure risolvendo in senso affermativo o negativo

una questione attinente alla giurisdizione, giacché il provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza (**Sez. U., n. 19667/2020, Di Marzio, Rv. 658851-01**).

L'istanza di regolamento preventivo si propone con ricorso a norma degli artt. 364 e ss. c.p.c., e produce gli effetti di cui all'art. 367 c.p.c.

Sez. U., n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-01 hanno chiarito che il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, poiché l'adozione del provvedimento monitorio non costituisce decisione nel merito ai sensi dell'art. 41 c.p.c.

Con riferimento all'attivabilità dello strumento processuale previsto dall'art. 41 c.p.c. nel caso in cui la lite pendente sia soggetta alla giurisdizione del giudice straniero, la Suprema Corte, in relazione alla richiesta di una parte processuale con sede in Italia di stabilire la giurisdizione in presenza di un patto contrattuale teso a devolvere ad un arbitrato straniero la lite promossa in via monitoria nei suoi confronti davanti al giudice italiano, ha chiarito che nel sistema di diritto internazionale privato disciplinato dalla legge n. 218 del 1995, l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione proposta dal convenuto residente o domiciliato in Italia è sempre ammissibile, purché l'istante dimostri l'esistenza di uno specifico interesse a ricorrere a questo specifico strumento al fine di escludere la giurisdizione nazionale davanti alla quale sia stato convenuto. In tal caso, qualora, in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in seguito all'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione, sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale, si determina una improseguibilità del giudizio di merito, in quanto il giudice italiano, pure avendo avuto il potere di adottare il provvedimento poi opposto, non ha più quello di decidere la relativa controversia, se non limitandosi a dichiarare la nullità del ridetto decreto monitorio. (Sez. U., n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-02, Rv. 650459-03)

Con riferimento alla giurisdizione del giudice italiano, Sez. U., n. 29879/2018, Giusti, Rv. 651441-01 hanno affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c., per sollevare una questione concernente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, è ammissibile non solo allorché il convenuto nella causa di merito sia domiciliato o residente all'estero, ma anche quando lo stesso, pur domiciliato o residente in Italia, contesti la giurisdizione italiana in forza di una deroga convenzionale a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero.

Sez. 6-3, n. 20045/2018, De Stefano, Rv. 650292-01 ha chiarito che il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione non si sottrae alle regole generali del giudizio di legittimità, e pertanto deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato munito di valida procura speciale.

Nel procedimento per la pronuncia sull'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, la querela di falso "incidentale" può essere proposta solo se la parte, tramite il difensore, abbia chiesto di essere sentita in funzione di tale proposizione prima della convocazione della camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 c.p.c., restando invece inammissibile nell'ipotesi in cui la richiesta sia stata formulata il giorno stesso dell'adunanza e la querela sia stata contestualmente depositata, atteso che il predetto procedimento non tollera dilazioni o ritardi nella definizione del regolamento; né, per effetto di tale interpretazione del contesto normativo di riferimento, si determina una lesione del diritto di difesa, restando impregiudicata per la parte la possibilità di proporre la querela di falso in via principale (**Sez. U., n. 1605/2020, Oricchio, Rv. 656794-01**).

Come si diceva poc'anzi, il codice di rito, con l'art. 41, ha inteso forgiare uno strumento per la risoluzione preventiva della questione di giurisdizione. Coerentemente, dunque, Sez. U., n. 14435/2018, De Stefano, Rv. 648947-01 hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto contro una sentenza del TAR declinatoria della giurisdizione, in quanto essa è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 del d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo essere convertito, il detto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione, né in denuncia di conflitto reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice.

A norma dell'art. 367, comma 1, c.p.c., dopo che una copia del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, notificata alle altre parti, è depositata nella cancelleria del giudice davanti al quale pende la causa, quest'ultimo può sospendere il processo se non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata.

Prima della novella recata con l. n. 353 del 1990, il cui art. 61 ha riformulato il comma 1 della disposizione citata, la sospensione del giudizio di merito era una conseguenza necessaria ed automatica della proposizione dell'istanza di regolamento.

Ora, dunque, in seguito all'art. 61 della legge n. 353 del 1990, che ha riformulato il primo comma dell'art. 367 c.p.c., potrebbe accadere che, proposta

istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, la definizione del giudizio di merito preceda la decisione della Suprema Corte.

Sul punto, Sez. U., n. 11576/2018, Campanile, Rv. 648273-01 hanno deciso che l'emissione della sentenza ad opera del giudice di merito non determina la carenza d'interesse alla decisione della Corte di Cassazione sul regolamento preventivo di giurisdizione proposto anteriormente ad essa, dovendosi considerare la decisione del giudice di merito come pur sempre condizionata al riconoscimento della giurisdizione all'esito della definizione del regolamento.

Quanto ai limiti oggettivi del giudicato sulla giurisdizione, la S.C. ha affermato che il giudicato interno, conseguente alla statuizione sul regolamento preventivo di giurisdizione, adottata con esclusivo riferimento alla domanda principale, senza operare alcuna distinzione rispetto alle domande subordinate o accessorie, pur potendo la pronuncia interessare anche queste ultime, preclude ogni successiva contestazione attinente alla giurisdizione, anche se relativa alle domande subordinate o accessorie in precedenza non esaminate (**Sez. U., n. 12479/2020, De Stefano, Rv. 658037-01**).

La Suprema Corte ha avuto anche modo di pronunciarsi sui limiti soggettivi di efficacia delle sue decisioni rese in sede di regolamento preventivo di giurisdizione.

In particolare, Sez. U., n. 06929/2018, De Stefano, Rv. 647661-01 hanno chiarito che il giudicato sulla giurisdizione, formatosi all'esito di una istanza di regolamento proposta nell'ambito di un giudizio su cause inscindibili (perché le domande sono avvinte da un legame di connessione teleologica o dall'identità della *causa petendi*), è irretrattabile per tutte le parti del processo nel cui ambito detto giudicato si è formato, le quali sono litisconsorti necessari nel procedimento *ex* art. 41 c.p.c., ma non vincola anche coloro che sono intervenuti nel medesimo giudizio dopo la formazione del giudicato, che, pertanto, a differenza dei primi, possono ancora sollevare la questione di giurisdizione, anche facendo valere il successivo mutamento di giurisprudenza sulla materia (nel caso di specie, la Corte ha era stata chiamata a regolare la giurisdizione della Corte dei Conti in un giudizio di responsabilità per danni cagionati nella gestione di una società a partecipazione pubblica non *in house providing*).

Con riferimento all'istanza di regolamento preventivo proposta nell'ambito del giudizio amministrativo, Sez. U., n. 04899/2018, Frasca, Rv. 647563-01 hanno stabilito che essa può essere proposta con ricorso notificato prima dell'udienza di discussione, essendo tale udienza indefettibile nell'ambito del procedimento decisorio delineato dall'art. 73 del d.lgs. n. 104 del 2010.

Constando il procedimento per cassazione della notifica del ricorso e, successivamente, del suo deposito, si è posto il problema di quando possa essere definito come proposta l'istanza di regolamento preventivo di competenza ai fini della sua ammissibilità.

Sul punto, si segnala Sez. U., n. 04997/2018, Lombardo, Rv. 647166-01, che hanno deciso che ai fini della verifica della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione nella pendenza del giudizio di primo grado, e della sua conseguente ammissibilità, assume rilievo la data della notifica e non del deposito del ricorso ad esso finalizzato.

Dal momento che, anche sotto la spinta del diritto comunitario, le funzioni pubbliche non sono più sempre esercitate da soggetti formalmente pubblici, si è stabilito che il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche in un giudizio che si svolga fra privati, in quanto la mera qualità soggettiva delle parti non è più un criterio discriminante assoluto per stabilire l'ammissibilità del detto strumento. Al contrario, per verificare l'ammissibilità del ricorso preventivo di giurisdizione, occorre esaminare se il *petitum* e la *causa petendi* così come prospettati in giudizio, possano, effettivamente ed in concreto, porre il dubbio sulla giurisdizione.

Con riferimento al termine ultimo per la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, Sez. U., n. 02144/2018, Giusti, Rv. 647037-01 hanno chiarito che la preclusione alla proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, prevista dall'art. 41, comma 1, c.p.c., di regola si verifica non al momento della pubblicazione del provvedimento decisorio di merito di primo grado, ma da quello, precedente, in cui la causa viene trattenuta in decisione. Tuttavia, qualora il giudice, dopo aver trattenuto la causa in decisione assegnando i termini per le scritture conclusionali, sospenda il processo ai sensi dell'art. 367 c.p.c., tale termine finale non opera, posto che, in questo caso, per effetto del provvedimento di sospensione, la pronuncia sul regolamento recupera la funzione di consentire una sollecita definizione della questione di giurisdizione, nonostante che l'istanza di regolamento sia stata proposta dopo la rimessione della causa in decisione.

Si tratta di un'applicazione del principio della ragionevole durata del processo, che "consiglia" (o, per meglio dire, "impone") alla Suprema Corte di eliminare il dubbio sollevato sulla giurisdizione, che comunque potrebbe essere riprospettato in appello, ed eventualmente in Cassazione tramite gli ordinari mezzi di impugnazione, una volta che il processo sospeso riprendesse in seguito ad un

eventuale pronuncia di inammissibilità dello strumento preventivo e giungesse fino a sentenza definitiva di merito.

4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii*

Per lungo tempo la pronuncia declinatoria di giurisdizione era uno spettro per chi chiedeva giustizia.

Nei giudizi impugnatori essa poteva vanificare l'accesso alla tutela giurisdizionale, in quanto non era prevista alcuna trasmigrazione della causa dall'uno all'altro plesso giurisdizionale.

In seguito a Sez. U., n. 04109/2007, Trifone, Rv. 595428-01, e a Corte Cost. n. 77 del 2007, non solo è stata introdotta la *translatio iudicii* tra giudici di diversi plessi giurisdizionali, ma, in virtù del corollario in base al quale la trasmigrazione del giudizio comporta la sua continuazione dinanzi al "nuovo" giudice, si è stabilito che l'originaria domanda proposta al giudice carente di giurisdizione spiegasse effetti conservativi sostanziali e processuali, se la riassunzione davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione fosse tempestiva.

La lacuna normativa, denunciata sia dalla Suprema Corte che dalla Corte Costituzionale, è stata finalmente colmata dal legislatore con la legge n. 69 del 2009, che peraltro, oltre ad introdurre il regolamento di giurisdizione d'ufficio, prendendo a modello la disciplina dell'incompetenza, al comma 3 dell'art. 59 fa espressamente salvo il regolamento preventivo di giurisdizione.

In seguito all'entrata in vigore della legge citata, tuttavia, la S.C. ha ribadito i princìpi più volta espressi: il regolamento preventivo conserva la sua natura non impugnatoria, essendo un celere strumento per la definizione della questione di giurisdizione; le decisioni sulla giurisdizione sono suscettibili di passare in cosa giudicata formale; il passaggio in giudicato di tali sentenze preclude l'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione.

A proposito della natura non impugnatoria del regolamento preventivo di giurisdizione, Sez. U., n. 22575/2019, Scarano, Rv. 655112-01 hanno affermato che l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, essendo solo uno strumento per risolvere in maniera preventiva ogni contrasto, reale o potenziale, sulla *potestas iudicandi* del giudice adìto, può anche non contenere specifici motivi di ricorso, e cioè l'indicazione del giudice avente giurisdizione o delle norme e delle ragioni su cui si fonda, ma deve recare, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa, in modo da consentire alla Corte di cassazione di conoscere dall'atto, senza attingerli *aliunde*, gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della

controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti, sia pure in funzione della sola questione di giurisdizione da decidere.

La natura non impugnatoria del regolamento preventivo di giurisdizione comporta la non applicabilità, al relativo procedimento, dell'art. 360-*bis* c.p.c.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, infatti, ha la funzione di provocare una decisione che accerti, in via definitiva ed immediata, se il giudice adìto abbia o meno giurisdizione e, comunque, a quale giudice essa appartenga, giacché, da un lato, ove la soluzione della questione fosse riconducibile all'ambito dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., in ogni caso occorrerebbe una statuizione in merito ad opera della Corte di cassazione, mentre, dall'altro, l'art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c. risulterebbe comunque sempre applicabile, ma in positivo, risultando l'individuazione della giurisdizione, per definizione, conforme alla logica del giusto processo (Sez. U., n. 3886/2019, Frasca, Rv. 652850-01).

Anche recentemente si è affermato che l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione non è un mezzo di impugnazione e pertanto può anche non contenere specifici motivi di ricorso, ossia l'indicazione del giudice che abbia la giurisdizione o delle norme e delle ragioni su cui si fonda, essendo sufficiente che esponga gli elementi necessari alla definizione della questione di giurisdizione, in conformità a quanto previsto dall'art. 366, comma 1, n. 3 c.p.c., indicando le parti, l'oggetto e il titolo della domanda e specificando altresì il procedimento a cui si riferisce e la fase in cui si trova, in modo tale da consentire la verifica delle condizioni richieste dall'art. 41 c.p.c. (**Sez. U., n. 12865/2020, Perrino, Rv. 658084-01**).

Occorre notare che quando il giudice ordinario dichiara il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, non opera il meccanismo della *translatio*, né quando il difetto è dichiarato nei confronti di un giudice straniero, trattandosi, nel primo caso, di un apparato burocratico estraneo all'amministrazione della giustizia; nel secondo caso, di un giudice estraneo all'ordinamento giuridico statale, nei confronti del quale nessuna norma sovranazionale prevede la trasmigrazione di cause instaurate dinanzi a giudici italiani.

Il processo che, a seguito di tempestiva riassunzione conseguente ad una pronuncia declinatoria della giurisdizione, si instaura innanzi al giudice indicato come munito di essa, non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio sicché, mentre nella ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009 (e dell'art. 11, comma 3, del c.p.a.) e sempre che la causa riassunta costituisca la riproposizione di quella

originaria, il giudice successivamente adìto può sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione, al contrario, nel giudizio riassunto non può essere sollevato il regolamento preventivo *ex* art. 41 c.p.c., giacché la pronuncia declinatoria emessa nella prima fase integra una decisione sulla giurisdizione assunta nell'unitario giudizio e, pertanto, ostativa alla proposizione del regolamento preventivo, il quale è utilizzabile solo nella prima fase del medesimo giudizio, ove tale decisione ancora manca (Sez. U., n. 9683/2019, Carrato, Rv. 653557-01).

Sulla stessa scia, si è affermato che il processo che, a seguito della pronuncia declinatoria della giurisdizione, si instaura per effetto della tempestiva riassunzione davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione, non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio; rimane pertanto precluso alle parti, nel giudizio riassunto, sollevare la questione di giurisdizione, stante la formazione del giudicato interno sul punto (**Sez. U., n. 23599/2020, Scoditti, Rv. 659454-01**).

La riassunzione nel processo di primo grado conseguente all'affermazione della competenza giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria ordinaria, denegata nei gradi di merito e pronunciata dalla Corte di cassazione in seguito a ricorso ordinario per motivo attinente alla giurisdizione, va effettuata nel termine previsto, in via generale, dall'art. 362 c.p.c., e non nel termine di cui all'art. 367, comma 2, c.p.c., riguardante l'ipotesi di pronuncia, affermativa della giurisdizione del giudice ordinario, resa in sede di regolamento di giurisdizione, né in quello di cui all'art. 353, comma 2, c.p.c., né, infine, nei termini stabiliti dall'art. 50 c.p.c. o 59, comma 2, della legge n. 69 del 2009 (Sez. L., n. 29623/2019, Bellè, Rv. 655712-01).

Con riferimento alle modalità di proposizione del regolamento di giurisdizione d'ufficio, Sez. U., n. 11143/2017, De Stefano, Rv. 644051-01, hanno stabilito che, nel caso di *translatio iudicii* verso il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, alla quale la causa sia stata rimessa dopo la declinatoria di difetto di giurisdizione da parte di un altro giudice, la questione di giurisdizione non può essere ulteriormente d'ufficio sottoposta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009, se non viene sollevata dal giudice delegato all'istruzione alla prima udienza tenuta davanti a lui, ferma la competenza del collegio, cui la questione sia stata rimessa dal detto giudice, siccome privo di poteri decisori ma non del potere di rilevare d'ufficio questioni, a provvedere sul punto all'esito dell'udienza di discussione.

Sez. U., n. 05303/2018, Giusti, Rv. 647320-01 avevano ritenuto che il regolamento di giurisdizione d'ufficio chiesto dal giudice *ad quem* abbia, come indefettibile presupposto, la tempestiva riassunzione della causa, potendo

d'altronde essere posta a base dell'istanza, da parte del giudice *ad quem*, non solo la carenza di giurisdizione di quest'ultimo riguardo al giudice *a quo*, ma anche rispetto ad un diverso giudice speciale indicato alternativamente come munito di giurisdizione sulla controversia.

Nella fattispecie, la controversia aveva ad oggetto il compenso per un incarico di collaborazione affidato da una commissione parlamentare ad un professionista esterno, e la S.C., equiparando la posizione del professionista a quella di un funzionario onorario e qualificando la sua situazione giuridica come interesse legittimo, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, escludendo quella degli organi parlamentari di autodichia in quanto, sulla base del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, di cui all'art. 5 c.p.c., la controversia era stata instaurata prima dell'entrata in vigore della delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 180 del 2005, che aveva esteso la giurisdizione "domestica" agli atti e ai provvedimenti amministrativi non concernenti i dipendenti o le procedure di reclutamento del personale.

In tema di limiti della *translatio iudicii* in seguito a pronuncia declinatoria della giurisdizione, Sez. U., n. 19045/2018, Giusti, Rv. 649753-01 avevano chiarito che il conflitto può essere sollevato dal giudice successivamente adìto se, oltre a ricorrere gli altri requisiti (la tempestività della riproposizione della domanda; il non superamento del termine preclusivo della prima udienza; la mancanza di pronuncia delle Sezioni Unite nel processo, sulla questione di giurisdizione), la causa dinanzi a lui promossa costituisca riproposizione di quella per la quale il giudice preventivamente adìto aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione. Ove, invece, si sia di fronte alla proposizione di una nuova ed autonoma domanda, di contenuto diverso da quella azionata nel precedente giudizio, il giudice adìto successivamente non può investire direttamente le Sezioni Unite della Corte ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione, ma è tenuto, se del caso, a pronunciarsi sulla stessa ai sensi dell'art. 37 c.p.c.

La *translatio iudicii* opera anche tra il processo dinanzi agli arbitri che abbiano rilevato di essere carenti di giurisdizione rispetto alla domanda ed il processo riassunto, senza che rilevi la mancata impugnazione della pronuncia arbitrale che abbia declinato la giurisdizione (Sez. U., n. 1251/2019, Mercolino, Rv. 652243-01).

Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione può essere notificato sia presso l'Avvocatura generale dello Stato, sia presso la sede dell'Avvocatura distrettuale dello Stato nel cui distretto si trova l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale pende la causa. Infatti, dalla natura e dalle funzioni del regolamento di

giurisdizione, quale procedimento incidentale ed eventuale che sorge all'interno del giudizio di primo grado in corso, consegue che la notifica del ricorso va effettuata a norma del secondo comma dell'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611; ciò non esclude che la notifica possa validamente effettuarsi ai sensi del primo comma dello stesso articolo, in applicazione del principio della ragionevole durata del processo, in base al quale vanno ridotte all'essenziale le ipotesi di nullità per vizi formali e va ampliata la doverosa collaborazione tra giudicante e procuratore costituito, in funzione di una sollecita definizione della controversia (Sez. U., n. 5454/2019, Doronzo, Rv. 652976-01).

Il regolamento preventivo di giurisdizione non è ammissibile nel corso del procedimento possessorio, prima della conclusione della fase sommaria o interdittale, e della introduzione della fase di merito ai sensi dell'art. 703, comma 4, c.p.c., atteso che l'art. 41 c.p.c., nello stabilire che la richiesta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione possa essere formulata "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado", richiede, quale condizione per la proposizione del detto regolamento, che sia in corso l'esame di una causa nel merito in primo grado e che essa non sia stata ancora decisa (Sez. U., n. 11220/2019, Genovese, Rv. 653603-01).

Il regolamento preventivo di giurisdizione non è esperibile nemmeno nel corso del procedimento cautelare (Sez. U., n. 6039/2019, Bruschetta, Rv. 652978-01).

Tuttavia, nel giudizio di merito conseguente a provvedimento *ex* art. 700 c.p.c., il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto anche dal ricorrente rimasto soccombente in sede cautelare sussistendo, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adìto, un interesse concreto ed immediato alla risoluzione della questione, in via definitiva, da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per evitare che vi possano essere successive modifiche della giurisdizione nel corso del giudizio, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole (**Sez. U., n. 12861/2020, Doronzo, Rv. 658024-01**).

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

(di DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. Brevi premesse - 2. Profili processuali: il giudicato - 3. Profili processuali: i motivi inerenti alla giurisdizione - 4. Profili processuali: ulteriori questioni - 5. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni - 6. Le sanzioni amministrative - 7. Gli appalti - 8. Le vicende legate al patrimonio immobiliare - 9. Le procedure ad evidenza pubblica, i servizi in regime di concessione e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - 10. L'attività sanitaria - 11. Gli enti - 12. Le domande di accertamento dei diritti, di pagamento di somme di denaro e di risarcimento del danno

1. Brevi premesse.

La S.C. ha affrontato anche nel 2020 numerose questioni attinenti alla tematica del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario ed amministrativo.

In particolare, di estremo interesse sono molte pronunce in materia processuale.

Particolare rilievo hanno, poi, le controversie concernenti richieste risarcitorie.

2. Profili processuali: il giudicato.

Per quanto concerne il giudicato, **Sez. U, n. 26493/2020, Mancino, Rv. 659550-01**, ha affermato che, in tema di riparto di giurisdizione, ove sulla sanzione amministrativa, emessa a titolo di concorso nell'indebita percezione di aiuti comunitari, intervenga il giudicato di rigetto della relativa opposizione, ma poi venga pronunciata, in sede penale, sentenza irrevocabile di assoluzione per insussistenza del fatto, spetta al giudice ordinario la cognizione della vertenza promossa nei confronti del diniego di revoca o annullamento della sanzione, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 689 del 1981, poiché la *causa petendi* non attiene alla correttezza dell'azione amministrativa di riesame, ma alla permanente legittimità della sanzione a seguito della menzionata sentenza di proscioglimento.

Inoltre, per **Sez. U, n. 28179/2020, Terrusi, Rv. 659664-01**, il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che

essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria, e, quindi, osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti aventi titolo nel medesimo rapporto davanti a un giudice diverso, avendo il giudicato esterno la medesima autorità di quello interno, in quanto corrispondono entrambi all'unica finalità dell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e della stabilità delle decisioni.

In ordine, poi, al conflitto di giudicati, **Sez. L, n. 27357/2020, Bellé, Rv. 659691-01**, ha precisato che il giudicato implicito sulla giurisdizione, contenuto in una statuizione di merito del giudice ordinario o amministrativo, spiega effetti al di fuori del processo in cui la decisione è resa sicché, in caso, appunto, di conflitto di giudicati, la risoluzione è affidata alla regola di prevalenza del giudicato successivo.

Sez. U, n. 26497/2020, Graziosi, Rv. 659463-01, ha affermato, altresì, che, nel processo amministrativo, ove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato, sul punto, il giudicato implicito, stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale.

Con una pronuncia di un certo interesse **Sez. U, n. 07825/2020, Garri, Rv. 657586-01**, ha chiarito che, in tema di attuazione, da parte della P.A., del giudicato civile in materia di lavoro, il potere del giudice di ottemperanza non può che esercitarsi sulla base di elementi interni al giudicato - la valutazione dei quali rientra nella giurisdizione propria del giudice che ha emesso la sentenza -, con la conseguenza che è ammissibile, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che caratterizza il giudizio di ottemperanza, la verifica dell'esattezza della interpretazione data dall'amministrazione alle disposizioni da applicare al caso concreto, per accertare che del contenuto della decisione passata in giudicato non sia stato dato un adempimento parziale, incompleto se non addirittura elusivo.

3. Profili processuali: i motivi inerenti alla giurisdizione.

La tematica del rispetto dell'art. 111 Cost. e della sua relazione con il giudizio di cassazione è stata nuovamente affrontata dalla S.C.

Pertanto, **Sez. U, n. 27770/2020, Cirillo F.M., Rv. 659662-01**, ha ribadito l'indirizzo di Sez. U, n. 08311/2019, Scrima, Rv. 653284-01, per il quale, in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite

esterno della giurisdizione - che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori *in iudicando* o *in procedendo*, senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale.

Nella stessa ottica, **Sez. U, n. 19952/2020, Cosentino, Rv. 658854-02**, ha affermato che il mancato esercizio, da parte del Consiglio di Stato, del potere di sospendere il giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (applicabile al processo amministrativo per il rinvio contenuto nell'art. 79, comma 1, c.p.a.) non integra una violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, ma, piuttosto, un errore *in procedendo*, come tale insindacabile. In particolare, ha respinto la censura con la quale il ricorrente lamentava la mancata sospensione del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, in attesa della definizione di una procedura di infrazione aperta dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia, anche a cagione dell'impossibilità di qualificare come giudice la Commissione Europea.

Inoltre, per **Sez. U, n. 26387/2020, Garri, Rv. 659461-01**, nei giudizi di appello avverso le sentenze della Sezione autonoma di Bolzano del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, la mancanza, nella composizione del collegio del Consiglio di Stato investito dell'impugnazione, del consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca ovvero al gruppo di lingua ladina, in violazione delle prescrizioni contenute nello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (art. 93 del d.P.R. n. 70 del 1972) e nelle relative norme di attuazione (art. 14 del d.P.R. n. 426 del 1984), determina un'alterazione strutturale dell'organo giudicante, tale da impedirne l'identificazione con l'organo delineato dalla fonte costituzionale, la quale richiede che il giudice sia, nella sua composizione, rappresentativo del complessivo sistema autonomistico locale, a sua volta improntato alla tutela delle minoranze linguistiche presenti nel territorio della provincia; pertanto, la predetta mancanza integra un vizio derivante da difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato, che può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione con ricorso proposto ai sensi degli artt. 111, comma 8, Cost. e 362 c.p.c.

Altro profilo di interesse attiene ai rapporti con il diritto eurounitario.

Sez. U, n. 24107/2020, Conti, Rv. 659290-01, ha confermato, quindi, l'indirizzo di Sez. U, n. 30301/2017, Rv. 646625-02, per il quale non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale ed è, pertanto, insindacabile sotto il profilo della violazione del limite esterno della giurisdizione, in relazione,

appunto, al diritto eurounitario, la decisione, adottata dal Consiglio di Stato, di non disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, giacché il controllo che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla S.C. non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori *in iudicando* o *in procedendo* per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi estrema in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla CGUE, sì da precludere, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale.

Al riguardo deve segnalarsi pure l'importantissima ordinanza interlocutoria **Sez. U, n. 19598/2020, Lamorgese**, con la quale la S.C. ha rimesso alla CGUE una serie di rilevanti questioni, con particolare riguardo alla compatibilità con il diritto eurounitario di una giurisprudenza nazionale, come quella concernente l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., che, nella sostanza, impedisca di ricorrere contro le decisioni del Consiglio di Stato emesse in contrasto con lo stesso diritto eurounitario e senza adempiere all'obbligo di rinvio pregiudiziale alla detta CGUE.

Tale ultima pronuncia delle Sezioni Unite è meglio esaminata nell'apposito contributo, pubblicato in questa Rassegna, relativo al dialogo fra la Corte di cassazione italiana e i giudici sovranazionali.

Con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, **Sez. U, n. 19952/2020, Cosentino, Rv. 658854-01**, ha affermato che la sentenza del Consiglio di Stato di annullamento della delibera dell'AGCOM relativa alla conversione delle reti analogiche in reti digitali e l'assegnazione delle frequenze, pur producendo, riguardo alla successiva attività regolatoria dell'Autorità, un effetto conformativo - consistente nella necessità di tenere conto, nella riedizione del potere, di un contesto fattuale e normativo diverso da quello vigente all'epoca del provvedimento annullato - non realizza un'indebita ingerenza del giudice amministrativo nei poteri riservati all'Amministrazione e, dunque, non travalica i limiti esterni della giurisdizione, imponendo piuttosto la necessità di rinnovare l'esercizio del potere in modo immune dai vizi riscontrati, in modo da tenere conto del mutato contesto tecnologico e normativo.

Sez. U, n. 18592/2020, Tria, Rv. 658665-01, ha precisato, poi, che non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al potere amministrativo la sentenza con la quale il Consiglio di Stato, all'esito di una pluralità di giudicati amministrativi di annullamento dei reiterati provvedimenti di diniego con cui era stata definita una procedura di abilitazione scientifica alle funzioni di professore universitario di prima fascia, abbia disposto un ulteriore annullamento degli atti della medesima procedura, contestualmente

ordinando al MIUR di provvedere al rilascio dell'abilitazione senza sottoporre i titoli dell'interessato al riesame di una nuova commissione, sul rilievo che, per effetto del susseguirsi dei predetti giudicati, si fosse progressivamente ridotto, sino a svuotarsi del tutto, l'ambito di discrezionalità amministrativa e tecnica attribuito alla P.A. Ciò in quanto una tale pronuncia costituisce il frutto di un'attività (l'interpretazione, sia pure articolata ed evolutiva, di norme giuridiche) che rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale, essendo fondata sull'art. 1 del codice del processo amministrativo (secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva in base ai principi della Costituzione e del diritto europeo) ed attuata attraverso il rimedio disciplinato dall'art. 34, comma 1, lett. e), del medesimo codice, il quale attribuisce al giudice della cognizione il potere, in passato spendibile solo nella successiva fase dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese (cd. cognizione ad esecuzione integrata), in coerenza con l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali.

Allo stesso modo, ad avviso di **Sez. U, n. 00158/2020, Acierno, Rv. 656510-01**, non sussiste eccesso di potere giurisdizionale nella decisione del Consiglio di Stato che si discosti dalla valutazione tecnica espressa dal verificatore, il parere del quale sia stato richiesto nel corso del giudizio amministrativo *ex* artt. 19 e 64 del d.lgs. n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo), trattandosi di uno strumento processuale cognitivo e non valutativo di fatti rilevanti ai fini della decisione, le cui contestazioni costituiscono censure strettamente interne all'esercizio della giurisdizione.

Sez. U, n. 08093/2020, Stalla, Rv. 657612-01, ha chiarito che il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - pur non comportando che il predetto giudice possa sostituirsi all'Autorità medesima nelle attività di accertamento e di applicazione della legge con un proprio provvedimento - non è limitato ai soli profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, dovendosi estendere, invece, anche alla risoluzione delle eventuali contestazioni in punto di fatto, allorquando da tali contestazioni dipenda la legittimità dell'atto amministrativo in questione.

Inoltre, per **Sez. U, n. 07012/2020, Nazzicone, Rv. 657216-01**, in tema di sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, costituisce motivo di ricorso attinente alla giurisdizione quello con il quale si denunzia che il

Consiglio di Stato, nell'ambito del giudizio proposto ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera z *sexies*, del d.lgs. n. 104 del 2010, abbia esercitato i poteri inerenti alla giurisdizione esclusiva al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, per avere invaso la sfera dei poteri riservati alla esclusiva competenza della Commissione europea, quale organo di merito gestorio dell'Unione.

Va pure segnalata **Sez. U, n. 06691/2020, De Stefano, Rv. 657220-02**, secondo la quale, poiché il controllo di legittimità del giudice amministrativo importa un sindacato pieno non solo sul fatto, ma pure sulle valutazioni, anche di ordine tecnico, operate dall'amministrazione, non sussiste eccesso di potere giurisdizionale per usurpazione della funzione amministrativa nella decisione del Consiglio di Stato che rilevi, quale vizio dell'aggiudicazione dell'affidamento in concessione dei lavori di costruzione e gestione di un'opera pubblica, l'illegittimità del criterio della equiparazione al mancato utilizzo del contributo pubblico a fondo perduto della promessa di sua restituzione integrale, non assistita da valide garanzie o previsioni gestionali o contabili.

Allo stesso modo, **Sez. U, n. 05904/2020, Mercolino, Rv. 657208-01**, ha affermato che, in tema di appalto di servizi, la verifica dei presupposti oggettivi di esclusione dell'impresa dalla gara, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 - avendo ad oggetto la mancata dissociazione dell'impresa dalla condotta illecita del titolare, del socio, dell'amministratore o del direttore tecnico attinto da una condanna penale, così come la qualità rivestita da quest'ultimo - non presenta alcun profilo di discrezionalità, trattandosi di circostanze oggettivamente riscontrabili; pertanto, il sindacato di tali circostanze da parte del giudice amministrativo non può tradursi in una invasione del merito amministrativo e non può dare luogo ad eccesso di potere giurisdizionale, il quale è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal giudice abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, attraverso un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Sez. U, n. 03562/2020, Garri, Rv. 656953-01, ha precisato, quindi, che le valutazioni tecniche delle commissioni esaminatrici dei pubblici concorsi sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di legittimità del giudice amministrativo, che può rilevare l'irragionevolezza o l'arbitrio delle stesse o la violazione del

principio della *par condicio* tra i concorrenti, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo, denunciabile con il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

4. Profili processuali: ulteriori questioni.

Sez. U, n. 06690/2020, Vincenti, Rv. 657416-03, ha chiarito che l'art. 103 Cost. non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie nelle quali non sia parte una P.A. (o un soggetto ad essa equiparato), sicché la pretesa risarcitoria avanzata nei confronti di singole persone fisiche, componenti di un organo collegiale pubblico, cui si imputi l'adozione di provvedimenti illegittimi, va azionata dinanzi al giudice ordinario.

Inoltre, per **Sez. U, n. 18788/2020, Oliva, Rv. 659123-01**, in tema di immigrazione, il provvedimento di espulsione dello straniero è provvedimento obbligatorio a carattere vincolato, con la conseguenza che il giudice ordinario dinanzi al quale esso venga impugnato è tenuto unicamente a controllare l'esistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l'emanazione, i quali consistono nella mancata richiesta, in assenza di cause di giustificazione, del permesso di soggiorno, ovvero nella sua revoca od annullamento ovvero nella mancata tempestiva domanda di rinnovo che ne abbia comportato il diniego; al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione non è consentita, invece, alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo, poiché tale sindacato spetta unicamente al giudice amministrativo, la decisione del quale non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione. Ne deriva, per un verso, che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione dei predetti provvedimenti del questore non giustifica la sospensione del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile; e, per l'altro verso, che il giudice ordinario, dinanzi al quale sia stato impugnato il provvedimento di espulsione, non può disapplicare l'atto amministrativo presupposto emesso dal questore (rifiuto, revoca o annullamento del permesso di soggiorno o diniego di rinnovo).

5. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni.

Ad avviso di **Sez. U, n. 16457/2020, Scoditti, Rv. 658338-01**, la controversia promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico concerne una posizione di diritto soggettivo (ed è, pertanto, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario) tutte le volte in cui l'amministrazione abbia inteso fare valere la decadenza del beneficiario dal contributo in ragione della mancata osservanza, da parte sua, di obblighi all'adempimento dei quali la legge o il provvedimento condizionano l'erogazione, mentre riguarda una posizione di interesse legittimo (con conseguente devoluzione al giudice amministrativo) allorché la mancata erogazione del finanziamento, pur oggetto di specifico provvedimento di attribuzione, sia dipesa dall'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione, la quale abbia inteso annullare il provvedimento stesso per vizi di legittimità o revocarlo per contrasto originario con l'interesse pubblico.

Inoltre, secondo **Sez. U, n. 16459/2020, Terrusi, Rv. 658339-01**, le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate, in materia di concessioni amministrative, alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. In particolare, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in una controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento, proposta da una società di gestione del servizio idrico integrato per diversi Comuni di una Provincia, sia della deliberazione della Giunta regionale con la quale sia stato approvato il nuovo tariffario relativo all'occupazione permanente del suolo pubblico, sia, in via consequenziale, del provvedimento del direttore del servizio di viabilità contenente l'invito a versare l'importo dovuto in base alla tariffa.

Nella stessa ottica, **Sez. U, n. 28973/2020, Di Marzio M., Rv. 659873-01**, ha rilevato che, in materia di concessioni amministrative di beni pubblici, le controversie relative a indennità, canoni od altri corrispettivi, involgenti diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, senza che assuma rilievo la sussistenza di un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali. In particolare, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento ad una lite avente ad oggetto l'annullamento di alcuni provvedimenti di rideterminazione dei canoni annuali

per la concessione di beni demaniali marittimi sul presupposto che, attraverso gli stessi, il comune si fosse limitato a disporre il ricalcolo del canone in applicazione di una norma di mero aggiornamento quantitativo, quale l'art. 1, comma 252, della l. n. 296 del 2006.

Pertanto, **Sez. U, n. 01180/2020, Rubino, Rv. 656576-01**, ha affermato che la controversia avente ad oggetto i canoni dovuti dal pubblico dipendente per il godimento di alloggio di servizio - anche con riferimento al periodo di occupazione senza titolo decorrente dalla messa in quiescenza del dipendente medesimo -, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, poiché la controversia in questione, prescindendo dal rapporto di lavoro pubblico ed avendo contenuto meramente patrimoniale, ovvero relativo a presunti inadempimenti di natura contrattuale, ricade nella sfera di applicabilità dell'art. 133 del d.lgs. n. 104 del 2010 che, in relazione ai rapporti di concessione di beni pubblici, esclude dalla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Con riguardo alle garanzie personali, per **Sez. U, n. 12866/2020, Giusti, Rv. 658025-01**, la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del Comune, di una polizza fideiussoria, concessa a garanzia di somme dovute per oneri di urbanizzazione e a titolo di penali, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia, attesa l'autonomia tra i rapporti in questione, nonché la circostanza che, nella specie, la P.A. agisce nell'ambito di un rapporto privatistico, senza esercitare, neppure mediatamente, pubblici poteri.

Sez. U, n. 07563/2020, Nazzicone, Rv. 657444-01, ha chiarito che la lite in ordine all'accertamento della misura del contributo previsto dall'art. 5 della l.r. Liguria n. 4 del 1985, dovuto dai Comuni alle competenti autorità religiose e determinato in proporzione agli oneri di urbanizzazione secondaria riscossi, appartiene alla giurisdizione ordinaria, e non a quella amministrativa, avendo ad oggetto l'esistenza di un obbligo con fonte diretta nella legge e non implicando alcuna valutazione sulla legittimità di provvedimenti amministrativi espressione di pubblici poteri.

6. Le sanzioni amministrative.

Nell'ambito delle violazioni attinenti alla circolazione stradale, **Sez. U, n. 26391/2020, Giusti, Rv. 659549-01**, ha rilevato che, anche a seguito della sentenza della Corte cost. n. 99 del 2020 - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2, del codice della strada, nella parte in cui

dispone che il prefetto "provvede", anziché "può provvedere", alla revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione -, la revoca della patente dà luogo all'esercizio non già di discrezionalità amministrativa, ma di un potere che non affievolisce la posizione di diritto soggettivo del privato; ne consegue che la giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca adottato dal prefetto continua a spettare al giudice ordinario, in accordo con la regola generale di riparto.

Inoltre, secondo **Sez. U, n. 19664/2020, Acierno, Rv. 658850-01**, la sanzione amministrativa della chiusura temporanea dell'esercizio commerciale o del locale destinato al videogioco e alle video lotterie, prevista - in aggiunta a quella pecuniaria, ancorché senza alcun collegamento causale o consequenziale con quest'ultima - dall'art. 24, comma 21, del d.l. n. 98 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 111 del 2011, per il caso di indebito ingresso, nell'esercizio medesimo, di un soggetto minore d'età, ha natura esclusivamente afflittiva e si riconduce non già ad un potere discrezionale di vigilanza e controllo, esercitato dall'autorità amministrativa irrogante, sul settore dei giochi vietati ai minori, bensì ad un potere interamente vincolato dalla norma, la quale definisce dettagliatamente il fatto che integra la violazione, stabilisce l'obbligo di applicare la sanzione in seguito all'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità di polizia e ne determina il contenuto pure in relazione alla durata, con la prescrizione inderogabile del minimo e del massimo irrogabili; pertanto, la giurisdizione sull'opposizione avverso la predetta sanzione amministrativa spetta al giudice ordinario, dovendosi ritenere devoluto a quella del giudice amministrativo soltanto il sindacato sulle sanzioni di carattere ripristinatorio, la cui applicazione consegua all'esercizio di un potere discrezionale di vigilanza e controllo, funzionale alla tutela dell'interesse pubblico violato.

7. Gli appalti.

Come di consueto la materia degli appalti è stata oggetto di attenzione da parte della S.C.

In proposito, **Sez. U, n. 21990/2020, Graziosi, Rv. 659039-01**, ha precisato che, nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), del d.lgs. n. 104 del 2010, sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo

a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi nella quale la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, che fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

Inoltre, per **Sez. U, n. 12483/2020, Carrato, Rv. 658083-01**, la lite concernente la corresponsione del corrispettivo della gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, affidato sulla base di ordinanze contingibili e urgenti adottate (per ragioni di emergenza ambientale) ai sensi dell'art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che essa riguarda unicamente l'esecuzione del rapporto di natura privatistica intercorrente tra le parti e la cognizione di aspetti puramente patrimoniali, senza involgere il sindacato, in via diretta o incidentale, della legittimità dell'attività provvedimentale urgente posta "a monte" dello stesso, la quale costituisce uno strumento alternativo e sostitutivo del contratto di appalto.

8. Le vicende legate al patrimonio immobiliare.

Le questioni aventi ad oggetto il patrimonio immobiliare dello Stato o di enti pubblici sono state oggetto di numerose pronunce della S.C., intervenuta a chiarire ulteriormente la linea di confine fra le due giurisdizioni in questione.

Con riguardo ai rapporti agrari, **Sez. U, n. 24101/2020, Rubino, Rv. 659449-01**, ha affermato che, a fronte di un rapporto di affittanza agraria instaurato da un Comune con una cooperativa agricola, volto a consentire, verso il pagamento di un corrispettivo, l'utilizzo di un determinato terreno di proprietà comunale adibito a pascolo, la controversia relativa alla validità e all'efficacia del contratto di transazione, diretto a prevenire le liti in ordine al predetto contratto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario qualora sia estranea alla materia del contendere la natura pubblica o privata del terreno, l'amministrazione non abbia utilizzato poteri autoritativi e le parti si siano limitate a domandare al giudice una verifica della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali è sorto l'atto negoziale.

In relazione, poi, ai beni di proprietà degli enti pubblici, ad avviso di **Sez. U, n. 21991/2020, Graziosi, Rv. 659283-01**, l'immobile comunale che, a titolo oneroso, sia stato concesso in uso ad un privato per lo svolgimento di servizi socio-assistenziali, in mancanza di un provvedimento amministrativo che lo destini a pubblico servizio, appartiene al patrimonio disponibile dell'ente, con la

conseguenza che la controversia relativa alla sua restituzione rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto un rapporto privatistico di carattere paritetico riconducibile a quello locatizio.

Per quanto concerne la retrocessione del bene espropriato, **Sez. U, n. 18580/2020, Scalia, Rv. 658808-01**, ha rilevato che il giudice ordinario, investito del merito a seguito della riassunzione del giudizio conseguente alla declinatoria della giurisdizione del giudice amministrativo, ferma la giurisdizione affermata dal giudice remittente, ben può riconoscere la retrocessione parziale del bene e con essa la sussistenza di un mero interesse legittimo del privato, e rigettarne la domanda sul presupposto della mancanza della dichiarazione di inservibilità, atteso che la formazione di un giudicato interno sulla giurisdizione del giudice ordinario, in difetto di eccezione di parte o rilievo d'ufficio, non si estende al merito della lite e, dunque, non impedisce al medesimo di qualificare diversamente il rapporto e di sottoporlo alla relativa disciplina.

Secondo **Sez. U, n. 10082/2020, Cosentino, Rv. 657733-01**, la cartolarizzazione degli immobili appartenenti allo Stato e agli enti pubblici - disciplinata dal d.l. n. 351 del 2001, conv., con modif., dalla l. n. 410 del 2001, è compresa nel più vasto ambito delle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, indicato come possibile oggetto dei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa dall'art. 23-*bis* della l. n. 1034 del 1931, senza che ciò implichi che la cognizione di tutte le controversie relative sia riservata al giudice amministrativo, atteso che la disposizione non contiene norme sulla giurisdizione e, quindi, non modifica l'ordinario criterio di riparto, fondato sulla natura della situazione soggettiva fatta valere in giudizio.

Inoltre, **Sez. U, n. 07831/2020, Graziosi, Rv. 657528-01**, ha precisato che, in tema di dismissione del patrimonio immobiliare delle Regioni (nella specie, dell'Emilia Romagna *ex* l.r. n. 10 del 2000) in regime di concessione, la controversia relativa all'esatta determinazione del prezzo contenuto nell'offerta inoltrata al concessionario per consentirgli l'esercizio del diritto di prelazione spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che l'imposizione normativa del valore di mercato, quale corrispettivo del bene oggetto di dismissione, non depriva di discrezionalità l'ente pubblico nel conformare la proposta di vendita, discrezionalità che, anche se tecnica, conferisce al privato aspirante all'acquisto esclusivamente una posizione giuridica di interesse legittimo (pretensivo) alla corretta determinazione del prezzo di vendita; solo dopo che l'offerta è stata formulata dal proponente e ricevuta dal concessionario, il prezzo indicato integra una componente dell'oggetto della prelazione ed esce dalla

discrezionalità, sia pure solo tecnica, dell'offerente e, quindi, il concessionario può avvalersi, rispetto ad essa, del suo diritto di prelazione.

Pertanto, per **Sez. U, n. 02503/2020, Carrato, Rv. 656733-01**, la controversia avente ad oggetto la domanda di rilascio di un immobile del patrimonio pubblico, dismesso ai sensi della l. n. 326 del 2003, proposta dall'acquirente, a seguito della vendita conseguente all'intervenuta dismissione, nei confronti dell'occupante titolare di una pregressa concessione quale alloggio di servizio, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda azionata trova la propria origine in un rapporto tra privati, essendo diretta al riconoscimento della sussistenza, o meno, di un titolo legittimo della persistente detenzione in capo all'occupante, mentre l'Amministrazione concedente resta - per effetto della cessazione di ogni uso pubblico dell'immobile - totalmente estranea al predetto rapporto, non essendo ravvisabile alcun collegamento con l'atto autoritativo concessorio.

In tema di edilizia residenziale pubblica, **Sez. U, n. 08097/2020, Graziosi, Rv. 657536-01**, ha chiarito che spetta alla giurisdizione ordinaria la controversia, promossa dagli eredi del soggetto assegnatario fucense di un alloggio ai sensi dell'art. 3 della l.r. Abruzzo n. 7 del 1997, avente ad oggetto la richiesta di nullità e/o inefficacia del contratto di cessione dell'immobile stipulato con un terzo dal competente organo regionale, per essere il *petitum* sostanziale della lite costituito dall'accertamento della titolarità, in capo all'assegnatario, del diritto soggettivo di riscatto, i cui presupposti sono fissati direttamente dalla legge.

Nella stessa ottica, ad avviso di **Sez. U, n. 07643/2020, Scarpa, Rv. 657446-01**, l'atto di esercizio del diritto di prelazione artistica spettante alla P.A. è un provvedimento amministrativo in relazione al quale, ove si contesti la tempestività della sua adozione, è configurabile la giurisdizione del giudice amministrativo, vertendosi in una ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente al *quomodo* della potestà pubblica, sicché la posizione fatta valere dalla parte privata acquirente che lo abbia subito è di interesse legittimo oppositivo e non di diritto soggettivo.

Infine, in tema di usi civici, **Sez. U, n. 09282/2020, Lombardo, Rv. 657662-01**, ha affermato che la controversia relativa all'impugnazione di una delibera comunale di approvazione di uno schema di accordo transattivo avente ad oggetto il riconoscimento della natura civica di alcune terre è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, e non del commissario per la liquidazione degli usi civici, per essere il *petitum* sostanziale della lite costituito

dalla legittimità amministrativa della delibera, senza alcuna domanda di accertamento della qualità demaniale dei suoli.

9. Le procedure ad evidenza pubblica, i servizi in regime di concessione e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In materia di concessioni, secondo **Sez. U, n. 24111/2020, Ferro, Rv. 659450-01**, la controversia introdotta da un Comune per ottenere dalla banca concessionaria del servizio pubblico di tesoreria comunale la restituzione di un indebito monetario, quale effetto di una pronuncia dichiarativa di invalidità o inesistenza della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e di commisurazione ultralegale dei medesimi, appartiene alla giurisdizione ordinaria, atteso che la domanda non pone in discussione il rapporto concessorio, nel suo aspetto genetico o funzionale, ma contesta il fondamento della praticata commisurazione del debito per interessi, così rientrando nella clausola di deroga di cui all'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104 del 2010, il quale esclude dalle controversie relative a concessioni di pubblici servizi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

Inoltre, per **Sez. U, n. 23591/2020, Carrato, Rv. 659447-01**, in tema di riparto di giurisdizione, spetta al giudice ordinario la cognizione della vertenza relativa alla richiesta di integrazione del canone già versato per il rilascio di una concessione cimiteriale perpetua, il cui importo sia determinato in base a una tabella di aggiornamento, approvata dal comune senza fare uso di poteri autoritativi o discrezionali a tutela di interessi generali, trattandosi di controversia dal contenuto meramente patrimoniale, sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), c.p.a.

In tema di trasporto pubblico locale, **Sez. U, n. 14235/2020, Locatelli, Rv. 658195-01**, l'art. 17, comma 1, della l.p. Bolzano n. 16 del 1985 e successive modificazioni, prevede il pagamento, in favore dell'impresa esercente il servizio di trasporto pubblico locale, di un contributo integrativo aggiuntivo rispetto a quello ordinario, qualificabile quale corrispettivo del servizio di trasporto. Le liti concernenti tale contributo sono sottratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e devolute a quella del giudice ordinario poiché il suo importo è determinato mediante il riconoscimento dei costi aziendali sulla base di un costo standard, approvato con apposite delibere, sicché il successivo provvedimento di attribuzione possiede un contenuto meramente ricognitivo e privo di profili di

discrezionalità, che si sono esauriti attraverso l'adozione dei provvedimenti di fissazione dei costi standard.

Ad avviso di **Sez. U, n. 08849/2020, Rubino, Rv. 657626-01**, la controversia relativa all'affidamento in subconcessione di parcheggi ad uso pubblico, situati all'interno del sedime demaniale aeroportuale, disposto dal gestore aeroportuale in favore di una propria società controllata, spetta alla giurisdizione ordinaria, non integrandosi alcuno dei presupposti (soggettivi ed oggettivi) richiesti dall'art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010, ai fini della devoluzione alla giurisdizione amministrativa; infatti, sotto il profilo soggettivo, nel sub-concedente non è ravvisabile né la natura di organismo di diritto pubblico né quella di impresa pubblica (che richiedono il finanziamento o il controllo pubblico oppure la designazione pubblica degli organi amministrativi e di controllo), bensì la diversa natura di soggetto privato titolare di un diritto di esclusiva (*ex* art. 3, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 50 del 2016), mentre, sotto il profilo oggettivo, il servizio di parcheggio esula dal novero delle attività strumentali alle operazioni del gestore aeroportuale nei ccdd. settori speciali, non rientrando nell'elenco tassativo dei servizi di assistenza a terra, propedeutici al trasporto aereo, ma costituendo un'attività meramente eventuale, prestata solo su richiesta del cliente e da questi autonomamente remunerata, con la conseguenza che l'affidamento di tale servizio, di natura puramente commerciale, non soggiace alle regole del procedimento ad evidenza pubblica e si risolve in un contratto di diritto privato.

Sez. U, n. 21433/2020, Stalla, Rv. 659038-01, ha affermato che, in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, la facoltà, attribuita dall'art. 50 del d.lgs. n. 270 del 1999 al commissario straordinario, di sciogliersi dai contratti ancora inseguiti o non interamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura della procedura, non costituisce manifestazione di un potere autoritativo o di supremazia pubblicistica, ma espressione di un diritto potestativo di natura privatistica, coessenziale agli strumenti di gestione ed indirizzo dei rapporti patrimoniali dell'imprenditore insolvente in funzione della risoluzione della crisi, che trova il suo fondamento generale nel disposto dell'art. 1372 c.c., a norma del quale lo scioglimento del contratto può conseguire, oltre che al mutuo consenso delle parti, anche alle "cause ammesse dalla legge", tra cui rientrano quelle riconducibili alla regolamentazione legale dei rapporti giuridici pendenti nelle procedure di insolvenza; pertanto, la controversia scaturente dall'impugnazione, ad opera del contraente *in bonis*, dell'atto con cui il commissario straordinario ha esercitato la

predetta facoltà, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, integrando esso, per un verso, una manifestazione (recettizia) di volontà prettamente negoziale e non provvedimentale e, per l'altro, un atto diretto ad incidere sulle posizioni di diritto soggettivo derivanti dal rapporto contrattuale in capo all'impugnante.

Inoltre, per **Sez. U, n. 07560/2020, Rubino, Rv. 657472-01**, in materia di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia tra il gestore del servizio energetico e il fallimento della società di produzione energetica, qualora la materia del contendere non riguardi le tariffe, il criterio di loro quantificazione o la concessione degli incentivi, ma soltanto l'opponibilità o meno alla procedura fallimentare della cessione di crediti inerenti agli incentivi attribuiti, in correlazione alla produzione anzidetta, per il periodo successivo alla dichiarazione da parte della curatela del fallimento di volere subentrare nel rapporto; né è idonea ad incidere sull'individuazione dell'autorità avente il potere di giudicare l'eccezione riconvenzionale proposta dal gestore in punto di giurisdizione, determinandosi quest'ultima sulla sola base del *petitum* sostanziale, che rimane inalterato pure a seguito dell'eccezione in parola.

Ad avviso di **Sez. U, n. 07219/2020, Doronzo, Rv. 657442-01**, nel settore dell'attività negoziale della P.A. appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della cd. evidenza pubblica, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto, sono devolute al giudice ordinario; l'asse della giurisdizione non è spostato dall'intervento, tra le parti, di sentenza del giudice amministrativo di annullamento del provvedimento di affidamento in concessione, con conseguente dichiarazione d'inefficacia del contratto limitata, *ex* art. 121, comma 1, c.p.a., alle prestazioni ancora da eseguire, atteso che, in tale caso, le prestazioni già eseguite restano legate dal sinallagma contrattuale e rimangono sottoposte alla disciplina privatistica che le regolava prima, continuando a collocarsi nella fase esecutiva del contratto e, quindi al di fuori dal raggio di applicazione della giurisdizione esclusiva *ex* art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., atteso che non viene in rilievo l'esercizio di poteri discrezionali.

Secondo **Sez. U, n. 07005/2020, Cosentino, Rv. 657221-01**, l'affidamento a terzi (nella specie, a soggetto estraneo alla società di progetto) di servizi, oggetto di concessione, ad opera di concessionario di lavori pubblici, che non sia

amministrazione aggiudicatrice, non soggiace alle regole dell'evidenza pubblica, sicché le relative controversie, in quanto afferenti alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario.

Sez. U, n. 05594/2020, Scoditti, Rv. 657200-01, ha chiarito che la lite relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la gestione di un'opera pubblica appartiene alla giurisdizione ordinaria, per essere sussumibile nella unitaria categoria, regolata dal d.lgs. n. 163 del 2006, della "concessione di lavori pubblici", nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario. (Nella specie, veniva in rilievo una procedura di finanza di progetto, cd. *project financing*, in cui la controversia non riguardava la fase pubblicistica di scelta del promotore, che si conclude con la concessione, ma quella privatistica introdotta dalla convenzione, che regola i rispettivi diritti ed obblighi delle parti).

Infine, **Sez. U, n. 28978/2020, Tricomi, Rv. 659874-01**, ha precisato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, e non quella del giudice ordinario, nella controversia instaurata dal commissario straordinario delegato per il rischio idrogeologico per ottenere, a fronte del silenzio serbato dall'amministrazione, il riconoscimento delle competenze relative all'attività svolta, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della domanda, che investe l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella determinazione del compenso (sia con riguardo alla quota fissa, da stabilire tra un minimo e un massimo, sia con riguardo a quella variabile, che richiede a monte la fissazione degli obiettivi), ed alla posizione soggettiva di mero interesse legittimo conseguentemente configurabile in capo all'interessato.

10. L'attività sanitaria.

Vi sono stati pure interventi chiarificatori della S.C. nel settore dell'attività sanitaria.

Al riguardo, **Sez. U, n. 23744/2020, Rubino, Rv. 659287-01**, ha affermato che, in tema di attività sanitaria esercitata in regime di cd. accreditamento, la domanda volta alla corresponsione della differenza tra gli importi già erogati dalla ASL e l'incremento riconosciuto da un regolamento regionale rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di controversia avente ad oggetto l'effettiva spettanza dei corrispettivi in favore del concessionario, che non

coinvolge la verifica dell'attività autoritativa della P.A., e ciò anche laddove la ASL eccepisca la carenza, in capo al richiedente, dei requisiti per poter fruire dell'accreditamento, trattandosi di requisiti stabiliti dalla legge.

11. Gli enti.

Secondo **Sez. U, n. 08238/2020, Mercolino, Rv. 657631-01**, le controversie relative all'adozione ed alla modificazione dello statuto della S.I.A.E., ente pubblico economico a base associativa, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in ragione della formulazione ampia ed omnicomprensiva dell'art. 1, comma 2, della legge n. 2 del 2008, dell'assoggettamento del predetto ente alle norme di diritto privato nonché della natura ed efficacia dello statuto, quale atto alla cui formazione concorre la volizione autonoma degli associati, espressa attraverso la deliberazione dell'assemblea, che incide su posizioni degli stessi associati all'interno della società qualificabili come diritti soggettivi.

Inoltre, **Sez. U, n. 05593/2020, Cirillo F.M., Rv. 657199-01**, ha ribadito l'orientamento di Sez. U, n. 12215/2006, Rv. 588772-01, per il quale, in tema di cooperative edilizie, anche fruenti del contributo erariale, il riparto della giurisdizione deve ritenersi fondato sulle comuni regole correlate alla posizione soggettiva prospettata nel giudizio, distinguendo la fase pubblicistica, caratterizzata dall'esercizio di poteri finalizzati al perseguimento di interessi pubblici, e, corrispondentemente, da posizioni di interesse legittimo del privato, da quella privatistica, nella quale l'assegnatario vanta un diritto soggettivo. Ne consegue che sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie attinenti a pretesi vizi di legittimità dei provvedimenti emessi nella prima fase, mentre sono riconducibili alla giurisdizione del giudice ordinario le liti in cui siano in discussione cause sopravvenute di estinzione o di risoluzione del rapporto.

12. Le domande di accertamento dei diritti, di pagamento di somme di denaro e di risarcimento del danno.

Molteplici, come di consueto, sono state le questioni concernenti la protezione dei diritti fondamentali e il risarcimento del danno, ad esempio in materia di salute e di rapporti di lavoro.

Con riguardo alla tutela del diritto alla salute, **Sez. U, n. 25578/2020, Giusti, Rv. 659460-01**, ha affermato che la controversia nella quale il privato, previo accertamento della rumorosità, molestia e intollerabilità delle immissioni

prodotte dagli aerogeneratori di un parco eolico, nonché degli effetti pregiudizievoli da esse recati alla salute propria e dei suoi familiari e al valore economico della sua proprietà, ne abbia domandato la cessazione o, almeno, la riduzione entro i limiti della tollerabilità, unitamente al risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della domanda, la quale non concerne l'annullamento del provvedimento amministrativo di autorizzazione all'istallazione e gestione dell'impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica (né presuppone l'accertamento della sua illegittimità), ma ha ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi alla salute e di proprietà, sul fondamento della violazione dei limiti di tollerabilità previsti dall'art. 844 c.c.

Per **Sez. U, n. 25210/2020, Tria, Rv. 659294-01**, appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia introdotta dal dipendente di un Corpo Forestale regionale per ottenere il riconoscimento del diritto a un superiore inquadramento, previa disapplicazione del decreto del Presidente della Regione contenente un diverso criterio di classificazione del personale, atteso che gli appartenenti al Corpo forestale delle Regioni sono titolari di un rapporto di lavoro privatizzato e che, ai fini della giurisdizione, occorre avere riferimento al *petitum* sostanziale, radicandosi la giurisdizione del giudice ordinario ogni qual volta detto *petitum* abbia per oggetto non direttamente il provvedimento amministrativo di macroorganizzazione, ma l'inquadramento in una diversa categoria contrattuale, con le correlative progressioni economiche *medio tempore* maturate.

Nella stessa ottica, ad avviso di **Sez. U, n. 25207/2020, Tria, Rv. 659548-01**, la giurisdizione sulla controversia attinente ad un rapporto di lavoro subordinato con la Stazione sperimentale per l'industria delle conserve alimentari, protrattosi dal 1995 al 2004, spetta al giudice ordinario anche in relazione a questioni relative al periodo antecedente al 1° luglio 1998, non ostando a tale conclusione il disposto dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, il quale, in ossequio alla *ratio* di evitare il frazionamento della tutela giurisdizionale, deve essere interpretato nel senso di riconoscere la generale giurisdizione del giudice ordinario in ordine ad ogni questione afferente ai rapporti di lavoro che pure siano stati instaurati anteriormente alla data suddetta, laddove unitaria risulti essere la fattispecie dedotta in giudizio, residuando la giurisdizione del giudice amministrativo per le sole questioni che riguardino unicamente il periodo antecedente a tale data.

Il medesimo ragionamento è alla base di **Sez. U, n. 19668/2020, Torrice, Rv. 658852-01**, secondo cui la determinazione con la quale il direttore di

un'Azienda Sanitaria Locale, per affidare l'incarico di dirigente di struttura complessa, ai sensi dell'art. 15 ter del d.lgs. n. 502 del 1992, indice un nuovo avviso pubblico invece di procedere allo scorrimento nell'ambito della terna selezionata in esito a precedente procedura, si compendia in un atto adottato in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, trattandosi di scelta essenzialmente fiduciaria di un professionista ad opera del direttore generale della ASL in base ad un elenco di soggetti ritenuti idonei, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, anche in virtù del principio di concentrazione delle tutele, non potendo frazionarsi la giurisdizione con riferimento alle singole fasi del procedimento.

Pertanto, per **Sez. U, n. 06455/2020, Vincenti, Rv. 657214-01**, la procedura per il conferimento di incarico di direttore di struttura complessa, prevista dagli artt. 15 e 15 ter del d.lgs. n. 502 del 1992, ha carattere non concorsuale - anche a seguito delle modifiche introdotte con il d.l. n. 158 del 2012, conv. con modif. in l. n. 189 del 2012 -, essendo articolata seguendo uno schema che prevede la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali; ne deriva che, avendo la fase di nomina carattere dominante rispetto all'intero percorso della selezione, le relative controversie, attinenti sia alla procedura di selezione (ad esempio, concernenti l'accertamento del diritto al conferimento dell'incarico) sia al provvedimento discrezionale, di natura privatistica, del direttore generale, rientrano, per il principio di concentrazione delle tutele, nella giurisdizione del giudice ordinario, non potendo frazionarsi la giurisdizione con riferimento alle singole fasi del procedimento.

Di conseguenza, **Sez. U, n. 10089/2020, Mancino, Rv. 657816-01**, ha chiarito che la controversia avente ad oggetto la domanda con la quale l'aspirante all'inclusione nell'elenco nazionale di idonei alla nomina di direttore generale delle aziende sanitarie locali, delle aziende ospedaliere e degli altri enti del Servizio sanitario nazionale, previsto dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 171 del 2016, denunzi, avendo conseguito un giudizio di inidoneità, la illegittimità del procedimento per la formazione dell'elenco stesso, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi, in quanto l'amministrazione non esercita, nell'ambito del predetto procedimento, poteri discrezionali, ma è chiamata esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti - *id est* regolare e tempestiva domanda - e dei requisiti normativamente previsti - *id est* diploma di laurea ed esperienza dirigenziale - nello svolgimento di una attività vincolata, di carattere meramente ricognitivo, della cui natura partecipa anche il giudizio

tecnico concernente la verifica dell'esperienza dirigenziale e dei titoli professionali degli aspiranti.

Inoltre, per **Sez. U, n. 08633/2020, D'Antonio, Rv. 657632-01**, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto di lavoro del personale universitario con l'azienda sanitaria poiché l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 517 del 1999 distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera (anche qualora quest'ultima non si sia ancora trasformata in azienda ospedaliero-universitaria) e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale; pertanto, qualora la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi, pertanto, l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale.

Sez. U, n. 16452/2020, D'Antonio, Rv. 658337-01, ha precisato, altresì, che, in tema di pubblico impiego privatizzato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa al diritto all'assunzione, all'esito di una procedura di mobilità esterna, per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, atteso che, nell'ambito di essa, non viene in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura concorsuale, ma una mera modificazione soggettiva del rapporto preesistente con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto.

In questa ottica, ad avviso di **Sez. U, n. 07218/2020, Torrice, Rv. 657217-01**, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A., le quali possono essere anche interne, purché configurino progressioni verticali novative e non meramente economiche oppure comportanti, in base alla contrattazione collettiva applicabile, il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento. Ne consegue che appartiene alla giurisdizione del giudice

ordinario la cognizione della controversia avente ad oggetto la domanda di una dipendente volta all'annullamento, tra l'altro, del provvedimento di conferimento ad altro lavoratore di un incarico dirigenziale di natura temporanea, revocabile pure prima della scadenza prevista e non comportante una progressione verticale novativa.

Pertanto, secondo **Sez. U, n. 04318/2020, Doronzo, Rv. 657195-01**, in materia di procedura di trasferimento e mobilità del personale docente, la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento dell'ordinanza n. 241 dell'8 aprile 2016 del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, adottata *ex* art. 462, comma 6, d.lgs. n. 297 del 1994, nella parte in cui non consente la valutazione del servizio "pre-ruolo" presso le scuole paritarie, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l'ordinanza in questione, lungi dal dettare le linee fondamentali di organizzazione degli uffici o dal determinare le dotazioni organiche complessive, si limita alla previsione di norme di dettaglio circa i termini e le modalità di presentazione delle domande relative alle procedure di mobilità - che non possono essere ascritte alla categoria delle procedure concorsuali per l'assunzione, né equiparate all'ipotesi di passaggio da un'area funzionale ad altra - come definite dalla contrattazione collettiva integrativa nazionale, sicché il *petitum* sostanziale dedotto involge un atto di gestione della graduatoria, incidente in via diretta sulla posizione soggettiva dell'interessato e sul suo diritto al collocamento nella giusta posizione nell'ambito della graduatoria medesima.

Per ciò che concerne i funzionari onorari, **Sez. U, n. 01869/2020, Tria, Rv. 656704-01**, ha affermato che, nelle controversie che li riguardano, la giurisdizione deve essere determinata tenendo conto delle situazioni giuridiche, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, di volta in volta fatte valere in giudizio, sicché, laddove siano direttamente in contestazione atti amministrativi che hanno la loro origine in libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura, la relativa controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la posizione dell'interessato è di interesse legittimo, mentre, qualora l'atto emanato dall'autorità che ha attribuito l'incarico onorario non abbia carattere discrezionale, ma vincolato, la situazione fatta valere è qualificabile come diritto soggettivo, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

Sez. U, n. 23908/2020, Giusti, Rv. 659613-01, ha chiarito, poi, che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario - non ricadendo nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi configurata dall'art. 133, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.) - la domanda inibitoria e

risarcitoria da illecito scarico a mare di un rivo adibito a pubblica fognatura, promossa nei confronti della P.A. e del suo concessionario, gestore del servizio idrico integrato, dal concessionario di un compendio demaniale destinato a porto turistico, allorché, a fondamento della proposta azione, siano denunciate una mera attività materiale e l'omissione di condotte doverose in violazione del generale principio del *neminem laedere*, senza che vengano in rilievo atti e provvedimenti amministrativi di cui la condotta dell'amministrazione sia esecuzione.

In ordine alle questioni previdenziali, **Sez. U, n. 23597/2020, Tricomi, Rv. 659164-01**, ha precisato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, e non quella del giudice amministrativo, sulla controversia relativa alla domanda dell'INPS volta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente alla mancata percezione di interessi sulle somme dovute da un dipendente pubblico per il riscatto dei periodi utili alla determinazione della indennità di buonuscita, danno che si assume derivato dalla tardiva trasmissione all'ente previdenziale, da parte della P.A. *ex* datrice di lavoro, della documentazione necessaria all'istruttoria della domanda di riscatto; in tal caso, infatti, secondo la prospettazione dell'attore, il danno non deriva dall'inosservanza del termine di conclusione di un procedimento amministrativo nei confronti del destinatario del provvedimento finale, con conseguente giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), c.p.a., ma costituisce una possibile conseguenza della definizione della procedura di riscatto, coinvolgendo aspetti inerenti ai rapporti tra l'ente previdenziale e il datore di lavoro, rispetto ai quali la vicenda provvedimentale costituisce una semplice occasione, ossia un mero presupposto di fatto non controverso che fa da sfondo al *petitum* sostanziale.

In generale, ad avviso di **Sez. U, n. 06075/2020, D'Antonio, Rv. 657209-01**, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie annoverate dall'art. 133, lett. l), c.p.a. presuppone che le stesse originino da un atto o provvedimento che sia espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della P.A., o dei soggetti a questa equiparati. Ne consegue che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di un *ex* dipendente di banca che miri ad ottenere la riqualificazione come non complementare della natura di un Fondo previdenziale, in funzione dell'accertamento dei maggiori emolumenti pensionistici pretesi.

Allo stesso tempo, **Sez. U, n. 05591/2020, D'Oronzo, Rv. 657204-01**, ha chiarito che le controversie in materia di impiego alle dipendenze dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) sono devolute alla giurisdizione esclusiva

del giudice amministrativo, in quanto il relativo rapporto di lavoro, la cui fonte di regolamentazione è costituita da un atto normativo di competenza del Consiglio dell'Istituto e non già dal contratto collettivo, è rimasto assoggettato alla disciplina pubblicistica ed escluso dalla privatizzazione - non avendo inciso sul quadro normativo l'art. 133 c.p.a., norma processuale meramente ricognitiva che sottrae alla giurisdizione esclusiva i soli rapporti qualificabili di impiego privato -, avuto riguardo all'elevato tasso di tecnicità ed all'autonomia dell'Istituto dal potere esecutivo, che non possono non riflettersi anche sul momento conformativo del rapporto di lavoro del personale.

Per **Sez. U, n. 23418/2020, Vincenti, Rv. 659285-02**, in tema di concessioni per l'esercizio di scommesse ippiche, la controversia introdotta per ottenere la condanna della P.A. concedente al risarcimento del danno derivato ai concessionari dal sopravvenuto mutamento delle condizioni economiche poste a base della convenzione (per il venire meno di fatto della riserva esclusiva pubblica della relativa gestione a seguito dell'ingresso illegale nel mercato di operatori esteri), nonché dalla mancata attivazione di sistemi di accettazione di scommesse a quota fissa e per via telefonica e telematica, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, vertendo la stessa sulla fase di attuazione del rapporto concessorio e venendo in considerazione profili che attengono non già all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sul momento funzionale dello stesso rapporto, ma all'accertamento dell'inadempimento, da parte della P.A. concedente, delle obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale a carattere paritetico, sicché la predetta controversia può essere compromessa in arbitrato rituale.

Inoltre, **Sez. U, n. 09772/2020, Scrima, Rv. 657855-01**, ha affermato che è devoluta alla giurisdizione ordinaria, e non a quella amministrativa, la domanda con cui i prossimi congiunti della vittima di un omicidio invochino la condanna del Ministero della difesa al risarcimento del danno provocato dalla condotta omissiva dei Carabinieri, consistita nella mancata trasmissione agli organi competenti (Questore, Prefetto e Procuratore della Repubblica) della notizia delle denunce precedentemente presentate dalla vittima circa il comportamento aggressivo, irascibile e privo di controllo reiteratamente serbato nei suoi confronti dall'uccisore, atteso che una tale domanda è volta ad ottenere il risarcimento del danno cagionato non già dalla mancata o illegittima adozione di un provvedimento amministrativo discrezionale, ma dal comportamento materiale asseritamente illecito tenuto dalla P.A. attraverso i propri dipendenti, tale da incidere direttamente su posizioni di diritto soggettivo del privato.

Sez. U, n. 21993/2020, Vincenti, Rv. 659163-01, ha precisato, altresì, che, in tema di immissioni acustiche provenienti da aree pubbliche, appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia avente ad oggetto la domanda, proposta da cittadini residenti nelle zone interessate, di condanna della P.A. a provvedere, con tutte le misure adeguate, all'eliminazione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle immissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, patiti, atteso che l'inosservanza da parte della P.A. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario non solo per conseguire la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un *facere*, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della P.A., ma un'attività soggetta al principio del *neminem laedere*.

Sez. U, n. 20869/2020, De Stefano, Rv. 659020-01, ha chiarito, altresì, che la controversia introdotta da una società di emittenza radiofonica titolare di rituale concessione per trasmettere su una certa frequenza, volta ad ottenere la cessazione della turbativa del libero e pacifico esercizio dell'attività di impresa, derivante dalla dannosa interferenza, sulle proprie trasmissioni, di quelle poste in essere da un'altra emittente attraverso l'esercizio materiale di un impianto privo di autorizzazione, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che non si contesta la legittimità di un provvedimento amministrativo o, comunque, dell'esercizio, almeno mediato, di un pubblico potere, ma si invoca il riconoscimento dei diritti fondati sul provvedimento concessorio e si fa valere l'illiceità della situazione di fatto, originata da un comportamento materiale posto in essere in assoluta carenza di potere, a nulla rilevando che l'emittente autrice della condotta materiale, prospettata come illegittima, sia la società concessionaria del servizio pubblico nazionale o una società da questa controllata.

In ordine al settore bancario e finanziario, **Sez. U, n. 06324/2020, Lamorgese, Rv. 657222-01**, ha affermato che le controversie relative alle domande proposte da investitori e azionisti nei confronti delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e CONSOB) per i danni conseguenti alla mancata, inadeguata o ritardata vigilanza su banche e intermediari sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in rilievo la contestazione di poteri amministrativi, ma di comportamenti doverosi posti a tutela del risparmio, che non investono scelte ed atti autoritativi, essendo tali autorità tenute a rispondere delle conseguenze della violazione dei canoni comportamentali della diligenza, prudenza e perizia, nonché delle norme di legge e regolamentari

relative al corretto svolgimento dell'attività di vigilanza, quali espressione del principio generale del *neminem laedere*.

Con riferimento alle persone disabili, secondo **Sez. U, n. 20164/2020, Giusti, Rv. 658855-01**, in tema di riparto di giurisdizione, spetta al giudice ordinario (e non al giudice amministrativo) conoscere della controversia relativa alla mancata attuazione, in favore di una persona disabile, del progetto individuale predisposto dalla P.A. ai sensi dell'art. 14 l. n. 328 del 2000 poiché, a seguito dell'adozione di tale progetto, il portatore di disabilità diviene titolare di una posizione di diritto soggettivo alla concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi ivi programmati, per il cui espletamento non è richiesto l'esercizio di alcuna potestà autoritativa.

Pertanto, ad avviso di **Sez. U, n. 01870/2020, Lombardo, Rv. 656799-01**, la domanda con la quale i genitori di un minore portatore di handicap invochino la condanna dell'amministrazione scolastica al risarcimento del danno non patrimoniale derivato al minore dalla omessa tempestiva attuazione di un precedente provvedimento cautelare, con il quale la stessa amministrazione era stata condannata ad integrare il numero delle ore didattiche previste dal piano educativo individualizzato (PEI) per insufficienza delle stesse, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che l'ordine giudiziale rimasto disatteso si è sostituito al predetto piano educativo, facendo sorgere il diritto soggettivo del minore disabile a fruire del maggior numero di ore di servizio scolastico stabilite dall'autorità giudiziaria, non residuando alcun ambito di esercizio di potere discrezionale per la pubblica amministrazione.

Con una ulteriore pronuncia, **Sez. U, n. 19666/2020, Di Marzio M., Rv. 658834-01**, ha confermato l'indirizzo di Sez. U, n. 21577/2011, Travaglino, Rv. 619040-01, per cui l'azione risarcitoria proposta dalla curatela di una società calcistica fallita nei confronti della Federazione Italiana Gioco Calcio e della Lega Nazionale Professionisti, per omessa vigilanza sulla regolarità contabile della società assoggettata a fallimento, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.) che, all'art. 133, comma 1, lettera z), ha ribadito il criterio di attribuzione della giurisdizione preesistente; l'azione risarcitoria che venga proposta nei confronti di soggetti privati è, invece, assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario.

In tema di azioni di nunciazione nei confronti della P.A., **Sez. U, n. 19667/2020, Di Marzio M., Rv. 658851-02**, ha precisato che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario qualora l'attore denunci attività materiali dell'amministrazione che possano recare pregiudizio a beni di cui egli si assume proprietario o possessore e, in relazione al *petitum* sostanziale della sottostante

pretesa di merito, la domanda risulti diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo e non si lamenti l'emissione di atti o provvedimenti ricollegabili all'esercizio di poteri discrezionali spettanti alla P.A. In particolare, la S.C. ha ravvisato la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad una denuncia di nuova opera esperita da un privato nei confronti di una società, risultata concessionaria di opera pubblica all'esito di una procedura di *project financing*, con riferimento al se ed al come dell'opera da realizzarsi, consistente nell'edificazione, a ridosso dell'abitazione dell'originario attore, di un'autostazione di pullman con tettoia.

Inoltre, **Sez. U, n. 09281/2020, Lombardo, Rv. 657661-01**, ha affermato che è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo l'azione possessoria con la quale si denunci un contegno della pubblica amministrazione consistente nell'attuazione di un piano urbanistico esecutivo (PUE) approvato dall'autorità comunale, risolvendosi la tutela possessoria invocata nella richiesta di controllo della legittimità del potere amministrativo esercitato con il provvedimento di approvazione di detto piano.

Con riferimento ai profili petitori, secondo **Sez. U, n. 07639/2020, Scrima, Rv. 657445-01**, spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda di accertamento dei confini tra un terreno privato e il demanio marittimo proposta dal privato nei confronti della P.A., avendo tale domanda per oggetto l'accertamento dell'esistenza e dell'estensione del diritto soggettivo di proprietà privata rispetto alla proprietà demaniale.

Per **Sez. U, n. 07529/2020, Acierno, Rv. 657443-01**, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria, proposta dal privato nei confronti della P.A., per i danni derivati alla proprietà privata in conseguenza di comportamenti colposi determinatisi nella fase di progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, trovando essa fondamento nell'inosservanza di regole tecniche o di canoni di diligenza e prudenza nell'esecuzione dei lavori, senza che siano interessati atti autoritativi e scelte dell'amministrazione medesima.

Con riguardo al settore urbanistico, **Sez. U, n. 14231/2020, Valitutti, Rv. 658117-01**, ha chiarito che la *causa petendi* della domanda con cui il beneficiario di un permesso di costruire, successivamente annullato in autotutela in quanto illegittimo, abbia invocato la risoluzione del contratto di compravendita del terreno, nonché la condanna della P.A. al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dell'incolpevole affidamento sulla legittimità del predetto atto ampliativo, risiede non già nella lesione di un interesse legittimo pretensivo (giacché non è in discussione la legittimità del disposto annullamento), ma nella lesione del diritto

soggettivo all'integrità del patrimonio; pertanto, la controversia è devoluta alla giurisdizione ordinaria, atteso che, avuto riguardo al detto *petitum* sostanziale, il provvedimento amministrativo non rileva in sé (quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, della cui illegittimità il giudice è chiamato a conoscere *principaliter*), ma come fatto (rilevabile *incidenter tantum*) che ha dato causa all'evento dannoso subito dal patrimonio del privato.

Ancora con riguardo all'edilizia, nel caso in esame residenziale pubblica, **Sez. U, n. 27768/2020, Cosentino, Rv. Rv. 660028 - 01**, ha precisato, in una controversia concernente la convenzione per mezzo della quale il Comune, nell'esercizio della propria potestà di governo del territorio, ha concretamente attribuito la destinazione ad edilizia residenziale pubblica al terreno di proprietà di una società privata, che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo "in relazione agli accordi integrativi del contenuto di provvedimenti amministrativi di natura concessoria" i quali, costituendo espressione - pur dopo le modifiche apportate dall'art. 7 della l. n. 15 del 2005 all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 - di un potere discrezionale della P.A., sono assoggettati al sindacato del giudice al quale appartiene la cognizione sull'esercizio di tale potere.

Sempre in ambito urbanistico, **Sez. U, n. 12864/2020, Perrino, Rv. 658057-02**, ha affermato che la controversia concernente l'obbligo di pagamento di una tariffa per l'accesso ad una zona a traffico limitato, imposto agli autobus gran turismo in servizio pubblico di linea, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto l'istituzione di una tale zona costituisce esercizio di un potere pubblico, afferente all'uso del territorio e, dunque, alla materia urbanistica, che conforma la totalità degli aspetti di tale uso, compresa la qualificazione della tariffa di accesso.

Inoltre, ad avviso di **Sez. U, n. 03887/2020, Giusti, Rv. 656955-01**, la controversia concernente la richiesta di condanna al rimborso delle spese legali sostenute dal funzionario onorario - nella specie, Sindaco di un Comune - per la difesa in un procedimento penale a cui sia stato sottoposto per fatti connessi allo svolgimento di pubbliche funzioni, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto attiene all'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo, essendo l'ente locale tenuto a fare luogo al predetto rimborso ove ne ricorrano i presupposti di legge ed esulando, nel caso, apprezzamenti di natura discrezionale. Ne consegue che è irrilevante, al fine della soluzione della questione di giurisdizione, accertare se i fatti costitutivi della pretesa azionata si siano verificati in epoca anteriore o successiva all'entrata in vigore dell'art. 7-*bis* del d.l. n. 78 del 2015, conv. dalla l. n. 125 del 2015, posto che, ai sensi di quest'ultima disposizione, l'ammissibilità del rimborso delle spese legali per gli amministratori

locali, nel limite massimo di determinati parametri, non è subordinata a scelte o a valutazioni discrezionali della P.A., ma si ricollega al riscontro di requisiti previsti da normativa di fonte primaria; né, d'altra parte, la circostanza che detto rimborso sia ammissibile, ai sensi della citata disposizione, "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica", è suscettibile di incidere sulla posizione soggettiva dell'amministratore locale, degradandola a interesse legittimo, trattandosi di previsione di ordine contabile, dovuta alla necessità di rispettare l'equilibrio di bilancio, che non assegna all'ente territoriale potestà discrezionali nei confronti del suo amministratore.

Con riferimento all'operato della P.A., **Sez. U, n. 29178/2020, Scarpa, Rv. 660071 - 01**, ha rilevato che non rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo l'azione, proposta ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., per ottenere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere al riconoscimento del debito fuori bilancio, *ex* art. 191, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 267 del 2000, trattandosi di domanda comunque correlata ad una pretesa di adempimento contrattuale, rispetto al quale la posizione del privato si configura, pertanto, come diritto soggettivo.

Nella stessa ottica, secondo **Sez. U, n. 29175/2020, Stalla, Rv. 660009 - 02**, ricade nella giurisdizione del giudice ordinario e non di quello amministrativo l'azione di risarcimento del danno proposta, a titolo di responsabilità diretta e personale, *ex* art. 28 Cost., nei confronti dei funzionari di una Regione - convenuti in proprio - i quali, nell'ambito di un procedimento amministrativo di rinnovazione o riattivazione della concessione pubblica di sfruttamento di una fonte di acque minerali, abbiano dato corso a comportamenti (di natura sostanzialmente dolosa e penalmente rilevante) posti in essere con abuso delle potestà pubbliche loro conferite e lesivi della sfera giuridica di un privato.

In un settore strettamente attinente alla sfera personale degli individui, **Sez. U, n. 07637/2020, Bisogni, Rv. 657473-01**, ha precisato che le controversie in materia di rettifica dei dati personali nei registri anagrafici della popolazione coinvolgono situazioni di diritto soggettivo, e non di mero interesse legittimo, ad una corretta indicazione dei dati, attesa la natura vincolata della relativa attività amministrativa, con la conseguenza che la cognizione delle stesse è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

In relazione ai rapporti con la P.A., per **Sez. U, n. 07641/2020, Acierno, Rv. 657524-01**, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda, proposta da una società privata nei confronti di un Comune, avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo e il rimborso dei costi sostenuti per l'erogazione di

acqua, da un pozzo privato in gestione, agli abitanti di una località situata nel territorio comunale, fornita, dapprima, su richiesta espressa dell'ente locale e sulla base dell'impegno assunto dallo stesso di farsi carico dell'approvvigionamento idrico e, successivamente, in esecuzione di un'ordinanza contingibile e urgente del Comune medesimo; ciò in quanto il rapporto giuridico instaurato prima della predetta ordinanza può essere inquadrato nell'ambito della *negotiorum gestio* (stante l'impedimento dell'ente pubblico all'esercizio delle proprie competenze e il vantaggio conseguito all'attività posta in essere dal privato) mentre, per il periodo successivo, la domanda non trova fondamento nell'impugnazione del provvedimento d'urgenza, ma nelle conseguenze economiche derivate dalla sua esecuzione, sicché, per entrambe le scansioni temporali, l'oggetto della controversia è costituito da pretese patrimoniali conseguenti ad un rapporto contrattuale instaurato di fatto.

La questione dell'affidamento del privato nella condotta della P.A. è molto sentita dalla S.C., tanto che **Sez. U, n. 08236/2020, Cosentino, Rv. 657613-01**, ha chiarito che spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex* art. 1173 c.c., e ciò non solo qualora tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche ove nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.

In materia di danno ambientale, **Sez. U, n. 08092/2020, Bisogni, Rv. 657588-01**, ha precisato che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 310 del d.lgs. n. 152 del 2006, le controversie derivanti dall'impugnazione, da parte dei soggetti titolari di un interesse alla tutela ambientale di cui al precedente art. 309, dei provvedimenti amministrativi adottati dal Ministero dell'ambiente per la precauzione, la prevenzione e il ripristino ambientale, restando invece ferma la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle cause risarcitorie o inibitorie promosse da soggetti ai quali il fatto produttivo

di danno ambientale abbia cagionato un pregiudizio alla salute o alla proprietà, secondo quanto previsto dall'art. 313, comma 7, dello stesso decreto legislativo. L'eventualità che l'attività nociva sia svolta in conformità a provvedimenti autorizzativi della P.A. non incide sul riparto di giurisdizione (atteso che ai predetti provvedimenti non può riconoscersi l'effetto di affievolire diritti fondamentali dei terzi), ma esclusivamente sui poteri del giudice ordinario, il quale, nell'ipotesi in cui l'attività lesiva derivi da un comportamento materiale non conforme ai provvedimenti amministrativi che ne rendono possibile l'esercizio, provvederà a sanzionare, inibendola o riportandola a confomità, l'attività rivelatasi nociva perché non conforme alla regolazione amministrativa, mentre, qualora risulti tale conformità, dovrà disapplicare la predetta regolazione ed imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da eliminarne le conseguenze dannose.

Infine, ad avviso di **Sez. U, n. 28979/2020, Carrato, Rv. Rv. 660007 - 01**, la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un pubblico servizio, successivamente annullata o revocata, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non essendo chiesto in giudizio l'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione e, quindi, non rimproverandosi alla P.A. l'esercizio illegittimo di un potere consumato nei suoi confronti, ma la colpa consistita nell'averlo indotto a sostenere spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione e dell'ultimazione del rapporto precedentemente instauratosi.

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE

(di STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. La giurisdizione delle Acque pubbliche.

1. La giurisdizione delle acque pubbliche.

Il lavoro principale della S.C. in materia è stato anche quest'anno volto, da un lato, all'individuazione del perimetro tra la giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche e quella amministrativa, dall'altro, a tracciare una linea di demarcazione tra l'ambito di cognizione della giurisdizione del primo e quella del giudice ordinario specializzato.

In tal senso **Sez. U, n. 2710/20, De Stefano, Rv. 656951-01** ha affermato che spetta alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. a), del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, ogni controversia sugli atti amministrativi in materia di acque pubbliche, ancorché non promananti da pubbliche amministrazioni istituzionalmente preposte alla cura degli interessi in materia, idonei ad incidere in maniera non occasionale, ma immediata e diretta, sul regime delle acque pubbliche e del relativo demanio. Restano, viceversa, devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti e finalizzati ad incidere sul regime di sfruttamento dell'acqua pubblica e del demanio idrico, adottati in preminente considerazione di interessi ambientali, urbanistici o di gestione del territorio. In applicazione del principio, la S.C., pertanto, ha ritenuto riconducibili alla giurisdizione del T.A.R. le impugnazioni di provvedimenti amministrativi riguardanti le infrastrutture di un'impresa titolare di concessione di derivazione di acqua per uso di allevamento ittico e di pesca sportiva, in quanto prospettati come lesivi sotto il profilo urbanistico, edilizio o ambientale.

Una significativa precisazione è stata effettuata da **Sez. U, n. 15491/2020, Crucitti, Rv. 658336-01** in tema di concessione di grandi derivazioni idroelettriche, a seguito delle modifiche normative successivamente introdotte all'art. 53 del r.d. n. 1775 del 1933, dapprima con la l. 4 dicembre 1956, n. 1377 e poi con la l. 22 dicembre 1980, n. 925, secondo cui, la discrezionalità originariamente concessa all'amministrazione finanziaria in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti il sovracanone per il trasporto dell'energia oltre il raggio di quindici chilometri dal territorio dei comuni rivieraschi è stata

progressivamente ridotta, sino a fondare il relativo potere sul solo rilievo di specifici requisiti, previsti per legge, in assenza di alcuna valutazione autonoma in termini di opportunità.

Da tale premessa la pronuncia ha fatto derivare il logico corollario, in forza del quale la controversia avente ad oggetto il provvedimento con cui l'autorità amministrativa abbia esercitato il predetto potere, rispetto al quale il destinatario riveste una posizione di diritto soggettivo, appartiene alla giurisdizione del Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche, quale giudice ordinario specializzato, e non a quella del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. A quest'ultimo, infatti, quale giudice amministrativo in unico grado, è devoluta l'impugnazione, "in via principale", di atti che costituiscano espressione dell'esercizio di un potere discrezionale, idoneo ad incidere su posizioni di interesse legittimo.

Sulla stessa linea **Sez. U, n. 4979/2020, Sambito, Rv. 657202-01**, confermando quanto a suo tempo espresso da Sez. U, n. 4784/1998, Garofalo, Rv. 515355-01, ha ribadito che spetta alla cognizione del Tribunale Regionale delle Acque, ai sensi dell'art. 140, lett. b) del r.d. n. 1775 del 1933, quale organo specializzato dell'autorità giudiziaria ordinaria, l'ipotesi in cui il privato insorga avverso il provvedimento amministrativo di perimetrazione di un bacino di acque pubbliche denunciandone l'illegittimità, quale mezzo al fine di tutelare la sua qualità di proprietario di terreni indebitamente inclusi in detto bacino. Il principio trova applicazione anche qualora l'azione implichi la richiesta di annullamento di quel provvedimento. In tal caso, infatti, l'azione si fonda sulla tutela di una posizione di diritto soggettivo, non degradata né affievolita dall'atto amministrativo e, pertanto, esula dalla giurisdizione in unico grado del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

Appartiene ancora alla giurisdizione del giudice ordinario per **Sez. U, n. 7641/2020, Acierno, Rv. 657524-01** la domanda, proposta da una società privata nei confronti di un comune, avente ad oggetto il pagamento del corrispettivo e il rimborso dei costi sostenuti per l'erogazione di acqua, da un pozzo privato in gestione, agli abitanti di una località situata nel territorio comunale. La particolarità del caso era che l'acqua era stata fornita, in una prima fase, su richiesta espressa dell'ente locale e sulla base dell'impegno assunto dallo stesso di farsi carico dell'approvvigionamento idrico e, successivamente, in esecuzione di un'ordinanza contingibile e urgente dello stesso comune. In proposito, secondo la S.C., il rapporto giuridico instaurato prima della predetta ordinanza può essere inquadrato nell'ambito della *negotiorum gestio*, stante l'impedimento dell'ente pubblico all'esercizio delle proprie competenze e il vantaggio conseguito all'attività posta in essere dal privato, mentre, per il periodo successivo, la

domanda trova fondamento nelle conseguenze economiche derivate dalla sua esecuzione. Per entrambe le scansioni temporali, pertanto, l'oggetto della controversia è costituito da pretese patrimoniali conseguenti ad un rapporto contrattuale instaurato di fatto.

In materia risarcitoria risulta, poi, confermato da **Sez**. 6 - 3, **n. 27207**/2020, Graziosi, Rv. 659905 - 01, il principio da ultimo espresso da Sez. 3, n. 10128/2015, Lanzillo, Rv. 635420-01, secondo cui, spettano alla competenza dei tribunali regionali delle acque, ai sensi dell'art. 140, lett. e), r.d. n. 1775 del 1933, le domande risarcitorie in relazione alle quali l'esistenza dei danni dipenda dall'esecuzione, dalla manutenzione o dal funzionamento di un'opera idraulica. Restano, viceversa, riservate alla cognizione del giudice in sede ordinaria quelle aventi per oggetto pretese che si ricollegano solo indirettamente e occasionalmente alle vicende concernenti il governo delle acque, atteso che la competenza del giudice specializzato si giustifica in presenza di comportamenti, commissivi od omissivi, che implichino apprezzamenti circa la deliberazione, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche o comunque scelte della P.A. dirette alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche. Appare significativo ricordare che la S.C. ha dato applicazione al principio sopra esposto, escludendo la competenza del tribunale regionale delle acque in una controversia avente per oggetto il risarcimento di danni causati dallo straripamento di un fiume per omessa cura o manutenzione dello stesso da parte dell'amministrazione comunale.

Nella prospettiva processuale, invece, **Sez. U, n. 7833/2020, Stalla, Rv. 657603-01** consolida l'indirizzo a suo tempo espresso da Sez. U, n. 15251/2002, Di Nanni, Rv. 558083-01, secondo cui, con riguardo alle decisioni rese, in sede di giurisdizione amministrativa, dal Tribunale superiore delle acque pubbliche nelle materie di cui all'art. 143 del r.d. n. 1775 del 1933, il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione è esperibile, oltre che per i vizi indicati dall'art. 201 del citato regio decreto (incompetenza ed eccesso di potere), per ogni violazione di legge, sostanziale e processuale, e non per soli motivi inerenti alla giurisdizione, essendo tale limitazione operante, a norma dell'art. 111 Cost., unicamente per le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

(di DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'azione di responsabilità. - 3. Il giudizio di conto. - 4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico. - 5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione. - 6. Ulteriori profili processuali.

1. Premessa.

Gli argomenti di maggiore rilievo trattati dalla S.C. nel corso del 2020 sono stati le azioni di responsabilità, dove è stata confermata la tendenza, in corso da alcuni anni, a ridurre l'area delle scelte insindacabili dei pubblici ufficiali che ricoprano cariche "politiche", e i profili processuali attinenti all'individuazione dei limiti interni ed esterni della giurisdizione.

2. L'azione di responsabilità.

La tematica dell'azione di responsabilità in materia di contabilità pubblica è sempre attuale e su questa si focalizzano molte pronunce della Suprema Corte.

Con una decisione che riguarda l'attività dei professionisti coinvolti nelle procedure di trasformazione dei Consorzi di Comuni, **Sez. U, n. 03806/2020, Bruschetta, Rv. 657192-01**, ha chiarito che spetta alla giurisdizione ordinaria, e non a quella contabile, la cognizione dell'azione di risarcimento dei danni, conseguenti all'infedele esecuzione dell'incarico, promossa nei confronti del professionista designato dal Presidente del Tribunale per redigere la perizia giurata di stima del patrimonio di un consorzio di Comuni a seguito della decisione degli enti partecipanti di trasformarlo in società di capitali; ciò in quanto la devoluzione della controversia alla giurisdizione della Corte dei conti presuppone che lo svolgimento dell'incarico professionale si inserisca nel procedimento deliberativo di trasformazione del consorzio, negativamente condizionandolo quanto alla sua conclusione, e sia, pertanto, idoneo a dare luogo ad un rapporto di servizio, pur limitato nel tempo, mentre tale rapporto - che integra un presupposto indefettibile della responsabilità contabile - non si costituisce allorché l'operazione di trasformazione sia già stata precedentemente deliberata dai comuni partecipanti al consorzio, costituendo, in tal caso, l'attività dell'esperto l'oggetto di un incarico professionale di stima a favore di una società di capitali, ancorché partecipata da enti locali, la quale soltanto, unitamente ai suoi

creditori e al suo fallimento, è legittimata all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi degli artt. 2393 c.c. e 146 l.fall.

In ordine alla tematica dei fondi pubblici erogati ai gruppi partitici dei consigli regionali, **Sez. U, n. 05589/2020, Vincenti, Rv. 657218-01**, ha affermato che la loro gestione è soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità erariale perché a tali gruppi - pur in presenza di elementi di natura privatistica connessi alla loro matrice partitica - va riconosciuta natura essenzialmente pubblicistica, in quanto strumentale al funzionamento dell'organo assembleare da essi svolta ed in ragione dell'origine pubblica delle risorse e della definizione legale del loro scopo, senza che rilevi il principio dell'insindacabilità di opinioni e voti *ex* art. 122, comma 4, Cost., non estensibile alla gestione dei contributi. L'accertamento rimesso in tale ambito alla Corte dei conti comprende la verifica di difformità delle attività di gestione del contributo erogato al gruppo consiliare rispetto alle finalità, di preminente interesse pubblico, che allo stesso imprime la normativa vigente, debordando dai limiti esterni della giurisdizione contabile solo allorché investa l'attività politica del presidente del gruppo consiliare o le scelte di merito dal medesimo effettuate nell'esercizio del mandato, e non quando, invece, si mantenga nell'alveo di un giudizio di conformità alla legge dell'azione amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 20 del 1994.

Infatti, per **Sez. U, n. 05590/2020, Vincenti, Rv. 657196-01**, la funzione di autorganizzazione interna del Consiglio regionale - della quale costituiscono espressione gli atti che riguardano direttamente l'organizzazione degli uffici e dei servizi, nonché le modalità di svolgimento dell'attività dell'assemblea - partecipa delle guarentigie apprestate dall'art. 122, comma 4, Cost., a tutela dell'esercizio delle primarie funzioni (legislativa, di indirizzo politico e di controllo) delle quali l'organo regionale di rappresentanza politica è investito, onde preservarle dall'interferenza di altri poteri; peraltro, la prerogativa dell'insindacabilità non determina l'esenzione dalla giurisdizione (spettante in via tendenziale alla Corte dei conti) in tema di responsabilità per maneggio di denaro pubblico, non estendendosi all'attività materiale di gestione delle risorse finanziarie, che resta assoggettata all'ordinaria giurisdizione di responsabilità civile, penale e contabile, anche in ragione della non assimilabilità delle assemblee elettive regionali a quelle parlamentari.

Più in generale, **Sez. U, n. 06461/2020, De Stefano, Rv. 657213-01**, ha precisato che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità contabile per indebita percezione di contributi a carico dell'erario, proposta nei confronti di uno dei componenti di un organismo pubblico che

abbia concorso all'erogazione, anche solo esprimendo sulla spettanza di quei contributi pareri poi rivelatisi infondati o basati su artifizi o raggiri, riguardando, invece, il merito la corretta individuazione della ragione del concorso (nella specie, colpa grave del componente dell'organo collegiale in qualità di professionista a conoscenza delle reali condizioni della società istante cui si riferiva il parere, per avere personalmente contribuito ad istruirne la pratica) o della misura dell'apporto causale tramite il voto favorevole alla deliberazione dell'organo collegiale. Come chiarito da **Sez. U, n. 19171/2020, Vincenti, Rv. 658667-01**, in ordine alla gestione delle somme erogate a titolo di contributi pubblici ai gruppi consiliari, i capigruppo dei Consigli regionali e tutti i consiglieri regionali restano assoggettati alla responsabilità amministrativa e contabile, senza che rilevi la disciplina regionale (nella specie, l. Regione Lombardia n. 17 del 1992) che preveda l'approvazione dei rendiconti da parte dell'Ufficio di Presidenza, poiché il voto dato in tali sedi rappresenta una ratifica formale di spese già effettuate dai gruppi e non già un atto deliberativo che ne costituisce *ex ante* il titolo giustificativo, conducendo l'opposta interpretazione al risultato - abnorme e contrario alla natura eccezionale della guarentigia di cui all'art. 122, comma 4, Cost. - di configurare, del tutto ingiustificatamente, una tutela della insindacabilità delle opinioni dei consiglieri regionali più ampia di quella apprestata per i parlamentari nazionali.

Si tratta di una tendenza in atto da alcuni anni e volta a ridurre l'ambito delle determinazioni non sindacabili ad opera dell'autorità giudiziaria, limitando l'area degli *interna corporis* e delle valutazioni asseritamente politiche ai provvedimenti emessi per necessità strettamente inerenti alle funzioni fondamentali dell'ente e in situazioni ove la facoltà di decisione non debba tenere conto di alcuna indicazione di fonte legislativa.

In ordine ai profili processuali ed ai rapporti con il giudicato, **Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-01**, ha affermato che, in tema di danno erariale, ove la pronuncia di condanna emessa in primo grado a carico di due soggetti ritenuti solidalmente responsabili sia stata appellata per difetto di giurisdizione soltanto da uno di essi, deve ritenersi formato il giudicato implicito sulla sussistenza della giurisdizione del giudice adìto nei confronti del corresponsabile, stante il carattere scindibile dei rapporti giuridici, concretanti un'obbligazione solidale risarcitoria; se ne ricava che il ricorso in cassazione per carenza di giurisdizione proposto dal coobbligato che non aveva sollevato la relativa questione nel grado di appello, deve essere dichiarato inammissibile.

La S.C. si è pure occupata della responsabilità in questione con riferimento ad alcuni specifici enti.

Pertanto, secondo **Sez. U, n. 07645/2020, Giusti, Rv. 657525-01**, le controversie relative alla responsabilità degli amministratori per danni cagionati al patrimonio della fondazione Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei medici e degli odontoiatri (ENPAM) appartengono alla giurisdizione della Corte dei conti, atteso che tale Ente - quantunque trasformato in fondazione con personalità giuridica di diritto privato e con autonomia gestionale, organizzativa e contabile - ha mantenuto un carattere pubblicistico. Tale conclusione si giustifica perché tale Ente è chiamato a svolgere l'attività istituzionale (che si colloca nel quadro tutelato dall'art. 38 Cost.) di previdenza ed assistenza obbligatoria in favore di una particolare categoria di lavoratori, alla quale si accompagna l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione da parte degli iscritti, e in quanto esso è sottoposto ad una penetrante vigilanza ministeriale nonché al controllo della Corte dei conti, oltre ad essere qualificato organismo di diritto pubblico e compreso tra le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato.

Come precisato, poi, da **Sez. U, n. 19086/2020, Giusti, Rv. 658849-01**, ricorre la giurisdizione del giudice contabile sulla domanda di condanna al risarcimento del danno erariale proposta nei confronti del presidente di una Onlus costituita per erogare prestazioni assistenziali, in favore di persone disabili, attraverso l'utilizzazione di contributi corrisposti da una Asl sulla base di apposita convenzione, atteso che, per un verso, deve ritenersi configurabile un rapporto di servizio tra la P.A e l'associazione privata incaricata di svolgere, nell'interesse e con le risorse della prima, un servizio pubblico in sua vece, assoggettandosi alle relative direttive e al relativo controllo, senza che rilevi il titolo in base al quale la gestione è svolta, e considerato che, per altro verso, la responsabilità erariale - configurabile nell'ipotesi di utilizzo, da parte del soggetto privato, dei contributi pubblici ricevuti per scopi appropriativi non coincidenti con gli interessi istituzionali dell'ente - attinge anche coloro che con l'associazione abbiano intrattenuto un rapporto organico, ove essi, disponendo delle risorse erogate in modo diverso da quello preventivato, abbiano provocato la frustrazione dello scopo perseguito dalla P.A.

Sez. U, n. 08848/2020, Scarano, Rv. 657734-01, ha rilevato, in tema di giudizi di responsabilità amministrativa, che la Corte dei conti può valutare, da un lato, se gli strumenti scelti dagli amministratori pubblici siano adeguati - anche con riguardo al rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti - oppure esorbitanti ed estranei rispetto al fine pubblico da perseguire e, dall'altro, se, nell'agire amministrativo, gli amministratori stessi abbiano rispettato i principi di legalità, di economicità, di efficacia e di buon andamento, i quali assumono

rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa. Ne consegue che non viola i limiti esterni della giurisdizione contabile, né quelli relativi alla riserva di amministrazione, la pronuncia con la quale la Corte dei conti riconosca la responsabilità di un Direttore di dipartimento di una Regione per avere il medesimo contribuito a determinare a condizioni diseconomiche l'importo di un accordo transattivo volto alla definizione dei rapporti tra una società e la predetta Regione.

Con riferimento allo svolgimento di incarichi non autorizzati da parte di un dipendente della P.A., **Sez. U, n. 00415/2020, Scarano, Rv. 656660-01**, ha chiarito che l'azione *ex* art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, esercitata dal Procuratore della Corte dei conti nei confronti di dipendente della P.A. che abbia omesso di versare alla propria Amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento dei menzionati incarichi, rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del comma 7-*bis* del medesimo art. 53, giacché tale norma non ha portata innovativa, vertendosi in ipotesi di responsabilità erariale, che il legislatore ha tipizzato non solo nella condotta, ma annettendo, altresì, valenza sanzionatoria alla predeterminazione legale del danno, al fine di tutelare la compatibilità dell'incarico extraistituzionale in termini di conflitto di interesse e il proficuo svolgimento di quello principale in termini di adeguata destinazione di energie lavorative verso il rapporto pubblico; una volta che il procuratore contabile abbia promosso l'azione di responsabilità in relazione alla tipizzata fattispecie legale, è precluso alla P.A. l'esercizio di quella volta a fare valere l'inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, dovendosi escludere - stante il divieto del *bis in idem* - una duplicità di azioni attivate contestualmente che, seppure con la specificità propria di ciascuna di esse, siano volte a conseguire, dinanzi al giudice munito di giurisdizione, lo stesso identico *petitum* in danno del medesimo soggetto obbligato in base ad un'unica fonte legale.

Inoltre, per **Sez. U, n. 28183/2020, Giusti, Rv. 659867-01**, l'azione revocatoria ordinaria, promossa direttamente dalla P.A. danneggiata a tutela di un proprio credito risarcitorio, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in ciò differenziandosi dall'omologa azione attribuita al P.M. contabile dall'art. 1, comma 174, della l. n. 266 del 2005, devoluta, invece, alla giurisdizione contabile.

Infine, con una pronuncia di grande rilievo sistematico e teorico, **Sez. U, n. 10441/2020, Greco, Rv. 657857-01**, ha affermato che l'azione di simulazione promossa dal Procuratore regionale della Corte dei conti è ricompresa tra quelle concesse al fine di realizzare la tutela dei crediti erariali, *ex* art. 1, comma 174,

della l. n. 266 del 2005, atteso che essa - potendo essere diretta a tutelare le ragioni creditorie pregiudicate dagli atti simulati, in quanto idonei a menomare la garanzia generica del credito di cui all'art. 2740 c.c. - ha natura accessoria e strumentale rispetto al predetto fine e deve, pertanto, ritenersi non estranea alle materie della contabilità pubblica, riservate, ai sensi dell'art. 103 Cost., alla giurisdizione della Corte dei conti.

3. Il giudizio di conto.

Il rapporto fra denaro pubblico e soggetti diversi dallo Stato e dagli enti pubblici è sempre stato di problematico inquadramento giuridico.

Sul punto, con riferimento ai profili processuali della materia, **Sez. U, n. 07640/2020, Scrima, Rv. 657523-01**, ha precisato che, nel giudizio per resa del conto dinanzi alla Corte dei conti, la notifica all'agente contabile dell'intimazione a rendere il conto e del decreto di fissazione della pubblica udienza, in caso di mancata presentazione del conto nel termine, nonché la notifica delle "decisioni interlocutorie della Corte contenenti osservazioni sul conto", non precludono il regolamento preventivo di giurisdizione, trattandosi di provvedimenti aventi portata esclusivamente istruttoria non suscettibili di passaggio in giudicato, finalizzati a provocare il contraddittorio, abilitando l'agente ad esercitare il diritto di difesa e a contestare la veste di agente contabile, senza implicare una decisione sulla giurisdizione né sul merito.

Inoltre, ad avviso di **Sez. U, n. 07640/2020, Scrima, Rv. 657523-02**, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità contabile, la società appaltatrice del servizio di contazione giornaliera e riepilogo settimanale dei *tickets* sanitari incassati da una ASL riveste la qualifica di agente contabile, per essere a tal fine elementi essenziali e sufficienti il carattere pubblico dell'ente per il quale il soggetto agisca e del denaro o del bene oggetto della gestione, restando irrilevante, invece, il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, in quanto il relativo rapporto può modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte.

4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.

Occupandosi di pubblico impiego e pensioni, **Sez. U, n. 12863/2020, Mancino, Rv. 658038-01**, ha chiarito che la controversia promossa dal coniuge

superstite di dipendente privato avente ad oggetto la domanda di ricongiunzione di periodi pregressi di contribuzione presso una gestione statale rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non già in quella della Corte dei conti, poiché la predetta controversia non presenta alcuna attinenza con questioni in ordine al mancato accredito o all'inesatta contabilizzazione di contributi previdenziali dovuti in riferimento ad un rapporto di pubblico impiego, venendo in rilievo, invece, il nesso inscindibile tra la sommatoria dei periodi assicurativi e la liquidazione dell'unica pensione che si pretende di commisurare al coacervo contributivo, con la conseguenza che al predetto giudice ordinario, deputato a conoscere del diritto e della misura della predetta pensione, compete anche la giurisdizione sull'eventuale sommatoria dei distinti periodi assicurativi.

In tema di assegno di invalidità, per **Sez. U, n. 07830/2020, D'Antonio, Rv. 657527-01**, la domanda di accertamento delle condizioni sanitarie preordinate al riconoscimento dell'assegno di invalidità introdotta con procedimento *ex* art. 445-*bis* c.p.c. dal pubblico dipendente, in quanto strumentale all'adozione del provvedimento amministrativo di attribuzione della prestazione pensionistica, appartiene alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, che ricomprende tutte le controversie funzionali e connesse al diritto alla pensione dei pubblici dipendenti.

Infine, ad avviso di **Sez. U, n. 22807/2020, Doronzo, Rv. 659049-01**, la domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da mancata attuazione della previdenza complementare per il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico, riservata alla concertazione-contrattazione, ai sensi delle disposizioni degli artt. 26, comma 20, della l. n. 448 del 1998, e 3, comma 2, del d.lgs. n. 252 del 2005, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attenendo all'inadempimento di prestazioni di contenuto strettamente inerenti al rapporto di pubblico impiego, non già a materia riguardante un trattamento pensionistico a carico dello Stato, sicché la relativa controversia esula dalla giurisdizione della Corte dei conti.

5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

La questione dei limiti del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni contabili è sempre di attualità.

Innanzitutto, **Sez. U, n. 05589/2020, Vincenti, Rv. 657218-02**, ha precisato che non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale la pronuncia della Corte dei conti che abbia accertato la responsabilità erariale di un consigliere regionale per illecita gestione del denaro pubblico ricevuto per le spese di rappresentanza del

gruppo consiliare di appartenenza relative a manifestazioni od attività di cui sia stato incaricato, sul presupposto della mancata documentazione delle stesse con adeguate "pezze d'appoggio" (quali scontrini, fatture o note di incarico), allorché la necessità di tale documentazione, in funzione dell'adeguato riscontro della pertinenza delle spese ad un concreto ed attuale interesse del gruppo consiliare, sia stata desunta in via interpretativa da una norma di legge (nella specie, l'art. 6 comma 2, della l.r. Emilia Romagna n.32 del 1997), atteso che l'attività di interpretazione, anche quando la *voluntas legis* sia stata individuata, non in base al tenore letterale delle singole disposizioni, ma alla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico, rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale, ma, tutt'al più, dare luogo ad un *error in iudicando*.

Inoltre, secondo **Sez. U, n. 06462/2020, Nazzicone, Rv. 657223-01**, che segue, al riguardo, Sez. U, n. 09680/2019, Frasca, Rv. 653785-01, il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione qualora censuri non già la scelta amministrativa adottata, bensì il modo con il quale quest'ultima è stata attuata, profilo che esula dalla discrezionalità amministrativa, dovendo l'agire amministrativo comunque ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia. In particolare, la S.C. ha escluso la configurabilità del preteso vizio di eccesso di potere giurisdizionale in relazione alla decisione del giudice contabile che aveva ravvisato la responsabilità amministrativa di un sindaco per avere proposto una domanda temeraria di risarcimento del danno da diffamazione a nome del Comune, così determinando la condanna di quest'ultimo al pagamento di elevate spese legali, essendo stata l'introduzione di quel giudizio caratterizzata da colpa grave, in quanto la pretesa diffamazione avrebbe semmai potuto riguardare gli amministratori comunali in proprio, ma non l'ente come tale.

Sez. U, n. 24376/2020, Conti, Rv. 659292-01, ha affermato, quindi, che l'accertamento della responsabilità per danno erariale operato dal giudice contabile nei confronti di amministratori comunali per avere assunto come direttore generale un soggetto privo del titolo di laurea non integra un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale atteso che siffatto accertamento, lungi dall'invadere il merito dell'azione amministrativa, rientra nell'alveo del controllo della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, il quale implica la verifica della ricorrenza dei presupposti di legge per procedere all'assunzione.

Come rilevato, poi, da **Sez. U, n. 19675/2020, Conti, Rv. 658853-01**, in tema di sindacato di legittimità sulle decisioni della Corte dei conti, per motivi inerenti alla giurisdizione, è inammissibile il ricorso che si fondi sull'assenza di motivazione della sentenza impugnata per mancata individuazione degli elementi

fondativi della responsabilità contabile e la violazione delle regole del giusto processo, trattandosi di vizi che riguardano esclusivamente il sindacato sui limiti interni della giurisdizione, non potendosi configurare il cd. rifiuto di giurisdizione.

Sez. U, n. 19174/2020, Vincenti, Rv. 658832-01, ha chiarito che, in tema di sentenze emesse dalla Corte dei conti, il vizio di costituzione del giudice si traduce in difetto di giurisdizione solo quando si abbia la mancata regolare investitura dell'esercizio della giurisdizione, il che non si verifica in tutti i casi di errori *in iudicando* o *in procedendo*, siano essi pure di portata radicale come quello sulla immutabilità del collegio, tenuto conto che soltanto le alterazioni della struttura qualitativa e quantitativa dell'organo giudicante implicano violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Inoltre, **Sez. U, n. 19169/2020, Lamorgese, Rv. 658633-01**, ha precisato che il ricorso per eccesso di potere giurisdizionale, con cui si denuncia il superamento dei limiti della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, dev'essere intrinsecamente ammissibile, secondo le modalità redazionali previste dall'art. 366 c.p.c. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'ammissibilità estrinseca delle singole censure.

In particolare, per **Sez. U, n. 19085/2020, Giusti, Rv. 658666-01**, il sindacato della S.C. sulle decisioni della Corte dei conti è circoscritto all'osservanza dei limiti esterni della giurisdizione e non si riferisce - neppure a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo *ex* art. 111 Cost. - ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale, concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale. Ne consegue che la negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali o processuali, non può integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione che, invece, si verifica nella diversa ipotesi di affermazione, da parte del giudice speciale, che quella situazione soggettiva è, in astratto, priva di tutela per difetto assoluto o relativo di giurisdizione. Pertanto, deve escludersi che le lesioni del diritto al contraddittorio - assuntivamente occorse durante la verifica contabile e nel corso dell'accertamento peritale nell'ambito del giudizio dinanzi alla Corte dei conti - possano essere motivo di ricorso ammissibile in cassazione.

Se ne ricava, secondo **Sez. U, n. 25208/2020, Crucitti, Rv. 659610-01**, che è inammissibile il motivo di ricorso con il quale si deduca una erronea interpretazione, da parte del giudice contabile, delle norme relative all'interruzione della prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativo-contabile (nella specie, dell'art. 1, comma 2, della l. n. 636 del 1996), risolvendosi tale doglianza nel prospettare un *error in iudicando*, il cui accertamento rientra

nell'ambito del sindacato afferente ai limiti interni della giurisdizione e non alla osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, gli unici che possono essere dedotti dinanzi alla Corte di cassazione contro le decisioni della Corte dei conti.

Infine, **Sez. U, n. 19084/2020, Giusti, Rv. 658848-01**, ha affermato che non è configurabile un giudicato implicito sulla giurisdizione in relazione ad una sentenza del giudice speciale di primo grado che sia astrattamente affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale poiché, all'interno del plesso giurisdizionale della Corte dei conti e del Consiglio di Stato, tale vizio non dà luogo ad un capo autonomo sulla giurisdizione autonomamente impugnabile, ma si traduce in una questione di merito del cui esame il giudice speciale di secondo grado viene investito con la proposizione dell'appello; l'interesse a ricorrere alle Sezioni Unite potrà sorgere, dunque, esclusivamente rispetto alla sentenza d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del relativo plesso giurisdizionale speciale, è anche la sola suscettibile di arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo.

6. Ulteriori profili processuali.

In primo luogo, ad avviso di **Sez. U, n. 00156/2020, Frasca, Rv. 656657-01**, in ordine alle questioni di giurisdizione, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono anche giudice del fatto, sicché possono e devono esaminare l'atto negoziale la cui valutazione incida sulla determinazione della giurisdizione, tenendo conto, peraltro, che le risultanze fattuali vanno apprezzate, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., per come emergenti dalla domanda giudiziale e dalla sua eventuale precisazione, avuto riguardo alla *causa petendi* e al *petitum* sostanziale della stessa, non assumendo rilevanza la successiva attività istruttoria diretta a verificare il fondamento degli elementi dedotti ed allegati.

Inoltre, come chiarito da **Sez. U, n. 04314/2020, Frasca, Rv. 657201-01**, in tema di regolamento di giurisdizione, nel caso di esercizio dinanzi alla Corte dei conti di azione da parte del P.M. contabile, in assenza della relativa giurisdizione, può solo essere dichiarato il difetto di giurisdizione e non statuita l'appartenenza ad altra giurisdizione, essendo previsto il potere di iniziativa officiosa del detto P.M. solo dinanzi alla giurisdizione contabile e non potendo, quindi, l'azione avere corso presso una diversa giurisdizione.

Va segnalata, altresì, **Sez. U, n. 23899/2020, Rubino, Rv. 659456-01**, la quale ha ritenuto che la possibilità di proporre ricorso per cassazione, deducendo la configurabilità dell'ipotesi dell'eccesso di potere giurisdizionale da parte di un giudice speciale, quale è la Corte dei conti, non è in alcun modo preclusa

dall'accettazione della giurisdizione sul merito della controversia, derivante dal non aver sollevato la relativa questione nei gradi di merito.

Alcune decisioni hanno riguardato il P.M. contabile.

Innanzitutto, per **Sez. U, n. 04314/2020, Frasca, Rv. 657201-02**, la pronuncia delle Sezioni Unite che abbia determinato la giurisdizione di un giudice diverso da quello contabile su una controversia fra un privato ed una pubblica amministrazione non può spiegare effetti ai fini dell'individuazione della giurisdizione in un giudizio introdotto dal pubblico ministero contabile davanti alla Corte dei conti per invocare la responsabilità del privato per il danno erariale cagionato alla stessa pubblica amministrazione, giacché il pubblico ministero contabile non ha rivestito la qualità di parte nel giudizio del quale si invochi l'efficacia panprocessuale.

Sez. U, n. 05589/2020, Vincenti, Rv. 657218-03, ha precisato, poi, che nei giudizi dinanzi alle Sezioni Unite in sede di ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, il procuratore generale presso la Corte dei conti ha natura di parte solo in senso formale, sicché è esclusa l'ammissibilità di una pronuncia sulle spese processuali, nonché la condanna della parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata *ex* art. 96, comma 3, c.p.c., atteso che quest'ultima disposizione presuppone, per la sua applicazione, che vi sia stata una pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91 dello stesso codice.

Infine, **Sez. U, n. 08095/2020, Napolitano, Rv. 657587-01**, ha affermato che il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, per motivi di giurisdizione, avverso le pronunce emesse dalla Corte dei conti, non trova ostacolo nella circostanza che tale questione non sia stata sollevata nelle precedenti fasi processuali, ricollegandosi l'effetto preclusivo al solo maturarsi del giudicato interno formatosi per la mancata impugnazione di una pregressa pronuncia resa esplicitamente sulla giurisdizione, ovvero sul merito, nel presupposto implicito della giurisdizione medesima.

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(di GIAN ANDREA CHIESI E STEFANIA BILLI)[1]

SOMMARIO: 1. Premesse generali - 1.1. (Segue) Le clausole di deroga e di proroga della giurisdizione - 2. Azioni contrattuali e contratti - 3. Cause successorie - 4. Delibazione di sentenze e lodi arbitrali stranieri. 5. Illeciti civili.

1. Premesse generali.

La tematica dei limiti esterni della giurisdizione ogni anno acquista maggiore spessore nelle pronunce della S.C., in relazione all'evolversi della funzione delle norme sulla giurisdizione, soprattutto quelle relative al rapporto tra il giudice nazionale e quello straniero. Esse, come è ben noto, sono nate e per lungo tempo, almeno fino alla prima metà del novecento, sono state considerate come una delle espressioni della sovranità statale.

È con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1968, resa esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971, n. 804, che vede per la prima volta vita un trattato internazionale multilaterale sulla giurisdizione e sull'efficacia di atti e decisioni, con cui gli Stati che ne fanno parte si coordinano per potere distribuire tra loro il potere di giurisdizione nei reciproci rapporti: si tratta della prima grande espressione del processo di integrazione europea e del consolidamento dello sviluppo del commercio internazionale realizzando il primo passo verso la modifica della funzione delle norme sulla giurisdizione. La ragione fondante di dette disposizioni risiede, infatti, nell'esigenza di una migliore cooperazione tra gli Stati.

Non è un caso che, con l'adozione della Convenzione, per la prima volta vengano introdotte nel nostro ordinamento la nozione di litispendenza internazionale e la deroga alla giurisdizione italiana: il criterio generale della cittadinanza, espressione tipica dell'originaria concezione sovranista, viene sostituito con quello del domicilio, inizialmente nel solo ambito della Convenzione e successivamente ripreso anche nella l. 31 maggio 1995, n. 218.

---

[1] Gian Andrea Chiesi ha curato i paragrafi da 1 a 2, Stefania Billi quelli da 3 a 5.

L'utilità del sistema adottato con la citata Convenzione ha trovato un chiaro riscontro, quando la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 ne ha esteso l'applicazione agli Stati dell'allora Comunità Europea ed agli Stati membri di un'altra organizzazione economica, l'Associazione Europea del Libero Scambio (AELS o EFTA dall'acronimo inglese).

A decorrere dal 1° marzo 2002, è entrato in vigore, poi, il Regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I) del 22 dicembre 2000, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles, determinando, non solo, un mutamento della fonte, da internazionale a comunitaria, ma anche alcune significative modifiche di disciplina. Si ricorda, tuttavia, che la maggior parte delle norme della Convenzione è stata trasfusa nel Regolamento. Il citato Regolamento è l'espressione della nuova competenza acquisita dall'Unione europea ad adottare direttamente atti di diritto internazionale privato, senza dovere ricorrere a convenzioni internazionali.

Il sistema è stato ulteriormente modificato attraverso l'adozione del Regolamento n. 1215 del 12 dicembre 2012 (Bruxelles I-*bis*) che in buona misura ha riproposto la disciplina del precedente regolamento.

La descritta normativa si caratterizza per una sostanziale continuità, tanto che v'è unanimità di vedute nel senso dell'esistenza di un nucleo della disciplina che regola la giurisdizione internazionale applicato all'intero territorio europeo dalla seconda metà del '900 fino ai nostri giorni.

In particolare, nel contesto normativo di quello che viene anche definito "sistema Bruxelles I", il domicilio del convenuto, come già detto, costituisce il criterio generale di giurisdizione, fondato sulle ragioni di tutela delle esigenze di difesa del convenuto: la condizione è che almeno una delle parti sia domiciliata in uno Stato membro per l'evidente ragione di assicurare un coefficiente minimo di integrazione della lite nella UE.

Accanto al criterio generale del domicilio, però, esistono anche altri criteri - cd. speciali - di individuazione della giurisdizione, previsti per determinate fattispecie e giustificati dal principio di prossimità: a) in materia contrattuale la competenza è attribuita al giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio che, in mancanza di un'autonoma definizione, viene determinata in base alla legge richiamata dalle norme di conflitto del giudice adito; b) per gli illeciti civili di natura extracontrattuale, è stabilita la competenza del giudice del luogo in cui è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso: tale criterio è stato ideato per rispondere ai problemi interpretativi posti dagli illeciti cd. a distanza (come, ad esempio, in materia di diffamazione a mezzo stampa, di inquinamento ambientale, di illeciti commessi attraverso la rete Internet; c) ulteriori criteri speciali sono contemplati a protezione delle parti contrattuali

deboli, per i contratti di: assicurazione, consumo e lavoro dipendente: per tali figure negoziali il particolare favore consiste nell'offrire alla parte debole che agisce la scelta tra più giudici competenti. Più in generale, criteri speciali volti alla preservazione del *simultaneus processus* sono individuati dall'art. 8 del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012 (già art. 6 del Reg. CE n. 44 del 2001) per il caso di cumulo soggettivo ovvero oggettivo di domande, domande connesse e domande riconvenzionali.

A tale ultimo riguardo, però, e con precipuo riferimento all'ipotesi di litisconsorzio processuale disciplinata dall'art. 8, n. 1, del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012 (già art. 6, n. 1, del Reg. CE n. 44 del 2001), **Sez. U, n. 24110/2020, Ferro, Rv. 659291-01**, facendo leva sulla portata derogatoria di tale disciplina rispetto alle regole generali di individuazione della giurisdizione, chiarisce che essa va interpretata restrittivamente, integrando una regola speciale, per ciò stesso non estendibile oltre le ipotesi previste. Sicché, nel perimetrare il campo di applicazione del cumulo soggettivo di domande, la S.C. ha chiarito che un persona domiciliata in uno Stato membro non può essere evocata in giudizio in altro Stato membro, ove è domiciliato uno degli altri convenuti, qualora le domande abbiano oggetto e titolo diversi, siano tra loro compatibili, e non una subordinata all'altra, e non sussista il rischio di decisioni incompatibili, ma solo la possibilità di una divergenza nella loro soluzione o la potenziale idoneità dell'accoglimento di una di esse a riflettersi sull'entità dell'interesse sotteso all'altra (è stata, dunque, affermata la giurisdizione italiana in una controversia di risarcimento danni promossa nei confronti di alcuni soggetti per condotta truffaldina ed a carico di altro soggetto per omessa vigilanza prescritta dalla normativa antiriciclaggio in ragione dell'unitaria prospettazione - e conseguente accertamento - del fatto generatore della responsabilità, per tutti i convenuti di natura extracontrattuale).

Il quadro della disciplina si completa con la previsione dei cd. criteri esclusivi (quali, ad esempio, quelli concernenti controversie in materia di diritti reali su beni immobili e di contratti di affitto su questi, per i quali è competente il giudice dello Stato dove si trova l'immobile, ovvero quelle in tema di validità, nullità, scioglimento società e di validità delle decisioni societarie, attribuite alla cognizione dell'A.G. dello Stato della sede della società), imperativi ed inderogabili: essi derogano al foro del domicilio, impediscono l'applicazione dei criteri speciali e fanno eccezione all'istituto della litispendenza. La relativa elencazione (contenuta negli artt. 16 Conv. Bruxelles, 22 del Regolamento Bruxelles I e 24 del Regolamento Bruxelles I-*bis*) è tassativa.

Come per i criteri speciali, anche quelli esclusivi sono oggetto di stretta interpretazione, come chiarito da **Sez. U., n. 05682/2020, Cosentino, Rv. 657206-01** a proposito dell'art. 24, comma 1, n. 2, del Regolamento (CE) n. 1215 del 2012, che assegna al giudice dello Stato membro in cui ha sede una società la giurisdizione in materia di validità delle decisioni degli organi sociali: nell'occasione la S.C. ha precisato che la previsione riguarda esclusivamente le controversie nelle quali si contesti la validità di dette decisioni alla luce del diritto delle società applicabile o delle disposizioni statutarie attinenti al funzionamento dei suoi organi ed ha, dunque, escluso l'applicabilità della norma con riferimento ad un'azione di nullità per simulazione di verbali di assemblee societarie aventi ad oggetto aumento di capitale mediante conferimento di beni immobili.

È stato da ultimo chiarito che, poiché il criterio di collegamento può atteggiarsi in modo diverso con riferimento a distinti giudizi, dovendo sussistere al momento della loro instaurazione, il giudicato sulla giurisdizione nei confronti dello straniero o dello Stato estero non può spiegare effetto in un successivo processo inerente al medesimo rapporto ma coinvolgente effetti diversi rispetto a quelli fatti valere nel primo processo, non essendo possibile, sulla base del precedente giudicato, affermare o negare in un successivo processo *a priori* la giurisdizione, la quale risponde a criteri mutevoli nel tempo (così **Sez. U, n. 01717/2020, Mercolino, Rv. 656766-05**).

1.1. (Segue) Le clausole di deroga e di proroga della giurisdizione.

L'evoluzione della funzione della giurisdizione, cui sopra si è fatto cenno, si esprime anche attraverso l'istituto della proroga o deroga della stessa (artt. 17, 18 Conv. Bruxelles, artt. 23 e 24 Regolamento Bruxelles I, artt. 25 e 26 Regolamento Bruxelles I-*bis*). Tale disciplina, non solo, pone sul medesimo piano le giurisdizioni dei diversi Stati, ma offre anche alle parti la possibilità di scegliere la giurisdizione più confacente ai propri interessi: viene così a profilarsi una giurisdizione sempre più al servizio dei privati, dagli stessi opzionabile e si decolora l'originaria giurisdizione che si imponeva sulla volontà delle parti.

I privati, dunque, possono raggiungere un accordo (che può anche essere contenuto - ed è l'ipotesi più ricorrente - in una clausola di un contratto avente un oggetto differente) di proroga cd. espressa della competenza, che esplicitamente prevede un effetto attributivo della giurisdizione, con conseguente deroga ad altre norme sulla competenza previste dalla Convenzione: le parti, in sostanza, si impegnano a riconoscere la competenza di una determinata autorità giudiziaria di uno Stato membro su future liti inerenti ad un dato rapporto.

Peraltro, il contrasto tra l'ampia portata delle previsioni sovranazionali (cfr., ad esempio, l'art. 25 del Regolamento Bruxelles I-*bis,* che, al ricorrere di determinate e tassative condizioni, ammette la possibilità per le parti di un determinato rapporto giuridico di concordare la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, fatta eccezione per l'ipotesi di accordo nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro) e la più restrittiva disciplina contenuta all'art. 4 della l. n. 218 del 1995, che riconosce la possibilità di deroga convenzionale della giurisdizione solo nella materia dei diritti disponibili, se provata per iscritto, è stato risolto da Sez. U, n. 12585/2019, Virgilio, Rv. 653932-01, nel senso della prevalenza, anche nella materia dei diritti indisponibili, della clausola di deroga della giurisdizione, stipulata ai sensi dell'art. 25 del Regolamento n. 1215 del 2012 sull'art. 4, comma 2, della l. n. 218 del 1995

La proroga può tuttavia essere anche cd. tacita, allorché risulti, cioè, dal comportamento concludente delle parti, consistente nella citazione in giudizio dinanzi ad un giudice privo di competenza e dalla conseguente costituzione del convenuto che non ne contesti l'incompetenza, prima di difendersi nel merito (cfr. anche Sez. U, n. 19473/2016, Travaglino, Rv. 641093-01).

L'istituto incontra, ad ogni buon conto, un doppio limite (a) nelle competenze esclusive e (b) nelle competenze cd. imperative, che rispondono alla finalità protezione di un contraente "debole" sopra ricordate

Nel corso del 2020, la S.C. si è soffermata, in particolare, sui criteri interpretativi da osservare con riferimento alle clausole di proroga della giurisdizione.

In proposito, posto che, ai sensi dell'art. 23 del Regolamento (CE) n. 44 del 2001, l'inserimento nel contratto di siffatta clausola rende, in mancanza di diverso accordo delle parti, il foro convenzionale esclusivo e, quindi, prevalente sia su quello del domicilio del convenuto, previsto in via generale dal precedente art. 2, che su quello speciale del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, previsto dall'art. 5, n. 1, del medesimo Regolamento (così **Sez. U, n. 01717/2020, Mercolino, Rv. 656766-03**), se, da un lato, (a) **Sez. U, n. 28675/2020, De Stefano, Rv. 659871 - 02**, ha chiarito che, in presenza di una clausola che, ai sensi dell'articolo 25 del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, preveda la proroga della giurisdizione in favore del giudice straniero su tutte le controversie relative a una serie di contratti, succedutisi nel tempo, che regolino un rapporto sostanzialmente unitario (nella specie, tra il titolare di brevetti nel settore dell'alta tecnologia delle comunicazioni e l'intermediario professionale per

la gestione delle relative licenze di utilizzo), non sussiste la giurisdizione del giudice italiano sulla domanda di accertamento negativo della responsabilità contrattuale da inadempimento di precisi obblighi informativi e di violazione del dovere di buona fede nel corso dell'esecuzione del contratto, dovendosi tale domanda qualificare di natura contrattuale, dall'altro, (b) **Sez. U, n. 07736/2020, Acierno, Rv. 657532-01,** con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 23 del regolamento CE n. 44 del 2001 ed avuto riguardo ai principi elaborati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 27 gennaio 2000, in causa C-8/1998 e del 20 aprile 2016, in causa C-366/2013, ha osservato come, in ipotesi di cessione del credito, detta clausola continui ad essere efficace tra le parti originarie ed è applicabile anche al cessionario, il quale sia succeduto nella posizione del creditore cedente verso il debitore ceduto, atteso che quest'ultimo non può trovarsi, in virtù della cessione, in posizione diversa da quella che aveva rispetto al cedente, salva la diversa e alternativa pattuizione con cui il ceduto, in sede di adesione alla cessione, abbia concordato con il cessionario di attribuire la competenza giurisdizionale ad altra autorità giudiziaria, spettando, peraltro, la legittimazione a far valere l'inoperatività della clausola originaria unicamente al cessionario e non al ceduto, che può opporre al primo soltanto le eccezioni opponibili al cedente.

Peculiare è, poi, il caso affrontato **Sez. U, n. 12865/2020, Perrino, Rv. 658084-02**, nell'ipotesi in cui, esistendo una clausola di proroga della giurisdizione, siano promosse più cause in rapporto di litispendenza davanti a giudici di Stati diversi: dovendosi applicare l'art. 27 della Convenzione di Lugano, firmata il 30 ottobre 2007 (approvata anche dalla Comunità europea con decisione del Consiglio 2009/430/CE del 27 novembre 2008), è il giudice preventivamente adito a dover verificare l'esistenza della clausola e, con essa, l'effettiva pattuizione di una competenza giurisdizionale esclusiva, mentre l'altro giudice, nell'attesa di tale statuizione, deve sospendere d'ufficio il proprio procedimento, non potendo adottare alcuna statuizione sulla competenza giurisdizionale, sicché, ove sia successivamente adito il giudice italiano, nel processo pendente davanti a quest'ultimo non è consentita neppure la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione.

La tematica della litispendenza internazionale è affrontata, infine, anche da **Sez. U, n. 19665/2020, Acierno, Rv. 658927-01**, che, nell'ipotesi di contemporanea pendenza, dinanzi a giudici di diversi paesi dell'Unione europea, di due giudizi di divorzio o separazione personale dei coniugi, ha chiarito come il giudice italiano che sia stato successivamente adito sia tenuto, ai sensi dell'art. 19 del Reg. (CE) n. 2201 del 2003, a sospendere il procedimento fino all'accertamento della competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente

adita: con l'ulteriore conseguenza che ne discende per cui, nel processo dinanzi a lui pendente, è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione.

2. Azioni contrattuali e contratti. Per quanto concerne le azioni contrattuali,

Sez. U, n. 28675/2020, De Stefano, Rv. 659871 - 03, affermando un principio di carattere generale, ha anzitutto chiarito che l'art. 8, n. 1, del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, secondo cui una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica, va interpretato restrittivamente, integrando una regola speciale in deroga a quella generale di cui al precedente art. 2; pertanto, la diversità ontologica tra le domande proponibili contro due convenuti esclude l'operatività del criterio di collegamento per entrambi del domicilio di uno qualsiasi di loro, sia nel caso di azione di accertamento negativo della propria condotta illecita quale concorrente nell'inadempimento di obbligazioni derivanti da un contratto con un terzo stipulato dalla società di cui l'attore è stato amministratore, sia nel caso di azione di accertamento dell'illegittimità delle condotte di divulgazione, da parte della controparte, di valutazioni di scorrettezza della condotta della società e dell'amministratore stesso.

Passando, quindi, alla disamina delle pronunce relative a singole fattispecie, **Sez. U, n. 26986/2020, Cirillo, Rv. 659554-01** ha affrontato il tema della responsabilità contrattuale da inadempimento di prestazione sanitaria, osservando come, in base agli artt. 2 e 5 del Regolamento Ce n. 44 del 2001 (applicabile *ratione temporis*), nelle controversie in materia di responsabilità contrattuale il debitore domiciliato nel territorio di uno Stato membro è convenuto, a prescindere dalla sua nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato e può essere convenuto in altro Stato membro davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, luogo che, per i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi, è quello situato nello Stato membro in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto e che comunque va determinato - in conformità al criterio di collegamento stabilito dall'art. 57 della l. n. 218 del 1995 - ai sensi della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, resa esecutiva con la l. n. 975 del 1984, il cui art. 4, comma 1, prevede che, se non sia stata scelta la legge regolatrice del contratto, esso è regolato dalla legge del paese con il quale presenta il

collegamento più stretto. Sicché, venendo al caso di specie, concernente la individuazione dell'A.G. "competente" rispetto domanda di risarcimento danni avanzata dagli eredi di un cittadino italiano, defunto in Italia per gli esiti di cancro al pancreas, nei confronti del titolare di uno studio medico tedesco presso il quale quegli aveva precedentemente eseguito una ecografia addominale senza diagnosi di patologie, la S.C ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in favore di quello tedesco, sul rilievo che il medico convenuto era residente in Germania, che ivi era il luogo di esecuzione della prestazione e che tale Paese, in cui aveva sede lo studio medico ove la condotta asseritamente inadempiente era stata compiuta, era pure il luogo con il quale il contratto presentava il collegamento più stretto.

Si occupano della speciale disciplina dettata per la materia consumeristica due pronunzie della Corte.

Anzitutto **Sez. U, n. 06456/2020, Vincenti, Rv. 657210-01**, la quale evidenzia come l'art. 18, comma 1, del Regolamento CE n. 1215 del 2012, nel prevedere che "l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta davanti alle autorità giurisdizionali del luogo in cui è domiciliato il consumatore", non si limita ad individuare l'ordinamento munito di giurisdizione, ma identifica anche il giudice che, all'interno di esso, ha la competenza per la decisione della causa; tuttavia, essendo la locuzione "giudice del luogo" riferita alla giurisdizione dello Stato membro nel suo complesso ovvero indifferentemente inteso, è affidata esclusivamente alla "*lex fori*" la disciplina della proposizione e del rilievo del difetto di competenza territoriale del giudice adito, giacché la violazione delle norme di competenza del citato Regolamento rileva soltanto se si traduca nel citare il convenuto davanti al giudice di uno Stato membro diverso da quello dovuto.

Quindi **Sez. U, n. 01868/2020, Vincenti, Rv. 656798-01**, per la quale il contratto avente ad oggetto la sottoscrizione, ad opera di un privato. di azioni di una società e la conseguente attribuzione a detto socio del diritto di usufruire, per le proprie vacanze, di residenze turistiche messe a disposizione dalla società in misura corrispondente alle azioni acquistate (nonché ai titoli denominati "punti vacanze" assegnati ai soci in luogo della distribuzione di utili) e previa prenotazione attraverso un servizio gestito dalla medesima società, configura un negozio unitario, a causa mista, diverso dalla multiproprietà azionaria (in cui, a fronte dell'assunzione della qualità di socio, l'azionista acquista il diritto personale di godimento di un immobile per un determinato periodo di tempo), caratterizzato, sotto il profilo della concreta funzione perseguita dalle parti, dalla prevalenza, rispetto all'acquisizione della qualità di socio, della prestazione di

fornitura di servizi posta a carico della società. Ne consegue che, qualora detto contratto (come nella specie) sia stipulato in Italia tra un soggetto domiciliato in Italia, per soddisfare esigenze estranee alla propria attività professionale, e una società anonima di diritto svizzero avente sede legale nella Confederazione elvetica, va affermata sulle relative controversie la giurisdizione del giudice italiano, con riferimento al luogo di conclusione del contratto, in applicazione dei criteri di collegamento stabiliti dalla Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 198 del 1992), quale disciplina *ratione temporis* vigente, alla data di proposizione della domanda, in relazione alla tutela del "consumatore".

Con riguardo, invece, al trasporto aereo internazionale di persone **Sez. U, n. 03561/2020, Rubino, Rv. 656952-01** (in perfetta linea di continuità con la precedente Sez. U, n. 18257/2019, Acierno, Rv. 654582-01), affronta il tema della giurisdizione rispetto alla domanda di compensazione e risarcimento del danno per soppressione del volo, la quale va individuata, anche se il contratto contenga una clausola di proroga della giurisdizione, sulla base dei criteri di collegamento indicati dall'art. 33 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 (ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 12 del 2004), norma applicabile a tutte le ipotesi di ritardo nel compimento della complessiva operazione di trasporto aereo dedotta in contratto fino alla destinazione finale. Così, - venendo al caso di specie - in una controversia promossa da due passeggeri, domiciliati in Italia, nei confronti di una compagnia aerea irlandese, la S.C. ha dichiarato la giurisdizione del giudice italiano, quale giudice del luogo di destinazione del viaggio e del luogo "ove è sito lo stabilimento del vettore che cura la conclusione del contratto", coincidente, in caso di acquisto *on line* dei biglietti, con il domicilio degli acquirenti.

Da ultimo, la Corte si è occupata di individuare il criterio discretivo, ai fini della determinazione della giurisdizione, tra compravendita di beni e prestazione di servizi: in particolare, **Sez. U, n. 00156/2020, Frasca, Rv. 656657-02**, chiarendo che, **s**econdo i vincolanti criteri interpretativi dettati dalla Corte di giustizia (sentenza del 25 febbraio 2010, in C-381/08) - la distinzione tra le due nozioni, entrambe contenute nell'art. 5, Punto 1, lett. b), del Regolamento CE n. 44 del 2001, trova fondamento nella "obbligazione caratteristica" dei predetti contratti, avente ad oggetto, rispettivamente, la consegna di un bene o la prestazione di un servizio. Ne consegue che: a) non assume rilievo, in funzione dell'esclusione della natura di compravendita, la circostanza che i beni vengano fabbricati o prodotti dal venditore, neppure nell'ipotesi in cui l'attività di

fabbricazione o produzione sia svolta in funzione delle esigenze di uno specifico cliente; b) al contrario, la circostanza che l'acquirente abbia fornito una parte essenziale degli elementi impiegati in tale fabbricazione o produzione, può far propendere nel senso della qualificazione del contratto come prestazione di servizi; c) elemento rilevante è l'estensione della responsabilità del fornitore, atteso che, nell'ipotesi in cui egli sia responsabile della qualità e della conformità a contratto dei beni prodotti, dovrà propendersi per una qualificazione in termini di compravendita di beni, mentre, nell'ipotesi in cui risponda unicamente della correttezza dell'esecuzione secondo le istruzioni dell'acquirente, il rapporto contrattuale andrà ricondotto alla fattispecie della prestazione di servizi. In applicazione di tali principi, dunque, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, relativamente ad una controversia tra una società italiana e una società tedesca legate da un rapporto contrattuale avente ad oggetto la fornitura, dalla prima alla seconda, di capi di abbigliamento prodotti dal fornitore, ai fini dell'individuazione della giurisdizione aveva qualificato il contratto come compravendita di beni, omettendo di considerare che, l'impresa fornitrice provvedeva alla fabbricazione dei capi di abbigliamento utilizzando materiale proveniente "di fatto" dall'impresa ordinante ed in conformità a specifiche tecniche e modelli da essa forniti.

3. Cause successorie.

Nell'ambito dei diritti successori va registrato l'importante arresto rappresentato da **Sez. U, n. 01605/2020, Oricchio, Rv. n. 656794-04**, a proposito delle controversie relative ad azione di petizione ereditaria e domande connesse: rispetto a queste ultime, infatti, la circostanza che il luogo di apertura della successione sia in Italia assume rilevanza decisiva al fine dell'affermazione della giurisdizione del giudice italiano.

In particolare, avuto riguardo all'azione di rendiconto rivolta - contestualmente a quella di petizione di eredità esperita nei confronti del coerede - verso più professionisti dei quali il "*de cuius*" si sia avvalso, in vita, per la gestione del proprio patrimonio, la S.C. radica la giurisdizione in capo all'A.G. italiana anche rispetto all'unico professionista straniero coinvolto, in considerazione: a) dell'art. 6 della Convenzione di Lugano (l. n. 198 del 1992), interpretata alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia (Sentenza del 13 luglio 2006, C 539/2003), in presenza dei presupposti che rendono necessario un unico giudizio (vincolo di connessione delle domande, interesse a istruttoria e pronuncia unica), trattandosi di più soggetti gestori chiamati al rendiconto, stante la funzione unitariamente ricostruttiva di un unitario asse ereditario, senza che rilevi la natura

disgiuntiva dell'incarico; b) del carattere pregiudiziale della causa di rendiconto rispetto a quella principale di petizione di eredità (spettante allo stesso giudice ai sensi degli artt. 1 della Convenzione di Lugano e 50 della l. n. 218 del 1995), con conseguente attrazione della prima nell'orbita della seconda.

4. Delibazione di sentenze e lodi arbitrali stranieri.

Particolarmente ampia la giurisprudenza di legittimità intervenuta sul tema della delibazione delle sentenze (anche arbitrali) straniere.

Merita particolare attenzione, *in primis*, il principio affermato da **Sez. 1, n. 16804/2020, Iofrida, Rv. 658805-01**, che affronta, per la prima volta, il tema del rapporto, con l'ordinamento interno, della decisione di ripudio emanata all'estero da un'autorità religiosa (nella specie il tribunale sciaraitico palestinese): nell'occasione la S.C., pur dando atto dell'equiparabilità, secondo la legge straniera, di detta decisione ad una sentenza del giudice statale, esclude la sua riconoscibilità all'interno dell'ordinamento italiano, sotto il duplice profilo dell'ordine pubblico sostanziale (per effetto della violazione del principio di non discriminazione tra uomo e donna) e dell'ordine pubblico processuale (stante la mancanza della parità difensiva e di un effettivo contraddittorio, oltre che di ogni accertamento sulla definitiva cessazione della comunione di vita tra i coniugi).

Numerosi sono poi stati, nel corso del 2020, gli interventi resi dalla S.C. avuto riguardo ai giudizi di riconoscimento delle sentenze di nullità del matrimonio pronunziate dal tribunale ecclesiastico: nonostante la l. n. 218 del 1995 preveda il riconoscimento automatico delle sentenze straniere, rispetto a tale peculiare materia non si può invece prescindere dal giudizio di delibazione, giacché l'art. 8, n. 2 dell'Accordo di revisione del Concordato (l. 121 del 1985) prevede espressamente che le sentenze ecclesiastiche di declaratoria di nullità di un matrimonio concordatario possano essere rese esecutive nella Repubblica italiana solo instaurando un apposito e speciale procedimento dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente (e, cioè, la Corte d'Appello nel cui distretto è compreso il Comune ove fu trascritto il matrimonio concordatario).

In particolare: (a) **Sez. 6-1, n. 17379/2020, Acierno, Rv. 658716-01** ha in proposito evidenziato che, ove la parte deduca la contrarietà all'ordine pubblico di tale sentenza, per la sussistenza del requisito della convivenza pluriennale, richiamando prove documentali e chiedendo l'ammissione di prove orali, la corte d'appello è tenuta ad istruire la causa, poiché l'accertamento circa la natura e la durata della convivenza è devoluto al giudice del riconoscimento della sentenza emessa dal giudice canonico, trattandosi di circostanze estranee a quel giudizio;

(b) **Sez. 6-1, n. 22599/2020, Acierno, Rv. 659538-01**, precisa, poi, che la sopravvenienza della morte di uno dei coniugi, nel corso del procedimento dinanzi alla Corte di cassazione sull'impugnazione della pronuncia che abbia dichiarato l'esecutività della sentenza del tribunale ecclesiastico di nullità del matrimonio canonico, non determina la cessazione della materia del contendere, salva l'esigenza di avvertire gli eventuali eredi per assicurare il contraddittorio e il diritto di difesa; (c) precisa, ancora, **Sez. 1, n. 07923/2020, Parise, Rv. 657562-01** che, nel giudizio di riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, la contumacia del convenuto non incide sulla natura dell'eccezione relativa alla convivenza triennale come coniugi, che costituisce un limite di ordine pubblico alla delibazione e rimane compresa, anche in mancanza della costituzione della parte convenuta, tra quelle riservate dall'ordinamento all'esclusiva disponibilità delle parti; (d) da ultimo, **Sez. 1, n. 08028/2020, Mercolino, Rv. 657563-01,** a proposito del rito applicabile, ha chiarito che, ove la relativa domanda sia proposta da uno solo dei coniugi, non trova applicazione la disciplina dei procedimenti camerali, ma quella del giudizio ordinario di cognizione, ai sensi dell'art. 796 c.p.c., sicché la costituzione del convenuto dinanzi alla corte d'appello deve ritenersi disciplinata dall'art. 167 c.p.c., che impone a tale parte, a pena di decadenza, di proporre nella comparsa di risposta le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nel termine stabilito per la costituzione dall'art. 166 c.p.c..

Sotto diverso - ma concorrente - profilo, **Sez. 1, n. 17170/2020, Marulli, Rv. 658878-01** rileva che, per decidere sulla richiesta di cancellazione della trascrizione dai registri dello stato civile italiano della sentenza straniera che abbia pronunciato il divorzio dei coniugi, a causa della contrarietà della stessa con l'ordine pubblico italiano, il giudice nazionale deve esaminare, ai sensi dell'art. 64, lett. g), della l. n. 218 del 1995, se la decisione straniera produca "effetti" contrari al detto ordine pubblico, accertando se nel corso del procedimento straniero siano stati violati i diritti essenziali della difesa, sicché resta esclusa la possibilità di sottoporre il provvedimento straniero ad un sindacato di merito, valutando la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano.

In tema di delibazione del lodo arbitrale straniero, ancora, in forza degli articoli 4 e 5 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (resa esecutiva in Italia con l. n. 62 del 1968) **Sez. 1, n. 27322/2020, Genovese, Rv. 659832 - 01,** rileva come la parte che richiede la delibazione del lodo ha soltanto l'onere di produrre, in originale o in copia autentica, la sentenza delibanda e la convenzione

scritta contenente l'assunzione dell'obbligo di deferire agli arbitri la risoluzione della controversia, mentre incombe alla parte nei cui confronti il lodo viene invocato l'onere di provare, fra l'altro, l'eventuale invalidità della nomina degli arbitri o l'impossibilità di far valere le proprie difese e, in particolare, ove deduca l'inidoneità del mezzo di comunicazione usato, di dimostrare che questo, per sé o in ragione delle concrete modalità di impiego, non gli ha consentito di venire tempestivamente a conoscenza del procedimento arbitrale o dei momenti essenziali del suo sviluppo; le relative indagini svolte dal giudice della delibazione, peraltro, costituiscono accertamenti di fatto non suscettibili di sindacato in sede di legittimità, se congruamente motivati.

Quanto, infine, al riparto di competenze (interne) tra Tribunale per i minorenni e Corte di Appello, in materia di riconoscimento, in Italia, di una sentenza di adozione di minore straniero, pronunciata all'estero in favore di adottanti stranieri (nella specie cittadini brasiliani), benché uno dei due abbia acquisito dopo la pronuncia anche la cittadinanza e la residenza italiana, **Sez. 6-1, n. 26882/2020, Lamorgese, Rv. 659893 - 01,** individua nella Corte d'Appello l'A.G. competente, non trovando applicazione la disciplina relativa all'adozione internazionale, bensì quella del diritto internazionale privato di cui all'art. 41, comma 1, della l. n. 218 del 1995.

5. Illeciti civili.

Sul fronte delle domande risarcitorie conseguenti ad illeciti di natura extracontrattuale, trova applicazione il criterio (speciale) di individuazione della giurisdizione fissato dall'articolo 7, n. 2, del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, a mente del quale una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

Ne consegue - precisa **Sez. U, n. 28675/2020, De Stefano, Rv. 659871 - 04** - che, anche alla luce della chiara e costante interpretazione che di tale criterio ha fornito la Corte di giustizia dell'Unione europea, la giurisdizione si radica o nel luogo in cui si è concretizzato il danno o, in alternativa, a scelta dell'attore danneggiato, in quello dove si è verificato l'evento generatore di tale danno, coincidendo il primo, quando il danneggiato è persona giuridica, normalmente con la sua sede statutaria, a meno che non sia dimostrato che quivi non si svolge la sua attività prevalente, tanto da escluderne la coincidenza con il centro di interessi della persona giuridica. Donde il radicamento della giurisdizione del

giudice italiano in ordine a un'azione proposta da una società italiana di accertamento dell'illegittimità di una condotta, consistente nella diffusione in Germania di valutazioni denigratorie in ordine alla sussistenza delle violazioni di una complessiva autoregolamentazione contrattuale e considerata come tale idonea a causare un pregiudizio professionale, essendo irrilevante il luogo di pubblicazione o di materiale immissione in circolazione della notizia lesiva e risultando al contrario decisiva - in difetto della prova della preminenza dell'attività sociale in luogo diverso - l'ubicazione in Italia della sede statutaria della società danneggiata.

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA

(di MARIA ELENA MELE)

SOMMARIO: 1. La competenza per materia. - 1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. - 1.2. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa. - 1.3. Le controversie di competenza della Corte d'appello. - 2. La competenza per valore. - 3. La competenza per territorio. - 3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione. - 3.2. Il foro per le cause relative a diritti reali e in materia di locazione. - 3.3. Il foro della Pubblica amministrazione. - 3.4. Il foro delle controversie in materia di proprietà industriale. - 3.5. Il foro delle controversie in materia di protezione dei dati personali. - 3.6. Procedimenti di competenza della sezione disciplinare del CSM. - 3.7. Il foro per la nomina dell'amministratore di sostegno. - **3**.8. Competenza per territorio riguardo al trasporto aereo internazionale. **-** 3.9. Convenzione di deroga della competenza per territorio. - 4. La competenza funzionale. - 5. Profili processuali. L'eccezione di incompetenza. - 6. Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza. 7. Il regolamento di competenza. - 7. Il procedimento

1. La competenza per materia.

Attraverso la disciplina della competenza il legislatore individua i criteri secondo cui distribuire il potere di decidere le controversie. La ripartizione (verticale) tra giudici di tipo diverso avviene, innanzitutto, sulla base del criterio della materia, vale a dire con riferimento alla natura o al tipo del diritto di cui si controverte (giudice di pace, tribunale, tribunale per i minorenni, ecc.). Si tratta di un criterio che non può essere derogato da accordi preventivi e diretti delle parti e la cui violazione è rilevabile anche d'ufficio dal giudice, sia pure non oltre la prima udienza di trattazione.

1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. -

Sez. 6-2, n. 23074/2020, Giannaccari, Rv. 659403-01 ha ritenuto che il giudice di pace, adito con domanda rientrante nella sua competenza per materia (nella specie, relativa al rispetto delle distanze legali nella piantagione di alberi), ove sia investito, in via riconvenzionale, di una eccezione eccedente la sua competenza per valore o per materia (nella specie, di usucapione, ma al solo fine di paralizzare la domanda attorea), deve decidere su entrambe, in quanto l'eccezione riconvenzionale, a differenza della domanda riconvenzionale, non comporta lo spostamento della competenza e la separazione delle cause ai sensi dell'art. 36 c.p.c.

1.2 Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa.

Rientrano nella competenza per materia di tali sezioni le controversie relative alle partecipazioni sociali o ai "diritti inerenti" di cui all'art. 3, commi 2, lett. b), e 3, del d.lgs. n. 168 del 2003, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. n. 1 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 27 del 2012.

Questa competenza, come ribadito da **Sez. 6-3, n. 21363/2020, Cricenti, Rv. 659260-01**, si determina in relazione all'oggetto della controversia, dovendo sussistere un legame diretto di questa con i rapporti societari e le partecipazioni sociali, riscontrabile alla stregua del criterio generale del "petitum" sostanziale, identificabile in funzione soprattutto della "causa petendi", per la intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto la competenza delle sezioni ordinarie del tribunale in relazione ad una domanda volta ad ottenere il rilascio di un immobile, non ravvisando tra questa e quella di trasferimento dello stesso immobile dietro pagamento di quote societarie, pendente, fra le medesime parti, dinanzi al tribunale delle imprese, alcun legame diretto con rapporti di tipo societario, bensì soltanto una mera conseguenzialità logica, poiché le menzionate quote societarie erano il semplice corrispettivo del trasferimento e non l'oggetto della controversia.

In applicazione del medesimo principio, **Sez. 6 - 2, n. 22149/2020, Criscuolo, Rv. 659401-01** ha affermato che non sussiste la competenza della sezione specializzata, bensì quella delle sezioni ordinarie del tribunale in relazione ad una vicenda successoria ove l'azione era diretta all'accertamento della natura simulata o effettiva dell'intestazione dell'azienda appartenente al *de cuius* ad uno dei figli, ai fini del calcolo dell'effettiva consistenza dell'asse ereditario e non, invece, della partecipazione societaria o del trasferimento delle quote societarie.

Ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d) del d.l. n. 1 del 2012, conv. in l, n. 27 del 2012, le sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, c.c. per le cause e i procedimenti relativi a "rapporti societari" ivi indicati. Secondo **Sez. 6-3, n. 08656/2020, Scrima, Rv. 657829-01** tale locuzione comprende - con riguardo ad una società cooperativa - i rapporti in base ai quali la società stessa è impegnata a fornire i beni e servizi ai propri soci e tutto ciò che concerne la relativa regolamentazione e, dunque, eventuali deliberazioni che dettino tale regolamentazione o la modifichino. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto la competenza delle sezioni ordinarie del tribunale in relazione ad un'azione - promossa da una società cooperativa per il

conseguimento di un importo dovuto da un farmacista-socio quale corrispettivo di una serie di forniture di medicinali eseguite in favore di quest'ultimo - la cui "causa petendi" andava individuata nell'inadempimento di contratti di compravendita e non nel rapporto societario, non prospettato dalla predetta società.

Rientra invece nella competenza delle sezioni specializzate l'azione revocatoria dell'atto di scissione societaria, diretta alla declaratoria di inopponibilità al creditore del negozio, poiché riguarda in via diretta le società coinvolte e, in particolare, i fenomeni modificativi ed estintivi del loro assetto (**Sez. 6-3, n. 02754/2020, Scrima, Rv. 657293-01**).

Nel caso invece in cui l'azione revocatoria riguardi l'atto di vendita di quote societarie, essa rientra nella competenza del tribunale ordinario e non della sezione specializzata in materia di impresa, atteso che tale azione non comporta conseguenze sulla titolarità delle quote contese né sui diritti connessi, ma può produrre, ove accolta, soltanto l'inefficacia del trasferimento nei confronti di chi agisce, non alterando, per il resto, la situazione proprietaria né l'assetto della società, che non è coinvolta direttamente (**Sez. 6-3, n. 08661/2020, Rubino, Rv. 657831-01**).

Si è altresì stabilito che esulano dalla competenza della sezione specializzata:

- la controversia avente ad oggetto il pagamento di oneri periodici dovuti da un socio alla società per il godimento di un bene sociale, in quanto assicurato da una fonte autonoma rispetto al contratto societario, in quanto la competenza della sezione specializzata in materia di impresa è configurabile solo in relazione alle liti in cui sia riconoscibile un immediato radicamento causale rispetto alle vicende societarie ed allo status di socio (**Sez. 6-1, n. 22327/2020, Marulli, Rv. 659008-01**);

- la controversia relativa all'acquisto di azioni di una società nell'ambito di un contratto di investimento finanziario, nella quale l'attore lamenti, ai sensi del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, la violazione delle disposizioni che regolano la prestazione di servizi di investimento ed il mancato rispetto da parte dell'intermediario delle norme di comportamento poste in capo al medesimo (**Sez. 6-1, n. 22340/2020, Nazzicone, Rv. 659148-01**);

- la controversia relativa alla domanda di revocazione di una donazione, pur quando essa abbia avuto ad oggetto, diretto o indiretto, partecipazioni sociali, laddove l'attore lamenti, ai sensi dell'art. 801 c.c., la violazione degli obblighi verso il donante ivi previsti, onde le vicende societarie vi restino del tutto estranee (**Sez. 6-1, n. 22341/2020, Nazzicone, Rv. 659429-01**);

- le controversie aventi ad oggetto acquisti da parte di aziende sanitarie locali derivanti da contratti di fornitura esecutivi di un accordo quadro atteso che, stante l'autonomia tra i predetti negozi, la "causa petendi" dell'obbligazione creditoria trova fondamento nei singoli contratti di fornitura. La centralizzazione dell'acquisto e la clausola di estensione del contratto aggiudicato a seguito di regolare gara pubblica, infatti, non violano il principio di concorrenza, ma anzi lo presuppongono, in aderenza a quanto previsto dalla legislazione nazionale e dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento e del Consiglio, posto che in tale caso le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto eventualmente multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta a tante gare quante sono le amministrazioni coinvolte (**Sez. 6-2, n. 11787/2020, Giannaccari, Rv. 658447-01**).

1.3 Le controversie di competenza della Corte d'appello.

Sez. 6-3, n. 10440/2020, D'Arrigo, Rv. 657994-01 ha stabilito che la speciale competenza in unico grado della Corte d'appello, prevista dall'art. 19 l. n. 865 del 1971, è limitata alle controversie relative al *quantum* dell'indennità di espropriazione, ossia alle richieste volte ad ottenere la liquidazione di un importo maggiore di quello stabilito in sede amministrativa o, in mancanza, la determinazione giudiziale del giusto indennizzo, esulando da tale ambito le domande finalizzate a conseguire il pagamento dell'indennità definitivamente accertata e non contestata. In applicazione del principio, la S.C. ha affermato la competenza della Corte di appello a conoscere della causa promossa dall'espropriato che - allegando di aver concordato, ai fini della liquidazione della menzionata indennità, la corresponsione di un determinato importo per ciascun albero presente sul fondo - aveva dedotto di avere ottenuto una somma inferiore rispetto al dovuto perché, nel verbale di consistenza e immissione nel possesso, era stato indicato un numero errato di piante.

2. La competenza per valore.

Il valore della controversia costituisce l'ulteriore criterio secondo il quale è ripartita tra giudici di tipo diverso la competenza. Esso fa riferimento al valore economico dell'oggetto della causa e opera in via generale allorché non esistano regole che stabiliscano diversamente con riguardo alla materia. Talvolta il valore viene in rilievo congiuntamente al criterio della materia, integrandolo (si veda ad esempio, l'art. 7 c.p.c. con riguardo alla competenza del giudice di pace). Si tratta,

anche in questo caso, di un'ipotesi di competenza inderogabile, il cui difetto può essere rilevato d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Le modalità attraverso cui il valore deve essere quantificato sono indicate negli artt. 10 e ss. c.p.c.

Al fine di stabilire la competenza per valore del giudice adito, **Sez. 6-3, n. 17991/2020, Dell'Utri, Rv. 658760-01** ha affermato che la rivalutazione monetaria, ove richiesta in aggiunta alla somma capitale ed agli interessi sino al momento della proposizione della domanda, si cumula, ai sensi dell'art. 10, comma 2, c.p.c., con il capitale e gli interessi (nella specie, si trattava del giudice di pace adito in base all'art. 113, comma 2, c.p.c.).

Sempre con riguardo al giudice di pace, **Sez. 6-3, n. 16012/2020, Scrima, Rv. 658513-01** ha affermato la competenza di tale giudice, nei limiti della sua competenza per valore, in ordine alle controversie aventi ad oggetto pretese che abbiano la loro fonte in un rapporto, giuridico o di fatto, riguardante un bene immobile, salvo che la questione proprietaria non sia stata oggetto di una esplicita richiesta di accertamento incidentale di una delle parti e sempre che tale richiesta non appaia, *ictu oculi*, alla luce delle evidenze probatorie, infondata e strumentale - siccome formulata in violazione dei principi di lealtà processuale - allo spostamento di competenza dal giudice di prossimità al giudice togato.

Inoltre, nel caso in cui proposte, cumulativamente, dinanzi al giudice di pace una domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro, inferiore al limite massimo di competenza per valore del giudice adito, ed una domanda di condanna ad un *facere*, per la quale non sia indicato alcun valore, quest'ultima, non essendo meramente accessoria o specificativa della prima, deve ritenersi di valore corrispondente al suddetto limite massimo, sicché il cumulo delle due domande comporta il superamento della competenza per valore del giudice di pace. Per tale ragione, **Sez. 6-3, n. 11460/2020, Porreca, Rv. 657945-01**, adita in sede di regolamento, ha affermato la competenza per valore del tribunale, con riguardo alla causa in cui il cliente di una compagnia telefonica aveva chiesto la condanna di quest'ultima, da un lato, alla restituzione di una somma di denaro quale conseguenza della cessazione del rapporto, e dall'altro al *facere* consistente nel completamento della procedura di migrazione ad altro gestore.

Con riguardo all'azione revocatoria, **Sez. 3, n. 03697/2020, Tatangelo, Rv. 656728-03** (ribadendo quanto affermato da Sez. 6-3, n. 10089/2014, Amendola, Rv. 630692-01), ha ritenuto che il valore della controversia si determina in base al credito vantato dall'attore, a tutela del quale viene proposta l'azione revocatoria stessa.

In tema di annullamento delle deliberazioni delle assemblee condominiali, posta la sussistenza dell'interesse ad agire anche quando la relativa azione sia volta esclusivamente alla loro rimozione, ove il vizio abbia carattere meramente formale e la delibera impugnata non abbia *ex se* alcuna incidenza diretta sul patrimonio dell'attore, la domanda giudiziale appartiene alla competenza residuale del tribunale, non avendo ad oggetto la lesione di un interesse suscettibile di essere quantificato in una somma di denaro per il danno ingiustamente subito ovvero per la maggior spesa indebitamente imposta. È quanto statuito da **Sez. 6-2, n. 15434/2020, Dongiacomo, Rv. 658730-01**.

3. La competenza per territorio.

Il riparto della competenza per territorio attiene alla distribuzione (orizzontale) delle controversie tra vari giudici dello stesso livello e del medesimo tipo presenti sul territorio. Il criterio utilizzato in linea di principio dal legislatore per determinare tale competenza è quello soggettivo, in quanto fa riferimento ai soggetti della controversia, privilegiando la figura del convenuto e individuando come foro generale quello della sua residenza o domicilio o, in subordine, quello della dimora (art. 18 c.p.c.), ovvero quello della sede nel caso in cui convenuta sia una persona giuridica (art. 19 c.p.c.).

Con riguardo alle controversie in materia di obbligazioni, l'art. 20 c.p.c. indica una pluralità di fori tra loro alternativi - oltre al giudice del foro generale, è competente anche quello del luogo dove l'obbligazione è sorta o quello in cui deve essere eseguita - lasciando all'attore la possibilità di scelta tra più giudici ugualmente competenti. Diversamente accade per i fori speciali che il legislatore individua per talune controversie (artt. 21 ss. c.p.c.), i quali prevalgono su quelli generali, escludendoli.

In base all'art. 28 c.p.c. la competenza per territorio può essere derogata su accordo (esplicito o implicito) delle parti, ad eccezione che per alcune materie dallo stesso previste per le quali essa è stabilita in modo inderogabile (competenza funzionale). Fuori di tali ultime ipotesi, ove il convenuto non abbia tempestivamente eccepito l'incompetenza del giudice adito, indicando altresì quello che ritiene competente, la competenza rimane radicata presso quel giudice. Nelle ipotesi di incompetenza funzionale, invece, essa è rilevabile anche d'ufficio, sia pure non oltre la prima udienza di trattazione (art. 38, comma 3 c.p.c.).

3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione.

Con riguardo alle controversie relative a diritti di obbligazione, l'art. 20 c.p.c. individua quale giudice competente, oltre a quello indicato negli artt. 18 e 19, anche il giudice del luogo in cui l'obbligazione è sorta ovvero deve essere eseguita, spettando all'attore la facoltà di scegliere tra tali giudici.

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 20 cit., **Sez. 2, 11797/2020, Abete, Rv. 658213-01** ha chiarito che il criterio determinativo della competenza da esso previsto - il quale indica il foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione e che deve valutarsi sulla base della domanda - è applicabile anche alle azioni di accertamento negativo, purché possa stabilirsi una relazione, sia pure di tipo ipotetico, fra l'obbligazione che costituisce l'oggetto della lite e il luogo dove essa, se esistesse, sarebbe sorta o dovrebbe essere eseguita.

Sez. 6-2, n. 15254/2020, Dongiacomo, Rv. 658729-01 ha affermato che la determinazione della competenza, e specificamente, del *forum contractus* deve essere effettuata sulla base dei fatti prospettati dall'attore. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui la parte convenuta in giudizio per l'adempimento del contratto, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito, affermando che il contratto in contestazione non si è concluso ovvero è nullo, e che, ammesso che si sia concluso, si sarebbe perfezionato e avrebbe dovuto avere esecuzione in un luogo diverso, attenendo al merito l'accertamento relativo all'effettiva conclusione del contratto ovvero alla sua nullità. Né al riguardo possono avere rilevanza le contestazioni formulate dal convenuto e la diversa prospettazione dei fatti da lui avanzata, dovendosi tenere separate le questioni concernenti il merito della causa da quelle relative alla competenza, con la conseguenza che sulla determinazione del *forum contractus*, con riferimento all'art. 20 c.p.c., non può influire l'eccezione del convenuto che neghi l'esistenza del contratto ovvero deduca la sua conclusione in altro luogo, unico limite alla rilevanza dei fatti prospettati dall'attore ai fini della determinazione della competenza essendo l'eventuale prospettazione artificiosa, finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge (v. in senso conforme, Sez. 6-3, n. 08189/2012, Frasca, Rv. 622432-01).

Ai fini della determinazione della competenza territoriale in base al criterio del *forum destinatae solutionis ex* art. 20 c.p.c., **Sez. 6-2, n. 19894/2020, Besso Marchesi, Rv. 659222-01** ha ribadito l'orientamento secondo cui la designazione contrattuale, quale luogo per l'adempimento dell'obbligazione di pagare il prezzo della compravendita di beni mobili, di quello in cui si trova l'acquirente al momento della consegna della cosa opera solo nell'ipotesi dell'adempimento,

mentre nel caso di inadempimento, seguito da azione giudiziale del venditore, riprende vigore il regolamento legale *ex* art. 1498, c.c., in virtù del quale il luogo del pagamento luogo coincide con quello del domicilio del venditore-creditore (conf. Sez. 2, n. 00648/2004, Colarusso, Rv. 569472-01).

Con riguardo al contratto di agenzia, **Sez. 6-2, n. 18236/2020, Tedesco, Rv. 659213-01** ha riaffermato il principio per cui, ai fini della competenza per territorio *ex* art. 20 c.p.c., il *forum destinatae solutionis* dell'obbligazione del preponente verso l'agente per il pagamento di provvigioni già indicate nell'atto introduttivo in una somma di denaro, e. pertanto, liquide ed esigibili, si identifica, ai sensi dell'art. 1182, comma terzo, c.c., con il domicilio del creditore (in senso conforme, Cass. n. 03892/1996, Durante, Rv. 497265-01). Ha altresì affermato che territorialmente competente a conoscere della domanda del preponente diretta ad ottenere le somme dovutegli dall'agente in forza della clausola dello Star del credere, sugli affari non andati a buon fine, e il giudice del domicilio del preponente, presso il quale l'obbligazione dell'agente, stante il suo carattere originariamente pecuniario e l'agevole e aritmetica computabilità dell'importo monetario, deve essere adempiuta.

3.2. Il foro per le cause relative a diritti reali e in materia di locazione.

In tema di diritti reali, **Sez. 6-3, n. 10936/2020, Scrima, Rv. 65821801**, sulla scorta di quanto affermato da Sez. U., n. 20503/2019, Acierno, Rv. 654944-01, ha chiarito che la controversia relativa alla validità di un contratto di comodato, concluso in vita dal *de cuius* con uno dei suoi eredi e concernente un immobile rientrante nell'asse ereditario, appartiene, ai sensi dell'art. 21 c.p.c., alla competenza del giudice del luogo dove è posto l'immobile e non di quello di apertura della successione *ex* art. 22 c.p.c. A tal fine resta infatti irrilevante che a fondamento dell'impugnativa del comodato sia posta la violazione degli artt. 458 e 549 c.c., atteso che queste ultime disposizioni non sono funzionali a risolvere dispute fra coeredi, ma esclusivamente ad individuare delle ipotesi di nullità, mentre l'art. 22 citato disciplina la competenza nelle cause successorie, che sono configurabili solo allorché la lite sorga tra successori veri o presunti a titolo universale o particolare e abbia come oggetto principale l'accertamento di beni o diritti caduti in successione o che si ritenga debbano costituirne parte.

In riferimento alle controversie in materia di locazioni, **Sez. 6-3, n. 12404/2020, D'Arrigo, Rv. 658220-01** ha riaffermato il principio secondo il quale la competenza territoriale del giudice del *locus rei sitae*, come si ricava dagli artt. 21 e 447-*bis* c.p.c., ha natura inderogabile, con la conseguente invalidità di

una eventuale clausola difforme, rilevabile *ex officio* anche in sede di regolamento di competenza (conf. Sez. 6-3, n. 21908 del 16/10/2014, Vivaldi, Rv. 632974-01).

Sez. 6-3, n. 23110/2020, Graziosi, Rv. 659270-01 ha ritenuto non applicabile alle controversie aventi ad oggetto l'affitto di bene produttivo il criterio di competenza del *forum rei sitae*, dettato dall'art. 21 c.p.c. per i contratti di locazione e affitto di azienda, in quanto la distinzione delle *species* contrattuali, di natura sostanziale, nel predetto articolo si riverbera sull'interpretazione delle norme processuali sulla competenza, le quali sono in rapporto di strumentalità con i tipi sostanziali (nella specie si trattava di un terreno con annesso pozzo di sollevamento di acqua e distribuzione, oltre all'impianto ed alla cabina dei comandi).

3.3 Il foro della Pubblica amministrazione.

In tema di obbligazioni pecuniarie degli enti pubblici, **Sez. 6-1, n. 03505/2020, Mercolino, Rv. 657235-01** ha statuito che, anche a seguito della riforma dell'ordinamento degli enti locali e della relativa disciplina finanziaria contabile, continua a trovare applicazione nei confronti degli enti locali, pur a prescindere da una specifica pattuizione tra le parti, il principio secondo cui nelle cause relative a rapporti di obbligazione aventi ad oggetto somme di denaro dovute da pubbliche amministrazioni, anche diverse da quelle dello Stato ed anche a titolo di interessi per ritardato pagamento, la competenza territoriale secondo il criterio del *forum destinatae solutionis* spetta all'autorità giudiziaria del luogo in cui hanno sede gli uffici di tesoreria dell'ente debitore, e ciò anche nel caso in cui il pagamento debba essere effettuato mediante accreditamento del relativo importo su un conto corrente bancario o postale o mediante commutazione del relativo titolo in vaglia cambiario o postale, costituendo tali forme di adempimento, applicabili su richiesta del creditore ed aventi carattere facoltativo per il titolare dell'ufficio di tesoreria, una mera semplificazione delle modalità di riscossione che non comporta una modificazione del luogo dell'adempimento.

Si è altresì ribadito che, nella controversia avente ad oggetto il pagamento di somme di danaro da parte degli enti pubblici, le norme di contabilità degli enti pubblici, che fissano il luogo di adempimento delle obbligazioni in quello della sede di tesoreria dell'ente, valgono ad individuare il *forum destinatae solutionis* eventualmente in deroga all'art. 1182 cod. civ., ma non rendono detto foro né esclusivo, né inderogabile. La P.A. convenuta che intenda, pertanto, eccepire la incompetenza del giudice adito, diverso da quello della sede della tesoreria, ha

l'onere di contestare specificamente tutti i possibili fori, indicando le ragioni giustificative dell'esclusione di ogni momento di collegamento idoneo a radicare la competenza (**Sez. 6-2, n. 11781/2020, Abete, Rv. 658446-01**; conf. Sez. 3, n. 00270/2015, Cirillo FM, Rv. 634013-01).

Per quanto attiene alle domande risarcitorie dei medici specializzandi per inadempimento da parte dello Stato italiano alle direttive Cee 75/363 e 82/76, **Sez. 6-L, n. 17852/2020, De Felice, Rv. 658939-01** ha ritenuto che sussiste la competenza territoriale del Tribunale di Roma, avuto riguardo al foro della p.a. nonché a quello di insorgenza dell'obbligazione dedotta in giudizio, riferibile ad un comportamento dello Stato legislatore, senza che abbia rilievo la presenza di ulteriori convenuti, quali le Università sedi delle scuole di specializzazione; in tali controversie, sia ai fini dell'individuazione del luogo dell'insorgenza dell'obbligazione, sia ai fini del *forum destinatae solutionis*, l'obbligazione in relazione alla quale deve essere individuato il foro erariale ai sensi dell'art. 25 c.p.c. non è quella risarcitoria, bensì quella rimasta inadempiuta da cui la prima trae fondamento.

Il foro erariale viene in considerazione, inoltre, nelle controversie aventi ad oggetto il riconoscimento della condizione di apolidia per le quali la competenza va determinata in base al criterio del foro del luogo dove ha sede l'ufficio dell'avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie, senza che assuma rilievo il contenuto degli interessi in gioco o la necessità di porre le parti in una situazione di parità, in quanto così facendo si affiderebbe al giudice una valutazione, riservata invece al legislatore, circa la sussistenza o meno di una ragione per agevolare la difesa dello Stato. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione della corte d'appello che, reputando ingiustificata la facilitazione della difesa statuale rispetto ai diritti in gioco nel caso concreto, aveva disapplicato il criterio del foro erariale.

3.4 Il foro delle controversie in materia di proprietà industriale.

Le azioni in materia di proprietà industriale, ai sensi dell'art. 120, comma 2, d.lgs. n. 30 del 2005, si propongono di regola davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, del luogo in cui il convenuto ha la dimora. Al fine di determinare il foro del convenuto, **Sez. 6-1, n. 05309/2020, Falabella, Rv. 657232-01** ha affermato che si applica la regola di carattere generale contenuta nell'art. 19, comma 1, c.p.c., in forza della quale nel caso in cui sia convenuta in giudizio una

società dotata di personalità giuridica, la competenza per territorio si individua in base soltanto alla sua sede legale e non anche a quella secondaria, ove quest'ultima sia priva di una rappresentanza institoria.

Per le e azioni concernenti la violazione della proprietà industriale, il comma 6 dell'art. 120 cit., ai fini della individuazione del giudice competente per territorio, indica il criterio del luogo della commissione del fatto, cioè dove è stata tenuta la condotta lesiva e non dove si è verificato il danno, sicché, ove la violazione sia stata posta in essere tramite *internet*, rileva il luogo in cui il convenuto ha immesso i contenuti lesivi nel circuito telematico, che in via presuntiva corrisponde a quello in cui il medesimo ha il centro principale de propri affari e, dunque, la propria sede.

3.5 Il foro delle controversie in materia di protezione dei dati personali.

Per tali controversie, l'art. 10, d.lgs. n. 150 del 2011 stabilisce che è competente il tribunale del luogo in cui ha la "residenza" il titolare del trattamento dei dati, sicché nei casi in cui il titolare del trattamento sia una persona giuridica, si rende necessaria un'interpretazione integrativa e dinamica della norma e, dunque, la competenza va determinata in base al luogo dove è ubicata la sede effettiva, presso la quale il trattamento sia avvenuto in modo autonomo e si sia manifestato in concreto (**Sez. 1, n. 19328/2020, Scotti, Rv. 658822-01**).

3.6 Procedimenti di competenza della sezione disciplinare del CSM.

Nell'ambito di un procedimento per responsabilità disciplinare dei magistrati, **Sez. U., n. 24631/2020, Virgilio, Rv. 659452-03** ha affermato che le regole relative alla competenza territoriale dettate dall'art. 11 c.p.p. in relazione ai processi riguardanti i magistrati sono inapplicabili ai procedimenti di competenza della sezione disciplinare del CSM in ragione dell'unicità dell'organo giurisdizionale il quale opera a livello nazionale (in senso analogo, con riguardo alla Corte di Cassazione, si era pronunciata Sez. 6-3, n. 13475/2019, Positano, Rv. 653938-01).

3.7 Il foro per la nomina dell'amministratore di sostegno.

Sez. 6-1, n. 19431/2020, Iofrida, Rv. 658839-01 ha affermato che, ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente per la nomina dell'amministratore di sostegno, si presume la coincidenza della residenza

effettiva e del domicilio con la residenza anagrafica dell'amministrando, salvo che risulti accertato non solo il concreto spostamento della sua dimora abituale o del centro principale dei suoi rapporti economici, morali, sociali e familiari, ma anche la volontarietà di tale spostamento.

Nell'ipotesi in cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno si trovi in stato di detenzione in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, la competenza territoriale va riconosciuta al giudice del luogo in cui il detenuto aveva la sua dimora abituale prima dell'inizio dello stato detentivo, non potendo trovare applicazione il criterio legale che individua la residenza (con la quale coincide, salva prova contraria, la dimora abituale) nel luogo in cui è posta la sede principale degl'interessi e degli affari della persona. Tale criterio, infatti, implicando il carattere volontario dello stabilimento, postula un elemento soggettivo la cui sussistenza resta esclusa per definizione nel caso in cui l'interessato, essendo sottoposto a pena detentiva, non possa fissare liberamente la propria dimora. In fattispecie relativa al reclamo proposto dal detenuto contro il provvedimento di cessazione dell'amministrazione di sostegno, la S.C. ha regolato la competenza in base alla residenza anteriore all'inizio della detenzione, non risultando il mutamento della sede principale degli affari e interessi per effetto della detenzione e, in particolare, per il trasferimento del ricorrente, intervenuto nel frattempo, ad altra casa di reclusione (**Sez. 6-1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558 - 02.** In senso conforme si è espressa **Sez. 6-1, n. 18943/2020, Parise, Rv. 659245-01).**

Analogamente, con riguardo alla individuazione del giudice tutelare competente per l'apertura della tutela nei confronti del condannato in stato d'interdizione legale - da individuare al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e destinato a non subire mutamenti in coincidenza di trasferimenti restrittivi del reo *ex* art. 5 c.p.c. - **Sez. 6-1, n. 00324/2020, Mercolino, Rv. 656800-01** ha ribadito l'orientamento secondo il quale la competenza si determina sulla base dell'ultima residenza anagrafica anteriore all'instaurazione dello stato detentivo, salvo che risulti provato, in contrario alla presunzione di coincidenza con detta residenza, un diverso domicilio, quale centro dei suoi affari ed interessi, non identificabile però in sé nel luogo in cui è stata eseguita la pena detentiva, che non viene dal medesimo prescelta (conf. Sez. 6-1, n. 12453/2017, Nazzicone, Rv. 644177-01).

3.8 Competenza per territorio riguardo al trasporto aereo internazionale.

In tema di trasporto aereo internazionale **Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913-02** si è occupata di individuare il giudice competente per territorio in ordine alla domanda di pagamento dell'indennizzo previsto dal Regolamento (CE) n. 261 del 2004 e di risarcimento del danno.

Quanto al primo profilo, la Corte ha affermato che la domanda di pagamento dell'indennizzo è soggetta alle regole di giurisdizione e di competenza "ordinarie", stabilite dal Regolamento (UE) n. 1215 del 2012. Ne consegue che, ove la suddetta domanda scaturisca da un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, essa è devoluta, *ex* art. 7, comma 1, n. 1), lett. b), del Regolamento cit., alla competenza del giudice del luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto. Tale disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza della CGUE nel senso che tanto il luogo di partenza del velivolo, quanto quello di arrivo, devono essere considerati, allo stesso titolo, luoghi di "fornitura principale" dei servizi oggetto di un contratto di trasporto aereo.

Riguardo alla domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, la medesima pronuncia ha statuito che, ove essa sia proposta da un passeggero nei confronti del vettore aereo, la competenza per territorio va individuata in base ai criteri stabiliti dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale, atteso che, alla luce della giurisprudenza della CGUE, le relative disposizioni disciplinano non solo il riparto della giurisdizione tra giudici di Stati diversi, ma anche l'individuazione del giudice competente all'interno di ciascuno Stato aderente alla menzionata Convenzione. A tal fine, la citata disposizione detta quattro criteri alternativi, attribuendo la competenza, a scelta dell'attore, anche al giudice avente sede nel luogo dove il vettore possiede una "impresa che ha provveduto a stipulare il contratto", intendendosi per tale quello del luogo in cui il vettore possiede un'organizzazione propria o un soggetto a lui strettamente collegato contrattualmente, per il tramite dei quali distribuisca i biglietti aerei. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto competente a conoscere della domanda il giudice del luogo nel quale era ubicata l'agenzia di viaggi per il tramite della quale i passeggeri avevano acquistato i biglietti, sul rilevo che la relativa legittimazione ad emettere titoli di viaggio per conto di una compagnia aerea consentiva di presumere, *ex* art. 2727 c.c., che l'agenzia fosse stata autorizzata a ciò dal vettore e rappresentasse, quindi, un suo "ticket office", in virtù di un apposito accordo bilaterale, idoneo a qualificarlo come institore, mandatario od

appaltatore di servizi del vettore stesso; in particolare, ha precisato che era onere della parte che vi avesse interesse eventualmente allegare e dimostrare circostanze idonee a superare la presunzione in esame, come il fatto che la menzionata agenzia di viaggi avesse agito quale mero intermediario e, quindi, in virtù di un accordo concluso non con il singolo vettore, ma, ad esempio, con la IATA, l'organizzazione dei vettori aerei).

3.9. Convenzioni di deroga alla competenza per territorio.

L'art. 28 c.p.c. stabilisce il principio per cui la competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo le ipotesi elencate dalla stessa disposizione, nonché quelle in cui tale possibilità è espressamente esclusa dalla legge.

La S.C., nell'anno di riferimento, ha definito le condizioni in presenza delle quali la designazione convenzionale di un foro, in deroga a quello stabilito dalla legge, attribuisce a tale foro la competenza esclusiva, stabilendo che a tal fine è necessaria una dichiarazione espressa ed univoca da cui risulti, in modo chiaro e preciso, la concorde volontà delle parti, non solo di derogare alla ordinaria competenza territoriale, ma altresì di escludere la concorrenza del foro designato con quelli previsti dalla legge in via alternativa. In applicazione di tale principio, **Sez. 6-3, n. 21010/2020, Pellecchia, Rv. 659155-01**, regolando la competenza, ha escluso il carattere esclusivo del foro prescelto in sede contrattuale, sul rilievo che tale esclusività non solo non era stata specificata in maniera univoca nella clausola derogativa dell'ordinaria competenza territoriale, ma risultava smentita dal contenuto della eccezione di incompetenza, la quale era stata formulata con l'indicazione, oltre che del foro convenzionale, anche di un foro ad esso alternativo.

Sez. 6-3, n. 21362/2020, Cricenti, Rv. 659159-01, ribadendo tale principio, ha altresì in precisato che in caso di designazione convenzionale del foro, il carattere esclusivo della competenza non può desumersi per via argomentativa attraverso un'interpretazione sistematica dovendo essere inequivoca e non lasciare adito ad alcun dubbio sulla comune intenzione delle parti di escludere la competenza dei fori ordinari. Pertanto, in caso di pluralità di clausole relative al foro competente, per potere ritenere che le parti lo abbiano voluto come esclusivo, occorre che l'esclusività sia espressa in ogni clausola contenente la scelta del foro; al contrario, la presenza nel contratto di clausole espressamente indicanti il foro come esclusivo e di altre che non prevedono l'esclusività rende equivoca la volontà contrattuale di escludere altri fori.

Ove tali clausole siano inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, **Sez. 6-2, n. 15253/2020, Dongiacomo, Rv. 658728-01** ha ritenuto che, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione. Pertanto, si considerata efficace la clausola di deroga alla competenza territoriale che, pur se contenuta in un documento separato ed unilateralmente predisposto, sia stata oggetto di un esplicito richiamo in contratto e sottoscritta dall'altro contraente, che abbia dichiarato di averne preso visione e di approvarne il contenuto, avendo, in tal caso, il valore, per effetto di una *relatio perfecta*, delle clausole concordate.

Si è inoltre ritenuta lecita la clausola contrattuale (cd. "asimmetrica") di deroga alla competenza territoriale a favore anche solo di una parte, con la conseguente facoltà per la stessa di introdurre la lite sia davanti al giudice indicato nel contratto, sia dinanzi a quello che sarebbe competente secondo i criteri ordinari, mentre l'altro contraente resta obbligato a promuovere eventuali controversie soltanto dinanzi all'autorità giudiziaria contrattualmente indicata (**Sez. 6-1, n. 15202/2020, Marulli, Rv. 658705-01**).

Nel contratto tra consumatore e professionista predisposto unilateralmente da quest'ultimo l'efficacia della clausola convenzionale di deroga alla competenza territoriale del foro del consumatore è subordinata non solo alla specifica approvazione per iscritto prevista dall'art. 1341 c.c., ma anche - a norma dell'art. 34, comma 4, d.lgs. n. 206 del 2005 - allo svolgimento di una trattativa individuale con il consumatore sulla clausola stessa, la cui prova è posta a carico del professionista dal comma 5 del citato art. 34. Pertanto, la S.C., pronunciando su un'istanza di regolamento di competenza, ha dichiarato la competenza del foro del consumatore considerando inefficace la clausola derogatoria della competenza territoriale contenuta in un contratto assicurativo, la quale, anche se specificamente approvata per iscritto, non risultava essere stata oggetto di trattativa individuale (**Sez. 6-3, n. 08268/2020, D'Arrigo, Rv. 657607-01**).

Nell'ipotesi di cessione del contratto di concessione per effetto di alienazione di ramo d'azienda, **Sez. 6-3, n. 12396/2020, Vincenti, Rv. 658219-01** ha statuito che la clausola derogatoria della competenza territoriale - che individua il foro esclusivamente competente nel luogo dove ha sede il concedente al momento dell'introduzione del giudizio - deve intendersi riferita alla diversa sede legale del contraente subentrato, trattandosi di rinvio mobile finalizzato alla conservazione dell'originario equilibrio negoziale. Applicando il principio all'ipotesi riguardante un contratto di concessione e fornitura di carburante ad un'area di servizio, la S.C. ha individuato la competenza territoriale nel luogo in cui il cessionario del

contratto, subentrato al concedente, aveva sede al momento dell'inizio della controversia, in quanto i riferimenti testuali alla denominazione del contraente originario avevano una valenza meramente identificativa della parte contrattuale concedente e fornitrice.

Sez. 6-3, n. 21362/2020, Cricenti, Rv. 659159-02 ha statuito che la clausola derogatoria della competenza per territorio contenuta nel contratto di conto corrente per il quale è sorta controversia determina l'estensione del foro convenzionale anche alla lite concernente la relativa garanzia fideiussoria; ciò in ragione di quanto dispone l'art. 31 c.p.c. con riguardo alle cause accessorie e nonostante la coincidenza solo parziale dei soggetti processuali, tenuto conto dello stretto legame esistente tra i due rapporti e del rischio che, in caso di separazione dei procedimenti, si formino due diversi giudicati in relazione ad un giudizio sostanzialmente unico.

4. La competenza funzionale.

Oltre ai criteri indicati dal codice di rito, dottrina e giurisprudenza hanno individuato un ulteriore criterio di ripartizione della competenza conseguente alla natura e alla funzione che il giudice è chiamato ad esercitare. Si tratta della competenza c.d. funzionale.

Costituisce un'ipotesi di competenza funzionale e non derogabile neppure per ragioni di continenza o di connessione la previsione di cui all'art. 645 c.p.c. il quale dispone che l'opposizione a decreto ingiuntivo deve essere proposta dinanzi all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto. Ne consegue che, qualora nel corso del giudizio di opposizione sia stata formulata una domanda di garanzia impropria nei confronti di un'amministrazione dello Stato, domanda appartenente, ai sensi dell'art. 25 c.p.c., alla competenza territoriale inderogabile di altro giudice, il giudice dell'opposizione deve disporre la separazione delle cause, trattenendo il procedimento di opposizione e rimettendo l'altra al giudice territorialmente competente, salva la successiva applicazione, da parte di quest'ultimo, dei principi in materia di sospensione dei processi (**Sez. 6-2, n. 11796/2020, Abete, Rv. 658450-01**).

Nelle cause con una pluralità di convenuti, nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato, come litisconsorte necessario, prevale la competenza del foro erariale, trattandosi di competenza funzionale e inderogabile. **Sez. 6-1, n. 26883/2020, Lamorgese, Rv. 659894-01** ha affermato il principio in fattispecie in cui si trattava di causa instaurata da un cittadino

straniero per la mancata iscrizione anagrafica da parte dell'ufficiale dell'anagrafe, nella quale erano stati convenuti il comune ed il ministero dell'Interno.

Secondo **Sez. 6-3, n. 20345/2020, Guizzi, Rv. 659252-01** non ricorre un vizio di competenza funzionale nell'ipotesi di riassunzione del giudizio innanzi alla sezione distaccata della corte d'appello individuata dalla S.C. quale giudice del rinvio, anche se la stessa sezione distaccata aveva emesso la decisione poi cassata. La competenza funzionale, infatti, non può riguardare la ripartizione interna degli affari tra sezioni (come nel caso del rapporto fra sede distaccata e principale di una corte di appello) o le persone fisiche dei magistrati, purché nessuno dei componenti del nuovo collegio giudicante abbia partecipato alla pronuncia del provvedimento cassato.

Analogamente, **Sez. 6-1, n. 22292/2020, Terrusi, Rv. 659147-01** ha affermato che nel giudizio di opposizione alla liquidazione del compenso degli ausiliari del giudice, l'ordinanza emessa dal giudice monocratico, anziché dal presidente del tribunale non è affetta da nullità, non essendo configurabili all'interno dello stesso ufficio questioni di competenza tra il suo presidente ed i giudici che sono in servizio, ma solo di distribuzione degli affari in base alle tabelle di organizzazione.

In ordine al procedimento per la liquidazione delle spese, degli onorari e dei diritti di avvocato di cui all'art. 28 della l. n. 794 del 1942, come sostituito dall'art.34, comma 16, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2011, le Sezioni unite della Corte, nel risolvere la questione di massima di particolare importanza ad esse rimessa da Sez. 6-2, n. 16212/2019, Fortunato (non massimata), hanno stabilito che, ove il professionista, agendo ai sensi dell'art. 14 del citato decreto legislativo, chieda la condanna del cliente inadempiente al pagamento dei compensi per l'opera prestata in più fasi o gradi del giudizio, la competenza è dell'ufficio giudiziario di merito che ha deciso per ultimo la causa (**Sez. U., n. 04247/2020, Tria, Rv. 657193-01**).

Riguardo alla domanda di restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza, successivamente cassata in sede di legittimità, ancorché proposta in via autonoma, **Sez. 6-3, n. 03527/2020, Gianniti, Rv. 657015-02** ha affermato che essa è devoluta alla competenza esclusiva del giudice del rinvio.

5. Profili processuali. L'eccezione di incompetenza.

Nel corso dell'anno diverse pronunce della Corte hanno precisato modalità e termini per la proposizione dell'eccezione di competenza.

Ai sensi dell'art. 38 c.p.c. l'incompetenza per materia, per valore e per territorio devono essere eccepite a pena di decadenza nella comparsa di risposta tempestivamente depositata.

Secondo quanto affermato da **Sez. 6-2, n. 05980/2020, Tedesco, Rv. 657269-01** la parte che sia decaduta dalla facoltà di proporre un'eccezione di incompetenza territoriale non è legittimata ad impugnare il rigetto di analoga eccezione di incompetenza tempestivamente formulata da altra parte processuale, in quanto la perdita di una facoltà non può essere recuperata per fatto altrui, poiché ciò equivarrebbe a vanificare il termine di decadenza previsto dalla legge.

Nel giudizio d'appello la disciplina dell'incompetenza non soggiace ad un regime diverso da quello previsto per tutte le competenze dall'art. 38 c.p.c. Ne consegue che il potere della parte convenuta di eccepire l'incompetenza del giudice del gravame deve ancorarsi alla comparsa di risposta tempestivamente depositata, cosi come quello del giudice di rilevare d'ufficio la propria incompetenza si deve ritenere collegato all'omologo in appello dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e, dunque, all'udienza *ex* art. 350 c.p.c. (**Sez. 3, n. 11118/2020, Fiecconi, Rv. 658140-01**).

Quanto alle modalità con cui l'eccezione va proposta, l'art. 38, comma 1, secondo periodo c.p.c. stabilisce che l'eccezione di incompetenza per territorio deve contenere l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente, dovendosi altrimenti considerare come non proposta.

In proposito **Sez. 6-3, n. 26910/2020, Scrima, Rv. 659903-01** ha riaffermato il principio secondo il quale, poiché il foro convenzionale, anche se pattuito come esclusivo, è derogabile per connessione oggettiva ai sensi dell'art. 33 c.p.c., la parte che eccepisce l'incompetenza del giudice adito, in virtù della convenzione che attribuisce la competenza esclusiva ad altro giudice, ha l'onere di eccepirne l'incompetenza pure in base ai criteri degli artt. 18 e 19 c.p.c., in quanto richiamati dall'art. 33 c.p.c. ai fini della modificazione della competenza per ragione di connessione.

Sez. 6-3, n. 24632/2020, Rossetti, Rv. 659913 - 01 ha stabilito che, nell'ipotesi in cui il convenuto, sollevando eccezione di incompetenza per territorio, neghi l'esistenza di un criterio di competenza per territorio inderogabile, deve indicare ai fini della completezza dell'eccezione, tutti i possibili fori concorrenti per ragione di territorio derogabile, ma non è necessario che tra i fori alternativi menzioni anche quello inderogabile, non potendosi pretendere che la parte sia costretta a negare e invocare, nel medesimo atto, l'applicabilità di tale ultimo foro.

Nelle cause relative a diritti di obbligazione, secondo **Sez. 6-3, n. 17374/2020, Rubino, Rv. 658752-01** la disciplina di cui all'art. 38, comma 1, c.p.c., come sostituito dall'art. 45 della l. n. 69 del 2009 (la quale, con riguardo a detta specie di competenza, ha riproposto i contenuti del terzo comma del testo previgente dell'art. 38, sia in punto di necessaria formulazione dell'eccezione "a pena di decadenza" nella comparsa di risposta, sia quanto alla completezza dell'eccezione) comporta che il convenuto sia tenuto ad eccepire l'incompetenza per territorio del giudice adito con riferimento a tutti i concorrenti criteri previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. (e, nel caso di cumulo soggettivo, ai sensi dell'art. 33 c.p.c., in relazione a tutti i convenuti), indicando specificamente, in relazione ai criteri medesimi, quale sia il giudice che ritenga competente, senza che, verificatasi la suddetta decadenza o risultata comunque inefficace l'eccezione, il giudice possa rilevare d'ufficio profili di incompetenza non proposti, restando la competenza del medesimo radicata in base al profilo non (o non efficacemente) contestato. Vertendosi in tema di eccezione di rito ed in senso stretto, l'attività di formulazione dell'eccezione richiede un'attività argomentativa esplicita sotto entrambi gli indicati profili.

Nelle medesime controversie in materia di obbligazioni, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ove l'eccezione di incompetenza territoriale sia sollevata dall'opponente persona fisica, la contestazione della sussistenza del foro del giudice adito rende necessaria l'indicazione di quello competente con riferimento, oltre che ai fori speciali concorrenti di cui all'art. 20 c.p.c., anche ai fori generali previsti dal precedente art. 18, con riguardo, quindi, sia alla residenza sia al domicilio, poiché quest'ultimo è criterio di collegamento autonomo rispetto a quello della residenza. Peraltro, l'opponente, rivestendo la posizione sostanziale di convenuto, non è esentato dal suddetto onere neppure in caso di indicazione, nel ricorso per decreto ingiuntivo, della sua residenza ovvero del suo domicilio in un luogo non riconducibile alla giurisdizione territoriale del giudice, sia perché, nella prima ipotesi, l'individuazione della residenza non può lasciare presumere la coincidenza con essa del domicilio (atteso che l'art. 163, n 2, c.p.c. prevede l'indicazione alternativa dell'una e dell'altro) sia perché, in entrambe le circostanze, il secondo comma, secondo inciso, dell'art. 38 c.p.c. esclude ogni operatività del principio di ammissione, onerando comunque il convenuto eccipiente di una specifica contestazione, là dove gli impone di indicare il giudice competente e, nell'eventualità di concorrenza di fori, di contestare e menzionare tutti i fori possibilmente concorrenti (**Sez. 6-3, n. 14096/2020, Positano, Rv. 658508-01**).

Con riferimento all'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c., secondo **Sez. 3, n. 01594/2020, Cricenti, Rv. 656641-01** l'eccezione di incompetenza non può essere limitata al foro generale del convenuto, ma, come in ogni altra lite che riguardi diritti di obbligazione, deve investire tutti i criteri di collegamento alternativamente previsti dagli artt. 18-20 c.p.c. e astrattamente applicabili. Tali controversie infatti, concernono un'obbligazione da tutelare attraverso la dichiarazione di inefficacia (relativa) del negozio che si assume fraudolentemente posto in essere, sicché la competenza per territorio va determinata in base ai criteri di collegamento previsti dagli artt. 18-20 cit.

Per quanto concerne i procedimenti cautelari *ante causam*, **Sez. 6-3, n. 12403/2020, D'Arrigo, Rv. 658063-01** ha ribadito che l'omessa rilevazione dell'incompetenza, sia essa derogabile o inderogabile nell'ambito di quei procedimenti, non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adìto anche ai fini del successivo giudizio di merito, dal momento che non opera nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al giudizio a cognizione piena. Ne consegue che il giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-*octies* e *novies* c.p.c., all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela (conf. Sez. 3, n. 02505/2010, Frasca, Rv. 611615-01).

6. Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza.

L'incompetenza per materia, per valore e quella per territorio c.d. funzionale sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., cioè l'udienza fissata per la prima comparizione delle parti.

In applicazione di tale disposizione, **Sez. 6-1, n. 09552/2020, Mercolino, Rv. 657738-01** ha stabilito che nelle controversie inerenti alla determinazione della giusta indennità di espropriazione, affidate alla competenza funzionale in unico grado della corte di appello, l'incompetenza del tribunale non è rilevabile d'ufficio per la prima volta in sentenza, essendo precluso il rilievo d'ufficio dell'incompetenza oltre la prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

7. Il regolamento di competenza.

Il regolamento di competenza, disciplinato dagli artt. 42 ss. c.p.c., è finalizzato a determinare quale sia il giudice competente a decidere una determinata causa di

merito sicché, sia esso necessario o facoltativo, presuppone che una questione di competenza sia stata - anche solo implicitamente - definita con un provvedimento avente natura di sentenza, ipotizzandosi o sostenendosi la competenza di un giudice ordinario diverso da quello adito. Ai fini della impugnabilità con regolamento facoltativo di competenza, per "decisione di merito" si intende non soltanto una pronuncia sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, in contrapposizione ad una pronuncia sul rapporto processuale, ma anche la risoluzione di questioni diverse da quella sulla competenza, di carattere sostanziale o processuale, pregiudiziali di rito o preliminari di merito, salvo che dal contenuto della pronuncia risulti che l'esame di tali questioni sia stato compiuto solo incidentalmente, in funzione della decisione sulla competenza e senza pregiudizio per l'esito definitivo della controversia (**Sez. 2, n. 21530/2020, Grasso Gius., Rv. 659374-02**).

Il regolamento di competenza è di norma configurato come uno specifico mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti che pronunziano sulla competenza. Pertanto, **Sez. 6-1, n. 22682/2020, Parise, Rv. 659431-01** ha affermato che esso deve contenere tutti gli elementi previsti dall'art. 366 c.p.c., salvo che l'art. 47 c.p.c. non disponga diversamente. Pertanto, ai sensi del n. 6) del detto art. 366 c.p.c. la parte è tenuta, oltre a richiamare gli atti e i documenti del giudizio di merito, anche a riprodurli nel ricorso indicando in quale sede processuale siano stati prodotti. Tale principio è stato enunciato dalla S.C. in una fattispecie nella quale il ricorrente, nel lamentare l'insussistenza della litispendenza tra due cause, ha omesso di riportare nel ricorso per regolamento il contenuto della sua domanda che sarebbe stata diversa rispetto a quella formulata dall'altra parte.

Il regolamento è ammissibile allorché sia proposto avverso la sentenza con la quale il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo dichiari la nullità del decreto opposto esclusivamente per incompetenza del giudice che lo ha emesso, atteso che essa integra una statuizione sulla competenza, e non una pronuncia sul merito, essendo la dichiarazione di nullità non solo conseguente, ma anche necessaria rispetto alla declaratoria di incompetenza; e ciò anche nel caso in cui la sentenza contenga condanna alla restituzione di quanto percepito dal ricorrente in forza del decreto ingiuntivo dichiarato provvisoriamente esecutivo, essendo anche tale statuizione conseguenza necessitata della dichiarazione di nullità del decreto opposto e, quindi, della statuizione di incompetenza (**Sez. 2, n. 21530/2020, Grasso Gius., Rv. 659374-01**).

Invece non può essere impugnata con tale mezzo l'ordinanza con la quale il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo si limiti ad una delibazione

sommaria sulla competenza, unicamente come presupposto della decisione sulla sussistenza delle condizioni per la concessione della provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo opposto (**Sez. 6-3, n. 20357/2020, Tatangelo, Rv. 659255-01**).

Secondo **Sez. 6-3, n. 13426/2020, Rubino, Rv. 658502-01** è altresì inammissibile il regolamento di competenza con il quale si deduca che il giudice, nel dichiarare la propria incompetenza, abbia omesso di revocare il decreto ingiuntivo opposto, sia perché la pronuncia di incompetenza contiene necessariamente, ancorché implicita, la declaratoria di invalidità e di revoca del decreto stesso, con conseguente carenza di interesse alla formulazione di una tale doglianza, sia in quanto quest'ultima non ricade tra quelle previste dall'art. 42 c.p.c., non integrando una questione di competenza. (Conf. Sez. 6-2, n. 22297/2016, Lombardo, Rv. 641679-01).

Il regolamento di competenza è inammissibile anche ove sia proposto avverso provvedimento del Presidente del tribunale di conferma dell'assegnazione della causa alla sezione agraria, anziché alla sezione ordinaria tabellarmente competente del medesimo tribunale, trattandosi di pronuncia avente carattere ordinatorio interno, a valenza meramente amministrativa e priva di natura decisoria sulla competenza (**Sez. 6-3, n. 09072/2020, Rubino, Rv. 657664-01**).

È stato altresì ritenuto inammissibile il ricorso *ex* art. 42 c.p.c. avverso il provvedimento del collegio che disponga la prosecuzione della lite innanzi al giudice istruttore, ove non preceduto dalla rimessione della causa in decisione e dal previo invito alle parti a precisare le rispettive integrali conclusioni anche di merito, salvo che quel giudice abbia affermato, in termini inequivoci ed incontrovertibili, l'idoneità della propria decisione a risolvere definitivamente, davanti a sé, la questione di competenza (**Sez. 6-1, n. 02338/2020, Mercolino, Rv. 656642-01**).

In continuità con il costante orientamento della Corte, **Sez. 3, n. 04001/2020, Di Florio, Rv. 656904-01** ha ribadito che la decisione con la quale il giudice di pace statuisca sulla propria competenza, ove non abbia natura meramente interlocutoria, ma costituisca una vera e propria sentenza, non è impugnabile col regolamento di competenza, ma può essere soltanto appellata, nei limiti e secondo le previsioni di cui all'art. 339 c. p.c.

Sez. 6-2, n. 21975/2020, Oliva, Rv. 659398-01 ha precisato che nei procedimenti avanti al giudice di pace, la sentenza che, definendo il giudizio di opposizione, accolga l'eccezione di incompetenza per territorio del giudice adito in sede monitoria e, conseguentemente, revochi il decreto ingiuntivo opposto,

pur non integrando una decisione nel merito della vertenza, contenendo solo statuizioni in rito, non può essere impugnata con il regolamento di competenza, espressamente escluso dall'art. 46 c.p.c., ma è soggetta ad appello, secondo quanto previsto dall'art. 339 c.p.c.

In tema di querela di falso proposta avanti alla corte d'appello, **Sez. 6-2, n. 10361/2020, Falaschi, Rv. 657820-01** ha ritenuto impugnabile con regolamento necessario di competenza *ex* art. 42 c.p.c. l'ordinanza con cui, ai sensi dell'art. 355 c.p.c. il giudice d'appello rimette la causa al tribunale competente per la riassunzione del giudizio sulla querela, in quanto tale provvedimento ha natura decisoria sulla competenza territoriale relativa a tale giudizio.

Sez. 2, n. 05516/2020, Casadonte, Rv. 657118-01 ha affermato che sono impugnabili soltanto con il regolamento necessario di competenza le pronunce sulla sola competenza, anche se emesse in grado di appello e pur quando abbiano riformato per competenza la decisione di primo grado riguardante anche il merito, dal momento che l'art. 42 c.p.c. non distingue tra sentenza di primo e secondo grado e configura, quindi, il regolamento suddetto quale mezzo d'impugnazione tipico per ottenere la statuizione definitiva sulla competenza. Tale principio, peraltro, opera anche nel caso in cui esista una questione sull'ammissibilità e tempestività dell'eccezione di incompetenza ovvero sul tempestivo rilievo d'ufficio della medesima.

Con specifico riferimento al regolamento facoltativo di competenza in relazione alle sentenze che abbiano pronunciato sulla competenza insieme con il merito, **Sez. 6-3, n. 10932/2020, Rubino, Rv. 658217-01** ha chiarito che l'art. 43 c.p.c. non attribuisce una assoluta ed indiscriminata facoltà di scelta tra il regolamento e l'impugnazione ordinaria, ma consente quest'ultima soltanto quando, secondo il testuale dettato della norma, "insieme con la pronunzia sulla competenza, si impugna quella sul merito". Pertanto, ove la sentenza sia impugnata limitatamente alla prima pronunzia, l'unico mezzo di impugnazione ammesso è il regolamento di competenza.

Quanto al regolamento d'ufficio, **Sez. 6-2, n. 11856/2020, Abete, Rv. 658451-01** ha ribadito che in materia di equa riparazione per irragionevole durata del processo, in caso di declinatoria di competenza da parte del giudice originariamente adito, è inammissibile il regolamento di competenza richiesto d'ufficio, ai sensi dell'art. 45 c.p.c., dal magistrato designato per la fase monitoria dal presidente della corte d'appello davanti alla quale la causa sia stata riassunta, trattandosi di prerogativa riservata al collegio, da investire con l'opposizione *ex* art. 5-*ter;* l'ingiunzione prevista dall'art. 3 della l. n. 89 del 2001, infatti, non ha i caratteri della definitività, atteso che contro di essa è proponibile l'opposizione al

collegio, di cui all'art. 5 ter citato, che non è un mezzo d'impugnazione del decreto monocratico limitato dai motivi di censura, bensì un rimedio processuale ad ampio spettro, esperibile anche quando il giudice della fase monitoria abbia deciso una questione di mero rito.

Non può richiedere d'ufficio il regolamento di competenza il giudice di pace davanti al quale la causa è stata riassunta, dopo che la decisione di altro giudice di pace sulla competenza sia stata riformata in seguito ad appello specifico sul punto. Ciò in quanto la pronuncia di appello sulla competenza può essere contestata solo dalle parti con il regolamento necessario previsto dall'art. 42 c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 00346/2020, Scrima, Rv. 656552-01**).

Secondo **Sez. 6-1, n. 02073/2020, Bisogni, Rv. 656821-01**, il regolamento di competenza d'ufficio è sempre proponibile, in applicazione analogica dell'art. 45 c.p.c., per individuare chi sia competente tra il tribunale ordinario e quello per i minorenni in tema di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale in pendenza di un giudizio di separazione personale, anche in presenza di un conflitto positivo pure solo virtuale, ritenendosi i due tribunali entrambi competenti ad adottare il medesimo provvedimento, trattandosi di materia nella quale il giudice dispone di poteri officiosi d'iniziativa, ai fini tanto dell'instaurazione e della prosecuzione del procedimento quanto della pronuncia di merito.

Tra i provvedimenti che impugnabili con regolamento necessario di competenza, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., vi sono anche quelli che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. In proposito **Sez. 6-3, n. 20344/2020, Guizzi, Rv. 659251-01** ha chiarito che tale rimedio non è ammesso contro il diniego di sospensione del processo, poiché la formulazione letterale dell'art. 42 c.p.c., di carattere eccezionale, prevede un controllo immediato solo sulla legittimità del provvedimento che tale sospensione concede. Si è tuttavia ritenuto che questa disciplina non si ponga in contrasto con l'art. 6 CEDU in quanto contempera l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale con quella di efficienza della giurisdizione, garantendo, da un lato, il diritto della parte che si vede respingere la richiesta di sospensione di impugnare, comunque, sul punto, la decisione che ha definito il giudizio non sospeso e, dall'altro, la durata ragionevole del processo.

È impugnabile col regolamento di competenza di cui all'art. 42 c.p.c. l'ordinanza resa ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., con la quale sia disposta la sospensione facoltativa del processo allorché sia stata invocata l'autorità di una sentenza pronunciata all'esito di un diverso giudizio e tuttora impugnata. **Sez. 6-3, n. 14146/2020, Scrima, Rv. 658381-02** ha affermato che in tal caso il sindacato

esercitabile al riguardo dalla Corte di cassazione è limitato alla verifica dell'esistenza dei presupposti giuridici in base ai quali il giudice di merito si è avvalso del potere discrezionale di sospensione nonché della presenza di una motivazione non meramente apparente in ordine al suo esercizio.

7.1 Il procedimento.

Nel procedimento per regolamento di competenza, i difensori che rappresentano le parti nel giudizio di merito conservano la qualità di procuratori, senza che sia neppure necessaria l'abilitazione al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione, operando il regolamento medesimo come un semplice incidente del processo di merito. In applicazione del principio, **Sez. 6 - 2, n. 16219/2020, Scarpa, Rv. 658743-01** ha ritenuto ammissibile la scrittura difensiva depositata, *ex* art. 47, ultimo comma, c.p.c. dall'Avvocatura distrettuale dello Stato operante nel distretto di Corte di appello di ubicazione del Tribunale ove si stava svolgendo il processo di merito.

Inoltre, **Sez. 6-3, n. 10439/2020, D'Arrigo, Rv. 658030-01** ha affermato che il difensore della parte, munito di procura speciale per il giudizio di merito, è legittimato a proporre istanza di regolamento di competenza, ove ciò non sia espressamente e inequivocabilmente escluso dal mandato alle liti, perché l'art. 47, comma 1, c.p.c. è una norma speciale, che prevale sull'art. 83, comma 4, c.p.c., in base al quale la procura speciale deve presumersi conferita per un solo grado di giudizio.

Riguardo ai requisiti che il ricorso per regolamento di competenza deve presentare, **Sez. 6-3, n. 01278/2020, Graziosi, Rv. 656591-01**, confermando l'orientamento già espresso da Sez. 3, n. 20395/2009, Frasca, Rv. 609345-01, ha stabilito che è inammissibile per inosservanza del requisito di cui al n. 3 del comma 1 dell'art. 366 c.p.c. il ricorso che pretenda di assolvere a tale requisito - applicabile anche a detto mezzo di impugnazione - mediante l'assemblaggio in sequenza cronologica degli atti della causa, riprodotti in copia fotostatica, senza che ad esso faccia seguire una parte espositiva in via sommaria del fatto sostanziale e processuale, né in via autonoma prima dell'articolazione dei motivi né nell'ambito della loro illustrazione.

Con riguardo al regolamento di competenza d'ufficio, **Sez. U., n. 11866/2020, Carrato, Rv. 658035-01**, nel decidere la questione di massima di particolare importanza rimessa dalla Sez. 6-2, ha affermato che, anche nell'ipotesi in cui esso sia proposto dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 45 c.p.c., opera la preclusione di cui all'art. 38 c.p.c. (il quale dispone che l'incompetenza

per materia, per valore e per territorio inderogabile sono eccepite o rilevate entro l'udienza di trattazione), con la conseguenza che detto regolamento, dovendo immediatamente seguire al rilievo dell'incompetenza, deve essere richiesto entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall'art. 350 c.p.c., ossia prima che il giudice del gravame provveda all'eventuale ammissione delle prove a norma dell'art.356 c.p.c., ovvero - in caso di non espletamento di attività istruttoria - prima che proceda ad invitare le parti alla precisazione delle conclusioni e a dare ingresso alla fase propriamente decisoria.

Ai fini della determinazione delle spese del giudizio, **Sez. 6-3, n. 00504/2020, D'Arrigo, Rv. 656577-01** ha statuito che, poiché il regolamento di competenza ha ad oggetto una questione di rilievo meramente procedurale, in cui il valore effettivo della controversia non risulta determinabile mediante l'applicazione dei criteri previsti dal decreto del Ministro della Giustizia 10 marzo 2014, n. 55, la questione deve essere considerata di valore indeterminabile, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del citato decreto.

Sez. 6-2, n. 13636/2020, Cosentino, Rv. 658724-01 ha riaffermato il principio secondo cui, stante la natura impugnatoria del ricorso per regolamento di competenza, ove lo stesso venga integralmente rigettato il ricorrente può essere obbligato al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato *ex* art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, introdotto, con riferimento ai procedimenti iniziati in data successiva al 30 gennaio 2013, dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012.

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI

(di LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. Il giudice. Astensione e ricusazione - 2. Ausiliari - 2.1. Il diritto al compenso - 2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari - 3. Litispendenza e continenza - 4. Le parti e i difensori - 5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso - 6. L'interesse ad agire - 7. La legittimazione ad agire - 8. I termini - 9. Comunicazioni e notificazioni - 9.1. Nullità della notificazione.

1. Il giudice. Astensione e ricusazione.

Le rare pronunce in tema di astensione e ricusazione rese nell'annualità in rassegna hanno confermano la tendenza della giurisprudenza di legittimità a concepire i casi di astensione obbligatoria del giudice stabiliti dall'art. 51 c.p.c., ai quali corrisponde il diritto di ricusazione delle parti, come deroga eccezionale al principio del giudice naturale precostituito per legge e, quindi, come istituti di stretta interpretazione.

Tale approccio ermeneutico, che risponde ad un insegnamento più che consolidato (risalente a Sez. U, n. 665/1964, Celentano, Rv. 300910-01 e recentemente ribadito da Sez. 1, n. 22930/2017, Genovese, Rv. 645526-01), ha orientato **Sez. 6-2, n. 2720/2020, Scarpa, Rv. 657246-01**, con la quale la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sul rapporto tra l'obbligo di astensione e la proposta di trattazione camerale ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.

Tale decisione ha, innanzitutto, ribadito che nel giudizio di cassazione la proposta ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. non riveste carattere decisorio e non deve essere motivata, essendo destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per quest'ultimo, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o di non condividerla, con conseguente rinvio alla pubblica udienza della sezione semplice, in base all'art. 391-*bis*, comma 4, c.p.c. Ha, quindi, precisato che il contenuto e la funzione di tale disposizione non sono mutati all'esito del Protocollo di intesa tra la Corte di cassazione, il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del "nuovo rito" ai giudizi civili di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016, che ha previsto l'"'informazione circa le ragioni dell'avvio del ricorso alla trattazione in adunanza camerale", per giungere alla conclusione che in un giudizio di revocazione la suddetta proposta non può valere come

indebita anticipazione del giudizio ad opera del consigliere relatore, né tantomeno comportare un obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c.

Merita, altresì, di essere menzionata **Sez. 6-2, n. 18611/2020, Parise, Rv. 657246-01**, la quale ha ribadito che l'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione non è impugnabile mediante ricorso straordinario per cassazione giacché, pur avendo natura decisoria - atteso che decide su un'istanza diretta a far valere concretamente l'imparzialità del giudice, la quale costituisce non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche, se non soprattutto, un diritto soggettivo della parte - manca, tuttavia, del necessario carattere della definitività, in quanto la sua non impugnabilità *ex se* non esclude che il suo contenuto sia suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo attraverso il controllo sulla pronuncia resa dal (o col concorso del) *iudex suspectus*. L'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice invano ricusato si converte, pertanto, in motivo di nullità dell'attività spiegata dal giudice stesso, e quindi di gravame della sentenza da lui emessa.

2. Ausiliari.

Dalle pronunce che nel 2020 hanno affrontato questioni concernenti la disciplina degli ausiliari del giudice emerge il consolidamento della tendenza della giurisprudenza di legittimità a riconoscere carattere pubblicistico alle funzioni ad essi attribuite nel generale e superiore interesse della giustizia.

La produzione giurisprudenziale ha toccato prevalentemente i profili della liquidazione del compenso, specie con riferimento all'ausiliare del giudice penale, e del procedimento di opposizione avverso la stessa.

2.1. Il diritto al compenso.

Per quel che riguarda la remunerazione dell'ausiliare designato in sede penale, merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 1205/2020, Grasso Giuseppe, Rv. 656843-01**, la quale, in materia di indennità per il custode di cose sequestrate in un procedimento penale, ha chiarito che in tema di liquidazione dell'indennità spettante al custode di tali beni, qualora il compendio sequestrato non rientri in alcuna delle categorie di beni indicati nel d.m. n. 265 del 2006, di approvazione delle tariffe, emesso in attuazione dell'art. 59 del d.P.R. n. 115 del 2002, il giudice può applicare, in via analogica, la disciplina dettata per casi analoghi, in base alla similitudine fisica dei beni, non potendo trovare applicazione l'art. 2233, comma 1, c.c., che si riferisce esclusivamente alle professioni intellettuali. Nella specie,

relativa al sequestro di container, la Corte di Cassazione ha confermato la decisione della corte d'appello che, accertata l'insussistenza di un uso locale cui fare riferimento, aveva ritenuto applicabile, in via analogica, la disciplina dettata dall'art. 1 del d.m. n. 265 cit. per il compenso dovuto per la custodia di autoveicoli e natanti.

Ancora, in materia di indennità per gli ausiliari del giudice penale, **Sez. 3, n. 14242/2020, Cricenti, Rv. 658330-01**, ha precisato che le prestazioni di noleggio di apparecchiature private da utilizzarsi per intercettazioni telefoniche non sono, in astratto, sottratte alla libera contrattazione, ma l'autorizzazione all'utilizzo rilasciata dal P.M. non costituisce accettazione di una proposta contrattuale del noleggiatore poiché essa proviene da un organo che non ha capacità di impegnare contrattualmente il Ministero della Giustizia e la sua funzione è piuttosto di rendere utilizzabili nel processo le intercettazioni effettuate con strumenti privati. Peraltro, in difetto di una utilizzazione pattuita, l'uso di tali apparecchiature è rimborsabile nei termini indicati dall'art. 168 del d.P.R. n. 115 del 2002, disposizione di chiusura che consente il rimborso di tutte le spese, non espressamente previste, effettuate nel corso del processo per situazioni straordinarie.

Sempre in materia di compenso spettante all'ausiliare designato in sede penale, **Sez. 6-2, n. 24933/2020, Giannaccari, Rv. 659702-01**, dando seguito a Sez. 1, n. 11553/2019, Scotti, Rv. 653768-01 ed a Sez. 6-2, n. 752/2016, Giusti, Rv. 638638-01, ha chiarito che, in tema di liquidazione dell'indennità spettante al custode di beni sottoposti a sequestro nell'ambito di un procedimento penale, la determinazione dell'indennità di custodia per i beni diversi da quelli espressamente contemplati dal d.m. n. 265 del 2006 va operata, ai sensi dell'art. 5 del citato d.m. e dell'art. 58, comma 2, del d.P.R. n. 115 del 2002, sulla base degli usi locali, senza che per questi occorra verificare la ricorrenza del requisito della *opinio iuris ac necessitatis*, ossia dalla convinzione, comune ai consociati, dell'obbligatorietà dell'osservanza delle tariffe, poiché il recepimento e la legittimazione delle prassi dei corrispettivi applicati nella pratica commerciale deriva direttamente dal rinvio operato dalla disciplina legale. Nella fattispecie, la Corte ha confermato la decisione gravata che, in sede di liquidazione, aveva attribuito valore al fatto che, pur in assenza di una raccolta degli usi della Provincia di Roma, da anni la Prefettura determinava le indennità di custodia dei beni in sequestro con riferimento all'Agenzia del Demanio, applicando le riduzioni di cui al d.P.R. n. 265 del 2006.

Per quanto riguarda l'ausiliare del giudice dell'esecuzione, secondo **Sez. 6-3, n. 9048/2020, Tatangelo, Rv. 657833-01**, la liquidazione dei compensi e delle

spese spettanti agli Istituti di Vendite Giudiziarie per le attività ad essi attribuite (tra cui la custodia, il trasporto e la vendita dei beni mobili pignorati) è regolata esclusivamente ed interamente dalle disposizioni del d.m. n. 109 del 1997, sicché non può trovare applicazione, neppure parziale, il d.m. n. 80 del 2009 che disciplina, invece, i compensi spettanti agli altri soggetti, diversi dai predetti istituti, nominati custodi dei beni pignorati in sostituzione del debitore ai sensi dell'art. 520, comma 2, c.p.c.

Interessanti precisazioni sono state svolte anche in merito alla liquidazione del compenso del consulente tecnico d'ufficio, con specifico riferimento all'ipotesi di accertamento plurimo, in relazione al quale **Sez. 2, n. 15306/2020, Picaroni, Rv. 658473-01**, in continuità con Sez. 1, n. 22779/2014, Campanile, Rv. 632890-01, ha confermato che, ai fini della liquidazione degli onorari del c.t.u., deve aversi riguardo all'accertamento richiesto dal giudice e, ove si tratti di accertamento plurimo, ancorché in base ad incarico unitario, è legittima la liquidazione degli onorari effettuata mediante sommatoria di quelli relativi a ciascuno dei distinti accertamenti richiesti.

2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.

Per quanto concerne il procedimento di opposizione alla liquidazione del compenso, le pronunce rese nel 2020 hanno riguardato prevalentemente questioni attinenti al provvedimento conclusivo del giudizio *ex* art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 e al ricorso per cassazione avverso di esso.

Con riferimento all'ordinanza che decide sull'opposizione, **Sez. 6-1, n. 22292/2020, Terrusi, Rv. 659147-01**, conformandosi alle indicazioni offerte da Sez. 2, n. 879/2012, Giusti, Rv. 622760-01, ha ribadito che nel giudizio di opposizione alla liquidazione del compenso degli ausiliari del giudice, l'ordinanza emessa dal giudice monocratico anziché dal presidente del tribunale non è affetta da nullità, non essendo configurabili all'interno dello stesso ufficio questioni di competenza tra il suo presidente ed i giudici che sono in servizio, ma solo di distribuzione degli affari in base alle tabelle di organizzazione.

Per quanto riguarda, invece, l'impugnazione di tale provvedimento, significative indicazioni sistematiche si traggono da **Sez. 6-2, n. 5990/2020, Criscuolo, Rv. 657576-01**, la quale ha precisato che l'ordinanza del tribunale che abbia deciso sull'opposizione avverso il decreto di liquidazione dei compensi spettanti al c.t.u., incide con carattere di definitività su diritti soggettivi; non essendo altrimenti impugnabile anche in virtù del disposto di cui all'art. 14,

comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, essa è soggetta a ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., il cui termine breve di proposizione decorre, a norma dell'art. 739 c.p.c., dalla notificazione dell'ordinanza; in assenza di tale notificazione deve reputarsi applicabile il termine lungo d'impugnazione di cui all'art. 327 c.p.c.

Sulla stessa linea, **Sez. 6-2, n. 4735/2020, Criscuolo, Rv. 657263-01**, ha affermato che il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che abbia deciso sull'opposizione *ex* art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, può essere proposto entro il termine lungo *ex* art. 327 c.p.c., non trovando applicazione la previsione, relativa al procedimento sommario di cognizione, secondo la quale l'appello avverso l'ordinanza *ex* art. 702 ter c.p.c. deve essere proposto nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione, ma la disciplina del ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost., venendo in rilievo un provvedimento non altrimenti impugnabile che incide con carattere di definitività su diritti soggettivi.

Ancora, in merito alla legittimazione all'opposizione alla liquidazione del compenso in favore del consulente tecnico del P.M. nel corso delle indagini preliminari, **Sez. 6-2, n. 5996/2020, Fortunato, Rv. 657273-01**, ha precisato che l'ordinanza che definisce detto giudizio è ricorribile per cassazione da parte della Procura della Repubblica; essendo quest'ultima, infatti, litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione, è anche legittimata ad impugnare la relativa decisione, a prescindere dal fatto che intervenga spontaneamente in quel giudizio o sia chiamata in causa per integrazione del contraddittorio.

In argomento, va pure segnalata **Sez. 6-2, n. 18239/2020, Abete, Rv. 659218-01**, la quale, in linea di continuità con Sez. 2, n. 10328/2009, D'Ascola, Rv. 608196-01, ha precisato che avverso il provvedimento di liquidazione del compenso in favore del curatore dell'eredità giacente - il quale, *ex* art. 3, lett. n), del d.P.R. n. 115 del 2002, è un "ausiliario del magistrato" - emesso in data successiva all'entrata in vigore del citato decreto, non è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività del provvedimento, che può essere impugnato, con l'opposizione prevista dall'art. 170 del suddetto d.P.R., dinanzi al presidente dell'ufficio giudiziario competente.

3. Litispendenza e continenza.

In materia di litispendenza, tra le pronunce più significative dell'annualità in rassegna meritano di essere segnalate **Sez. U, n. 12865/2020, Perrino, Rv. 658084-02** e **Sez. U, n. 28675/2020, De Stefano, Rv. 659871-01** sulla litispendenza internazionale.

La prima delle richiamate decisioni ha chiarito che, in presenza di una clausola di proroga della giurisdizione, nel caso in cui siano promosse più cause in rapporto di litispendenza davanti a giudici di Stati diversi, e dovendosi applicare l'art. 27 della Convenzione di Lugano, firmata il 30 ottobre 2007 (approvata anche dalla Comunità europea con decisione del Consiglio 2009/430/CE del 27 novembre 2008), è il giudice preventivamente adito a dover verificare l'esistenza della clausola e, con essa, l'effettiva pattuizione di una competenza giurisdizionale esclusiva, mentre l'altro giudice, nell'attesa di tale statuizione, deve sospendere d'ufficio il proprio procedimento, non potendo adottare alcuna statuizione sulla competenza giurisdizionale, sicché, ove sia successivamente adito il giudice italiano, nel processo pendente davanti a quest'ultimo non è consentita neppure la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione.

La seconda ha, invece, affermato che in sede di regolamento di giurisdizione, è inammissibile ogni questione in materia di litispendenza internazionale, anche alla stregua del Regolamento (UE) n. 1215 del 2012, non configurandosi una questione di giurisdizione neppure in caso di mancato o negato riconoscimento di detta litispendenza, né potendo convertirsi il regolamento di giurisdizione in quello di competenza cd. improprio, che non è mai consentito contro i provvedimenti che non abbiano disposto la sospensione del processo.

Utili indicazioni ricostruttive sono state, inoltre, offerte da **Sez. 6-3, n. 10936/2020, Scrima, Rv. 658218-02**, secondo la quale, quando sia proposta una domanda, sia pure in via riconvenzionale, è irrilevante che in essa sia eventualmente postulato un accertamento "incidenter tantum", poiché i fatti costitutivi della stessa necessariamente individuano una domanda da decidere con efficacia di giudicato, senza che, in riferimento alla posizione dell'attore, sia richiamabile l'art. 34 c.p.c., in forza del quale è solo il convenuto che può prospettare la necessità dell'accertamento incidentale di un rapporto, al fine di fargli assumere rilievo sulla decisione della domanda principale. Ne discende che, ove una domanda sia stata già avanzata in separato giudizio, la sua riproposizione in via riconvenzionale nel giudizio promosso da altri dà luogo, nonostante la eventuale precisazione della sua natura incidentale, a litispendenza, con conseguente operare del principio di prevenzione a favore della prima.

Merita, inoltre, di essere menzionata **Sez. 5, n. 24226/2020, Fraulini, Rv. 659487-01**, la quale ha chiarito che nelle cause a litisconsorzio necessario, sussiste litispendenza, con conseguente eliminazione del giudizio successivamente proposto secondo il criterio della prevenzione, anche quando la prima domanda sia stata avanzata nei confronti di alcuni soltanto dei contraddittori necessari e quella successiva nei confronti di altri o di tutti, attesa la finalità, perseguita con

la modifica dell'art. 39, comma 1, c.p.c., intervenuta con l'art. 45, comma 3, legge n. 69 del 2009, di evitare l'inutile duplicità di giudizi e il rischio che un medesimo rapporto sia regolato da statuti confliggenti. In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che i giudici di merito avessero correttamente dichiarato la litispendenza nell'ambito del giudizio proposto dai soci di una s.a.s. avverso l'avviso di accertamento del maggior reddito, in quanto successivo a quello instaurato dalla società avverso il medesimo atto.

In ultimo, va dato conto di **Sez. 5, n. 24288/2020, Condello, Rv. 659488-01**, la quale, con riferimento al processo tributario, ha precisato la litispendenza si determina con la notifica del ricorso, ai sensi degli artt. 18 e 20 d.lgs. n. 546 del 1992, e non con la successiva costituzione in giudizio del ricorrente, ai sensi dell'art. 22 del medesimo d.lgs., costituendo questo un adempimento ulteriore che non incide sull'esistenza del processo, ma ne preclude la sola prosecuzione.

Tra le rare pronunce in materia di continenza registratesi nell'anno in esame, merita di essere segnalata **Sez. 6-3, n. 10439/2020, D'Arrigo, Rv. 658030-02**, la quale, dando seguito a Sez. 6-3, n. 5455/2014, Frasca, Rv. 630197-01 ed a Sez. 6-3, n. 26835/2017, Scrima, Rv. 647137-01, ha ribadito che l'art. 39, comma 2, c.p.c. non è applicabile in caso di pendenza di una causa in appello e di altra in primo grado e, quindi, in questa ipotesi, non può realizzarsi la rimessione della seconda controversia al giudice dell'impugnazione della decisione sulla prima, per il diverso grado in cui risultano trovarsi. L'esigenza di coordinamento sottesa alla disciplina della continenza deve, però, essere comunque assicurata mediante la sospensione, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., del processo che avrebbe dovuto subire l'attrazione all'altro, se avesse potuto operare detta disciplina, in attesa della definizione con sentenza passata in giudicato del giudizio che avrebbe esercitato tale attrazione.

In discontinuità con tale principio, **Sez. 6-3, n. 18082/2020, Iannello, Rv. 658515- 01**, ha, tuttavia, affermato che la sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. presuppone la pendenza davanti allo stesso o ad altro giudice di una controversia avente ad oggetto questioni pregiudiziali necessariamente diverse rispetto a quelle dibattute nel giudizio da sospendere, mentre, ove si verta in ipotesi di identità di questioni in discussione innanzi al giudice del processo del quale si chiede la sospensione ed in altra, diversa sede, detto giudice conserva il potere di pronunciare sul *thema decidendum* devoluto alla sua cognizione, potendo soltanto configurarsi gli estremi per far luogo o alla riunione dei procedimenti o ad una declaratoria di litispendenza o di continenza di cause. Nella specie, la Corte ha disposto la prosecuzione del giudizio erroneamente sospeso sul rilievo dell'identità della domanda avanzata in altro procedimento preventivamente

instaurato e sospeso in attesa della definizione di questione pregiudiziale pendente in cassazione.

Di particolare interesse è, poi, la ricostruzione proposta da **Sez. 1, n. 4343/2020, Campese, Rv. 657079-02**, secondo la quale, ove la domanda di concordato preventivo ed il procedimento prefallimentare siano pendenti dinanzi ad uffici giudiziari diversi, ferma la regola della continenza *ex* art. 39, comma 2, c.p.c., è onere del debitore che conosce della pendenza dell'istruttoria prefallimentare, anteriormente introdotta, proporre la domanda di concordato preventivo dinanzi al tribunale investito dell'istanza di fallimento, anche quando lo ritenga incompetente, affinché i due procedimenti confluiscano dinanzi al medesimo tribunale, e senza che una siffatta condotta determini acquiescenza ad una eventuale violazione dell'art. 9 l. fall.

Merita, infine, di essere menzionata **Sez. 6-3, n. 30744/2019, D'Arrigo, Rv. 656293-01**, la quale, in tema di opposizioni concernenti la medesima procedura esecutiva ed introdotte davanti ad uffici giudiziari diversi, ha chiarito che, ove fra due cause sussista una relazione di continenza o di connessione per pregiudizialità e per il titolo, va disposta, essendosi in presenza di competenze inderogabili, la sospensione della lite pregiudicata in attesa della decisione di quella pregiudicante. Nella specie, la Corte ha precisato che il principio di cui in massima trova applicazione sia se nelle due controversie sono denunciati profili attinenti all'opposizione all'esecuzione sia se i giudizi sono proposti *ex* art. 617 c.p.c..

4. Le parti e i difensori.

Nell'annualità in rassegna tra le pronunce in materia di legittimazione processuale merita di essere posta in evidenza **Sez. L, n. 1392/2020, Raimondi, Rv. 656536-01**, la quale ha affermato che il ricorso per cassazione proposto dall'*ex* rappresentante di società estinta è inammissibile, perché per la sua proposizione occorre la procura speciale, sicché non può valere l'ultrattività di procure in precedenza rilasciate e nemmeno può esserne rilasciata una nuova, stante la necessità che il relativo conferimento provenga da un soggetto esistente e capace di stare in giudizio; ne consegue la condanna alle spese in proprio del detto rappresentante, in quanto, salvo che particolari condizioni o circostanze o elementi anche indiziari non lo richiedano, non corrisponde ad uno specifico dovere professionale dell'avvocato, che si limita ad autenticarne la sottoscrizione, verificare costantemente la persistenza della qualità di legale rappresentante della persona fisica che gli conferisce il mandato, che ha invece l'onere di conoscere la

cessata persistenza dei propri poteri e di renderne preventivamente ed adeguatamente edotto il suo difensore.

Ancora, in tema di rappresentanza processuale della persona giuridica **Sez. 5, ord. n. 6799/2020, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 657399-01**, ha precisato che, quando la fonte del potere rappresentativo dell'ente derivi da un atto soggetto a pubblicità legale, spetta alla controparte, qualora contesti che colui che ha sottoscritto la procura possa agire in giudizio in rappresentanza della società, provare l'irregolarità dell'atto di conferimento. Nel caso in cui, invece, la firma di chi ha conferito la procura sia illeggibile e non sia stato indicato il suo nominativo nel mandato o nell'intestazione dell'atto, il giudice deve invitare la parte alla regolarizzazione, e, solo in caso di inottemperanza, può emettere una pronuncia in rito di inammissibilità del ricorso, stante l'applicabilità dell'art. 182 c.p.c. al processo tributario, prevista dal d.lgs. n. 156/2015 che ha modificato l'art. 12 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Devono, poi, essere segnalate **Sez. 6-3, n. 8987/2020, Rossetti, Rv. 657935-01** e **Sez. 3, n. 11091/2020, Sestini, Rv. 658138-01** sul tema dell'onere della prova del potere rappresentativo.

La prima ha chiarito che la procura alle liti rilasciata da persona chiaramente identificabile, che abbia dichiarato la propria qualità di legale rappresentante dell'ente costituito in giudizio, è valida, incombendo su chi nega tale qualità l'onere di fornire la prova contraria.

La seconda ha precisato che in tema di rappresentanza processuale della persona giuridica, ove il potere rappresentativo non derivi da un atto soggetto a pubblicità legale e la controparte lo contesti, la parte rappresentata è tenuta a dimostrare, tramite pertinente produzione documentale anche *ex* art. 372 c.p.c., la spettanza di tale potere.

Sviluppando considerazioni presenti in Sez. L, n. 2332/2016, Manna A., Rv. 656726-01, **Sez. L, n. 5681/2020, Piccone, Rv. 657514-01**, ha ribadito che la *contemplatio domini* non richiede l'uso di formule sacramentali, né per l'attività negoziale sostanziale né per quella processuale, cosicché la spendita del nome del rappresentato, contenuta nell'atto iniziale della lite, non deve essere necessariamente ripetuta in ogni successivo atto del processo. In applicazione di tale principio, la Corte di Cassazione ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto che la mancata notificazione del ricorso in appello alla società di cartolarizzazione dei crediti dell'INPS non contrastasse con la previsione del litisconsorzio necessario di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 448 del 1998, essendosi costituito l'INPS, in primo grado, anche quale mandatario della suddetta società.

Sempre in tema di legittimazione processuale, **Sez. 3, n. 2460/2020, Iannello, Rv. 656726-01**, con riferimento alla rappresentanza dei figli minori da parte dei genitori, ha chiarito che, nel caso in cui il genitore agisca in giudizio in rappresentanza del figlio minore in difetto di autorizzazione *ex* art. 320 c.c., l'eccezione di carenza di legittimazione processuale sollevata dalla controparte è infondata se l'autorizzazione viene prodotta, sia pure successivamente alla scadenza dei termini *ex* art. 183, comma 6, c.p.c., ovvero se il figlio, diventato maggiorenne, si costituisce nel giudizio (nella specie, di appello), così ratificando l'attività processuale del rappresentante legale, operando in entrambe le ipotesi la sanatoria retroattiva del vizio di rappresentanza ai sensi dell'art. 182 c.p.c.

Un'altra interessante applicazione dei principi in materia di *legitimatio ad processum* ha riguardato la legittimazione sostitutiva dell'esecutore testamentario. In proposito, **Sez. 2, n. 5520/2020, Bellini, Rv. 657119-01**, ha chiarito che l'esecutore testamentario, mentre è titolare "iure proprio" delle azioni, relative all'esercizio del suo ufficio, che trovano il loro fondamento e il loro presupposto sostanziale nel suo incarico di custode e di detentore dei beni ereditari ovvero nella gestione, con o senza amministrazione, della massa ereditaria, è soltanto legittimato processuale, a norma dell'art. 704 c.c., per quanto riguarda le azioni relative all'eredità e, cioè, a diritti ed obblighi che egli non acquista o assume per sé, in quanto ricadenti direttamente nel patrimonio ereditario, pur agendo in nome proprio. In tale ultima ipotesi, in cui non è investito della legale rappresentanza degli eredi del *de cuius*, ma agisce in nome proprio, l'esecutore testamentario assume la figura di sostituto processuale, in quanto resiste a tutela di un diritto di cui sono titolari gli eredi, ma la sua chiamata in giudizio è necessaria ad integrare il contraddittorio.

In ultimo, validi spunti ricostruttivi si rinvengono in **Sez. 2, n. 12640/2020, Besso Marcheis, Rv. 658275-01**, la quale, dando seguito a Sez. 2, n. 14455/2003, Settimj, Rv. 567205-01, ha ribadito che nelle società di capitali il potere di rappresentanza spetta agli amministratori i quali possono conferirlo, in base allo statuto o alle determinazioni dell'organo deliberativo, anche a soggetti che siano preposti a un settore con poteri di rappresentanza sostanziale o inseriti con carattere sistematico nella gestione sociale o in un suo ramo.

Per quanto concerne i temi del difensore e della rappresentanza tecnica, le numerose pronunce emesse nel 2020 hanno riguardato principalmente i profili dei requisiti di validità della procura alle liti, della procura conferita all'estero e del potere di attestazione del difensore.

Tra le decisioni che si sono espresse sui requisiti di forma-contenuto della procura merita, innanzitutto, di essere menzionata **Sez. 6-3, n. 1143/2020,**

Porreca, Rv. 656717-01, la quale, dando seguito a Sez. 1, Di Marzio P., 22772/2018, Rv. 650921-01 ha ribadito che nel caso in cui tra due o più parti sussista un conflitto di interessi, è inammissibile la costituzione in giudizio a mezzo dello stesso procuratore e la violazione di tale limite, investendo i valori costituzionali del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, è rilevabile d'ufficio. Nella specie, la Corte in relazione ad un'opposizione a precetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto da un avvocato, in proprio, e da un suo cliente, assistito dall'avvocato medesimo, ravvisando conflitto di interessi nel fatto che oggetto della controversia fosse un pagamento asseritamente eseguito in favore del cliente su un conto riferibile al suo difensore.

In argomento, va citata anche **Sez. 6-3, n. 20991/2020, Graziosi, Rv. 659151-01**, secondo la quale in tema di giudizio di cassazione, ove più parti abbiano conferito mandato a distinti difensori per la proposizione congiunta di un unico ricorso, l'atto introduttivo deve essere valutato unitariamente nel suo contenuto al fine di verificare la sussistenza di un conflitto di interessi, dovendosi tenere conto non solo della posizione processuale attuale delle parti, ma anche di quella da loro rivestita nei gradi precedenti. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto sussistente il conflitto di interessi in un caso nel quale avevano presentato ricorso per cassazione congiunto il conducente di un veicolo condannato in appello al risarcimento dei danni in favore del terzo trasportato e quest'ultimo, rilevando che la proposizione congiunta del detto ricorso impediva di accertare se l'impugnazione fosse avvenuta in base ad un interesse proprio di ciascuna parte o ad un interesse comune ad entrambe.

La Suprema Corte è tornata ad esprimersi anche sulla procura speciale conferita su foglio separato, ribadendo, in linea con Sez. L, n. 28146/2018, Amendola, Rv. 651515-01, che il ricorso per cassazione è inammissibile laddove il foglio sia privo di data successiva al deposito della sentenza d'appello e senza alcun riferimento al ricorso introduttivo, alla sentenza impugnata o al giudizio di cassazione, ossia al consapevole conferimento, da parte del cliente, dell'incarico al difensore per la proposizione del giudizio di legittimità, così risultando incompatibile con il carattere di specialità di questo giudizio (**Sez. 1, n. 4069/2020, Dell'Orfano, Rv. 657063-01**).

In argomento, **Sez. 6-2, n. 6122/2020, Cosentino, Rv. 657276-01**, ha precisato che secondo il principio di conservazione degli atti, quando la procura al difensore è apposta sul retro della prima pagina del ricorso, seguita dalle pagine successive, il requisito della specialità resta assorbito dal contesto documentale unitario, derivando direttamente dalla relazione fisica tra la delega e il ricorso.

Ancora, **Sez. 6-3, n. 13263/2020, Rossetti, Rv. 658373-01**, ha chiarito che, in materia di processo civile, è inammissibile, per difetto della prescritta procura speciale, il ricorso per cassazione proposto sulla base della procura rilasciata dal ricorrente al proprio difensore nell'atto d'appello, essendo quest'ultima inidonea allo scopo perché conferita con atto separato in data anteriore alla sentenza da impugnare in sede di legittimità e, pertanto, in contrasto con l'obbligo di rilasciare la procura successivamente alla pubblicazione del provvedimento impugnato e con specifico riferimento al giudizio di legittimità.

Per **Sez. 6-3, n. 17901/2020, Valle, Rv. 658572-01**, la procura per il ricorso per cassazione ha carattere speciale ed è valida solo se rilasciata in data successiva alla sentenza impugnata, attesa l'esigenza di assicurare, in modo giuridicamente certo, la riferibilità dell'attività svolta dal difensore al titolare della posizione sostanziale controversa. Ne consegue che il ricorso è inammissibile qualora la procura sia conferita a margine dell'atto introduttivo di primo grado, ancorché per tutti i gradi di giudizio.

Per quel che riguarda l'elezione di domicilio, **Sez. 5, n. 13067/2020, Di Marzio P., Rv. 658105-01**, ha affermato che, in tema di ricorso per cassazione, la notifica effettuata al difensore in grado d'appello presso cui il contribuente abbia eletto domicilio è valida anche quando questi sia privo di abilitazione al patrocinio innanzi le magistrature superiori; detta abilitazione è viceversa essenziale quando la parte soccombente intenda impugnare la pronuncia sfavorevole in cassazione, in quanto funzionale ad investire il difensore designato del potere di proporre tale gravame.

Le decisioni riguardanti gli effetti della rinuncia e della revoca della procura hanno palesato una tendenza a confermare principi ormai acquisiti.

Nel riaffermare il consolidato principio per il quale il difensore revocato continua, ai sensi dell'art. 85 c.p.c., a svolgere il suo mandato finché non intervenga la sostituzione con un nuovo difensore, la Corte ha stabilito che è irrilevante la ridotta o compromessa capacità di intendere e di volere del mandante intervenuta "medio tempore", così confermando la sentenza di merito che aveva rigettato l'istanza di rimessione in termini per il deposito memorie *ex* art. 183 c.p.c., proposta dal nuovo difensore della parte sottoposta ad amministrazione di sostegno, che aveva dedotto di essersi trovata, dopo la revoca del precedente difensore e prima della nomina del nuovo, in uno stato di incapacità (**Sez. 6-1, n. 12249/2020, Di Marzio M., Rv. 658059-01**).

Utili indicazioni ricostruttive si rinvengono anche in **Sez. 3, n. 7751/2020, Olivieri, Rv. 657500-01**, secondo la quale nel giudizio di cassazione la revoca della procura *ad litem*, quale espressione dell'autonomia negoziale della parte,

attuata mediante l'esercizio del diritto potestativo di recesso dal rapporto professionale con il difensore, non integra una causa interruttiva del processo, che prosegue senza la necessità di alcun particolare adempimento, mentre, in caso di morte dell'unico difensore dopo il deposito del ricorso e prima dell'udienza di discussione, sebbene non operi l'interruzione del processo, tuttavia, trattandosi di evento sottratto alla disponibilità della parte, la Corte ha il potere di differire l'udienza, disponendo la comunicazione del provvedimento alla parte personalmente, per consentire la nomina di un nuovo difensore, salvo il caso in cui la stessa parte risulti essere stata già informata del detto evento e, nonostante il congruo tempo a sua disposizione, non abbia provveduto ad effettuare tale nomina.

In materia di procura conferita all'estero, validi spunti ricostruttivi offre **Sez. U, n. 1605/2020, Oricchio, Rv. 656794-02**, secondo la quale, in caso di mandante residente all'estero, l'onere di fornire la prova contraria necessaria a superare la presunzione dell'avvenuto rilascio in Italia della procura *ad litem* apposta su atto giudiziario senza indicazione del luogo di sottoscrizione ed autenticata da legale italiano, grava sulla parte avversa a quella della cui sottoscrizione si tratta, e non può ritenersi assolto nell'ipotesi in cui risulti agli atti il riferimento, attestato da idonea documentazione, ad un ingresso in Italia del mandante nello stesso periodo temporale di predisposizione dell'atto a cui la procura si riferisce.

È stato, inoltre, affermato che è valida la procura *ad litem* conferita con scrittura autenticata da notaio austriaco ancorché non munita dell'*apostille* prevista dalla Convenzione sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri (adottata all'Aja il 5 ottobre 1961 e ratificata dall'Italia con l. n. 1253 del 1966), atteso che, nei rapporti tra Italia ed Austria, trova applicazione l'art. 14 della Convenzione aggiuntiva alla Convenzione dell'Aja sulla procedura civile dell'1° marzo 1954 (firmata a Vienna il 30 giugno del 1975 e ratificata dall'Italia con l. n. 342 del 1977), il quale esclude la necessità dell'*apostille*, disponendo che gli atti pubblici formati in uno dei due Stati da un tribunale, un'autorità amministrativa o un notaio e provvisti del sigillo d'ufficio, e quelli privati la cui autenticità sia attestata da un tribunale, un'autorità amministrativa o un notaio hanno il medesimo valore, quanto alla loro autenticità, di quelli formati o redatti nell'altro Stato, senza che risulti necessaria alcuna legalizzazione o formalità analoga (**Sez. U, n. 1717/2020, Mercolino, Rv. 656766-02**).

Ancora, **Sez. U, n. 5592/2020, Cirillo F.M., Rv. 657197-01**, ha precisato che la procura speciale alle liti rilasciata all'estero, è nulla, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 218 del 1995, ove non sia allegata la traduzione dell'attività certificativa svolta dal

notaio, e cioè l'attestazione che la firma sia stata apposta in sua presenza da persona di cui egli abbia accertato l'identità; siffatta nullità può essere sanata con la rinnovazione della procura, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., nel termine perentorio all'uopo concesso dal giudice.

Importanti precisazioni sono state offerte, nell'annualità in esame, in merito alla potestà asseverativa del difensore.

In proposito, merita, innanzitutto, di essere segnalata **Sez. 1, n. 1043/2020, Ferro, Rv. 656872-01**, la quale ha messo in luce che in materia di protezione internazionale, la data del conferimento della procura alle liti per proporre il ricorso per cassazione, al fine di assolvere al requisito della posteriorità alla comunicazione del decreto impugnato ai sensi dell'art. 35-*bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, deve essere certificata dal difensore, titolare di una speciale potestà asseverativa conferita *ex lege*; ne consegue che è inammissibile il ricorso nel quale la procura (nella specie, apposta a margine dell'atto) non indichi la data in cui essa è stata conferita, non assolvendo alla funzione certificatoria la sola autentica della firma, né il citato requisito potendo discendere dalla mera inerenza all'atto steso a fianco o dalla sequenza notificatoria.

Sulla stessa linea **Sez. 1, n. 25304/2020, Nazzicone, Rv. 659574-01**, ha ribadito che, sempre in materia di protezione internazionale, per proporre ricorso in Cassazione il difensore deve certificare la data di rilascio della procura alle liti, al fine di garantire la posteriorità di essa rispetto alla data di comunicazione del provvedimento impugnato, sicché è nulla la procura che non indichi la data in cui essa è stata conferita e tanto determina l'inammissibilità del ricorso e il raddoppio del contributo di cui all'art. 13 del d.P.R, n. 115 del 2002, a carico del difensore come se avesse agito egli stesso.

In merito al potere di asseverazione spettante al difensore, la Corte ha anche chiarito che l'attestazione di conformità all'originale della procura alle liti può essere prodotta contestualmente all'iscrizione a ruolo e al deposito del fascicolo telematico, trovando applicazione l'art. 125, comma 2, c.p.c. anche se la notifica dell'atto introduttivo è avvenuta a mezzo PEC (**Sez. 3, n. 8815/2020, D'Arrigo, Rv. 657837-02**)

Sez. 1, n. 6907/2020, Rossetti, Rv. 657478-01 ha, poi, precisato che nel caso in cui la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta ai fini del ricorso per cassazione può essere redatta, ai sensi dell'art. 9, commi 1-*bis* e 1-*ter*, della legge n. 53 del 1994, dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono, anche nel caso in cui allo stesso fosse stata conferita una procura speciale per quel singolo grado, sino a quando

il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore. Nella specie, l'attestazione di conformità della sentenza impugnata con il ricorso dichiarato improcedibile era stata redatta dal difensore in grado di appello successivamente al conferimento della procura speciale per il ricorso per cassazione ad altro difensore.

5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso.

Nella giurisprudenza dell'anno in rassegna il fenomeno successorio, nel suo duplice aspetto di successione a titolo universale e di successione a titolo particolare nel processo, è stato oggetto di significativi interventi.

Per quel che concerne la fattispecie di cui all'art. 111 c.p.c., le decisioni si sono soffermate prevalentemente sull'onere della prova della legittimazione del successore a titolo particolare nel diritto controverso.

In proposito, merita di essere menzionata **Sez. 6-1, n. 24798/2020, Terrusi, Rv. 659464-01**, che ha precisato che la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 5529/2020, Varrone, Rv. 657122-01**, nel caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, il processo, in virtù del principio stabilito dall'art. 111 c.p.c., continua tra le parti originarie, con la conseguenza che l'alienante mantiene la sua legittimazione attiva (*ad causam*), conservando tale posizione anche nel caso di intervento, ai sensi del medesimo articolo 111, comma 3, c.p.c., del successore a titolo particolare, il quale ha legittimazione distinta e non sostitutiva, ma autonoma. Ne discende che, ai fini della domanda di equa riparazione ai sensi della l. n. 89 del 2001, ciascuno di essi non potrà che riferire la pretesa indennitaria per violazione del termine ragionevole del processo alla diversa durata della rispettiva presenza nel giudizio presupposto.

Ancora, in argomento, **Sez. 6-3, n. 8975/2020, Iannello, Rv. 657937-01**, ha stabilito che il successore a titolo particolare nel diritto controverso è legittimato a impugnare la sentenza resa nei confronti del proprio dante causa allegando il titolo che gli consenta di sostituire quest'ultimo, essendo a tal fine sufficiente la specifica indicazione dell'atto nell'intestazione dell'impugnazione, qualora il titolo

sia di natura pubblica e, quindi, di contenuto accertabile, e sia rimasto del tutto incontestato o non idoneamente contestato dalla controparte. In particolare, nel giudizio di cassazione, il fatto che il controricorrente non abbia sollevato alcuna eccezione in ordine alla legittimazione del ricorrente e si sia solo difeso nel merito dell'impugnazione vale come riconoscimento implicito della dedotta legittimazione attiva e ne preclude la rilevabilità con la successiva memoria *ex* art. 378 c.p.c. In applicazione di tali principi, la Corte di Cassazione ha ritenuto insussistente il dedotto difetto di legittimazione della cessionaria del credito a ricorrere per cassazione avverso la sentenza di appello resa nei confronti della sua dante causa; essa ha rilevato, da un lato, che la ricorrente aveva esplicitamente indicato, in apertura della parte espositiva del ricorso, gli estremi dell'atto di cessione, evidenziandone l'avvenuta pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, e, dall'altro, che la contestazione della controricorrente, oltre che generica, era, altresì, tardiva, in quanto proposta non nel controricorso, ma, per la prima volta, nella memoria *ex* art. 380-*bis*, comma 2, c.p.c.

Sempre in tema di ripartizione dell'onere della prova della legittimazione del successore a titolo particolare nel diritto controverso, **Sez. 1, n. 9137/2020, Falabella, Rv. 657762-01**, ha affermato che la società che intraprenda un giudizio d'appello avverso la sentenza di primo grado emessa nei confronti di un'altra società, della quale affermi di essere successore a titolo universale o particolare, è tenuta a dimostrare la propria legittimazione, sempre che uno degli appellati costituiti l'abbia contestata, giacché la non contestazione postula che la circostanza sia apprezzata come incontroversa anche nei riguardi degli altri appellati rimasti contumaci. Nella specie, la Corte ha cassato la pronuncia di inammissibilità dell'appello proposto da un istituto di credito, per difetto di *legitimatio ad causam*, ancorché le parti costituite in sede di gravame non avessero contestato l'intervenuta fusione per incorporazione che, secondo la prospettazione della banca, valeva a radicare la sua legittimazione.

Occorre, infine, dare conto di **Sez. Sez. 2, n. 12663/2020, Grasso Giuseppe, Rv. 658281-01**, che si è espressa sulle spese processuali gravanti sul successore a titolo particolare nel diritto controverso che risulti soccombente in grado di appello, escludendo che lo stesso possa essere condannato alla rifusione per le spese del giudizio di primo grado cui sia rimasto estraneo, e di **Sez. L, n. 17486/2020, Cinque, Rv. 658798-01**, la quale, con riferimento alla chiamata in causa del successore, ha chiarito che integra violazione dell'art. 111 c.p.c. la dichiarazione di inammissibilità della chiamata in causa del soggetto succeduto nel diritto controverso in pendenza del giudizio di primo grado, effettuata per la

prima volta in grado di appello, potendo tale chiamata essere svolta in ogni fase o grado del processo.

Anche in materia di successione a titolo universale *ex* art. 110 c.p.c., la Suprema Corte è tornata a pronunciarsi sul tema del riparto dell'onere probatorio in ordine alla qualità di successore a titolo universale.

A tale riguardo, merita di essere segnalata **Sez. 6-3, n. 12987/2020, Porreca, Rv. 658232-01**, secondo la quale nell'ipotesi di interruzione del processo per morte di una delle parti in corso di giudizio i chiamati all'eredità, pur non assumendo, per il solo fatto di aver ricevuto e accettato la notifica come eredi, la suddetta qualità, hanno l'onere di contestare, costituendosi in giudizio, l'effettiva assunzione di tale condizione soggettiva, chiarendo la propria posizione, e il conseguente difetto di legittimazione, in quanto, dopo la morte della parte, la legittimazione passiva, che non si trasmette per mera delazione, deve essere individuata dall'istante allo stato degli atti, cioè nei confronti dei soggetti che oggettivamente presentino un valido titolo per succedere, qualora non sia conosciuta, o conoscibile con l'ordinaria diligenza, alcuna circostanza idonea a dimostrare la mancanza del titolo.

Meritano, inoltre, attenzione **Sez. 5, n. 16362/2020, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 658435-01** e **Sez. 5, n. 22014/2020, Castorina, Rv. 659077-01**.

Con la prima, è stato affermato che nel processo tributario, l'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, determina un fenomeno di tipo successorio, in forza del quale i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono - venendo altrimenti sacrificato ingiustamente il diritto dei creditori sociali - ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti *pendente societate*; ne discende che i soci peculiari successori della società subentrano *ex* art. 110 c.p.c. nella legittimazione processuale facente capo all'ente, in situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, ovvero a prescindere dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale, dovendo invece escludersi la legittimazione *ad causam* del liquidatore della società estinta (nella specie destinatario di cartella di pagamento quale coobbligato ai sensi dell'art. 2495, comma 2, previgente art. 2456, comma 2, c.c.) il quale può essere destinatario di un'autonoma azione risarcitoria ma non della pretesa attinente al debito sociale.

Con la seconda delle decisioni richiamate, è stato chiarito che nel processo tributario, la cancellazione della società dal registro delle imprese e la sua

conseguente estinzione priva la società stessa della capacità di stare in giudizio e comporta la conseguente legittimazione dei soci, quali successori della stessa; legittimazione che ha ambito più esteso di quello afferente alla loro responsabilità, disciplinato dall'art. dell'art. 2495, comma 2, cod. civ., di talché affermare la legittimazione di questi ultimi ad essere convenuti in quanto successori della società estinta non equivale anche a riconoscerne la responsabilità in relazione alle obbligazioni sociali.

In ultimo, **Sez. 3, n. 25869/2020, Iannello, Rv. 659853-01**, ha precisato che, qualora l'estinzione della società a seguito di cancellazione dal registro delle imprese intervenga in pendenza di un giudizio che la veda parte, si determina un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 e ss. c.p.c., con eventuale prosecuzione o riassunzione ad opera o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.; ove l'evento non sia stato fatto constare nei modi di legge o si sia verificato quando farlo constare in tali modi non sarebbe più stato possibile, l'impugnazione della sentenza, pronunciata nei riguardi della società, deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, purché dei presupposti della *legitimatio ad causam* sia da costoro fornita la prova. Nella specie, in applicazione di tale principio la corte ha confermato la sentenza d'appello, che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'appello proposto da un socio, che si era limitato a definirsi accomandatario, senza in alcun modo fare cenno d'essere succeduto alla società estinta.

In coerenza con un approccio interpretativo ormai consolidato, **Sez. 6-3, n. 8973/2020, Iannello, Rv. 657936-01**, ha ribadito il principio, risalente a Sez. U, n. 9692/2013, Segreto, Rv. 625791-01, secondo il quale, in tema di giudizio di cassazione, poiché l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110 c.p.c. non è espressamente esclusa per il processo di legittimità, né appare incompatibile con le forme proprie dello stesso, il soggetto che ivi intenda proseguire il procedimento, quale successore a titolo universale di una delle parti già costituite, deve allegare e documentare, tramite le produzioni consentite dall'art. 372 c.p.c., tale sua qualità, attraverso un atto che, assumendo la natura sostanziale di un intervento, sia partecipato alla controparte - per assicurarle il contraddittorio sulla sopravvenuta innovazione soggettiva consistente nella sostituzione della legittimazione della parte originaria - mediante notificazione, non essendone, invece, sufficiente il semplice deposito nella cancelleria della Corte, come per le memorie *ex* artt. 378 e 380-*bis* c.p.c., poiché l'attività illustrativa che si compie con queste ultime è priva di carattere innovativo.

6. L'interesse ad agire.

Le pronunce che nell'annualità in esame hanno esaminato questioni inerenti all'interesse ad agire mostrano un'univoca tendenza a valorizzare, in ossequio al principio di economia processuale, l'effettivo bisogno di protezione di un interesse sostanziale e, quindi, la concreta utilità della pronuncia giurisdizionale, quale condizione indefettibile della tutela giurisdizionale.

In questa prospettiva, varie decisioni sono tornate a soffermarsi sulle implicazioni applicative dei requisiti della concretezza e dell'attualità che devono necessariamente caratterizzare tale condizione dell'azione, sul condiviso presupposto che l'interesse ad agire può ritenersi sussistente quando la parte, attraverso l'azione giurisdizionale, possa conseguire un risultato giuridicamente rilevante e non altrimenti ottenibile se non mediante il processo (Sez. L, n. 18819/2018, Amendola F., Rv. 649879-01), così che la concretezza dell'interesse ad agire è misurata dall'idoneità del provvedimento richiesto a soddisfare l'interesse sostanziale protetto.

Non può, pertanto, darsi ingresso alla tutela giurisdizionale quando dall'accoglimento della domanda non possa conseguire alcuna utilità per la parte.

In coerenza con tale approccio, **Sez. 6-L, n. 2587/2020, Doronzo, Rv. 656753-01**, con specifico riferimento al procedimento per accertamento tecnico preventivo *ex* art. 445-*bis* c.p.c., ha affermato che l'ammissibilità di tale rimedio presuppone, come proiezione dell'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., che l'accertamento medico-legale, richiesto in vista di una prestazione previdenziale o assistenziale, risponda ad una concreta utilità per il ricorrente - la quale potrebbe difettare ove siano manifestamente carenti, con valutazione *prima facie*, altri presupposti della predetta prestazione -, al fine di evitare il rischio della proliferazione smodata del contenzioso sull'accertamento del requisito sanitario.

Sulla medesima linea, **Sez. 2, n. 2670/2020, Abete, Rv. 657090-02**, ha precisato che, con riferimento alla domanda (o all'eventuale eccezione) di nullità di un contratto, mentre per le parti contraenti l'interesse ad agire è *in re ipsa*, in dipendenza dell'attitudine del contratto di cui si invoca la nullità ad incidere nella loro sfera giuridica, il terzo deve dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse alla declaratoria di nullità.

Sez. 3, n. 8530/2020, De Stefano, Rv. 657812-01, sviluppando considerazioni presenti nell'elaborazione della giurisprudenza sull'abusivo frazionamento del credito (Sez. U, n. 4090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01; Sez. 3, n. 17019/2018, Saija, Rv. 649441-02), ha affermato che il danneggiato, che non dimostri di avervi un interesse oggettivamente valutabile, non può, in presenza di

un unitario fatto illecito lesivo di cose e persone, frazionare la tutela giudiziaria, agendo separatamente per il risarcimento dei danni patrimoniali e di quelli non patrimoniali, poiché tale condotta aggrava la posizione del danneggiante-debitore e causa ingiustificato aggravio del sistema giudiziario. In particolare, non integrano un interesse oggettivamente valutabile ed idoneo a consentire detto frazionamento, di per sé sole considerate, né la prospettata maggiore speditezza del procedimento dinanzi ad uno anziché ad altro dei giudici aditi, in ragione della competenza per valore sulle domande risultanti dal frazionamento, né la semplice ricorrenza di presupposti processuali più gravosi per l'azione relativa ad una delle componenti del danno, soprattutto in caso di intervalli temporali modesti.

La concreta declinazione dei richiamati principi sull'interesse alla tutela giurisdizionale ha dato luogo, anche nell'annualità in rassegna, ad un'ampia casistica.

In materia previdenziale merita di essere segnalata **Sez. L, n. 6753/2020, Ghinoy, Rv. 657430-01**, secondo la quale la notifica della cartella esattoriale per contributi previdenziali determina la sopravvenuta carenza di interesse ad agire nel giudizio di impugnazione dell'accertamento ispettivo che sia stato promosso dopo l'iscrizione a ruolo, perché l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999 prevede uno specifico mezzo dell'impugnazione a ruolo, da azionarsi entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, con il quale vengono devolute in giudizio tutte le questioni aventi ad oggetto la fondatezza della pretesa, sia quelle relative alla regolarità del titolo che quelle attinenti al merito, sicché nessun risultato utile il ricorrente potrebbe più conseguire in virtù dell'autonoma azione di accertamento negativo proposta in relazione all'accertamento ispettivo.

In materia condominiale, interessanti spunti si traggono da **Sez. 6-2, n. 15434/2020, Dongiacomo, Rv. 658730-01**, secondo la quale in tema di annullamento delle deliberazioni delle assemblee condominiali, posta la sussistenza dell'interesse ad agire anche quando la relativa azione sia volta esclusivamente alla loro rimozione, ove il vizio abbia carattere meramente formale e la delibera impugnata non abbia *ex se* alcuna incidenza diretta sul patrimonio dell'attore, la domanda giudiziale appartiene alla competenza residuale del tribunale, non avendo ad oggetto la lesione di un interesse suscettibile di essere quantificato in una somma di denaro per il danno ingiustamente subito ovvero per la maggior spesa indebitamente imposta; e da **Sez. 2, n. 17294/2020, Casadonte, Rv. 658893-01**, la quale ha precisato che in tema di azione di annullamento delle deliberazioni delle assemblee condominiali, la legittimazione ad agire attribuita dall'art. 1137 c.c. ai condomini assenti e

dissenzienti non è subordinata alla deduzione ed alla prova di uno specifico interesse diverso da quello alla rimozione dell'atto impugnato, essendo l'interesse ad agire, richiesto dall'art. 100 c.p.c. quale condizione dell'azione di annullamento anzidetta, costituito proprio dall'accertamento dei vizi formali di cui sono affette le deliberazioni.

In materia successoria, **Sez. 6-2, n. 25077/2020, Tedesco, Rv. 659908-01**, ha stabilito che l'interesse del successibile *ex lege* ad impugnare il testamento olografo può essere disconosciuto, qualora costui non dia prova dell'inesistenza in vita di altri eredi legittimi di grado poziore in termini di evidente probabilità, ancorché non di oggettiva certezza.

È stato, infine, ribadito il principio secondo il quale l'interesse ad agire deve sussistere al momento della decisione e, sulla scorta di tale assunto, è stato affermato che l'opposizione al decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione teso all'accertamento dell'esistenza del diritto di credito azionato dal creditore con il ricorso - sicché la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda del creditore istante, rigettando conseguentemente l'opposizione, quante volte abbia a riscontrare che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non sussistenti al momento della proposizione del ricorso o della emissione del decreto, sussistono tuttavia in quello successivo della decisione. Ne consegue ulteriormente che l'opponente è privo di interesse a dolersi del fatto che la sentenza impugnata, nel rigettare l'opposizione, non abbia tenuto conto che difettava una delle condizioni originarie di ammissibilità del decreto ingiuntivo, quando tale condizione, in realtà, sia maturata immediatamente dopo e comunque prima della definizione del giudizio di opposizione (**Sez. 1, n. 15224/2020, Scalia, Rv. 658261-01**).

7. La legittimazione ad agire.

Anche nell'anno in rassegna si registrano diverse pronunce nelle quali la Corte di Cassazione ha fatto applicazione dei principi elaborati in materia di legittimazione ad agire e a contraddire, quale titolarità del potere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale così come prospettato dalla parte.

In materia di condominio, con specifico riferimento all'azione di annullamento delle deliberazioni delle assemblee condominiali, **Sez. 2, n. 17294/2020, Casadonte, Rv. 658893-01**, ha chiarito che la legittimazione ad agire attribuita dall'art. 1137 c.c. ai condomini assenti e dissenzienti non è subordinata alla deduzione ed alla prova di uno specifico interesse diverso da

quello alla rimozione dell'atto impugnato, essendo l'interesse ad agire, richiesto dall'art. 100 c.p.c. quale condizione dell'azione di annullamento anzidetta, costituito proprio dall'accertamento dei vizi formali di cui sono affette le deliberazioni.

In argomento, con specifico riferimento alla legittimazione ad agire dell'amministratore, merita di essere menzionata anche **Sez. 6-2, n. 18796/2020, Scarpa, Rv. 659217-01**, la quale ha puntualizzato che la speciale normativa urbanistica dettata dall'art. 41-*sexies* della l. n. 1150 del 1942, introdotto dall'art. 18 della l. n. 765 del 1967, la quale si limita a prescrivere, per i fabbricati di nuova costruzione, la destinazione obbligatoria di appositi spazi a parcheggi in misura proporzionale alla cubatura totale dell'edificio, determinando, mediante tale vincolo di carattere pubblicistico, un diritto reale d'uso sugli spazi predetti a favore di tutti i condomini dell'edificio, senza imporre all'originario costruttore alcun obbligo di cessione in proprietà degli spazi in questione; pertanto, ove manchi un'espressa riserva di proprietà o sia stato omesso qualsiasi riferimento, al riguardo, nei singoli atti di trasferimento delle unità immobiliari, le aree in questione, globalmente considerate, devono essere ritenute parti comuni dell'edificio condominiale, ai sensi dell'art. 1117 c.c., con conseguente legittimazione dell'amministratore di condominio ad esperire, riguardo ad esse, le azioni contro i singoli condomini o contro terzi dirette ad ottenere il ripristino dei luoghi e il risarcimento dei danni, giacché rientranti nel novero degli atti conservativi, al cui compimento l'amministratore è autonomamente legittimato *ex* art. 1130, n. 4, c.c.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 21562/2020, Tedesco, Rv. 659320-01**, l'amministratore di condominio, essendo tenuto a curare l'osservanza del regolamento di condominio *ex* art. 1130, comma 1, n. 1, c.c., è legittimato ad agire e a resistere in giudizio per ottenere che un condomino non adibisca la propria unità immobiliare ad attività vietata dal regolamento condominiale contrattuale (nella specie, attività alberghiera), senza la necessità di una specifica deliberazione assembleare assunta con la maggioranza prevista dall'art. 1136, comma 2, c.c., la quale è richiesta soltanto per le liti attive e passive esorbitanti dalle incombenze proprie dell'amministratore stesso.

In materia di società, **Sez. 3, n. 3375/2020, Moscarini, Rv. 656896-01**, ha chiarito che la cancellazione della società dal registro delle imprese per trasferimento della sede sociale all'estero non implica la cessazione della sua attività, sicché tale società, non venendo meno, non perde la sua legittimazione processuale ad agire o resistere in giudizio.

In argomento, merita di essere menzionata anche **Sez. 1, n. 7397/2020, Terrusi, Rv. 657488-01**, ad avviso della quale l'incorporazione delle società, ai sensi del d.lgs. n. 1 del 1999, recante il riordino degli enti di promozione dello sviluppo, anche se avvenuta prima dell'entrata in vigore d.lgs. n. 6 del 2003, non ne determina l'automatica estinzione, tenuto conto che l'art. 3 del d.lgs. n. 1 del 1999, nello stabilire la definitiva approvazione delle operazioni di riordino e di accorpamento entro il 30 giugno 2000, ha previsto che debba essere comunque assicurata anche nel periodo transitorio l'operatività, la continuità e la qualità degli interventi e delle attività coinvolte, sicché, ove sia incorporata la società mandataria di un'a.t.i., sussiste la legittimazione ad agire dell'incorporante per far valere il crediti dell'a.t.i. in applicazione dell'art. 1722, n. 4, c.c., nella parte in cui esclude l'estinzione del mandato quando l'esercizio dell'impresa è continuato.

In ultimo, va segnalata **Sez. 3, n. 13862/2020, Positano, Rv. 658304-01**, secondo la quale, qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per fare dichiarare inopponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore e, in pendenza del relativo giudizio, a seguito del sopravvenuto fallimento di questi, il curatore subentri nell'azione in forza della legittimazione accordatagli dall'art. 66 l. fall., accettando la causa nello stato in cui si trova, la legittimazione e l'interesse ad agire dell'attore originario vengono meno, con conseguente improcedibilità della domanda dallo stesso proposta, salva la dimostrazione dell'inerzia degli organi della procedura in relazione al diritto azionato.

8. I termini.

Dalle rare pronunce che nel 2020 hanno affrontato il tema della rimessione in termini risulta confermata la tendenza, ormai costante ed univoca nella giurisprudenza di legittimità, all'interpretazione restrittiva della nozione di causa non imputabile costituente il presupposto di operatività dell'istituto.

In coerenza con tale direttrice, **Sez. 6-5, n. 4585/2020, Dell'Orfano, Rv. 657317-01**, ha chiarito che l'istituto della rimessione in termini, previsto dall'art. 153, comma 2, c.p.c., trova applicazione, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, in caso di decadenza dai poteri processuali interni al giudizio o a situazioni esterne al suo svolgimento, quale la decadenza dal diritto di impugnazione, ma non anche in caso di decadenza conseguente ad errore di diritto. In applicazione di tale principio, la Corte di Cassazione ha escluso l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini in un caso in cui la parte, essendo decaduta dall'impugnazione per

l'avvenuto decorso del termine di cui all'art. 327 c.p.c., aveva dedotto la non tempestiva comunicazione della sentenza da parte della cancelleria, atteso che il predetto termine decorre dalla pubblicazione della sentenza e non dalla sua comunicazione.

La rimessione in termini, sia nella norma dettata dall'art. 184-*bis* c.p.c. che in quella di più ampia portata contenuta nell'art. 153, comma 2, c.p.c., presuppone che la parte incorsa nella decadenza per causa ad essa non imputabile si attivi con tempestività e, cioè, in un termine ragionevolmente contenuto e rispettoso del principio della durata ragionevole del processo. In applicazione di tale principio **Sez. 3, n. 25289/2020, Guizzi, Rv. 659779-01**, ha confermato la sentenza impugnata che aveva rimesso in termini l'appellante principale, la cui mancata tempestiva costituzione era dipesa dall'illegittimo rifiuto di iscrizione a ruolo opposto dalla cancelleria, anche in considerazione del fatto che la scadenza del termine di costituzione si era verificata durante le festività natalizie.

In argomento, merita di essere menzionata anche **Sez. U, n. 27773/2020, Giusti, Rv. 659663-02**, per la quale l'istituto della rimessione in termini, applicabile al termine perentorio per proporre ricorso per cassazione anche con riguardo a sentenze rese dal Consiglio nazionale forense in esito a un procedimento disciplinare, presuppone la sussistenza in concreto di una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza, e non già un'impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà. In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite non hanno ravvisato le condizioni per la rimessione in termini invocata dalla ricorrente, che, nell'impugnare tardivamente per cassazione la sentenza del CNF, aveva addotto la mancata comunicazione, ad opera del domiciliatario, dell'avvenuta notificazione del provvedimento, trattandosi di impedimento riconducibile esclusivamente alla patologia del rapporto intercorso con il professionista incaricato della domiciliazione.

9. Comunicazioni e notificazioni.

Nell'annualità in esame l'elaborazione giurisprudenziale in materia di notificazioni è stata ampia ed ha investito svariati profili dell'istituto.

Sez. 6-1, n. 2415/2020, Di Marzio M., Rv. 656714-01, ha chiarito che legittimato a richiedere la notificazione di un atto giudiziario, ai sensi dell'art. 137 c.p.c. e dell'art. 104, comma 2, del d.p.r. n. 1229 del 1959, non è soltanto la parte personalmente ed il suo difensore munito di procura, ma anche qualunque persona da loro incaricata pure verbalmente, purché non vi sia incertezza assoluta

sull'stante e si possa individuare la parte a richiesta della quale la notifica è eseguita. Facendo applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto inesistente la notificazione di un reclamo, in quanto effettuata su istanza di persona diversa dalla parte e dal suo difensore.

In argomento, occorre menzionare anche **Sez. 5, n. 19780/2020, Chiesi, Rv. 659041-01**, la quale ha evidenziato che, in tema di notificazione, l'art. 137, comma 1, c.p.c. demanda l'attività di impulso del procedimento notificatorio - consistente essenzialmente nella consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario - alla parte personalmente o al suo procuratore, che la rappresenta in giudizio in ragione del suo ufficio di difensore, mentre non sono disciplinate le modalità di conferimento dell'incarico all'ufficiale giudiziario, che restano irrilevanti rispetto al destinatario, in quanto il presupposto del procedimento notificatorio si realizza con la consegna dell'atto e lo scopo della notificazione è raggiunto quando è certo il soggetto cui essa va riferita. Pertanto, ove nella relazione di notifica si faccia riferimento, quale persona che ha materialmente eseguito la consegna dell'atto da notificare, a soggetto diverso da quello legittimato, senza indicare la sua veste di incaricato di quest'ultimo, tale carenza non inficia di per sé la notifica, che può risultare inutilmente eseguita solo se alla stregua dell'atto notificato non sia possibile individuare il soggetto ad istanza della quale la notifica stessa deve ritenersi effettuata. In applicazione del principio, la Corte di Cassazione ha escluso l'irritualità della notifica effettuata dall'Avvocatura dello Stato mediante presentazione all'UNEP dell'atto, siccome univocamente riferibile, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo-contenutistico, all'Agenzia delle entrate quale controparte del ricorrente nel giudizio di legittimità.

In materia di notificazione alla residenza, dimora o domicilio, **Sez. 6-2, n. 7041/2020, Scarpa, Rv. 657284-01**, ha chiarito che la notificazione all'imprenditore individuale va effettuata alla persona fisica dell'imprenditore stesso, con la conseguenza che devono trovare applicazione le regole sulla notifica alle persone fisiche e non il regime delineato dall'art. 145 c.p.c.

In argomento, va anche segnalata **Sez. 6-3, n. 12985/2020, Porreca, Rv. 658231-01**, secondo la quale per persona addetta alla ricezione atti deve intendersi anche il collega dell'avvocato destinatario, titolare dello studio professionale adiacente, essendo ragionevole assumere che, pur nella situazione di esistenza di due studi interni diversi dello stesso stabile, il collega dell'interno limitrofo possa essere officiato di ricevere atti se questo suo manifestarsi quale "addetto" è localizzato nel luogo in cui la notifica doveva farsi.

Ancora, ad avviso di **Sez. 5, n. 11815/2020, Cavallari, Rv. 660075-01**, la consegna dell'atto da notificare "a persona di famiglia", secondo il disposto dell'art. 139 c.p.c., non postula necessariamente né il solo rapporto di parentela - cui è da ritenersi equiparato quello di affinità - né l'ulteriore requisito della convivenza del familiare con il destinatario dell'atto, non espressamente menzionato dalla norma, risultando sufficiente l'esistenza di un vincolo di parentela o di affinità che giustifichi la presunzione che la "persona di famiglia" consegnerà l'atto al destinatario stesso; resta, in ogni caso, a carico di colui che assume di non aver ricevuto l'atto l'onere di provare il carattere del tutto occasionale della presenza del consegnatario in casa propria, senza che a tal fine rilevino le sole certificazioni anagrafiche del familiare medesimo; l'operatività di tali principi è, però, subordinata all'accertamento che il luogo di ricezione della notificazione è quello di residenza o domicilio del destinatario, circostanza che, ove contestata dall'interessato, deve essere verificata dal giudice, tenendo conto delle prove agli atti.

Per quanto concerne la portata delle attestazioni dell'ufficiale giudiziario, utili indicazioni si traggono da **Sez. 6-L, n. 14454/2020, Ponterio, Rv. 658521-01**, la quale ha precisato che in tema di notificazione, nel caso in cui l'ufficiale giudiziario attesti di non avere rinvenuto il destinatario della notifica nel luogo indicato dalla parte richiedente, perché, secondo quanto appreso dal portiere, trasferitosi altrove, l'attestazione del mancato rinvenimento del destinatario ed il contenuto estrinseco della notizia appresa sono assistite da fede fino a querela di falso, attenendo a circostanze frutto della diretta attività e percezione del pubblico ufficiale.

La Corte di Cassazione è, inoltre, tornata sul tema del contenuto della relazione di notificazione prevista dall'art. 148 c.p.c., precisando che nella stessa l'ufficiale giudiziario deve indicare la persona alla quale ha consegnato copia dell'atto, identificandola con le sue generalità, nonché il rapporto della stessa con il destinatario della notificazione, con la conseguenza che, qualora, manchi l'indicazione delle generalità del consegnatario, la notifica è nulla ai sensi dell'art. 160 c. p. c. per incertezza assoluta su detta persona, a meno che la persona del consegnatario sia sicuramente identificabile attraverso la menzione del suo rapporto con il destinatario (**Sez. 5, n. 6565/2020, Dell'Orfano, Rv. 657392-01**).

Le pronunce in materia di notificazione a mezzo del servizio postale si sono soffermate sui requisiti per il perfezionamento e sulla portata delle attestazioni dell'agente postale.

A tale riguardo, **Sez. 5, n. 17373/2020, Fichera, Rv. 658702-01**, ha chiarito che la notificazione a mezzo posta non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario da parte dell'agente postale, l'avviso di ricevimento, prescritto dall'art. 149, comma 2, c.p.c., il quale è il solo documento idoneo a provare sia la consegna, sia la data di questa, sia l'identità della persona a mani della quale è stata eseguita la consegna; ne consegue che la mancanza di firma dell'agente postale sull'avviso di ricevimento del piego raccomandato rende inesistente, e non soltanto nulla, la notificazione, rappresentando la sottoscrizione l'unico elemento valido a riferire la paternità dell'atto all'agente notificante.

Sez. 5, n. 22348/2020, Nonno, Rv. 659082-01, ha, invece, sostenuto che, in applicazione analogica dell'art. 8 del d.P.R. n. 655 del 1982, riguardante l'avviso di ricevimento, in caso di smarrimento o distruzione della comunicazione di avvenuto deposito in giacenza per il caso di mancato recapito del plico al destinatario (cd. CAD), l'interessato può richiedere all'Ufficio postale il rilascio di un duplicato, il quale, al pari del duplicato dell'avviso di ricevimento, ha natura di atto pubblico, alla stessa stregua dell'originale, e fa piena prova, ai sensi dell'art. 2700 c.c., in ordine alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che l'agente postale attesta essere avvenuti in sua presenza, sicché il destinatario che intenda contestare l'avvenuta notificazione ha l'onere di proporre querela di falso nei confronti di detto atto.

Nella medesima prospettiva **Sez. L, n. 23921/2020, Bellé, Rv. 659281-01**, ha precisato che la prova del perfezionamento del procedimento notificatorio nel caso di irreperibilità relativa del destinatario deve avvenire - in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della l. n. 890 del 1982 - con la verifica dell'avviso di ricevimento della raccomandata contenente la comunicazione di avvenuto deposito (cd. C.A.D.). Il controllo su tale avviso deve riguardare, in caso di ulteriore assenza del destinatario in occasione del recapito della relativa raccomandata, non seguita dal ritiro del piego entro il termine di giacenza, l'attestazione dell'agente postale in ordine all'avvenuta immissione dell'avviso di deposito nella cassetta postale od alla sua affissione alla porta dell'abitazione, formalità le quali, ove attuate entro il predetto termine di giacenza, consentono il perfezionarsi della notifica allo spirare del decimo giorno dalla spedizione della raccomandata stessa, spettando al destinatario contestare, adducendo le relative ragioni di fatto e proponendo quando necessario querela di falso, che, nonostante quanto risultante dalla C.A.D., in concreto non si siano realizzati i presupposti di conoscibilità richiesti dalla legge oppure egli si sia trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di prendere cognizione del piego.

Utili indicazioni di carattere sistematico si rinvengono in **Sez. 2, n. 6089/2020, Fortunato, Rv. 657125-01**, ad avviso della quale le notifiche *ex* art. 140 c.p.c. presentano un regime che si discosta da quello di cui all'art. 8, comma 4, l. n. 890 del 1982, atteso che, mentre le notificazioni a mezzo del servizio postale si perfezionano decorsi dieci giorni dalla spedizione della raccomandata o al momento del ritiro del piego contenente l'atto da notificare, ove anteriore, viceversa, l'art. 140 c.p.c., all'esito della sentenza n. 3 del 2010 della Corte costituzionale, fa esplicitamente coincidere tale momento con il ricevimento della raccomandata informativa, reputato idoneo a realizzare, non l'effettiva conoscenza, ma la conoscibilità del deposito dell'atto presso la casa comunale e a porre il destinatario in condizione di ottenere la consegna e di predisporre le proprie difese nel rispetto dei termini eventualmente pendenti per la reazione giudiziale. Tale difformità non si espone a dubbi di legittimità costituzionale, posto che non è predicabile un dovere del legislatore ordinario di uniformare il trattamento processuale di situazioni assimilabili, essendo consentita una diversa conformazione degli istituti processuali a condizione che non siano lesi i diritti di difesa.

In argomento, **Sez. L, n. 13917/2020, Marotta, Rv. 658181-01**, ha, poi, precisato che la notificazione effettuata al difensore a mezzo del servizio postale al domicilio dichiarato per il giudizio, in caso di attestata assenza del destinatario ovvero di persona abilitata a ricevere l'atto, e di rituale effettuazione delle formalità di affissione dell'avviso alla porta di ingresso dello stabile ed immissione in cassetta, con regolare invio della raccomandata informativa e successiva compiuta giacenza del plico, è valida e produttiva di effetti, essendo tale sequenza notificatoria significativa della permanenza di un vincolo funzionale con lo studio professionale risultante dagli atti, a nulla rilevando che il difensore destinatario della notifica abbia nel frattempo comunicato al proprio ordine professionale la variazione dello studio.

Sez. 6-5, n. 4556/2020, Esposito, Rv. 657324-01, ha, infine, evidenziato che nel caso di notifica a mezzo del servizio postale di cartella esattoriale, ove l'atto sia consegnato all'indirizzo del destinatario a persona che abbia sottoscritto l'avviso di ricevimento, con grafia illeggibile, nello spazio relativo alla "firma del destinatario o di persona delegata", e non risulti che il piego sia stato consegnato dall'agente postale a persona diversa dal destinatario tra quelle indicate dall'art. 7, comma 2, della legge n. 890 del 1982, la consegna deve ritenersi validamente effettuata a mani proprie del destinatario, fino a querela di falso, a nulla rilevando che nell'avviso non sia stata sbarrata la relativa casella e non sia altrimenti indicata

la qualità del consegnatario, non essendo integrata alcuna delle ipotesi di nullità di cui all'art. 160 c.p.c.

Un nutrito numero di decisioni ha, poi, affrontato diversi profili problematici della notificazione a mezzo pec.

Ad avviso di **6-5, n. 3965/2020, Dell'Orfano, Rv. 656990-01**, la mancata consegna all'avvocato della comunicazione o notificazione inviatagli a mezzo posta elettronica certificata (c.d. P.E.C.) produce effetti diversi a seconda che gli sia o meno imputabile: nel primo caso, le notificazioni/comunicazioni saranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria; nel secondo, attraverso l'utilizzo delle forme ordinarie previste dal codice di rito.

Sez. 6-1, n. 4712/2020, Meloni, Rv. 657243-01, ha posto in luce che, dichiarata l'illegittimità costituzionale, con sentenza n. 75 del 2019, dell'art. 16-septies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 221 del 2012 - nella parte in cui prevedeva che la notificazione eseguita con modalità telematiche, la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24, si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta -, trova applicazione anche in questa ipotesi il principio di scissione soggettiva degli effetti della notificazione.

In argomento, merita, inoltre, di essere segnalata **Sez. L, n. 4624/2020, Raimondi, Rv. 656932-01**, la quale ha stabilito che, in tema di notificazione al difensore mediante posta elettronica certificata, nel momento in cui il sistema genera la ricevuta di accettazione e di consegna del messaggio nella casella del destinatario, si determina una presunzione di conoscenza dell'atto, analoga a quella prevista, per le dichiarazioni negoziali, dall'art. 1335 c.c.; spetta quindi al destinatario, in un'ottica collaborativa, rendere edotto tempestivamente il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del contenuto della comunicazione o di presa visione degli allegati trasmessi via PEC, legate all'utilizzo dello strumento telematico, onde fornirgli la possibilità di rimediare all'inconveniente, sicché all'inerzia consegue il perfezionamento della notifica.

Secondo **Sez. 1, n. 20039/2020, Vella, Rv. 658823-01**, in caso di notificazione della sentenza a mezzo PEC, la copia analogica della ricevuta di avvenuta consegna, completa di attestazione di conformità, è idonea a certificare l'avvenuto recapito del messaggio e degli allegati, salva la prova contraria, di cui è onerata la parte che solleva la relativa eccezione, dell'esistenza di errori tecnici riferibili al sistema informatizzato.

In materia di notificazione alle persone giuridiche, **Sez. 3, n. 9878/2020, Fiecconi, Rv. 657719-01**, ha chiarito che, in tema di notificazione a mezzo posta degli atti processuali, la spedizione della raccomandata informativa di cui all'art.

7, comma 6, della l. n. 890 del 1982 (comma inserito dall'art. 36, comma 2-*quater*, del d.l. n. 248 del 2007, conv., con modif., dalla l. n. 31 del 2008, e successivamente abrogato dalla l. n. 205 del 2017) era prescritta nell'ipotesi di consegna del piego a persona diversa dal destinatario, il quale, nel caso di notificazione alle persone giuridiche *ex* art. 145 c.p.c., va individuato non solo nel legale rappresentante, ma anche negli altri soggetti indicati nella disposizione e, cioè, nelle persone incaricate di ricevere le notificazioni o, in mancanza, addette alla sede.

Ancora, **Sez. 5, n. 10694/2020, Catallozzi, Rv. 657877-01**, ha affermato che la notificazione a persona giuridica eseguita presso la sede legale, poi trasferita in luogo diverso, è idonea a produrre gli effetti che le sono propri nei confronti dell'ente medesimo, a condizione che sussista un collegamento fattuale tra il luogo presso cui la notifica è stata effettuata e le sedi in cui, nel tempo, l'attività della società si è svolta e che il consegnatario dichiari di essere incaricato della ricezione degli atti, consentendo tali elementi di ritenere che detto luogo costituisca ancora una sede operativa dell'ente e di escludere che il ricevente sia estraneo all'ente medesimo.

La Corte è tornata, inoltre, a soffermarsi su alcuni profili problematici legati alla notificazione alla Pubblica Amministrazione.

Merita, in proposito, di essere segnalata **Sez. 3, n. 11118/2020, Fiecconi, Rv. 658140-02**, la quale ha posto in luce che in base al combinato disposto degli artt. 144, comma 1, c.p.c. ed 11, comma 1, del r.d. n. 1611 del 1933, l'atto introduttivo di un giudizio nei confronti di una Ragioneria territoriale dello Stato e ogni successivo atto giudiziale ad essa indirizzato devono essere notificati presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria "innanzi alla quale è portata la causa".

Ancora, **Sez. L, n. 27424/2020, Di Paolantonio, Rv. 659793-01**, ha affermato che nella controversia in cui sia parte un ente pubblico che, pur svolgendo funzioni strumentali al perseguimento degli interessi generali e pur inserito nell'organizzazione statale, sia dotato di autonoma personalità giuridica, la notifica della sentenza nei confronti di tale ente deve essere effettuata presso l'ufficio dell'Avvocatura erariale individuato *ex* art. 11, comma 2, della l. n. 1611 del 1933, restando irrilevante che l'ente sia rimasto contumace nel giudizio, atteso che la domiciliazione è prevista per legge e spiega efficacia indipendentemente dalla scelta discrezionale di costituirsi o meno. In applicazione del principio, la Suprema Corte ha escluso la tardività del ricorso per cassazione proposto da un istituto tecnico scolastico, dotato di personalità giuridica *ex* art. 3 della l. n. 889 del 1931, che era rimasto contumace nel giudizio di merito e nei cui confronti la

sentenza era stata notificata presso la sede legale dell'istituto, reputando inidonea tale notifica a far decorrere il termine breve per impugnare.

Merita, inoltre, di essere menzionata **Sez. L, n. 24932/2020, Spena, Rv. 659444-01**, ad avviso della quale in tema di notificazione presso il domiciliatario, ove il difensore di un ente pubblico abbia eletto domicilio presso la direzione territoriale dell'ente stesso (nella specie, direzione provinciale dell'INPS), è valida la notificazione della sentenza di primo grado eseguita mediante consegna al direttore di tale articolazione, poiché, ai sensi dell'art. 141, comma 3, c.p.c., la consegna della copia dell'atto nelle mani del capo dell'ufficio presso il quale è stato eletto domicilio equivale a consegna nelle mani del destinatario.

In ultimo, di particolare rilievo sono le considerazioni svolte da **Sez. 1, n. 11351/2020, Fidanzia, Rv. 658072-01**, la quale, in tema di notifica di atti giudiziari presso uno Stato membro dell'Unione europea, ha chiarito che l'art. 14 del Regolamento (CE) n. 1393/2007 attribuisce la facoltà di notificare gli atti giudiziari a persone residenti in un altro Stato membro direttamente tramite il servizio postale mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento e, pur essendo prevista una modalità di trasmissione alternativa, "con mezzo equivalente", tuttavia, come precisato dalla Corte di giustizia UE (sentenza 2 marzo 2017, C-354/15), tale modalità è ammessa solo se offra garanzie paragonabili a quelle della raccomandata con ricevuta di ritorno, dovendo presentare il medesimo livello di certezza e affidabilità in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario. Nella specie, la Corte ha cassato la decisione di merito, che aveva erroneamente dichiarato la tardività dell'appello, non applicando il termine lungo, nonostante fosse da rilevare la notifica della sentenza impugnata, effettuata in un altro Stato dell'UE a mezzo posta, senza che il destinatario avesse ricevuto l'atto, essendo stato il plico, non reclamato, restituito al mittente.

9.1. Nullità della notificazione.

A proposito della nullità della notificazione, la giurisprudenza dell'anno in rassegna si è occupata soprattutto del discrimine con l'ipotesi dell'irregolarità e della portata del principio di conservazione degli atti processuali nelle sue diverse declinazioni.

In materia di processo tributario, **Sez. 5, n. 3234/2020, Grasso Gianluca, Rv. 656963-01**, ha posto in evidenza come la spedizione a mezzo posta del ricorso (o dell'atto d'appello) in busta chiusa, pur se priva di indicazioni all'esterno circa l'atto in essa racchiuso - anziché in plico senza busta come previsto dall'art. 20

del d.lgs. n. 546 del 1992 - costituisca una mera irregolarità se il contenuto della busta e la riferibilità alla parte non siano contestati, essendo, altrimenti, onere del ricorrente (o dell'appellante) dare la prova dell'infondatezza della contestazione formulata.

In tema di rinnovazione della notificazione, merita di essere segnalata **Sez. 1, n. 6924/2020, Scalia, Rv. 657479-01**, per la quale la declaratoria di inammissibilità del ricorso esonera la S.C. dal disporre la rinnovazione della notificazione dello stesso nulla, poiché effettuata presso l'Avvocatura distrettuale anziché presso l'Avvocatura generale dello Stato, in applicazione del principio della ragionevole durata del processo che impone al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c., di evitare e impedire i comportamenti che ostacolino una sollecita definizione del giudizio, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuale e in formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo.

Ancora, secondo **Sez. 3, n. 11290/2020, D'Arrigo, Rv. 658097-01**, il vizio di notificazione dell'atto di pignoramento è, di regola, sanato dalla mera proposizione dell'opposizione, a meno che l'opponente non deduca contestualmente un concreto pregiudizio al diritto di difesa verificatosi prima che egli abbia avuto conoscenza dell'espropriazione forzata, oppure che la notificazione sia radicalmente inesistente, in quanto del tutto mancante o priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione; diversamente, il vizio di notificazione dell'atto di precetto non è sanato dalla semplice proposizione dell'opposizione se, prima che l'intimato ne abbia avuto conoscenza, il creditore abbia eseguito comunque il pignoramento.

Deve, infine, darsi conto di **Sez. L, n. 17577/2020, Calafiore, Rv. 658886-01**, la quale, in linea con quanto affermato da Sez. 6-3, n. 20700/2018, Scarano, Rv. 650482-0, ha ribadito il principio secondo il quale, in caso di notifica di atti processuali non andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento, ossia senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa.

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

(di DONATELLA SALARI)

SOMMARIO: 1. La condanna alle spese - 1.1 Il principio di soccombenza e la liquidazione delle spese - 1.2. Responsabilità processuale cd. aggravata - 1.3. Lite temeraria.

1. La condanna alle spese.

La regolamentazione delle spese processuali nel giudizio civile trova la sua fonte nell'art. 91, comma 1 c. p. c. che prevede che «il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa».

La disposizione riposa sul principio generale di causalità che regola la soccombenza in forza del quale la condanna al pagamento delle spese di lite si collega all'alea del processo facendo gravare sulla parte soccombente, secondo un principio di responsabilità, le spese causate disconoscendo, ovvero, opponendosi alla pretesa della parte vittoriosa, come pure, esercitando un'azione infondata.

La condanna alle spese di lite va, quindi, considerato un epilogo conseguente, ma accessorio, alla decisione sulla controversia e, nel contempo, appare funzionale al presidio costituzionale offerto dall'art. 24 Cost. alla tutela giurisdizionale dei propri diritti. Ne discende che il mancato regolamento delle spese di un procedimento contenzioso da parte del giudice - che, ai sensi dell'art. 91 c. p. c., avrebbe dovuto provvedervi in sentenza o in altro provvedimento decisorio emesso a definizione del procedimento - se il giudice non ha statuito sulle spese nemmeno in parte motiva integra un vizio di omessa pronunzia riparabile solo con l'impugnazione (**Sez. 6 - 5, n. 03968/2020, Castorina, Rv. 656991 - 01)**, stesso dicasi per omessa indicazione della parte sulla quale graveranno definitivamente le spese relative alla consulenza tecnica d'ufficio considerato che questa statuizione non può ricomprendere dette spese come pronuncia implicita, a nulla rilevando che esse abbiano già formato oggetto di liquidazione con decreto motivato *ex* art. 168 d. p. r. n. 115 del 2002 (**Sez. 3, n. 10804/2020, Rossetti, Rv. 657964 - 03)**.

Questione diversa è, invece, quella della mancata determinazione in sentenza del compenso spettante al consulente tecnico d'ufficio, omissione che integra, invece, un mero errore materiale, suscettibile di correzione da parte del giudice

d'appello con riferimento all'importo della liquidazione effettuata in favore del consulente (**Sez. 2, n. 28309/2020, Tedesco, Rv. 659742 - 01**.)

La portata generale del principio fa sì che il meccanismo della soccombenza sia riferibile ad ogni tipo di processo senza distinzioni di natura e di rito e, pertanto, lo rende applicabile anche al procedimento camerale azionato in base agli artt. 1129, comma 11, c.c. e 64 disp. att. c.c. in tema di revoca di amministratore di condominio (**Sez. 6 - 2, n. 25682/2020, Scarpa, Rv. 659707 - 01)**. Il principio di responsabilità e causazione riguarda anche il procedimento camerale di equa riparazione del pregiudizio derivante dalla violazione del termine di ragionevole durata del processo di cui alla l. n. 89 del 2001 considerata la sua natura contenziosa e, pertanto, si applica anche ai fini della liquidazione dei compensi spettanti agli avvocati va applicata la tabella 12 allegata al d. m. n. 55 del 2014 (**Sez. 6 - 2, n. 15493/2020, Scarpa, Rv. 658776 - 01).**

Il principio generale riguarda anche il procedimento incidentale all'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di merito impugnata, che può essere chiesto nel giudizio di legittimità dalla parte che ha resistito vittoriosamente, alla condizione, tuttavia, che l'istanza, e i relativi documenti da produrre, siano stati notificati alla controparte, ovvero che il contraddittorio con la medesima sia stato comunque rispettato in ragione della sua presenza all'udienza, così da permetterle di interloquire sul punto (**Sez. 6 - 3, n. 18079/2020, Iannello, Rv. 658763 - 01)**.

Nel caso di procedimento di equa riparazione per irragionevole durata del processo, il giudizio di opposizione di cui all'art. 5-*ter* della l. n. 89 del 2001 non introduce un autonomo giudizio di impugnazione del decreto che ha deciso sulla domanda, ma realizza una fase a contraddittorio pieno di un unico procedimento, avente ad oggetto la medesima pretesa fatta valere con il ricorso introduttivo; sennonché, ove detta opposizione sia proposta dalla parte privata rimasta insoddisfatta dall'esito della fase monitoria e, dunque, abbia carattere pretensivo, le spese di giudizio vanno liquidate in base al criterio della soccombenza, a misura dell'intera vicenda processuale, solo in caso di suo accoglimento, mentre, ove essa venga rigettata, fatta salva l'ipotesi di opposizione incidentale da parte dell'amministrazione, le spese vanno regolate in maniera del tutto autonoma e poste, pertanto, anche a carico integrale della parte privata opponente, ancorché essa abbia diritto a ripetere quelle liquidate nel decreto, in quanto il Ministero opposto, avendo prestato acquiescenza al decreto medesimo, affronta un giudizio che non aveva interesse a provocare e del quale, se vittorioso, non può sopportare le spese **(Sez. 6 - 2, n. 09728/2020, Falaschi, Rv. 658012 - 01).**

Va precisato che, rispetto al principio di responsabilità, non è parte in senso sostanziale cui possa essere riferita la condanna alle spese il procuratore generale presso la Corte dei conti nell'ambito del ricorso per cassazione proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, sicché è esclusa l'ammissibilità di una pronuncia sulle spese processuali, nonché la condanna della parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, *ex* art. 96, comma 3, c. p. c., atteso che quest'ultima disposizione presuppone, per la sua applicazione, che vi sia stata una pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91 dello stesso codice (**Sez. U, n. 5589/2020, Vincenti, Rv. 657218 - 03).**

Con la sentenza che definisce il processo, il giudice può compensare le spese di lite ovvero, in caso di contumacia, lasciarle interamente a carico della parte risultata totalmente vittoriosa, quando sussistano gravi ed eccezionali ragioni. Queste, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 19.04.2018, n. 77, non sono perciò più limitate ai casi di soccombenza reciproca, ovvero di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza, avendo la Corte dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma nel testo modificato dall'art. 13, comma 1, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modificazioni, nella legge 10 novembre 2014, n. 162, nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni. Nondimeno, il giudice potrà escludere il rimborso delle spese superflue o eccessive, come potrà, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che essa abbia causato alla controparte in caso di trasgressione dei doveri di lealtà e probità (art. 88 c. p. c.).

Il principio di responsabilità e causalità coinvolge anche il rapporto sostanziale tra rappresentante e rappresentato secondo l'art. 94 c. p. c. quando il primo disimpegni per la parte in senso sostanziale un'attività processuale e sussistano gravi motivi (**Sez. 6 - 1, n. 09203/2020, Dolmetta, Rv. 657676 - 01**); ne deriva che la condanna alle spese in favore dell'avversario vincitore, eventualmente in solido con la parte, del soggetto che la rappresenti, si giustifica con il fatto che il predetto, pur non assumendo la veste di parte nel processo, esplica, comunque, anche se in nome altrui, un'attività processuale in maniera autonoma; tale condanna postula la ricorrenza di gravi motivi, che il giudice è tenuto ad enunciare in modo specifico, quali la trasgressione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c. p. c., ovvero la mancanza della normale prudenza tipica della responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96, comma 2, c. p. c..

Alla stessa conclusione perviene **Sez. 5, n. 8591/2020, Fraulini, Rv. 657624 - 01**, con riferimento all'ipotesi di procura inesistente e non nulla, sulla considerazione che, in quest'ultima ipotesi, il rapporto processuale si instaura validamente, onerando il giudice, che rilevi il vizio della procura, di ordinarne la rinnovazione sanante e, con ciò, nel caso di inesistenza si giustificherebbe la condanna al pagamento delle spese del giudizio a carico del difensore.

Sullo stessa tema della nullità della procura e della condanna del rappresentante la S.C. è intervenuta con **Sez. 1, n. 25304/2020, Nazzicone, Rv. 659574 - 01** affermando che, essendo per il ricorso in cassazione nell'ambito speciale di protezione internazionale prescritta la posteriorità rispetto alla data di notifica del provvedimento impugnato (art. 35-*bis*, comma 13, d.lgs. n. 25 del 2008), in difetto di tale requisito temporale la procura sarà nulla per omessa indicazione della data di conferimento. Ne consegue la condanna al pagamento delle spese di lite e il raddoppio del contributo di cui all'art. 13 del d. p. r, n. 115 del 2002, per il versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l'impugnazione a carico del difensore stesso come se avesse agito egli stesso.

La conferma della natura autonoma della condanna alle spese indica che, nel caso di accoglimento dell'appello limitatamente alla condanna *ex* art. 96 c. p. c. che, come noto, ha introdotto nel nostro ordinamento a partire dal 2009 un sorta di sanzione d'ufficio a carico della parte che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave in favore della parte vittoriosa, infatti, l'accoglimento dell'appello limitatamente all'accessorio capo di condanna non incide sulla determinazione della complessiva (o sostanziale) soccombenza dell'appellante la cui impugnazione sul merito della pronuncia di primo grado sia stata respinta (**Sez. 6 - 3, n. 05466/2020, De Stefano, Rv. 657296 - 01)**.

Allo stesso modo, in un'ipotesi di accoglimento del ricorso per cassazione proposto limitatamente alle spese processuali nel giudizio di rinvio - ai fini della liquidazione delle spese di legittimità e dello stesso rinvio - deve ritenersi vittoriosa la parte la cui doglianza sulle spese sia stata accolta, indipendentemente dall'esito della controversia (**Sez. 6 - 3, n. 18108/2020, Tatangelo, Rv. 658518 - 01).**

Il rango di statuizione strettamente collegata allo *ius dicere* fa sì, che si debba escludere che all'esito del procedimento di correzione degli errori materiali di cui agli artt. 287 e 391-*bis* c. p. c. possa ammettersi una decisione sulle spese processuali, trattandosi di procedimento di natura amministrativa priva una parte soccombente in senso proprio **(Sez. 6 - 2, n. 12184/2020, Falaschi, Rv. 658456 - 01**).

1.1. Il principio di soccombenza e la liquidazione delle spese.

Anche la pronuncia d'inammissibilità dell'appello equivale a soccombenza secondo **Sez. 6 - 2, n. 12484/2020, Fortunato, Rv. 658214 - 01**, e, pertanto, si deve escludere che essa integri un grave ed eccezionale motivo di compensazione, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c. p. c., nella formulazione vigente *ratione temporis*, introdotta dalla l. n. 69 del 2009.

Al principio di soccombenza devono essere ricondotte anche le spese sostenute dall'assicurato per chiamare in causa l'assicuratore in materia di responsabilità civile in quanto non sono conseguenza del rischio assicurato né spese di salvataggio, ma comuni spese processuali soggette alla disciplina degli artt. 91 e 92 c. p. c. a differenza di quelle per le quali l'assicurato deve essere tenuto indenne- nei limiti del massimale- che vanno intese come conseguenze possibili del fatto illecito, insieme alle spese sostenute per resistere alla pretesa del danneggiato - in eccedenza rispetto al massimale -ma nel rispetto dell' art. 1917, comma 3, c.c., e che vanno considerate come spese di salvataggio *ex* art. 1914 c.c., perché sostenute per un interesse comune all'assicurato ed all'assicuratore. Le spese di chiamata in causa dell'assicuratore non costituiscono, invece, né conseguenza del rischio assicurato né spese di salvataggio, bensì comuni spese processuali soggette alla disciplina degli artt. 91 e 92 c. p. c. (**Sez. 6 - 3, n. 18076/2020, Iannello, Rv. 658762 - 01)**.

Al regime ispirato a causazione e responsabilità è ispirato anche il regime delle spese nel giudizio di divisione ove le spese occorrenti allo scioglimento della comunione vanno poste a carico della massa, in quanto effettuate nel comune interesse dei condividenti, trovando, invece, applicazione il principio della soccombenza e la facoltà di disporre la compensazione soltanto con riferimento alle spese che siano conseguenti ad eccessive pretese o inutili resistenze alla divisione (**Sez. 2, n. 01635/2020, Criscuolo, Rv. 656848 - 01)**. Allo stesso modo, le spese relative alla consulenza tecnica d'ufficio, considerando che essa è un atto compiuto nell'interesse generale di giustizia e, dunque, nell'interesse comune delle parti, trattandosi di un ausilio fornito al giudice da un collaboratore esterno e non di un mezzo di prova in senso proprio, devono essere considerate tra i costi processuali suscettibili di regolamento *ex* artt. 91 e 92 c. p. c., con la conseguenza che esse potranno essere compensate anche in presenza di una parte totalmente vittoriosa, senza violare in tal modo il divieto di condanna di quest'ultima alle spese di lite, atteso che la compensazione non implica una condanna, ma solo l'esclusione del rimborso (**Sez. 1, n. 11068/2020, Scalia, Rv. 657898 - 01)**.

Nel principio della soccombenza non vanno ricondotte, invece, le spese cui si riferisce l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato perché questo istituto non copre quelle che la parte ammessa sia condannata a pagare all'altra risultata vittoriosa, a meno che anche tale parte sia stata ammessa al patrocinio a spese dell'erario di modo che il soccombente sarà tenuto ad effettuare il versamento in favore dell'Erario (**Sez. 6 - 1, n. 25653/2020, Tricomi L., Rv. 659595 - 01)**.

Come detto in premessa, il principio fondante della soccombenza che ponga l'onere della spesa a carico di chi ha provocato la necessità del processo, pone come deroga l'art. 92 c. p. c., allorché la parte risultata vincitrice sia venuta meno ai doveri di lealtà e probità ed, inoltre, per reciproca soccombenza, nonché per gravi ed eccezionali ragioni secondo il principio della causalità.

Il principio di causalità spiega i suoi effetti sempre rispetto alla domanda proposta e non va condizionato da accadimenti esterni ancorché ad essa connessi, e pertanto, in sede di opposizione all'esecuzione, la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, in conformità del generale principio della domanda, non determinerà *ex se*, la fondatezza dell'opposizione e il suo accoglimento, bensì la cessazione della materia del contendere per difetto di interesse. In tal caso atteso il rilievo d'ufficio della caducazione sopravvenuta del titolo rispetto ai motivi cristallizzati con l'opposizione, va sì dichiarata la cessazione della materia del contendere e valutata la soccombenza in senso virtuale, perché diversamente, l'epilogo sulle spese risentirebbe di una casualità irrazionale che spingerebbe ad un abuso della opposizione (**Sez. 6 - 3, n. 01005/2020, Tatangelo, Rv. 656589 - 01)**.

Poiché la pronuncia sulle spese costituisce un capo autonomo della decisione l'impugnazione avverso di essa deve essere proposta in via autonoma e non per mezzo di impugnazione incidentale tardiva, che è, per tale ragione, inammissibile (**Sez. 5, n. 04845/2020, D'Ovidio, Rv. 657370 - 01),** mentre nel caso di pluralità di gradi di giudizio la parte soccombente nei gradi di merito precedenti a quello di legittimità che risulti vittoriosa all'esito del giudizio di rinvio, ha diritto ad ottenere la liquidazione non solo delle spese processuali relative ai giudizi di rinvio e di cassazione, ma anche di quelle sostenute nel corso dell'intero processo; pertanto. In tal caso ove ne abbia fatto richiesta, la mancata statuizione sul punto del giudice del rinvio integra un'omissione censurabile in sede di legittimità (**Sez. 6 - 2, n. 01407/2020, Cosentino, Rv. 656866 - 01)**.

Stesso dicasi per il rapporto tra fase *ante causam* e fase di merito, ove, pertanto, le spese dell'accertamento tecnico preventivo devono essere poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente, in virtù dell'onere di

anticipazione e del principio di causalità, e devono, inoltre, essere prese in considerazione, nell'eventuale successivo giudizio di merito, come spese giudiziali, da regolare in base agli ordinari criteri di cui agli artt. 91 e 92 c. p. c. **(Sez. 6 - 2, n. 09735/2020, Giannaccari, Rv. 658013 - 01)**.

In applicazione del medesimo principio di causalità, nel caso di opposizione all'esecuzione, la sopravvenuta caducazione del titolo in conformità del generale principio della domanda, non determina *ex se* la fondatezza dell'opposizione e il suo accoglimento, ma la cessazione della materia del contendere per difetto di interesse, sicché, nel regolare le spese dell'intero giudizio, il giudice dell'opposizione non può porle senz'altro a favore dell'opponente, ma deve utilizzare il criterio della soccombenza virtuale, secondo il principio di causalità, considerando, a tal fine, l'intera vicenda processuale (**Sez. 6 - 3, n. 01269/2020, De Stefano, Rv. 656718 - 01)**.

Nel caso che il giudizio prosegua per le sole spese nei vari gradi di giudizio il criterio differenziale tra la somma ritenuta corretta dall'impugnante e quella attribuita dalla decisione impugnata costituisce il *disputatum* della controversia dal quale si determinano, integrandosi con quello del *decisum*, le ulteriori spese di lite riferite al detto grado **(Sez. 6 - 1, n. 06345/2020, Scotti, Rv. 657227 - 01)**.

La soccombenza presuppone, infatti, una valutazione globale anche nell'ipotesi di giudizio seguìto ad opposizione *ex* art. 645 c. p. c., sicché non può considerarsi soccombente il creditore opposto che veda conclusivamente riconosciuto, anche in parte minima, il proprio credito rispetto alla domanda monitoria, legittimamente subendo la revoca integrale del decreto ingiuntivo e la condanna alla restituzione di quanto, eccedente rispetto al dovuto percepito in dipendenza della provvisoria esecutività (**Sez. 6 - 2, n. 17854/2020, Abete, Rv. 658965 - 01).**

La valutazione globale riguarda anche l'attività complessiva spiegata dal difensore nel senso che debbono essere presi in considerazione anche quei provvedimenti giudiziali pronunciati nel corso e in funzione dell'istruzione, compresi quelli dai quali, può desumersi la non necessità di procedere all'istruzione stessa (**Sez. 6 - 3, n. 20993/2020, Graziosi, Rv. 659152 - 01).**

Ovviamente, la determinazione in concreto del compenso per le prestazioni professionali di avvocato è rimessa, esclusivamente, al prudente apprezzamento del giudice di merito (**Sez. 1, n. 04782/2020, Di Marzio M., Rv. 657030 - 01)**, salvo il rispetto dei parametri minimi e massimi .In particolare, per le liquidazioni delle spese processuali successiva al d.m. n. 55 del 2014, non sussistendo più il vincolo legale della inderogabilità dei minimi tariffari, i parametri di determinazione del compenso per la prestazione defensionale in giudizio e le

soglie numeriche di riferimento costituiscono criteri di orientamento e individuano la misura economica *standard*, del valore della prestazione professionale; pertanto, il giudice è tenuto a specificare i criteri di liquidazione del compenso solo in caso di scostamento apprezzabile dai parametri medi (**Sez. 6 - 2, n. 10343/2020, Giannaccari, Rv. 657887 - 01)**.

In ogni caso, il giudice, nel pronunciare la condanna della parte soccombente al rimborso, in favore della controparte, delle spese e degli onorari del giudizio, deve liquidarne l'ammontare separatamente, con conseguente illegittimità della mera indicazione dell'importo complessivo, priva della specificazione delle due voci, in quanto inidonea a consentire il controllo sulla correttezza della liquidazione, anche in ordine al rispetto delle relative tabelle (**Sez. 6 - 5, n. 23919/2020, Caprioli, Rv. 659360 - 01).**

Naturalmente, ove la sentenza liquidi i compensi al difensore, al netto degli esborsi, con somme praticamente simboliche, non consone al decoro della professione è esperibile il ricorso per cassazione, per violazione dell'art. 2233, comma 2, c.c. (**Sez. 6 - 5, n. 28113/2020, Caprioli, Rv. 659827 - 01)**.

Ovviamente il meccanismo finora descritto secondo la S.C. non riguarda le spese stragiudiziali per le quali il rimborso è soggetto ai normali oneri di domanda, allegazione e prova e che, anche se la liquidazione deve avvenire necessariamente secondo le tariffe forensi, hanno natura intrinsecamente differente rispetto alle spese processuali vere e proprie. Ne deriva che gli importi riconosciuti per il ristoro delle spese stragiudiziali non possono essere compensati con le somme liquidate, a diverso titolo, per le spese giudiziali relative alle successive prestazioni di patrocinio in giudizio (**Sez. 3, n. 24481/2020, Iannello, Rv. 659763 - 02)**.

Infine, per le spese da distrarsi in favore del difensore nel giudizio di legittimità la mancata riproposizione nella memoria *ex* art. 378 c. p. c. nella memoria *ex* art. 378 c. p. c., dell'istanza di distrazione delle spese processuali non implica tacita rinuncia alla stessa, non rivestendo tale memoria la funzione di ribadire o precisare le conclusioni svolte negli atti introduttivi, bensì di illustrare i motivi o le difese articolate, rispettivamente, nel ricorso e nel controricorso e di replicare alle difese contenute nel detto controricorso, nonché di segnalare mutamenti della giurisprudenza o sopravvenienze normative rilevanti e, eventualmente, di richiedere la distrazione delle spese (**Sez. 6 - 3, n. 14098/2020, Positano, Rv. 658505 - 01).**

Al difensore distrattario del creditore procedente al quale il giudice dell'esecuzione pronunci, ai sensi dell'art. 553 c. p. c., ordinanza di assegnazione di somme è consentito chiedere la registrazione dell'ordinanza deriva dal titolo

esecutivo, anche se le relative spese gravano *ex lege* a carico del debitore esecutato, in quanto comprese nelle spese di esecuzione *ex* art. 95 c. p. c..

Pertanto, qualora il difensore distrattario abbia chiesto detta registrazione, pagandone la relativa imposta, avrà adempiuto un'obbligazione tributaria solidale nell'interesse del creditore procedente e per effetto del pagamento acquista il diritto di regresso che sarebbe spettato alla parte, nel cui interesse è stato eseguito, nei confronti di colui che è civilmente tenuto al pagamento **(Sez. 2, n. 16061/2020, Giannaccari, Rv. 658679 - 01).**

1.3. La responsabilità aggravata.

Se risulta che la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91 c. p. c, il giudice, anche d'ufficio, può, altresì, condannare la parte soccombente- esclusa l'ipotesi di compensazione- al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata.

In questo caso il principio di causalità materiale della condotta e quello di responsabilità del soccombente attingono ad uno specifico elemento soggettivo costituito dalla colpa grave o dalla mala fede (art. 96, 1° c. p. c).

La giurisprudenza della S.C. ha ribadito in più occasioni che alla base della responsabilità aggravata non è indispensabile che vi sia la consapevolezza del proprio torto da parte del soccombente al momento della sua azione o resistenza, essendo, piuttosto, sufficiente la colpa grave, ossia l'omissione di una dovuta diligenza idonea a far percepire agevolmente l'ingiustizia della propria condotta processuale.

La responsabilità aggravata riguarda, qualsiasi tipo di processo, essa, perciò trova applicazione non soltanto nei processi di cognizione, cautelari ed esecutivi, ma anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione **(Sez. 1, n. 16736/2020 Iofrida, Rv. 658967 - 01)** e la liquidazione di questo tipo di danno è affidata alla valutazione equitativa del giudice sul presupposto che tale pregiudizio non possa, di norma, essere provato nel suo esatto ammontare (**Sez. 2, n. 22588/2020, Criscuolo, Rv. 659388 - 01).**

Parte in senso sostanziale è anche la P. A. che è chiamata al principio di responsabilità anche nel campo tributario, nonostante il divieto per il giudice di stabilire se il potere discrezionale sia stato opportunamente esercitato ed, infatti, laddove risulti volato il divieto del *neminem laedere*, il giudice può accertare se vi sia

stato, da parte dell'amministrazione o del concessionario per la riscossione, un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la lesione di un diritto soggettivo, ferma restando, per il detto concessionario, l'azione di regresso nei confronti dell'ente impositore per la misura della condotta causalmente e colposamente riferibile allo stesso e alle sue obbligazioni di diligenza. In applicazione del medesimo principio di causazione e responsabilità **(Sez. 3, n. 10814/2020, Porreca, Rv. 657921 - 01)**.

1.4. La lite temeraria.

Come noto, la condanna *ex* art. 96, comma 3, c. p. c., è applicabile d'ufficio in tutti i casi di soccombenza e configura una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma la quale presuppone, per la sua applicazione, che vi sia stata una pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, ma indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata *ex* art. 96, commi 1 e 2, c. p. c., eventualmente cumulabile con queste fattispecie. Il carattere di danno punitivo di una simile sanzione risulta compatibile categoria generale, con l'ordinamento italiano dopo Sez. U - n. 16601/2017, D' Ascola, Rv. 644914 - 01.

La condanna *ex* art. 96, comma 3, c. p. c., risulta, infatti, applicabile d'ufficio in tutti i casi di soccombenza, agendo come sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata *ex* art. 96, commi 1 e 2, c. p. c., e con queste eventualmente cumulabile, volta alla repressione dell'abuso dello strumento processuale. Ne consegue che la sua applicazione, richiederà, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro non dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di «abuso del processo», quale l'avere agito o resistito pretestuosamente (**Sez. 6 - 2, n. 20018/2020, Oliva, Rv. 659226 - 01).**

L'ulteriore somma liquidabile a titolo di sanzione per la lite temeraria non risente di alcun limite quantitativo per la condanna alle spese della parte soccombente, sicché il giudice, nel rispetto del criterio equitativo e del principio di ragionevolezza, può quantificare detta somma sulla base dell'importo delle spese processuali (o di un loro multiplo) o anche del valore della controversia (**Sez. 3, n. 26435/2020, D'Arrigo, Rv. 659789 - 01)**.

In concreto, la c.d. lite temeraria può essere ravvisata nella redazione da parte del difensore di un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, in violazione dell'art. 366 c. p. c., dove il cliente è chiamato a rispondere delle condotte del proprio avvocato, *ex* art. 2049 c.c., ove questi agisca senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale

particolarmente qualificata, quale è quella svolta dall'avvocato cassazionista (**Sez. 6 - 1, n. 15333/2020, Dolmetta, Rv. 658367 - 01)**.

Il principio risulta ribadito da **Sez. 6 - 1, n. 18512/2020, Di Marzio, Rv. 658997 - 01** con riferimento alla scarsa diligenza manifestata nella proposizione di un ricorso per cassazione basato su motivi manifestamente infondati, in ordine a ragioni già formulate nell'atto di appello, espresse attraverso motivi inammissibili nonché attraverso la proposizione, in concreto, di un motivo ricondotto ad una norma abrogata da lungo tempo, ossia tutte ipotesi sussumibili nell'abuso dello strumento impugnatorio.

L'abuso del processo può manifestarsi anche nel giudizio di equa riparazione per irragionevole durata (art. 2, comma 2-*quinquies,* della l. n. 89 del 2001) e non si sovrappone a quello della lite temeraria considerato che il giudice può valutare autonomamente nel procedimento di equa riparazione anche l'ipotesi di temerarietà che, per qualunque ragione, nel processo presupposto non abbiano condotto ad una pronuncia di condanna ai sensi dell'art. 96 c. p. c. **(Sez. 2, n. 09762 2020, Bellini, Rv. 658006 - 01**).

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE

(di GIUSEPPE NICASTRO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: generalità e casistica. - 2.1. Generalità. - 2.2. Comunione legale tra coniugi. - 2.3. Diritti reali. - 2.4. Previdenza. - 2.5. Successioni. - 2.6. Contratti. - 2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni. - 2.8. Azione revocatoria. - 2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione. - 2.10. Contenzioso elettorale. - 2.11. Espropriazione per pubblico interesse. - 2.12. Successione nel processo - 3. Difetto del contraddittorio: rilevabilità e sanzione, integrazione. - 4. Svolgimento del processo litisconsortile. - 5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame. - 5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione. - 6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame. - 7. Litisconsorzio necessario (processuale) nel giudizio di rinvio. - 8. Litisconsorzio facoltativo.

1. Premessa.

L'art. 102 c.p.c. contiene, come è noto, una "norma in bianco" che l'interprete è chiamato a riempire individuando le ipotesi in cui, al di là dei casi in cui è la legge stessa a prevedere la necessità della partecipazione di più parti al processo, «la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti».

Se, sul piano astratto, è stato da tempo chiarito che il litisconsorzio necessario - che determina l'inscindibilità della causa e, quindi, la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei litisconsorti eventualmente pretermessi - ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, anche in ragione della «particolare natura o configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio, che implichi, cioè, una situazione strutturalmente comune ad una pluralità di soggetti, in guisa tale che la decisione su di essa non potrebbe conseguire il proprio scopo [se] non sia resa nei confronti di tutti questi soggetti» (Sez. 1, n. 04720/2003, Carbone, Rv. 481970-01), non vi è dubbio che la concreta individuazione di tali rapporti passi attraverso l'elaborazione della giurisprudenza, in ultima istanza, di quella di legittimità. Da ciò l'essenzialità di una puntuale analisi casistica di questa.

Uno sguardo parimenti attento necessita lo sviluppo giurisprudenziale sulla disciplina del litisconsorzio nelle fasi di gravame, la quale affronta la diversa questione della determinazione dei soggetti che debbono partecipare al giudizio di impugnazione quando la sentenza impugnata è stata pronunciata nei confronti di più di due parti.

Infine, verrà esposta la giurisprudenza della Corte sul tema del litisconsorzio facoltativo, in cui la legge (art. 103 c.p.c.) consente, ma non impone, la contemporanea partecipazione di più parti, dal lato attivo e/o passivo, nel medesimo processo.

2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: generalità e casistica.

Di seguito, quindi, anzitutto, una rassegna delle pronunce della Corte che, al di là dei casi in cui è la legge stessa a prevedere la necessità della partecipazione di più parti al processo, interpretando la "norma in bianco" dell'art. 102 c.p.c., hanno ravvisato (o no) fattispecie in cui «la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti».

A tale analisi casistica verrà premessa la menzione di una pronuncia relativa all'istituto del litisconsorzio necessario in generale.

2.1. Generalità.

A quest'ultimo proposito, **Sez. 3, n. 03692/2020, Guizzi, Rv. 656899-01**, ha precisato che il litisconsorzio necessario, la cui violazione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ricorre, oltre che per motivi processuali e nei casi espressamente previsti dalla legge, quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere decisa in maniera unitaria nei confronti di tutti coloro che ne siano partecipi, al fine di non privare la pronuncia dell'utilità connessa con l'esperimento dell'azione proposta, il che non può mai verificarsi per esigenze probatorie, ma solo ove tale azione tenda alla costituzione o al mutamento di un rapporto plurisoggettivo unico oppure all'adempimento di una prestazione inscindibile incidente su una situazione pure inscindibile comune a più soggetti.

2.2. Comunione legale tra coniugi.

In continuità con **Sez. U, n. 09660/2009, Fioretti, Rv. 607891-01**, **Sez. 3. n. 24950/2020, Olivieri, Rv. 659770-02**, ha ribadito che, qualora uno dei coniugi, in regime di comunione legale dei beni, abbia da solo acquistato o venduto un bene immobile da ritenersi oggetto della comunione, l'altro, che sia rimasto estraneo alla formazione dell'atto, è litisconsorte necessario in tutte le controversie in cui si chieda al giudice una pronuncia che incida direttamente e immediatamente sul diritto, mentre non può ritenersi tale in quei giudizi nei quali

si domandi una decisione che incida direttamente e immediatamente sulla validità ed efficacia del contratto. Da ciò la conseguenza che, con riguardo all'azione revocatoria esperita, ai sensi sia dell'art. 66 sia dell'art. 67 della legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942), in favore del disponente fallito, non sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario, poiché detta azione non determina alcun effetto restitutorio né traslativo, ma comporta l'inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa, senza caducare, a ogni altro effetto, l'atto di alienazione.

2.3. Diritti reali.

Relativamente, anzitutto, alle ipotesi di comunione dei diritti reali e di condominio, la necessità del litisconsorzio è stata ravvisata, da **Sez. 6-2, n. 04697/2020, Scarpa, Rv. 657260-01**, nell'ipotesi della domanda di accertamento negativo della qualità di condomino, in quanto inerente all'inesistenza del rapporto di condominialità ai sensi dell'art. 1117 c.c. La Corte ha chiarito la Corte che tale domanda non va proposta nei confronti dell'amministratore del condominio ma impone, piuttosto, la partecipazione, quali legittimati passivi, di tutti i condomini in una situazione di litisconsorzio necessario, in quanto la definizione della vertenza postula una decisione che implica una statuizione in ordine a titoli di proprietà configgenti fra loro, suscettibile di assumere valenza solo se, e in quanto, data nei confronti di tutti i soggetti, asseriti partecipi del preteso condominio in questione. Facendo applicazione di questo principio, la Corte ha confermato la sentenza di appello che, a fronte di una domanda di accertamento negativo dell'appartenenza a un condominio di alcune unità immobiliari, aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado con la rimessione della causa al giudice di prime cure per non avere quest'ultimo disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i condomini.

Premesso che il regolamento di condominio c.d. contrattuale, quali ne siano il meccanismo di produzione e il momento della sua efficacia, si configura, dal punto di vista strutturale, come un contratto plurilaterale, avente, cioè, pluralità di parti e scopo comune, **Sez. 6-2, n. 24957/2020, Dongiacomo, Rv. 659703-01**, ha asserito che da ciò consegue che l'azione di nullità dello stesso regolamento è esperibile non nei confronti del condominio (e, quindi, dell'amministratore), che è carente di legittimazione in ordine a una tale domanda, ma da uno o più condomini nei confronti di tutti gli altri, versandosi in una situazione di litisconsorzio necessario. In applicazione di tale principio, la Corte ha condiviso la decisione della corte di merito che, una volta escluso che il riscontro

dell'eventuale nullità del regolamento costituisse l'oggetto di un accertamento incidentale - nel qual caso non sarebbe stata imposta la necessaria partecipazione di tutti i condomini - aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado per la mancata partecipazione al giudizio di tutti i condomini.

Dopo avere affermato che il comproprietario può agire a tutela della proprietà comune al fine di fare valere l'osservanza delle distanze legali, **Sez. 6-2, n. 12325/2020, Giannaccari, Rv. 658461-01**, ha peraltro escluso che, in tale ipotesi, sia necessario integrare il contraddittorio nei confronti degli altri comproprietari.

Relativamente alle servitù e, in particolare, all'*actio negatoria servitutis*, sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario allorché il fondo, nel quale sono state realizzate le opere di cui si chieda la rimozione, appartenga a più soggetti. Da ciò deriva, in fase di appello, l'inscindibilità delle cause, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., e, quindi, la necessità della partecipazione a tale fase di tutte le parti originarie, la quale deve essere verificata dal giudice del gravame preliminarmente a ogni altra pronuncia, con l'emissione di un eventuale ordine di integrazione del contraddittorio; in difetto, si determina la nullità - rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità - dell'intero processo di secondo grado e della sentenza che lo ha concluso (**Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**).

2.4. Previdenza.

Nella materia previdenziale, **Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-02**, a proposito, in generale, delle omissioni contributive, ha statuito che, nel giudizio promosso dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi, sussiste un litisconsorzio necessario con l'Istituto previdenziale, con la conseguenza che alla mancata evocazione in giudizio di tale ente non consegue l'inammissibilità della domanda bensì la nullità del giudizio, rilevabile in ogni stato e grado del processo, salvo il limite del giudicato, con necessità di rimessione al giudice di primo grado ai fini dell'integrazione del contraddittorio.

Allo stesso proposito, si deve menzionare anche **Sez. L, n. 17320/2020, Calafiore, Rv. 658831/01**, secondo cui, in caso di domanda del lavoratore avente a oggetto la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore dell'ente previdenziale dei contributi obbligatori omessi, sussiste litisconsorzio necessario nei confronti del datore di lavoro e dell'ente, giustificato dal fatto che l'obbligo di

versamento dei contributi si configura, nell'ambito del rapporto di lavoro, come un obbligo di *facere* del datore di lavoro in favore dell'ente previdenziale che, dando luogo a una situazione sostanziale unitaria, deve trovare riflesso processuale nella partecipazione al giudizio di tutti i soggetti nei cui confronti la decisione del giudizio stesso è idonea a produrre effetti. Va segnalata la difformità di tale principio rispetto a quanto affermato da Sez. L, n. 12213/2004, Roselli, Rv. 574085-01.

La già ricordata **Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-01**, nonché **Sez. L, n. 24924/2020, Amendola F., Rv. 659267-01**, hanno chiarito che, nelle controversie promosse dai dipendenti delle aziende di credito volte a ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento al Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito − istituito presso l'INPS ai sensi del decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica, 28 aprile 2000 − dei contributi correlati alla retribuzione mensile, utili per la determinazione dell'assegno ordinario di accompagnamento, la natura obbligatoria della contribuzione e la struttura del rapporto dedotto in giudizio, che ha a oggetto un'autonoma obbligazione di diritto pubblico, impongono la partecipazione al processo dell'ente previdenziale in qualità di litisconsorte necessario.

Con riguardo al giudizio concernente l'obbligazione contributiva dell'impresa coltivatrice diretta determinata in relazione al lavoro dei familiari del titolare, **Sez. L, n. 19983/2020, Buffa, Rv. 658847-01**, ha asserito che, in esso, non è ravvisabile alcun litisconsorzio necessario tra il titolare e i suddetti familiari, atteso che l'obbligo contributivo nei confronti dell'istituto previdenziale grava sul titolare dell'impresa e non su coloro che lavorano nella stessa.

Relativamente alla controversia tra l'*ex* coniuge e il coniuge superstite per l'accertamento della ripartizione − ai sensi dell'art. 9, comma 3, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 13 della legge n. 74 del 1987 − del trattamento di reversibilità, essa deve necessariamente svolgersi in contraddittorio con l'ente erogatore in quanto, essendo il coniuge divorziato, al pari di quello superstite, titolare di un autonomo diritto di natura previdenziale, l'accertamento concerne i presupposti affinché l'ente assuma un'obbligazione autonoma, anche se nell'ambito di un'erogazione già dovuta, nei confronti di un ulteriore soggetto (**Sez. L, n. 09493/2020, D'Antonio, Rv. 657674-01**).

Nella controversia instaurata dal lavoratore per ottenere, per effetto dell'applicazione dei benefici combattentistici, il riconoscimento di un aumento fittizio di anzianità contributiva (normalmente di sette anni, ovvero di dieci anni nei casi di mutilati o invalidi di guerra o di vittime civili di guerra) sia al fine del compimento dell'anzianità necessaria per conseguire il diritto a pensione, sia ai fini della quantificazione della pensione stessa, il contraddittore principale è l'ente previdenziale, ma il datore di lavoro è parte necessaria del giudizio in quanto è interessato a contrastare la suddetta pretesa, essendo tenuto a versare all'ente previdenziale il "corrispettivo in valore capitale dei benefici" in argomento (**Sez. L, n. 21299/2020, Cinque, Rv. 658989-01)**.

2.5. Successioni.

Nella materia delle successioni, **Sez. 6-2, n. 15706/2020. Fortunato, Rv. 658786-01**, ha statuito che: a) l'azione di riduzione non spetta collettivamente ai legittimari, ma ha carattere individuale e compete in via autonoma al singolo erede che ritenga lesa la sua quota individuale di legittima; b) l'accertamento della lesione e della sua entità non deve farsi con riferimento alla quota complessiva riservata a favore di tutti i legittimari, ma solo riguardo alla quota di coloro che abbiano proposto la domanda; c) il giudizio non assume, quindi, carattere inscindibile neppure nell'ipotesi in cui la domanda sia rivolta verso più eredi, che non assumono la qualità di litisconsorti necessari.

Dopo avere affermato che la legittimazione all'azione di accertamento dell'inefficacia di un contratto stipulato dal *de cuius* compete anche al legatario di una cosa determinata sul quale sovrasti il danno giuridico derivante dall'incertezza circa l'efficacia del negozio, **Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380-02**, ha altresì statuito che nel relativo giudizio, instaurato nei confronti del terzo contraente, l'erede, subentrato nel contratto stipulato dal dante causa, è litisconsorte necessario qualora, in base alla finalità del giudizio stesso, quale emerge dal *petitum* in concreto formulato dall'attore, non sia possibile adottare una pronuncia idonea a produrre gli effetti giuridici voluti senza la sua partecipazione. Nella specie il legatario aveva chiesto che fosse dichiarata la definitiva inefficacia, per mancato avveramento della condizione sospensiva, del contratto con il quale il *de cuius* aveva costituito un diritto di superficie sul complesso immobiliare poi oggetto di legato, convenendo in giudizio il terzo contraente ma non anche l'erede subentrato nella situazione di pendenza.

A proposito dei crediti del *de cuius*, **Sez. 3, n. 08508/2020, Scarano, Rv. 657808-01**, in continuità con, da ultimo, Sez. 6-2, n. 27417/2020, Criscuolo, Rv. 646949-01, ha ribadito che ciascun coerede può domandare il pagamento del credito ereditario in misura integrale o proporzionale alla quota di sua spettanza senza che il debitore possa opporsi adducendo il mancato consenso degli altri coeredi, i quali non sono neppure litisconsorti necessari nel conseguente giudizio di adempimento poiché i contrasti sorti tra gli stessi devono trovare soluzione nell'ambito dell'eventuale e distinta procedura di divisione.

Secondo **Sez. 2, n. 05520/2020, Bellini, Rv. 657119**, l'esecutore testamentario, mentre è titolare *iure proprio* delle azioni, relative all'esercizio del suo ufficio, che trovano il loro fondamento e il loro presupposto sostanziale nel suo incarico di custode e di detentore dei beni ereditari ovvero nella gestione, con o senza amministrazione, della massa ereditaria, è soltanto legittimato processuale, a norma dell'art. 704 c.c., per quanto riguarda le azioni relative all'eredità e, cioè, a diritti e obblighi che egli non acquista o assume per sé, in quanto ricadenti direttamente nel patrimonio ereditario, pur agendo in nome proprio. In quest'ultima ipotesi, in cui non è investito della legale rappresentanza degli eredi del *de cuius*, ma agisce in nome proprio, l'esecutore testamentario assume la figura di sostituto processuale, in quanto resiste a tutela di un diritto di cui sono titolari gli eredi, ma la sua chiamata in giudizio è necessaria a integrare il contraddittorio.

2.6. Contratti.

In tema di cessione dei crediti, **Sez. 3, n. 11287/2020, Rossetti, Rv. 658155-01**, ha affermato che il cedente è litisconsorte necessario nella controversia tra debitore ceduto e cessionario allorché il debitore chieda una pronuncia diretta a stabilire quale sia, tra il cessionario e il cedente, l'effettivo e unico titolare del credito. Da ciò anche la conseguenza che, ove il cedente sia dichiarato fallito e la curatela contesti l'opponibilità al fallimento dell'intervenuta cessione o, in subordine, deduca la revocabilità della stessa, la controversia *de qua* rientra nella *vis attractiva* del tribunale fallimentare, funzionalmente competente ai sensi dell'art. 24 della legge fallimentare.

In tema di leasing finanziario, **Sez. 3, n. 09663/2020, Olivieri, Rv. 657845-01**, ha statuito che l'azione diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore per l'accertamento della responsabilità per inadempimento di questi e dell'entità del

risarcimento del danno subito derivatogli dall'inutilizzo del bene ricevuto prescinde dalla partecipazione al processo del concedente, rispetto al quale, anche se evocato in giudizio, non si determina alcuna necessità di integrazione del litisconsorzio, essendo l'utilizzatore terzo rispetto al contratto intercorso tra fornitore e concedente e non potendo, quindi, egli esercitare l'azione di annullamento per vizi del consenso e di risoluzione per inadempimento di quel contratto, salvi gli effetti di specifica clausola contrattuale inserita nel medesimo contratto, con la quale il concedente gli abbia trasferito la propria posizione sostanziale con obbligo del fornitore di adempiere direttamente in favore dell'utilizzatore.

Con riguardo al giudizio volto a ottenere la declaratoria di nullità del contratto di compravendita di un immobile per illiceità della causa, in quanto stipulato a titolo di corrispettivo di un prestito usurario, **Sez. 2, n. 00886/2020, Fortunato, Rv. 656839-01**, ha affermato che non è configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti dell'amministratore della società acquirente ritenuto responsabile del delitto di usura per essersi fatto dare o promettere interessi illeciti e per aver procurato l'acquisto dell'immobile in corrispettivo del detto prestito, giacché questi ha contratto nell'esercizio dei poteri gestori e in nome e per conto della società, unica parte sostanziale del negozio di vendita. Tale principio è stato enunciato dalla Corte in una fattispecie in cui era stata dichiarata la nullità di un contratto di vendita immobiliare stipulato in attuazione di un prestito usurario, dopo che il socio e amministratore della società acquirente era stato condannato per il reato di usura, per essersi fatto promettere interessi illeciti dai soci della venditrice, ottenendo, al momento della dazione del denaro, la sottoscrizione di contratti preliminari.

Con riguardo all'azione di annullamento del contratto concluso da persona poi deceduta, **Sez. 2, n. 19807/2020, Cosentino, Rv. 659135-01**, ha statuito che l'esercizio di tale azione di annullamento del contratto, in particolare, per incapacità di intendere e di volere di uno dei contraenti, che sia successivamente deceduto, sebbene possa compiersi da parte di uno solo dei coeredi, anche in contrasto con gli altri, implica comunque il litisconsorzio necessario di tutti, atteso che, come la sentenza di annullamento deve investire l'atto negoziale non limitatamente a un soggetto, ma nella sua interezza, posto che esso non può essere contemporaneamente valido per un soggetto e invalido per un altro, così anche l'eventuale restituzione non può avvenire *pro quota*.

2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni.

Con riguardo all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile da circolazione dei veicoli a motore, **Sez. 3, n. 07755, Dell'Utri, Rv. 657502-01**, ha asserito che nella procedura di risarcimento diretto di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, sussiste litisconsorzio necessario rispetto al danneggiante responsabile, analogamente a quanto previsto dall'art. 144, comma 3, dello stesso decreto, sicché, ove il proprietario del veicolo assicurato non sia stato citato in giudizio, il contraddittorio deve essere integrato ai sensi dell'art. 102 c.p.c. e la relativa omissione, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, comporta l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

2.8. Azione revocatoria.

In tema di azione revocatoria, **Sez. 6-3, n. 09648/2020, Cigna, Rv. 657742-01**, e **Sez. 3, n. 12887/2020, Olivieri, Rv. 658020-01**, hanno chiarito che, poiché l'estensione del litisconsorzio necessario è proiezione degli elementi costitutivi della fattispecie, nell'azione revocatoria ordinaria avente per oggetto l'atto di dotazione patrimoniale del *trust*, il *trustee* è sempre litisconsorte necessario, in quanto titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato e unica persona di riferimento nei rapporti con i terzi, non già quale legale rappresentante, bensì come soggetto che dispone del diritto, sia pure in funzione della realizzazione del programma stabilito nell'atto istitutivo dal disponente a vantaggio dei beneficiari.

2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione.

Nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi, secondo **Sez. 3, n. 03899/2020, Tatangelo, Rv. 656901-01**, il terzo pignorato, avendo l'obbligo di non compiere atti che determinino l'estinzione o il trasferimento del credito, è interessato alle vicende processuali che, riguardando la legittimità o la validità del pignoramento, possano comportare, o no, la sua liberazione dal relativo vincolo. Da ciò consegue che egli è parte necessaria del processo di opposizione in cui il creditore pignorante contesti l'ordinanza del giudice dell'esecuzione dichiarativa dell'inefficacia del detto pignoramento e che, pertanto, deve essere chiamato in causa dal ricorrente al fine di rendere opponibile nei suoi confronti la decisione che definisce il giudizio, dovendo il giudice, in mancanza, ordinare l'integrazione del contraddittorio. In applicazione di questo principio, la Corte ha rilevato, d'ufficio, la nullità di un giudizio di opposizione promosso ai, sensi dell'art. 617

c.p.c., avverso un provvedimento del giudice dell'esecuzione, concernente una richiesta di sequestro conservativo su crediti del debitore esecutato, nel quale non era stato convenuto il terzo pignorato.

Sullo stesso tema, **Sez. 3, n. 10813/2020, Porreca, Rv. 657920-01**, secondo cui il terzo pignorato non è parte necessaria nel giudizio di opposizione all'esecuzione o in quello di opposizione agli atti esecutivi, qualora non sia interessato alle vicende processuali, relative alla legittimità e alla validità del pignoramento, dalle quali dipende la liberazione dal relativo vincolo, potendo assumere, invece, tale qualità solo quando abbia un interesse all'accertamento dell'estinzione del suo debito per non essere costretto a pagare di nuovo al creditore del suo debitore. In applicazione di questo principio, la Corte ha cassato con rinvio una sentenza per omessa integrazione del litisconsorzio necessario con il terzo INPS nell'ambito di un giudizio di opposizione, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., a ordinanza di assegnazione per crediti di mantenimento di un figlio minorenne, ritenendo che sussistesse un interesse del medesimo terzo all'accertamento della misura dell'assegnazione e, quindi, della modifica coattiva della titolarità attiva del rapporto obbligatorio.

2.10. Contenzioso elettorale.

In tema di contenzioso elettorale, **Sez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273-01**, ha chiarito che non sussiste litisconsorzio necessario tra il candidato alla carica di sindaco e gli altri candidati della lista in quanto l'azione popolare elettorale ha a oggetto la condizione personale del candidato eletto, incidendo sul suo diritto soggettivo all'elettorato passivo e sul diritto all'elettorato attivo dell'attore, mentre non rileva che altri consiglieri eletti possano eventualmente subire effetti, riflessi e indiretti, dalla decisione da adottare.

2.11. Espropriazione per pubblico interesse.

In materia di espropriazioni per pubblica utilità, **Sez. 1, n. 01090/2020, Parise, Rv. 656620-01**, ha statuito che l'art. 54, comma 3, del d.P.R. n. 327 del 2001 - nel testo vigente prima della modifica introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2011 -, nel disporre che la notifica dell'opposizione alla stima sia fatta "se del caso" anche al beneficiario, prevede un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra espropriante, promotore e beneficiario dell'espropriazione. Di quest'ultimo s'impone l'evocazione in giudizio ogni qualvolta si tratti di soggetto differente dai primi due, in quanto non si può rimettere a un'inammissibile valutazione

dell'espropriato l'interesse a citarlo, posto che ciò sarebbe in contrasto con la finalità semplificativa e deflattiva del contenzioso propria della normativa vigente.

2.12. Successione nel processo.

Tra le ipotesi di litisconsorzio necessario (processuale) vi è quella che si determina in seguito alla successione nel processo, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., di una pluralità di eredi.

Va peraltro segnalata, in questa sede, **Sez. T, n. 16362/2020, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 658435-01**, che, con riguardo alla peculiare successione nel processo (qui, in particolare, tributario) dei soci della società, di persone o di capitali, che si sia estinta in conseguenza della cancellazione dal registro delle imprese, ha chiarito che tale estinzione determina un fenomeno di tipo successorio, in forza del quale i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono - venendo altrimenti sacrificato ingiustamente il diritto dei creditori sociali - ma si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti *pendente societate*, con la conseguenza che i soci peculiari successori della società subentrano *ex* art. 110 c.p.c. nella legittimazione processuale facente capo all'ente, in situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, ovvero a prescindere dalla scindibilità o no del rapporto sostanziale, dovendo invece escludersi la legittimazione *ad causam* del liquidatore della società estinta (nella specie, destinatario di una cartella di pagamento quale coobbligato ai sensi dell'art. 2495, comma 2, del previgente art. 2456, comma 2, c.c.), il quale può essere destinatario di un'autonoma azione risarcitoria ma non della pretesa attinente al debito sociale.

3. Difetto del contraddittorio: rilevabilità e sanzione, integrazione.

Ribadendo un principio che era già stato affermato da Sez. 2, n. 25810/2013, Proto, Rv. 628300-01, **Sez. L, n. 05679/2020, Bellé, Rv. 657513-01**, e **Sez. 2, n. 17589/2020, Abete, Rv. 658899-01**, hanno confermato che la parte che deduce la non integrità del contraddittorio ha l'onere di indicare i litisconsorti pretermessi e di dimostrare i motivi per i quali è necessaria l'integrazione, senza, peraltro, che sia impedito al giudice di rilevare d'ufficio la questione, sia pure a seguito di sollecitazione di parte. In particolare, nella fattispecie oggetto della prima di tali due pronunce, la Corte ha confermato la sentenza di merito che, a fronte della domanda volta al riconoscimento del punteggio per lo svolgimento

del servizio civile, nell'ambito delle graduatorie a esaurimento, aveva rigettato l'eccezione di non integrità del contraddittorio in quanto non accompagnata dall'indicazione dei controinteressati nei cui confronti avrebbe potuto spiegare effetto l'attribuzione al ricorrente del punteggio invocato.

In continuità con il precedente di Sez. 6-3, n. 06444/2018, Tatangelo, Rv. 648481-01, **Sez. 6-5, n. 03973/20, La Torre, Rv. 656992-01**, ha ribadito che, quando risulta integrata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., resta viziato l'intero processo e si impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse e il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

4. Svolgimento del processo litisconsortile.

A proposito dell'applicazione della disciplina della litispendenza alle cause a litisconsorzio necessario, **Sez. T, n. 24226/2020, Fraulini, Rv. 659487-01**, ha chiarito che in tali cause sussiste litispendenza − con conseguente eliminazione del giudizio successivamente proposto secondo il criterio della prevenzione − anche quando la prima domanda sia stata avanzata nei confronti di alcuni soltanto dei contraddittori necessari e quella successiva nei confronti di altri o di tutti, attesa la finalità, perseguita con la modifica dell'art. 39, comma 1, c.p.c., intervenuta con l'art. 45, comma 3, della legge n. 69 del 2009, di evitare l'inutile duplicità di giudizi e il rischio che un medesimo rapporto sia regolato da statuti confliggenti. Nella specie, la Corte ha in particolare ritenuto che i giudici di merito avessero correttamente dichiarato la litispendenza nell'ambito del giudizio proposto dai soci di una società in accomandita semplice avverso l'avviso di accertamento del maggior reddito, in quanto successivo a quello instaurato dalla società avverso il medesimo atto.

5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.

Da segnalare, anzitutto, **Sez. U, n. 22769/2020, Perrino, Rv. 659612-01**, che, in tema di elezioni degli avvocati quali componenti del consiglio dell'ordine, ha chiarito che, ove sia stata rigettata dal Consiglio nazionale forense la domanda del primo non eletto avente a oggetto l'annullamento della proclamazione dell'elezione di uno o più candidati ineleggibili e la conseguente declaratoria del

diritto del reclamante a subentrare nella carica, la mancata notifica del ricorso per cassazione agli altri componenti eletti, intervenuti in primo grado, non determina violazione del principio del litisconsorzio necessario e non impone di integrare il contraddittorio nei loro confronti, in quanto l'ineleggibilità individuale comporta la sola invalidità originaria dell'elezione del soggetto ineleggibile ma non incide sul risultato complessivo della tornata elettorale, che resta valido ed efficace, così come i voti validamente espressi in favore degli iscritti eleggibili, con la conseguenza che la loro chiamata in causa si tradurrebbe in un'attività ininfluente sull'esito del giudizio, in mancanza, in concreto, della necessità di garantirne la partecipazione al processo e l'esercizio del diritto di difesa.

In materia di opposizioni esecutive e controversie distributive, **Sez. 3, n. 11268/2020, D'Arrigo, Rv. 658143-01**, ha chiarito che il ricorso per cassazione deve essere proposto nei confronti di tutti i creditori procedenti o intervenuti al momento della proposizione dell'opposizione, fra i quali sussiste litisconsorzio processuale necessario, sicché il ricorso medesimo deve contenere, a pena di inammissibilità *ex* art. 366, comma 1, n. 3), c.p.c., l'esatta indicazione dei litisconsorti necessari, al fine di consentire la verifica dell'integrità del contraddittorio ed eventualmente ordinarne l'integrazione ai sensi dell'art. 331 c.p.c.

Con riguardo all'intervento nel giudizio di divisione dei creditori e degli aventi causa da un partecipante, **Sez. 6-2, n. 15994/2020, Scarpa, Rv. 658787-01**, ha precisato che i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti trascritti hanno diritto a intervenire nella divisione, *ex* art. 1113, comma 1, c.c., ma non ne sono parti necessarie, assumendo la posizione di litisconsorti, con la conseguente necessità d'integrazione del contraddittorio nel giudizio di appello, *ex* art. 331 c.p.c., soltanto con l'effettivo intervento in causa, anche a seguito di chiamata in giudizio, *ex* art. 1113, comma 3, c.c. (la quale costituisce un onere per i comunisti, sui quali grava l'obbligo di salvaguardare il diritto d'intervento dei creditori iscritti e dei cessionari opponenti o trascriventi).

Per la necessità dell'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c. nel caso di *actio negatoria servitutis* quando il fondo, nel quale siano state realizzate le opere di cui si chieda la rimozione, appartenga a più soggetti, **Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**, della quale si è peraltro già dato conto al punto 2.3.

Sez. 6-3, n. 10596/2020, Dell'Utri, Rv. 657995-01, ha affermato che l'ipotesi di solidarietà attiva e passiva tra più soggetti agenti o convenuti nel giudizio di risarcimento del danno non comporta inscindibilità delle cause in fase di impugnazione e non dà luogo all'applicazione dell'art. 331 c.p.c. in quanto ogni danneggiato, come può agire separatamente dagli altri danneggiati e nei confronti di ciascuno dei danneggianti per ottenere l'integrale risarcimento, così può proseguire il giudizio senza gli ulteriori danneggiati o contro uno solo dei danneggianti, omettendo di proporre impugnazione con riguardo agli altri, con l'effetto di scindere il rapporto processuale.

Da segnalare anche **Sez. L, n. 22984/2020, Bellé, Rv. 659058-01**, che, pronunciando con riguardo alle condizioni in presenza delle quali l'eccezione di prescrizione sollevata da un coobbligato solidale ha effetto estintivo nei confronti dell'altro coobbligato, ha statuito che l'eccezione in senso stretto − quale è quella di prescrizione − sollevata da uno dei coobbligati non giova anche agli altri, ancorché chiamati nel medesimo processo, a meno che le cause riguardanti gli obblighi solidali, intentate unitariamente nei confronti dei coobbligati, siano tra loro ulteriormente connesse, come accade nell'ipotesi di riproposizione in sede di impugnazione di temi comuni ai predetti coobbligati o quando siano state instaurate azioni di regresso o manleva tra i convenuti, nel qual caso nella fase di impugnazione sussiste un litisconsorzio necessario cd. processuale e sorge la necessità di un'unitaria pronuncia nei confronti di tutte le parti in causa. Nella fattispecie da cui la pronuncia ha tratto origine, il dipendente di un'università distaccato presso un'azienda ospedaliera aveva convenuto nello stesso giudizio entrambi gli enti, chiedendone la condanna solidale al pagamento dell'indennità perequativa prevista dall'art. 31 del d.P.R. n. 761 del 1979; la Corte ha negato che la domanda di manleva dell'università fosse stata ritualmente proposta e ha dunque escluso che l'università stessa potesse beneficiare degli effetti dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'azienda.

Quanto al caso, poi, di mancata partecipazione di un litisconsorte necessario in sede di reclamo cautelare, non rilevata dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, **Sez. 6-2, n. 20020/2020, Oliva, Rv. 659227-01**, ha chiarito che esso non costituisce una delle ipotesi tassative previste dall'art. 354, comma 1, c.p.c. per le quali resta viziato l'intero processo e si impone, in sede di appello, l'annullamento, anche d'ufficio, della pronuncia emessa e il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c., trattandosi di un procedimento inidoneo ad incidere

con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e ininfluente nel successivo giudizio di merito.

Con riguardo a cause inscindibili, secondo **Sez. 3, n. 03318, Guizzi, Rv. 656893-01**, qualora il ricorso per cassazione non sia stato proposto nei confronti di tutte le parti e la Corte abbia assegnato un termine per l'integrazione del contraddittorio, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 331 c.p.c. esclude che possa farsi ricadere sul ricorrente, che abbia tempestivamente avviato il procedimento di notificazione, l'esito negativo del medesimo dovuto a circostanze indipendenti dalla sua volontà e non prevedibili. Tuttavia, questo principio deve essere applicato tenendo conto che il termine per l'integrazione del contraddittorio non viene concesso soltanto per iniziare il procedimento, ma anche per svolgere le indagini anagrafiche che siano prevedibilmente necessarie, ed è peraltro stabilito allo scopo di permettere alla parte di rimediare a un errore nel quale è incorsa all'atto della notificazione del ricorso.

Nel caso in cui il convenuto chiami in giudizio un terzo, esperendo nei suoi confronti una domanda di garanzia impropria, deve escludersi in appello l'inscindibilità delle cause ai fini dell'integrazione del contraddittorio nelle fasi di impugnazione allorché il chiamato non abbia contestato la fondatezza della domanda proposta contro il proprio chiamante e l'attore non abbia presentato domande verso il chiamato (**Sez. 6-3, n. 21366/2020, Dell'Utri, Rv. 659563**).

5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.

A proposito del giudizio di opposizione al decreto di pagamento emesso a favore del custode di beni sequestrati nell'ambito del procedimento penale, ai sensi dell'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, **Sez. 6-2, n. 11795/2020, Besso Marcheis, Rv. 658449-01**, ha affermato che sono contraddittori necessari, oltre al beneficiario, le parti processuali e, tra esse, in particolare, i soggetti a carico dei quali è posto l'obbligo di corrispondere detto compenso. Da ciò la conseguenza che l'omessa notificazione del ricorso e del decreto di comparizione delle parti a uno dei soggetti obbligati al pagamento, ove manchi la partecipazione di costui al procedimento, determina non l'inammissibilità del ricorso, dato che il suo deposito realizza la *editio actionis* necessaria all'incardinamento della seconda fase processuale, ma la nullità del successivo procedimento e della relativa decisione,

in ragione della mancanza di integrità del contraddittorio, con conseguente cassazione della decisione stessa e rinvio della causa al giudice *a quo*.

6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.

Quando risulta integrata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., resta viziato l'intero processo e s'impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse e il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c. (**Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380-01**, già menzionata al punto 2.5).

Allo stesso proposito, con riguardo, in particolare, alle conseguenze della mancata evocazione dell'Istituto previdenziale nel giudizio promosso dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi, **Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-02**, già menzionata al punto 2.4.

Sez. 1, n. 02966/2020, Scalia, Rv. 656996-01, premesso che, in materia di litisconsorzio processuale cd. necessario, l'interesse tutelato che la parte può fare valere rispetto al terzo che abbia partecipato al giudizio di primo grado su ordine del giudice, ma non sia stato chiamato in appello a integrare il contraddittorio, è quello a ottenere una pronuncia di merito e non una sentenza di mero rito, ha affermato che, di conseguenza, la cassazione della sentenza d'appello è ammessa solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella impugnata. La Corte ha perciò escluso che potesse essere dedotta in Cassazione, quale *error in procedendo*, la mancata integrazione del contraddittorio a opera del giudice di appello essendo intervenuto il fallimento del terzo chiamato in causa che rendeva la domanda proposta nei suoi confronti comunque improcedibile.

7. Litisconsorzio necessario (processuale) nel giudizio di rinvio.

Va qui ricordata **Sez. 6-2, n. 00975/2020, Scarpa, Rv. 657245-02**, secondo cui, in conseguenza della cassazione con rinvio, tra il giudizio rescindente e quello rescissorio deve esservi perfetta correlazione quanto al rapporto processuale, che non può costituirsi davanti al giudice di rinvio senza la partecipazione di tutti i

soggetti nei cui confronti è stata emessa la pronuncia rescindente e quella cassata; la citazione in riassunzione davanti a detto giudice si configura, infatti, come atto di impulso processuale, in forza del quale la controversia dà luogo a un litisconsorzio necessario fra coloro che furono parti nel processo di cassazione, senza che abbia rilievo alcuno la natura inscindibile o scindibile della causa, né l'ammissibilità di una prosecuzione solo parziale del giudizio in sede di rinvio.

8. Litisconsorzio facoltativo.

In linea di principio, tra le ipotesi di litisconsorzio facoltativo vi è quella delle obbligazioni solidali.

Ne è un esempio la responsabilità degli amministratori di società, ipotesi scrutinata da **Sez. 1, n. 21497/2020, Iofrida, Rv. 659419-01**, la quale ha affermato che, in tale fattispecie, ove la relativa azione venga proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione degli stessi, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile, tra i convenuti non si determina una situazione di litisconsorzio necessario, attesa, appunto, la natura solidale dell'obbligazione dedotta in giudizio che, dando luogo ad una pluralità di rapporti distinti, anche se collegati tra loro, esclude l'inscindibilità delle posizioni processuali, consentendo quindi di agire separatamente nei confronti di ciascuno degli amministratori.

Secondo **Sez. 3, n. 04684/2020, Olivieri, Rv. 656912-02**, in tema di litisconsorzio facoltativo, quale quello che si determina nel giudizio promosso verso più coobbligati solidali, verificatasi una causa di interruzione nei confronti di uno di essi, ove il giudice non si avvalga del potere di disporre la separazione delle cause *ex* art. 103 c.p.c., la mancata riassunzione della lite nel termine fissato dall'art. 305 c.p.c. non impedisce l'ulteriore prosecuzione del processo relativamente ai litisconsorti non colpiti dall'evento interruttivo.

In senso conforme a tale pronuncia, **Sez. 3, n. 08123/2020, Fiecconi, Rv. 657575-01**, secondo cui, nel caso di cumulo di cause scindibili, l'evento interruttivo relativo a una delle parti (nella specie, l'apertura del fallimento, *ex* art. 43, comma 3, della legge fallimentare) non spiega effetti nei confronti delle altre, le quali, pertanto, anche laddove il giudice non disponga la separazione delle cause, non sono tenute a riassumere il processo. Di conseguenza, qualora la riassunzione non sia stata tempestivamente effettuata nell'interesse della parte colpita dal suddetto evento, l'estinzione si verifica nei soli confronti di

quest'ultima, continuando il processo nei confronti degli altri litisconsorti. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza d'appello che − confermando la decisione di primo grado in una causa di opposizione a decreto ingiuntivo instaurata con un unitario atto di citazione dal debitore principale e da due fideiussori, i quali avevano dedotto altresì la mancata sottoscrizione delle fideiussioni − aveva ritenuto che il fallimento del soggetto garantito spiegasse effetto interruttivo sull'intero processo, con conseguente estinzione dello stesso a seguito della mancata tempestiva riassunzione da parte dei condebitori solidali.

Da segnalare, **Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-02**, che, in tema di danno erariale, ha statuito che l'azione esercitata contro più soggetti solidalmente responsabili inserisce in un unico giudizio più cause scindibili e indipendenti. Da ciò consegue che, proposto ricorso per cassazione da uno dei condebitori solidali, gli altri, per i quali sia ormai decorso il relativo temine, non possono giovarsi dell'impugnazione incidentale tardiva, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., giacché le forme e i termini stabiliti da questa norma operano esclusivamente per l'impugnazione incidentale in senso stretto, ossia per quella proveniente dalla parte "contro" la quale è stata proposta l'impugnazione principale o per quella chiamata a integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331 c.p.c.

Con riguardo (anche) a quest'ultimo aspetto, **Sez. L, n. 12444/2020, Bellé, Rv. 658102-01**, ha affermato che, in tema di impiego pubblico privatizzato, le controversie sul rapporto di lavoro che coinvolgano questioni destinate ad avere effetto sull'inquadramento previdenziale individuano, qualora introdotte contestualmente nei riguardi del datore di lavoro e dell'ente di previdenza presso il quale si assume debbano avvenire i versamenti contributivi, una causa inscindibile in sede di impugnazione. Di conseguenza, il lavoratore che riceva l'impugnazione proposta dall'ente di previdenza è legittimato a proporre impugnazione incidentale tardiva, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., anche nei confronti di parte diversa dall'impugnante principale e quindi del datore di lavoro, con riferimento alle ragioni sostanziali comuni al rapporto di lavoro e a quello previdenziale.

A proposito dei giudizi di equa riparazione per l'irragionevole durata del processo, **Sez. 6-2, n. 07031/2020, Abete, Rv. 657280-01**, ha chiarito che l'obbligazione al relativo indennizzo insorge autonomamente per ciascuna parte del giudizio "presupposto", con la conseguenza che nel giudizio di equa

riparazione non si dà eventualmente luogo a litisconsorzio necessario, bensì a litisconsorzio facoltativo.

Con riguardo alla domanda proposta da più lavoratori nei confronti dello stesso datore di lavoro, **Sez. L, n. 24928/2020, Cavallaro, Rv. 659268-01**, ha affermato che essa dà luogo a un litisconsorzio facoltativo improprio, nel quale permane l'autonomia dei titoli e che la sentenza, formalmente unica, consta in realtà di tante pronunce quante sono le cause riunite, per loro natura scindibili, con la conseguenza che l'impugnazione proposta solo da alcune delle parti non coinvolge la posizione delle parti non impugnanti e rende inapplicabile l'art. 331 c.p.c.

Il diritto che, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.c., il terzo può far valere in un giudizio pendente tra altre parti, secondo **Sez. 3, n. 11085/2020, Cirillo, Rv. 658095-01**, deve essere relativo all'oggetto sostanziale dell'originaria controversia, da individuare con riferimento al *petitum* e alla *causa petendi*, ovvero dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo a fondamento della domanda giudiziale originaria, restando irrilevante la mera identità di alcune questioni di diritto, la quale, configurando una connessione impropria, non consente l'intervento del terzo nel processo, ferma restando la facoltà del giudice di merito, in caso di bisogno, di disporre la separazione successivamente all'intervento, allo scopo di evitare cause congestionate dal numero eccessivo delle parti. Nella specie, la Corte ha cassato la sentenza che aveva dichiarato inammissibile l'intervento nonostante la dipendenza del diritto fatto valere dagli interventori dal titolo dedotto dagli attori, rappresentato dall'inadempimento dello Stato alle direttive in materia di trattamento economico dei medici specializzandi, comportamento riferibile, nella sua efficacia lesiva, in via immediata a ciascuno dei detti medici; la Corte ha anche precisato che tale dipendenza si ricollegava alla parziale coincidenza della *causa petendi* delle domande risarcitorie avanzate.

Con riguardo all'impugnazione di decisione riguardante una pluralità di rapporti giuridici distinti e autonomi, **Sez. 6-3, n. 00804/2020, Porreca, Rv. 656588-01**, ha statuito che, ove il gravame sia proposto nei confronti di alcune soltanto delle parti, l'omessa esecuzione, nel termine perentorio assegnato, dell'ordine del giudice *ex* art. 332 c.p.c. di eseguire la notificazione nei confronti delle altre determina, venendo in rilievo un litisconsorzio facoltativo in cause scindibili, l'estinzione del processo limitatamente ai soggetti destinatari del rinnovo della notifica, non potendo il detto ordine avere riflesso sugli altri. Nella

specie, la Corte, in una controversia nella quale ricorreva un cumulo soggettivo di domande risarcitorie correlate a un unico fatto storico, ma a contratti di trasporto distinti, ha ritenuto che sussistesse un litisconsorzio facoltativo in cause inscindibili, con la conseguenza che l'estinzione del giudizio di secondo grado per tardiva esecuzione dell'ordine del giudice di rinnovazione della notificazione dell'atto di appello a una delle parti poteva essere dichiarata solo rispetto alla destinataria.

CAPITOLO X

LE PROVE

(di Andrea Penta)

SOMMARIO: 1. La consulenza tecnica d'ufficio. 1.1. Il mancato esame delle risultanze della c.t.u. 1.2. Le operazioni peritali e i poteri del c.t.u. 2. L'ordine di esibizione. 3. Il disconoscimento di scritture private. 3.1. Il disconoscimento delle copie fotostatiche o fotografiche. 3.2. Il procedimento di verificazione. 4. La querela di falso. 4.1. Gli aspetti processuali. 4.2. I mezzi di prova utilizzabili. 5. Il giuramento. 6. La prova testimoniale. 6.1. L'incapacità a testimoniare. 6.2. L'assunzione della prova testimoniale. 6.3. La testimonianza *de relato*. 6.4. Le presunzioni.

1. La consulenza tecnica d'ufficio.

In termini generali, **Sez. 6 - 1, n. 00326/2020, Caiazzo, Rv. 656801 - 01**, ha ribadito (n. 15219 del 2007 Rv. 598312 - 01; Sez. 5, n. 25253/2019, D'Oriano, Rv. 655530 - 01) che la consulenza tecnica d'ufficio è mezzo istruttorio diverso dalla prova vera e propria, sottratto alla disponibilità delle parti e affidato al prudente apprezzamento del giudice di merito, rientrando nel suo potere discrezionale la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario e potendo la motivazione dell'eventuale diniego del giudice di ammissione del mezzo essere anche implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato.

Rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito anche la valutazione dell'opportunità di disporre indagini tecniche suppletive o integrative, di sentire a chiarimenti il consulente sulla relazione già depositata ovvero di rinnovare, in parte o *in toto*, le indagini, sostituendo l'ausiliare del giudice.

Dal canto suo, **Sez. 6 - 3, n. 13736/2020, Guizzi, Rv. 658504 - 01**, ha confermato (n. 01190 del 2015 Rv. 633974 - 01) che, in tema di risarcimento del danno, è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione "percipiente" quando essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare per mezzo delle

conoscenze e degli strumenti di cui dispone (nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso che censurava la sentenza impugnata per non avere quantificato il danno emergente rappresentato dalla necessità di cure odontoiatriche, atteso che la parte attrice non aveva depositato documenti che consentissero di determinare detto danno).

1.1. Il mancato esame delle risultanze della c.t.u.

L'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., riformulato dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012 (per un esame più approfondito sul tema, si rinvia al cap. XIV), introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, nel cui ambito non è inquadrabile la consulenza tecnica d'ufficio - atto processuale che svolge, come visto, funzione di ausilio del giudice nella valutazione dei fatti e degli elementi acquisiti (consulenza c.d. deducente) ovvero, in determinati casi (come in ambito di responsabilità sanitaria), fonte di prova per l'accertamento dei fatti (consulenza c.d. percipiente) - in quanto essa costituisce mero elemento istruttorio da cui è possibile trarre il "fatto storico", rilevato e/o accertato dal consulente. In quest'ottica, **Sez. 6 - 3, n. 12387/2020, Vincenti, Rv. 658062 - 01**, allineandosi a n. 18391 del 2017, Rv. 657999 - 01, ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso, in quanto la ricorrente non aveva evidenziato quale "fatto storico" decisivo fosse stato omesso nell'esame condotto dai giudici di merito, limitandosi a denunciare una omessa valutazione delle risultanze della c.t.u. Tuttavia, di diverso avviso è **Sez. 6 - 3, n. 18598/2020, Scrima, Rv. 659088 - 01**, secondo cui il mancato esame delle risultanze della c.t.u. integra un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., risolvendosi nell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Quest'ultimo indirizzo sembra, allo stato, prevalente (n. 13770 del 2018, Rv. 649151 - 01; n. 13922 del 2016, Rv. 640530 - 01; n. 13399 del 2018, Rv. 649039 - 01).

1.2. Le operazioni peritali e i poteri del c.t.u.

Ai sensi degli artt. 194, comma 2, c.p.c. e 90, comma 1, disp. att. c.p.c., ha ribadito (conf. n. 14532 del 2016 Rv. 640486 - 01) **Sez. 2, n. 03047/2020, Besso Marcheis, Rv. 657096 - 01**, alle parti va data comunicazione del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali, senza che l'omissione (anche di una) di

simili comunicazioni sia, di per sé, ragione di nullità della consulenza stessa, che si realizza soltanto quando, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, ne sia derivato un pregiudizio del diritto di difesa per non essere state le parti poste in grado di intervenire alle operazioni, pregiudizio che non ricorre ove risulti che le parti, con avviso anche verbale o in qualsiasi altro modo, siano state egualmente in grado di assistere all'indagine o di esplicare in essa le attività ritenute convenienti.

Fermo restando che l'obbligo di comunicazione di tal fatta riguarda sia l'inizio delle operazioni dell'ausiliario, sia la relativa prosecuzione, la nullità della consulenza conseguente al suo inadempimento, se tempestivamente eccepita, non è sanata dalla mera possibilità di riscontro e verifica "a posteriori" dell'elaborato del consulente. Il principio, enunciato da Cassazione civile, sez. III, ordinanza 18 novembre 2020, n. 26304, non massimata, si pone in consapevole contrasto con quanto statuito da Sez. 2, n. 03893/2017, Federico, Rv. 643039 - 01, a mente della quale la validità di una consulenza tecnica d'ufficio non è inficiata dalla eventuale nullità, per violazione del principio del contraddittorio conseguente alla omessa convocazione alle operazioni peritali di una delle parti, di alcuni accertamenti o rilevazioni compiuti dal consulente, salvo che si dimostri che ciò abbia inciso in concreto sul suo atto conclusivo, ossia sulla relazione di consulenza.

Collocandosi in linea di discontinuità con un precedente indirizzo (n. 19427 del 2017, Rv. 645178 - 03; n. 20829 del 2018, Rv. 650420 - 01; n. 3330 del 2016, Rv. 638709 - 01), **Sez. L, n. 18657/2020, Pagetta, Rv. 658596 - 01**, ha affermato che il secondo termine previsto dall'art. 195 c.p.c., comma 3, così come modificato dalla l. n. 69 del 2009, svolge, ed esaurisce, la sua funzione nel sub-procedimento che si conclude con il deposito della relazione dell'ausiliare, sicché, in difetto di esplicita previsione in tal senso, la mancata prospettazione al consulente tecnico di ufficio di rilievi critici non preclude alla parte di arricchire e meglio specificare le relative contestazioni difensive nel successivo corso del giudizio e, quindi, anche in sede di gravame, laddove tale accertamento sia stato posto a base della decisione di primo grado. Il difforme, prevalente, indirizzo è stato, peraltro, nuovamente sostenuto, nel corso di quest'anno, da **Sez. 5, n. 15522/2020; Fichera, Rv. 658401 - 01**, a mente della quale anche nel processo tributario, in forza del rinvio generale al codice di rito contenuto nell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, le eccezioni e le contestazioni alla consulenza disposta dal giudice d'ufficio debbono essere formulate, al più tardi, entro l'udienza pubblica di discussione innanzi al collegio, *ex* art. 34 del d.lgs. n. 546 del 1992, nel contraddittorio tra tutte le parti; resta escluso, poi, che eccezioni, rilievi

ed osservazioni nei confronti dell'elaborato peritale, in relazione alle quali la parte sia incorsa in decadenza per non averle tempestivamente articolate nel corso del giudizio innanzi alla CTP, possano essere formulate come motivi di gravame, avverso la decisione che si fondi sulle risultanze dell'esperita c.t.u. A tal punto che la menzionata pronuncia è pervenuta alla conclusione che «*è certo che i rilievi e le contestazioni alla consulenza tecnica nell'ambito del processo civile, siano essi formulati per ragioni processuali ovvero anche per profili di merito, in un'ottica di necessaria lealtà processuale e alla luce del principio di ragionevole durata del processo* - […] -*, devono essere formulate nell'ambito del grado in cui le risultanze peritali si sono formate, restando preclusa alle parti la possibilità di sollevare nuove eccezioni o contestazioni di sorta, per la prima volta, soltanto nei gradi successivi*.».

Sez. 2, n. 02671/2020, Dongiacomo, Rv. 657091 - 01, si è posta nel solco di quell'orientamento (n. 01901 del 2010, Rv. 611569 - 01; n. 12921 del 2015, Rv. 635808 - 01), ormai consolidato, secondo cui il consulente tecnico di ufficio ha il potere di attingere *aliunde* notizie e dati non rilevabili dagli atti processuali, quando ciò sia indispensabile per espletare convenientemente il compito affidatogli, sempre che non si tratti di fatti costituenti materia di onere di allegazione e di prova delle parti. Dette indagini possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice, a condizione che ne siano indicate le fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo, a tutela del principio del contraddittorio.

Va, infatti, ricordato che la consulenza tecnica d'ufficio (Sez. 6 - 1, n. 30218/2017, Genovese, Rv. 647288 - 01), non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negato, qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero a compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (Sez. 1, n. 21487/2017, Ceniccola, Rv. 645410 - 01; Sez. 1, n. 15774/2018, Nazzicone, Rv. 649471 - 01).

Premesso che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo, **Sez. 3, n. 25162/2020, Sestini**, **Rv. 659777 - 01**, ha ribadito che il giudice del merito può

trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta (Cass. n. 05965 del 2004; n. 14272 del 1999).

In questo contesto **Sez. 3, n. 24468/2020, Olivieri**, Rv. 659951 - 01, ha avuto il merito di chiarire che alle informazioni assunte dall'ausiliario nominato d'ufficio, direttamente dalle parti in causa, nel corso delle operazioni peritali *ex* art. 194 c.p.c., non può riconoscersi l'efficacia di prova legale della dichiarazione confessoria "spontanea", per la quale è richiesto l'espletamento del mezzo di prova tipico del deferimento dell'"interrogatorio formale" che deve essere assunto esclusivamente dal giudice. Senza tralasciare che, in base all'art. 229 c.p.c., a parte l'ipotesi dell'interrogatorio libero delle parti *ex* art. 117 c.p.c., la dichiarazione confessoria deve essere contenuta, a pena di inefficacia, in un atto processuale "firmato dalla parte personalmente". Ne segue che alle dichiarazioni a sé sfavorevoli rese dalla parte al c.t.u. non può che attribuirsi la stessa valenza probatoria che è riconosciuta dall'art. 2735, comma 1, seconda parte, c.c. alle dichiarazioni confessorie stragiudiziali, fatte al terzo.

2. L'ordine di esibizione.

In ipotesi di cessione d'azienda, poiché i creditori sociali (non avendo la disponibilità dei libri contabili del loro debitore che divenga poi cedente), al fine di provare il fondamento della loro pretesa, possono valersi unicamente dello strumento dell'ordine di esibizione emesso dal giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. nell'ambito del giudizio instaurato nei confronti del cessionario, la relativa richiesta, in quanto funzionale alla possibilità di applicazione della responsabilità solidale *ex* art. 2560, comma 2, c.c., si sottrae al regime comune di discrezionalità nell'emanazione di un ordine di esibizione da parte del giudice. **Sez. 6 - 1, n. 13903/2020, Dolmetta, Rv. 658498 - 01**, ha espresso il principio nell'ambito di un giudizio di opposizione allo stato passivo, proposto dalla parte che si affermava creditrice dell'azienda successivamente ceduta a società poi fallita, in cui il giudice di merito non si era pronunciato sulla domanda di esibizione dei libri contabili dell'impresa cedente.

E' a darsi atto dell'esistenza, nel contesto del lavoro, di un altro orientamento (Sez. L, n. 24188/2013, Filabozzi, Rv. 629099 - 01), secondo cui, in tema di poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro, l'emanazione di ordine di esibizione (nella specie, di documenti) è discrezionale e la valutazione di indispensabilità non deve essere neppure esplicitata nella motivazione; ne consegue che il relativo

esercizio è svincolato da ogni onere di motivazione e il provvedimento di rigetto dell'istanza di ordine di esibizione non è sindacabile in sede di legittimità, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, trattandosi di strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova dei fatti non possa in alcun modo essere acquisita con altri mezzi e l'iniziativa della parte instante non abbia finalità esplorativa.

Al contempo, è configurabile un indirizzo più rigoroso (Sez. 2, n. 13533/2011, Manna F., Rv. 618320 - 01; conf. Sez. L, n. 01484/2014, Balestrieri, Rv. 630271 - 01), a tenore del quale la discrezionalità del potere officioso del giudice di ordinare alla parte o ad un terzo, ai sensi degli artt. 210 e 421 c.p.c., l'esibizione di un documento sufficientemente individuato, non potendo sopperire all'inerzia delle parti nel dedurre i mezzi istruttori, rimane subordinata alle molteplici condizioni di ammissibilità di cui agli artt. 118 e 210 e 94 disp. att. c.p.c. e deve essere supportata da un'idonea motivazione, anche in considerazione del più generale dovere di cui all'art. 111, comma sesto, Cost., saldandosi tale discrezionalità con il giudizio di necessità dell'acquisizione del documento ai fini della prova di un fatto.

3. Il disconoscimento di scritture private.

L'onere del disconoscimento della scrittura privata e, correlativamente, l'eventuale verificarsi del riconoscimento tacito, ai sensi dell'art. 215 c.p.c., presuppongono che il documento prodotto contro una parte provenga dalla stessa, oppure da un soggetto che la rappresenti, in quanto munito di procura, ovvero, trattandosi di persona giuridica, in ragione del rapporto organico in base al quale può impegnare la responsabilità dell'ente; ne consegue, secondo **Sez. 2, n. 18919/2020, Oliva, Rv. 659173 - 01**, che in presenza di un documento firmato da due diversi soggetti, entrambi parti del processo, il disconoscimento operato da uno di essi spiega effetti limitatamente alla sua posizione processuale, mentre nei confronti dell'altro firmatario il documento acquisisce piena efficacia probatoria.

Nel processo civile le scritture private provenienti da terzi estranei alla lite costituiscono, invece, meri indizi, liberamente valutabili dal giudice e contestabili dalle parti senza necessità di ricorrere alla disciplina prevista in tema di querela di falso o disconoscimento di scrittura privata autenticata. Ne consegue che, sorta controversia sull'autenticità di tali documenti, l'onere di provarne la genuinità grava su chi li invoca, in applicazione del generale principio di cui all'art. 2697 c.c. In una controversia avente ad oggetto il disconoscimento, da parte di una

compagnia assicuratrice, della sottoscrizione apposta da un suo agente assicurativo su una polizza, contenente la quietanza di pagamento del premio, **Sez. 3, n. 06650/2020, Cigna, Rv. 657468 - 01**, nel solco di n. 24208 del 2010, Rv. 614896 - 01, ha cassato la decisione della corte territoriale, la quale aveva ritenuto che la detta compagnia, nonostante fosse soggetto terzo rispetto alle parti del contratto, dovesse proporre querela di falso per contestare la veridicità della firma.

Sez. 6 - 1, n. 15823/2020, Terrusi, Rv. 658501 - 01, ha ribadito (n. 01789 del 2007, Rv. 595719 - 01) che alla parte cui sia riferita una scrittura privata è sempre consentito non solo di disconoscerla, così facendo carico alla controparte della verificazione, ma anche di proporre alternativamente la querela di falso, al fine di negare definitivamente la genuinità del documento, poiché, in difetto di limitazioni di legge, non può negarsi la facoltà di optare per uno strumento più gravoso, ma rivolto al perseguimento di un risultato più ampio e definitivo, qual è quello della completa rimozione del valore dell'atto con effetti *erga omnes* (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza d'appello che aveva reputato non proponibile la querela di falso, se non dopo l'esito sfavorevole dell'eventuale verificazione, in relazione alla sottoscrizione di alcune distinte bancarie di versamento e prelevamento).

Tuttavia, come confermato da **Sez. 3, n. 03891/2020, Guizzi, Rv. 657147 - 01** (conf. n. 04728 del 2007, Rv. 595227 - 01), nell'ambito di uno stesso processo, qualora sia già stato utilizzato il disconoscimento, cui sia seguita la verificazione, la querela di falso è inammissibile se proposta al solo scopo di neutralizzare il risultato della verificata autenticità della sottoscrizione e non, invece, per contestare la verità del contenuto del documento.

Il riconoscimento tacito della scrittura privata ai sensi dell'art. 215 c.p.c. e la verificazione della stessa *ex* art. 216 stesso codice attribuiscono, peraltro, alla scrittura il valore di piena prova fino a querela di falso, secondo quanto dispone l'art. 2702 c.c., della sola provenienza della stessa da chi ne appare come sottoscrittore, e non anche della veridicità delle dichiarazioni in essa rappresentate, sicché, per **Sez. 5, 24841/2020, D'Orazio**, **Rv. 659498 - 01**, il contenuto di queste ultime può essere contestato dal sottoscrittore con ogni mezzo di prova, entro i limiti di ammissibilità propri di ciascuno di essi (Cass., sez. 3, 30 giugno 2015, n. 13321; Cass., sez. L., 12 maggio 2008, n. 11674; Cass., sez. 2, 30 maggio 2007, n. 12695; Cass., sez. L., 25 ottobre 1993, n. 10577; Cass., 2 gennaio 1998, n. 00005; Cass., sez. 2, 14 luglio 1988, n. 04611; *contra* solo Cass., 8 maggio 1981, n. 03009, e Cass., 6 dicembre 1972, n. 03532).

Pertanto, essendo il valore di prova legale della scrittura privata riconosciuta, o da considerarsi tale, limitato alla provenienza della dichiarazione del sottoscrittore e non estendendosi al contenuto della medesima, la querela di falso è esperibile unicamente nei casi di falsità materiale per rompere il collegamento, quanto alla provenienza, tra dichiarazione e sottoscrizione, e non in quella di falsità ideologica per impugnare la veridicità di quanto dichiarato, al qual fine può farsi, invece, ricorso alle normali azioni atte a rilevare il contrasto tra volontà e dichiarazione (Cass., sez. 1, 10 aprile 2018, n. 08766; Cass., sez. 3, 2 giugno 1999, n. 05383).

Sez. 6 - 2, n. 15676/2020, Oliva, Rv. 658778 - 01, ha ribadito (n. 06968 del 2006, Rv. 588463 - 01), con riferimento ad un caso in cui il disconoscimento riguardava la conformità della copia fotostatica all'originale, che il riconoscimento tacito della scrittura privata sancito dall'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c., comporta la decadenza di natura sostanziale dalla facoltà di disconoscere la scrittura stessa e, come tale, non opera d'ufficio, ma è rilevabile solo ad istanza di parte, non essendo posto in modo esplicito, né essendo desumibile dal sistema a tutela di un interesse generale. Già Sez. 3, n. 23636/2019, Dell'Utri, Rv. 655493 - 01, aveva confermato (conf. Sez. 2, n. 10147/2011, Manna F., Rv. 617920 - 01) che l'eccezione di tardività del disconoscimento della scrittura privata ai sensi degli artt. 214 e 215 c.p.c. è rimessa alla disponibilità della parte che ha prodotto il documento, in quanto unica ad avere interesse a valutare l'utilità di un accertamento positivo della provenienza della scrittura. Essa, di conseguenza, è logicamente incompatibile con l'istanza di verificazione che ne costituisce implicita rinuncia.

Sez. 6 - 1, n. 15645/2020, Dolmetta, Rv. 658709 - 01, ha ricordato (conf. n. 11494 del 2014, Rv. 631280 - 01) che le disposizioni di cui agli artt. 214 e segg. c.p.c., sul riconoscimento e la verificazione della scrittura privata, non sono applicabili nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, tenuto conto del carattere sommario e camerale che tale procedimento ha conservato anche dopo la riforma della legge fallimentare e degli ampi poteri istruttori officiosi che spettano al giudice, sicché il tribunale può accertare la genuinità della scrittura privata anche d'ufficio e con ogni mezzo.

3.1. Il disconoscimento delle copie fotostatiche o fotografiche.

La mancata contestazione della conformità della copia fotografica o fotostatica all'originale non comporta l'incontestabilità della provenienza della scrittura, giacché, mentre il disconoscimento di cui all'art. 214 c.p.c. è diretto ad

escludere la prova della riferibilità della scrittura al soggetto che risulta esserne l'autore apparente, con il disconoscimento di cui all'art. 2719 c.c. non si pone in discussione l'autenticità del documento, ma soltanto la piena corrispondenza della riproduzione fotografica al suo originale. In applicazione del principio, **Sez. 3, n. 06176/2020, Olivieri, Rv. 657141 - 01**, ha ritenuto che il consenso, prestato dalla parte che aveva compiuto il disconoscimento ai sensi dell'art. 214, comma 2, c.p.c., allo svolgimento della c.t.u. grafologica sulla copia fotostatica della scrittura disconosciuta, non avesse precluso alla stessa parte la contestazione dell'esito dell'accertamento peritale sull'autenticità del documento.

La conformità della riproduzione cartacea delle risultanze di un sito internet può essere oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 2712 c.c. e delle norme del codice dell'amministrazione digitale, ma al giudice è sempre consentito - anche d'ufficio ai sensi dell'art. 447-*bis*, comma 3, c.p.c., se applicabile - l'accertamento della contestata conformità con qualunque mezzo di prova, inclusa la richiesta di informazioni al gestore del servizio ai sensi dell'art. 213 c.p.c. ovvero mediante verifica diretta del sito. In quest'ottica, **Sez. 3, n. 17810/2020, Tatangelo, Rv. 658689 - 01**, ha confermato la correttezza della verifica, svolta d'ufficio dal giudice ed eseguita mediante l'accesso diretto al sito internet del servizio postale degli Emirati Arabi Uniti, dell'esito dell'invio di una raccomandata semplice, trasmessa per la disdetta di un contratto di comodato.

3.2. Il procedimento di verificazione.

La parte che, in sede di procedimento di verificazione della sottoscrizione in calce ad un documento, non abbia prodotto l'originale (di cui non abbia mai contestato di essere in possesso) nonostante l'ordine giudiziale di esibizione, non può, secondo **Sez. 2, n. 20884/2020, Varrone, Rv. 659209 - 01**, eccepire in appello la nullità dell'elaborato peritale per essere stata sottoposta all'indagine la copia fotografica del documento, trattandosi di nullità relativa la cui denunzia è preclusa dall'avervi dato causa mediante il comportamento defensionale tenuto innanzi al giudice del grado precedente.

4. La querela di falso.

La querela di falso non può essere proposta se non allo scopo di togliere ad un documento (atto pubblico o scrittura privata) la idoneità a far fede e servire come prova di determinati rapporti, sicché, ove siffatte finalità non debbano essere perseguite, in quanto non sia impugnato un documento nella sua efficacia

probatoria, né debba conseguirsi l'eliminazione del documento medesimo o di una parte di esso, ma si controverta soltanto su di un errore materiale incorso nel documento, la querela di falso non è ammissibile. E così **Sez. 6 - 1, n. 19626/2020, Di Marzio M., Rv. 659001 - 01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto necessaria la querela di falso, ancorchè si trattasse semplicemente di far constare l'erroneità dell'indicazione nella relata di notificazione che, per mera svista, recava la data del 6 gennaio, anziché quella del 6 febbraio.

4.1. Gli aspetti processuali.

L'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero, nel caso del giudizio di falso ai sensi dell'art. 221, ultimo comma, c.p.c., impone la comunicazione della pendenza della causa, per metterlo in grado d'intervenire, mentre la concreta assunzione di conclusioni e partecipazione ai singoli atti istruttori, per i quali non si richiede un formale avviso, rientra nelle scelte discrezionali del medesimo pubblico ministero, al quale soltanto spetta di eccepire o meno l'eventuale inefficacia degli atti compiuti prima della sua chiamata in causa. In applicazione di questo principio, **Sez. 6 - 1, n. 12254/2020, Di Marzio M., Rv. 658445 - 01**, ha respinto la censura mossa dalla parte privata alla decisione della corte d'appello, per aver disatteso l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado, derivante dalla comunicazione degli atti al pubblico ministero solo all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Al di fuori del caso di sua proposizione in via incidentale innanzi al tribunale e, quindi, anche nel corso del giudizio di appello, la competenza territoriale sulla querela di falso va individuata in base ai criteri di collegamento di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c., in considerazione del fatto che nel relativo processo è obbligatorio, come detto, l'intervento del pubblico ministero e che, pertanto, la competenza per territorio ha carattere inderogabile, senza che possa aversi riguardo agli effetti della pronuncia sui rapporti giuridici della cui prova si tratta e dovendosi altresì escludere, per **Sez. 6 - 2, n. 10361/2020, Falaschi, Rv. 657820 - 02**, che la stessa - in mancanza di una specifica disposizione normativa - sia modificabile per effetto di attrazione da parte della causa di merito.

Nel procedimento per la pronuncia sull'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, la querela di falso "incidentale" può essere proposta solo se la parte, tramite il difensore, abbia chiesto di essere sentita in funzione di tale proposizione prima della convocazione della camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 c.p.c., restando invece inammissibile nell'ipotesi in cui, come nella fattispecie analizzata

da **Sez. U, n. 01605/2020, Oricchio, Rv. 656794 - 01**, la richiesta sia stata formulata il giorno stesso dell'adunanza e la querela sia stata contestualmente depositata, atteso che il predetto procedimento non tollera dilazioni o ritardi nella definizione del regolamento; né, per effetto di tale interpretazione del contesto normativo di riferimento, si determina una lesione del diritto di difesa, restando impregiudicata per la parte la possibilità di proporre la querela di falso in via principale.

Qualora la querela di falso venga proposta nel giudizio davanti al tribunale, in sede di appello avverso sentenza del giudice di pace, il tribunale stesso può provvedere su entrambi i processi con unica sentenza, quale giudice di primo grado sulla questione di falso e di secondo grado sull'appello avverso la decisione del giudice di pace. Ne consegue che, come ribadito (conf. n. 02525 del 2012, Rv. 621827 - 01) da **Sez. 2, n. 10464/2020, De Marzo G., Rv. 657797 - 01**, le statuizioni del tribunale, nella duplice funzione, determinano l'autonomia dei mezzi di impugnazione, nel senso che la prima statuizione deve essere impugnata con l'appello e la seconda con il ricorso per cassazione.

4.2. I mezzi di prova utilizzabili.

Nel giudizio di falso, la prova univoca della falsità del documento impugnato con apposita querela deve essere fornita dal querelante perché possa pervenirsi all'accoglimento della relativa domanda, sia essa proposta in via incidentale o in via principale (cfr. Sez. 6 - 2, n. 02126/2019, Carrato, Rv. 652216 - 01).

Il soggetto che proponga querela di falso può valersi di ogni mezzo ordinario di prova e, quindi, anche delle presunzioni, utilizzabili in particolare quando il disconoscimento dell'autenticità non si estenda alla sottoscrizione e sia lamentato il riempimento di documento *absque pactis*, con conseguente contestazione del nesso fra il testo ed il suo autore (cfr. Sez. 3, n. 06050/1998, Segreto, Rv. 516554 - 01). In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 12118/2020, Guizzi, Rv. 658056 - 01**, in conformità con n. 06050 del 1998, Rv. 516554 - 01, e n. 01691 del 2006, Rv. 587849 - 01), ha ritenuto corretto il procedimento inferenziale - relativo al presunto riempimento di una ricognizione di debito fuori da qualsiasi intesa - condotto anche in ragione del contrasto tra la data apposta in calce all'atto e quella riprodotta nel documento con cui era stato identificato il sottoscrittore, nonché dell'incompleta indicazione del codice fiscale di quest'ultimo e dell'erronea indicazione del luogo di nascita.

5. Il giuramento.

È inammissibile il giuramento decisorio deferito con atto di appello non sottoscritto dalla parte personalmente, né dal suo difensore munito di mandato speciale, come richiesto dall'art. 233 c.p.c., bensì dal difensore dotato soltanto dell'ordinaria procura "ad litem", anche se questa comprenda la facoltà di "deferire i giuramenti di rito" e nonostante il giuramento sia stato comunque ritualmente deferito in primo grado. **Sez. 2, n. 17718/2020, Tedesco, Rv. 658902 - 01**, ha precisato che l'inammissibilità per tale causa è insanabile, rimanendo irrilevante che non sia eccepita dalla controparte nella prima difesa successiva, in quanto il giuramento decisorio è un mezzo istruttorio per il quale la legge pone condizioni di ammissibilità non derogabili dalle parti e, dunque, non rimesse alla loro disponibilità.

6. La prova testimoniale.

Sez. 6 - L, n. 12573/2020, Riverso, Rv. 658466 - 01, ha ribadito (n. 17649 del 2010, Rv. 614326 - 01) che nel rito del lavoro, qualora nell'atto introduttivo del giudizio la parte abbia richiesto una prova testimoniale, articolando i relativi capitoli senza indicare le generalità dei testi, l'omissione non determina decadenza dalla relativa istanza istruttoria, ma concreta mera irregolarità, che, ai sensi dell'art. 421, comma 1, c.p.c., consente al giudice ad assegnare alla parte un termine perentorio per porre rimedio alla riscontrata irregolarità, nell'esercizio dei poteri officiosi riconosciutigli dalla disposizione citata, in funzione dell'esigenza di contemperamento del principio dispositivo con la ricerca della verità, cui è ispirato il rito del lavoro per il carattere costituzionale delle situazioni soggettive implicate.

Dal canto suo, **Sez. 2, n. 00190/2020, Abete, Rv. 656827 - 01**, ha confermato (n. 11889 del 2007, Rv. 596726 - 01) che l'ammissione della prova testimoniale oltre i limiti di valore stabiliti dall'art. 2721 c.c. costituisce un potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio, o mancato esercizio, è insindacabile in sede di legittimità, ove sia correttamente motivato.

La Seconda Sezione Civile, Ordinanza interlocutoria 20 novembre 2019, n. 30244, Falaschi, aveva disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ponendo la questione se, in una transazione o anche, più in generale, in un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, fosse operativo il divieto della prova per testi e se l'eventuale inammissibilità potesse essere rilevata d'ufficio o dovesse, invece,

essere eccepita dalla parte interessata entro il termine di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva alla sua articolazione; il quesito era stato posto all'interno della più ampia questione riguardante l'esistenza o meno di un unitario regime processuale relativo all'inammissibilità della prova testimoniale, derivante dal combinato disposto di cui agli artt. 2725 e 2729 c.c., applicabile indifferentemente sia ai contratti per i quali sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, sia a quelli per cui la forma è richiesta *ad substantiam*.

Sez. U, n. 16723/2020, Scarpa, Rv. 658630 - 01, hanno risolto la questione, statuendo che l'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725, comma 1, c.c., attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione di inammissibilità, la prova sia stata ugualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157, comma 2, c.p.c., rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione.

6.1. L'incapacità a testimoniare.

Come ribadito (n. 08462 del 2014, Rv. 630885 - 01) da **Sez. 1, n. 18121/2020, Amatore, Rv. 658608 - 01**, in tema di intermediazione mobiliare, non importa incapacità a testimoniare *ex* art. 246 c.p.c. per i dipendenti dell'intermediario la circostanza che quest'ultimo, evocato in giudizio da un risparmiatore, potrebbe convenirli in garanzia nello stesso giudizio per essere responsabili dell'operazione che ha dato origine alla controversia, poiché le due cause, anche se proposte nello stesso giudizio, si fondano su rapporti diversi ed i dipendenti hanno un interesse solo riflesso ad una determinata soluzione della causa principale, che non li legittima a partecipare al giudizio promosso dal risparmiatore, in quanto l'esito di questo, di per sé, non è idoneo ad arrecare ad essi pregiudizio.

Secondo **Sez. 3, n. 08528/2020, Di Florio, Rv. 657826 - 01**, l'eccezione di incapacità a deporre, sollevata - nel rispetto della previsione di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c. - all'esito dell'escussione del testimone, deve intendersi come idonea proposizione di un'eccezione di nullità della prova assunta. La precisazione è importante, alla luce del principio, ormai consolidato, secondo cui, premesso che l'eccezione di nullità della testimonianza per incapacità a deporre deve essere sollevata immediatamente dopo l'escussione del teste (ovvero, in caso di assenza del procuratore della parte all'incombente istruttorio, entro la

successiva udienza), restando, in mancanza, sanata, non assume rilievo che la parte abbia preventivamente formulato, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., una eccezione d'incapacità a testimoniare, che non include l'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione.

6.2. L'assunzione della prova testimoniale.

In sede di assunzione della prova testimoniale, il giudice del merito non è un mero registratore passivo di quanto dichiarato dal testimone, ma un soggetto attivo partecipe dell'escussione, al quale l'ordinamento attribuisce il potere-dovere, non solo di sondare con zelo l'attendibilità del testimone, ma anche di acquisire da esso tutte le informazioni indispensabili per una giusta decisione, sicché egli non può, senza contraddirsi, dapprima, astenersi dal rivolgere al testimone domande a chiarimento, e, successivamente, ritenerne lacunosa la deposizione perché carente su circostanze non capitolate, sulle quali nessuno abbia chiesto al testimone di riferire; in tale ipotesi, pertanto, per **Sez. 6 - 3, n. 17981/2020, Cigna, Rv. 658759 - 01**, la devalutazione della testimonianza fondata sul rilievo che il teste si è limitato a confermare la rispondenza al vero delle circostanze dedotte nei capitoli di prova, senza aggiungere dettagli mai richiestigli, riposa su argomentazioni tra loro logicamente inconciliabili, sì da costituire motivazione solo apparente.

6.3. La testimonianza *de relato*.

L'integrazione *ex officio* delle prove testimoniali, ai sensi dell'art. 257, comma 1, c.p.c., è espressione di una facoltà discrezionale, esercitabile dal giudice quando ritenga che, dalla escussione di altre persone, non indicate dalle parti, ma presumibilmente a conoscenza dei fatti, possano trarsi elementi utili alla formazione del proprio convincimento. Da tale principio **Sez. 6 - 3, n. 03144/2020, Vincenti, Rv. 656751 - 01**, ha tratto la conseguenza che l'esercizio, o il mancato esercizio, di tale facoltà presuppone un apprezzamento di merito delle risultanze istruttorie, come tale incensurabile in sede di legittimità, anche sotto il profilo del vizio di motivazione.

6.4. Le presunzioni.

Sez. 3, n. 08814/2020, D'Arrigo, Rv. 657836 - 01, ha chiarito che non è consentito fare ricorso alle presunzioni semplici per desumere, ai sensi dell'art. 2729 c.c., dal fatto noto uno ignoto, quando quest'ultimo ha costituito oggetto di

prova diretta, in quanto, da un lato, ciò esclude che il fatto possa considerarsi "ignoto" e, dall'altro, lo stesso contrasto fra le risultanze di una prova diretta (nella specie, una testimonianza oculare) e le presunzioni semplici priva queste dei caratteri di gravità e precisione, con la conseguenza che il giudice di merito, il quale intenda basare la ricostruzione del fatto su presunzioni semplici, ha prima l'obbligo di illustrare le ragioni per cui ritiene inattendibili le prove dirette che depongono in senso contrario, non potendosi limitare ad una generica valutazione di maggiore persuasività delle dette presunzioni.

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

(di PAOLA D'OVIDIO)

SOMMARIO: 1. L'interpretazione della domanda. 2. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria. 2.1. La mancanza della sottoscrizione del difensore nella copia notificata dell'atto di citazione. 2.2. La domanda riconvenzionale. 3. Il mandato alle liti. 4. Difetto di autorizzazioni. 5. Notificazioni e comunicazioni. 6. Mediazione obbligatoria. 7. Nullità degli atti e della sentenza. 7.1. Duplice iscrizione della causa a ruolo. 8. La *mutatio* e la *emendatio libelli*. Preclusioni processuali. 8.1 Il differimento della prima udienza. 9. La rimessione in termini. 10. Il litisconsorzio, l'intervento e la chiamata in causa. 11. La sospensione del processo. 12. L'interruzione del processo. 13. La riassunzione del processo interrotto. 13.1 Eccezione di estinzione per tardiva riassunzione. 14. La fase decisoria. 14.1. Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. 14.2 Le sentenze non definitive. 15. La correzione dei provvedimenti giudiziali.

1. L'interpretazione della domanda.

In linea generale, chi agisce in giudizio non può proporre la sua domanda in modo generico, ma deve renderne il contenuto compiutamente identificabile e percepibile sia in fatto che in diritto.

E' tuttavia consolidato nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale la domanda deve essere correttamente interpretata dal giudice del merito, il quale, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto a uniformarsi al tenore meramente letterale degli atti, ma deve aver riguardo al contenuto della pretesa fatta valere in giudizio e può considerare, come implicita, un'istanza non espressa ma connessa al *petitum* e alla *causa petendi* (così da ultimo Sez. 2, n. 7322/2019, Falaschi, Rv. 652943 - 01). Infatti, come chiarito da Sez. 6-3, n. 3363/2019, Scoditti, Rv. 653003 - 01, l'identificazione della *causa petendi* va operata con riguardo all'insieme delle indicazioni contenute nell'atto di citazione e dei documenti ad esso allegati ai quali, quindi, può essere riconosciuta una funzione di chiarificazione del quadro allegatorio già prospettato, purché risultino specificamente indicati nell'atto di citazione, come prescritto dall'art. 163, comma 3, n. 5, c.p.c.

In proposito, **Sez. 3, n. 24480/2020, Scoditti, Rv. 659762 - 01** ha altresì precisato che, ai fini dell'interpretazione delle domande giudiziali non sono utilizzabili i criteri di interpretazione del contratto dettati dagli artt. 1362 ss. c.c. atteso che, rispetto alle attività giudiziali, non si pone una questione di individuazione della comune intenzione delle parti e la stessa soggettiva intenzione dell'attore rileva solo nei limiti in cui sia stata esplicitata in modo tale da consentire al convenuto di cogliere l'effettivo contenuto dell'atto e di svolgere

un'adeguata difesa (nello stesso senso già Sez. 3, n. 25853/2914, Rubino, Rv. 633517 - 01)

2. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria.

Come è noto, per effetto della disciplina di cui all'art. 164, comma 2, c.p.c. i vizi relativi alla *vocatio in ius* sono sanati con effetto *ex tunc* e quelli relativi alla *editio actionis* con effetto *ex nunc* (Sez. 6 - L, n. 23667/2018, L. Esposito, Rv. 650579 - 01).

Nel solco di tali principi si colloca **Sez. 3, n. 00544/2020, Iannello, Rv. 656812 - 01** che ha ritenuto costituire vizi della *vocatio in ius,* comportanti la nullità della citazione, l'omessa indicazione dell'ufficio giudiziario, del giorno dell'udienza di comparizione e dell'invito a costituirsi nel termine e nelle forme indicate, con avvertimento delle decadenze previste in caso di mancata costituzione, mentre ha considerato priva di conseguenze invalidanti la mancata menzione delle conclusioni e dei mezzi di prova, in quanto requisiti di contenuto dell'atto di citazione aventi funzione meramente preparatoria dell'udienza. La medesima pronuncia ha quindi ricordato che l'omessa indicazione di uno o più elementi attinenti alla *vocatio in ius* cagiona, per violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, la nullità dell'atto di citazione, a sua volta disciplinata con la previsione di una possibile sanatoria, con effetto *ex tunc,* in conseguenza di diverse e alternative cause sananti (quali, da un lato, la costituzione del convenuto *ex* art. 164, comma terzo c.p.c, dall'altro, l'ordine di rinnovazione della citazione da parte del giudice *ex* art. 164, comma secondo c.p.c).

Si è quindi soffermata in particolare sul meccanismo di sanatoria previsto dall'art. 164, comma terzo, c.p.c. per valutare se. possa ritenersi attivato anche dalla costituzione del convenuto in appello. A tale questione ha dato risposta affermativa richiamando e condividendo il precedente di S.U. n. 9217/2010, Nappi, Rv. 612564 - 01 che, in relazione alla analoga nullità per vizio della *vocatio in ius* derivante dal difetto della capacità processuale del soggetto cui l'atto era diretto, aveva affermato, in adesione peraltro ad orientamento già allora maggioritario nella giurisprudenza, che l'art. 164 c.p.c. non pone limiti temporali o procedimentali alla possibilità di sanare la nullità della citazione e che, pertanto, tale sanatoria può avvenire anche tramite la proposizione dell'atto di appello, senza peraltro che ciò escluda la nullità del giudizio svoltosi in violazione del contraddittorio. In tale caso, pertanto, il giudice d'appello deve dichiarare la nullità della sentenza e del giudizio di primo grado. Nondimeno, avevano altresì

precisato le Sezioni Unite del 2010, la dichiarazione di queste nullità non può comportare la rimessione della causa al giudice di primo grado: e ciò sia perché la nullità della citazione non è inclusa tra le tassative ipotesi di regressione del processo previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., non interpretabili analogicamente in quanto norme eccezionali, sia perché sul principio del doppio grado di giurisdizione, privo di garanzia costituzionale, prevale l'esigenza della ragionevole durata del processo. La decisione in commento, ponendosi sulla medesima linea della citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2010, conclude pertanto affermando che il giudice di appello, dopo aver dichiarato la nullità della sentenza e del giudizio di primo grado, è tenuto a trattare la causa nel merito, rinnovando a norma dell'art. 162 c.p.c. gli atti dichiarati nulli, quando sia possibile e necessario.

Di particolare interesse e novità è il principio enunciato da **Sez. 6-2, n. 47100/2020, M Criscuolo, Rv. 657262 - 01**, a mente del quale, nel caso in cui sia stata rilevata la nullità dell'atto di citazione e la parte ne abbia eseguito la rinnovazione in conformità al provvedimento del giudice, questi può rilevare un'ulteriore causa di nullità, diversa da quella precedentemente riscontrata, ed emettere un nuovo ordine di rinnovazione, non sussistendo una norma che lo impedisca, né essendo prevista una limitazione quantitativa alle rinnovazioni, purché siano effettuate nel rispetto del termine perentorio assegnato dal giudice o dalla legge. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso il verificarsi dell'estinzione del giudizio nel quale il giudice aveva disposto la rinnovazione della citazione in ragione del mancato avvertimento *ex* artt. 163, comma 3, n. 7, e 38 c.p.c., dopo che la parte aveva ottemperato ad un precedente ordine di rinnovazione, impartito per il mancato rispetto del termine a comparire).

Peraltro, merita di essere sottolineato che, come affermato da **Sez. 3, n. 00124/2020, Valle, Rv. 656449 - 01**, l'atto di citazione - anche se invalido come domanda giudiziale e, dunque, inidoneo a produrre effetti processuali - può tuttavia valere come atto di costituzione in mora ed avere, perciò, efficacia interruttiva della prescrizione qualora, per il suo specifico contenuto e per i risultati a cui è rivolto, possa essere considerato come richiesta scritta di adempimento rivolta dal creditore al debitore. In applicazione di tale principio, la citata pronuncia ha conseguentemente riconosciuto efficacia interruttiva ad un atto di citazione, nullo per mancanza dell'*editio actionis*, in quanto contenente richiesta di risarcimento dei danni *ex* art. 2043 c.c. con indicazione dei soggetti ritenuti responsabili.

2.1. La mancanza della sottoscrizione del difensore nella copia notificata dell'atto di citazione.

Con riguardo alla mancata sottoscrizione del difensore nella copia dell'atto di citazione notificata, nel corso dell'anno in rassegna è stato ribadito da **Sez. 3, n. 08815/2020, D'Arrigo, Rv. 657837 - 01** che tale carenza non comporta la nullità della citazione se dalla copia stessa sia possibile desumerne la provenienza da un procuratore abilitato munito di mandato. Ciò in quanto, come precisato quel che rileva, ai fini del raggiungimento dello scopo d'un atto affetto da nullità per difetto di sottoscrizione, è non già la sua conoscibilità, bensì la sua riferibilità alla persona che ne appare l'autore

Sulla stessa linea **Sez. 2, n. 10450/2020, San Giorgio, Rv. 657791 - 02**, a mente della quale la mancanza della sottoscrizione del difensore nella copia notificata della citazione non incide sulla validità di questa, ove detta sottoscrizione risulti nell'originale e la copia notificata fornisca alla controparte sufficienti elementi per acquisire la certezza della sua rituale provenienza da quel procuratore.

2.2. La domanda e l'eccezione riconvenzionale.

Va premesso in linea generale che, come affermato da Sez. 2, n. 26880/2019, Oliva, Rv. 655664 - 01 (conf. Sez. 1, n. 20178/2010, Cultrera, Rv. 614253 - 01), l'eccezione riconvenzionale, pur ampliando il tema della controversia, tende a paralizzare il diritto della controparte rimanendo nell'ambito della difesa e del *petitum*, e, quindi, si differenzia dalla domanda riconvenzionale che, invece, è diretta ad ottenere l'accertamento di un diritto con autonomo provvedimento avente forza di giudicato.

Tale distinzione si riflette su variegate e rilevanti conseguenze processuali, alcune delle quali affrontate nell'anno in rassegna.

In primo luogo, essa incide sul regime delle preclusioni vigenti *ratione temporis*, come chiarito da **Sez. 2, n. 17121/2020, Besso Marcheis, Rv. 658958 - 01**, la quale ha affermato che nel regime giuridico successivo alla l. n. 353 del 1990 e precedente al d.l. n. 35 del 2005, il convenuto che si costituisce tardivamente decade dalla facoltà di proporre domande riconvenzionali, giusto il disposto dell'art. 167 c.p.c., così come modificato dall'art. 3 d.l. n. 238 del 1995, conv. in l. n. 534 del 1995, mentre, per quanto attiene alle "eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio", vigendo il termine perentorio di cui all'art. 180, secondo comma, c.p.c., del pari introdotto dalla novella del 1995, siffatte eccezioni

possono essere proposte, al più tardi, nell'intervallo tra l'udienza di prima comparizione *ex* art. 180 cit. e quella di trattazione *ex* art. 183 c.p.c., ovvero nel termine stabilito dal giudice istruttore. La medesima pronuncia ha aggiunto che tale regime di preclusioni è inteso non solo a tutela dell'interesse di parte, ma anche dell'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi del processo, sicché la relativa inosservanza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte.

In secondo luogo, determina in un senso o nell'altro l'eventuale spostamento della competenza, atteso che, come affermato da **Sez. 6 - 2, n. 23074/2020, Giannaccari, Rv. 659403 - 01**, il giudice di pace, adito con domanda rientrante nella sua competenza per materia, ove sia investito, in via riconvenzionale, di una eccezione eccedente la sua competenza per valore o per materia, deve decidere su entrambe, in quanto l'eccezione riconvenzionale, a differenza della domanda riconvenzionale, non comporta lo spostamento della competenza e la separazione delle cause ai sensi dell'art. 36 c.p.c.

Inoltre, spesso delicata è l'individuazione in concreto della natura di eccezione o di domanda della pretesa fatta valere dal convenuto.

In proposito, si segnala **Sez. 2, n. 29247/2020, Criscuolo, Rv. 659977 - 02**, la quale, in tema di collazione ereditaria d'immobili, ha affermato che la pretesa del donatario di dedurre migliorie e spese a norma dell'art. 748 c.c. non integra domanda riconvenzionale, ma semplice eccezione in senso lato, come tale liberamente proponibile e rilevabile anche in grado d'appello, non ampliando il contenuto del giudizio divisorio, atteso che il patrimonio del donante non può comprendere quanto realizzato sul bene dal donatario.

Con specifico riferimento alla domanda di usucapione formulata dal convenuto in via riconvenzionale, **Sez. 6 - 2, n. 06009/2020, Oliva, Rv. 657274 - 01** ha ribadito il principio secondo il quale il giudice di merito, anche quando ritenga tale domanda inammissibile per qualsiasi motivo, non può esimersi dall'esaminare il relativo tema *sub specie* di eccezione, essendo a tale riguardo sufficiente che quest'ultima sia stata sollevata nei termini previsti dal codice di procedura per proporre le eccezioni (nello stesso senso già Sez. 2, n. 10206/2015, Matera, Rv. 635409 - 01).

Riguardo all'oggetto della domanda riconvenzionale può essere proposta, **Sez. 3, n. 00533/2020, Graziosi, Rv. 656570 - 01,** ha precisato che, qualora la domanda riconvenzionale non ecceda la competenza del giudice della causa principale, a fondamento di essa può porsi anche un titolo non dipendente da quello fatto valere dall'attore, purché sussista con questo un collegamento oggettivo che consigli il *simultaneus processus* secondo la valutazione discrezionale

del medesimo giudice, il quale, tuttavia, è tenuto a motivare l'eventuale diniego di autorizzazione della detta riconvenzionale, non potendo limitarsi a dichiararla inammissibile esclusivamente per la mancata dipendenza dal titolo già dedotto in giudizio.

Analogamente, **Sez. 6 - 1, n. 23472 /2020, Dolmetta, Rv. 659535 - 01**, pronunciandosi su un giudizio di opposizione allo stato passivo - così come disciplinato dall'art. 98 l.fall., nel regime anteriore alle riforme del 2006 - ha ribadito che la relazione di dipendenza della domanda riconvenzionale "dal titolo dedotto in giudizio dall'attore", che giustifica la trattazione simultanea delle cause, si configura non già come identità della *causa petendi* (richiedendo appunto l'art. 36 c.p.c. un rapporto di mera dipendenza), ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale con quello posto a base di un'eccezione, così da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l'azione o l'eccezione proposta.

3. Il mandato alle liti.

Nel corso del 2020 la S.C. è più volte intervenuta sul delicato tema del mandato alle liti, affrontando alcune delle problematiche che con maggiore frequenza si pongono in rapporto all'atto con il quale la parte investe il difensore del ruolo di suo rappresentante in giudizio, conferendo allo stesso lo *ius postulandi*.

In particolare, con riferimento ai vizi della procura e alle modalità della loro possibile sanatoria, afferma **Sez. 2, n. 22564/2020, Criscuolo, (Rv. 659395-01** che nel caso in cui l'eccezione di radicale nullità di una procura *ad litem* di una parte processuale sia stata tempestivamente proposta dall'altra, la prima deve produrre immediatamente la documentazione all'uopo necessaria, non occorrendo a tal fine assegnare, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., un termine di carattere perentorio per provvedere, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire ed attivarsi per conseguire la sanatoria, in mancanza della quale la nullità diviene insanabile.

Affermazione, questa, che si inserisce nel solco dell'impostazione (Sez. 2, n. 24212/2018, Sabato, Rv. 650641-01; n. 4248 del 2016, Rv. 638746-01) secondo cui mentre ai sensi dell'art. 182 c.p.c. il giudice che rileva d'ufficio un difetto di rappresentanza deve promuovere la sanatoria, assegnando alla parte un termine di carattere perentorio, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze di carattere processuale, nel diverso caso in cui l'eccezione di difetto di

rappresentanza sia stata tempestivamente proposta da una parte, l'opportuna documentazione va prodotta immediatamente, non essendovi necessità di assegnare un termine, che non sia motivatamente richiesto o comunque assegnato dal giudice, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire.

Quanto poi ai presupposti di applicabilità della sanatoria di cui all'art. 182, comma 2, c.p.c., merita segnalare quanto affermato da **Sez. L, n. 16252/2020, Piccone, Rv. 658495-01,** secondo cui la richiamata disposizione, nella formulazione introdotta dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, trova applicazione, con conseguente obbligo per il giudice di assegnare un termine perentorio per la sanatoria, anche quando la procura sia reputata mancante per il fatto che, pur allegata all'atto cui si riferisce e pur formulata con riferimento al "presente procedimento", contenga anche il richiamo testuale ad altro giudizio. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione con la quale il giudice di merito aveva ritenuto inesistente una procura alle liti rilasciata per un'impugnativa di licenziamento e contenente, dopo la frase "per il presente procedimento", le parole "di fallimento", senza assegnare il termine per la sanatoria).

Pare utile rimarcare che il richiamato meccanismo di sanatoria attiene ai vizi propri della procura, che è un atto dotato di una sua specifica identità negoziale ed una sua autonomia logica e giuridica, come da ultimo ribadito da **Sez. 2, n. 10450/2020, San Giorgio, Rv. 657791-01**, secondo cui la procura speciale rilasciata al difensore, quand'anche a margine o in calce alla citazione, è negozio autonomo rispetto ad essa, e non è con questa in rapporto di dipendenza o subordinazione, sì che ove sia nullo l'atto introduttivo del giudizio discenda, necessariamente, la nullità del mandato alle liti. Ne consegue che la rinnovazione della citazione dichiarata nulla non richiede il rilascio di un nuovo mandato al difensore, che si pone sovente come *prius* temporale ed è sempre un *prius* logico dell'attività svolta dal difensore tecnico, in ragione del conferimento dello *ius postulandi* che esso attribuisce.

Nondimeno, ferma la richiamata autonomia, si rammenta che la nullità della procura inficia la valida dell'atto introduttivo qualora il vizio della prima sia ascrivibile ad un conflitto di interessi dei conferenti, così come ribadito da **Sez. 6 - 3, n. 01143/2020, Porreca, (Rv. 656717-01**, secondo la quale nel caso in cui tra due o più parti sussista un conflitto di interessi, è inammissibile la costituzione in giudizio a mezzo dello stesso procuratore e la violazione di tale limite, investendo i valori costituzionali del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, è rilevabile d'ufficio. (Nella specie, la S.C., in relazione ad un'opposizione a precetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto da un avvocato, in proprio, e da un suo cliente, assistito dall'avvocato

medesimo, ravvisando conflitto di interessi nel fatto che oggetto della controversia fosse un pagamento asseritamente eseguito in favore del cliente su un conto riferibile al suo difensore).

Sul diverso versante delle modalità di conferimento della procura e della persistenza dello *ius postulandi* correlato al rilascio della stessa, si segnalano, rispettivamente, **Sez. 6-3, n. 08987/2020, Rossetti, Rv. 657935-01** e **Sez. 6-1, n. 12249/2020, Di Marzio, Rv. 658059-01**

La prima chiarisce, con specifico riferimento all'ipotersi in cui il rappresentato sia una persona giuridica, che la procura alle liti rilasciata da persona chiaramente identificabile, che abbia dichiarato la propria qualità di legale rappresentante dell'ente costituito in giudizio, è valida, incombendo su chi nega tale qualità l'onere di fornire la prova contraria.

La seconda puntualizza, invece, che il difensore revocato continua, ai sensi dell'art. 85 c.p.c., a svolgere il suo mandato finché non intervenga la sostituzione con un nuovo difensore, sicché è irrilevante la ridotta o compromessa capacità di intendere e di volere del mandante intervenuta "medio tempore". (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato l'istanza di rimessione in termini per il deposito memorie *ex* art. 183 c.p.c., proposta dal nuovo difensore della parte sottoposta ad amministrazione di sostegno, che aveva dedotto di essersi trovata, dopo la revoca del precedente difensore e prima della nomina del nuovo, in uno stato di incapacità).

Nel periodo in rassegna, peraltro, la S.C. ha affrontato alcune interessanti questioni specificamente correlate all'eventualità del rilascio della procura all'estero.

In particolare, secondo **Sez. U, n. 05592/2020, Cirillo, Rv. 657197-01**, la procura speciale alle liti rilasciata all'estero è nulla, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 218 del 1995, ove non sia allegata la traduzione dell'attività certificativa svolta dal notaio, e cioè l'attestazione che la firma sia stata apposta in sua presenza da persona di cui egli abbia accertato l'identità; siffatta nullità può essere sanata con la rinnovazione della procura, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., nel termine perentorio all'uopo concesso dal giudice.

E ancora, con riferimento alla procura *ad litem* conferita con scrittura autenticata da notaio austriaco, afferma **Sez. U., n. 01717 del 27/01/2020, Mercolino**, **Rv. 656766-02**, che tale procura è valida ancorché non munita dell'*apostille* prevista dalla Convenzione sull'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri (adottata all'Aja il 5 ottobre 1961 e ratificata dall'Italia con l. n. 1253 del 1966), atteso che, nei rapporti tra Italia ed Austria, trova applicazione l'art. 14 della Convenzione aggiuntiva alla Convenzione dell'Aja sulla procedura

civile dell'1° marzo 1954 (firmata a Vienna il 30 giugno del 1975 e ratificata dall'Italia con l. n. 342 del 1977), il quale esclude la necessità dell'*apostille*, disponendo che gli atti pubblici formati in uno dei due Stati da un tribunale, un'autorità amministrativa o un notaio e provvisti del sigillo d'ufficio, e quelli privati la cui autenticità sia attestata da un tribunale, un'autorità amministrativa o un notaio hanno il medesimo valore, quanto alla loro autenticità, di quelli formati o redatti nell'altro Stato, senza che risulti necessaria alcuna legalizzazione o formalità analoga.

Chiarisce poi **Sez. U, n. 01605/2020, Oricchio, Rv. 656794-02,** che in caso di mandante residente all'estero, l'onere di fornire la prova contraria necessaria a superare la presunzione dell'avvenuto rilascio in Italia della procura *ad litem* apposta su atto giudiziario senza indicazione del luogo di sottoscrizione ed autenticata da legale italiano, grava sulla parte avversa a quella della cui sottoscrizione si tratta, e non può ritenersi assolto nell'ipotesi in cui risulti agli atti il riferimento, attestato da idonea documentazione, ad un ingresso in Italia del mandante nello stesso periodo temporale di predisposizione dell'atto a cui la procura si riferisce.

Infine, sul delicato tema della procura congiunta e dei conseguenti risvolti sul piano dei rapporti interni, pare utile segnalare quanto affermato da **Sez. 6-2, n. 0<u>7037</u> 2020, Scarpa, Rv. 657282-01**, la quale ha chiarito che nel caso in cui sia stato conferito un incarico ad un avvocato da parte di un altro avvocato ed in favore di un terzo, ai fini dell'individuazione del soggetto obbligato a corrispondere il compenso al difensore per l'opera professionale richiesta, si deve presumere, in presenza di una procura congiunta, la coincidenza del contratto di patrocinio con la procura alle liti, salvo che venga provato, anche in via indiziaria, il distinto rapporto interno ed extraprocessuale di mandato esistente tra i due professionisti e che la procura rilasciata dal terzo in favore di entrambi era solo lo strumento tecnico necessario all'espletamento della rappresentanza giudiziaria, indipendentemente dal ruolo di "dominus" svolto dall'uno rispetto all'altro nell'esecuzione concreta del mandato.

4. Difetto di autorizzazioni.

Nei giudizi introdotti successivamente all'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009, l'effetto sanante *ex tunc* previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.c. si determina non solo quando la parte produca le necessarie autorizzazioni nel termine assegnatole dal giudice, ma anche quando le produca autonomamente a seguito dell'eccezione di controparte, atteso che, una volta proposta dall'avversario una

eccezione di difetto di rappresentanza, la parte è chiamata a contraddire e, quindi, deve produrre l'opportuna documentazione senza attendere l'assegnazione di un apposito termine giudiziale. Il principio, affermato da Sez. 2, n. 23940/2019, Cosentino, Rv. 655357 - 01, si inserisce nel solco di una impostazione (Sez. 2, n. 24212/2018, Sabato, Rv. 650641 - 01; n. 4248 del 2016, Rv. 638746 - 01) secondo cui, mentre ai sensi dell'art. 182 c.p.c. il giudice che rileva d'ufficio un difetto di rappresentanza deve promuovere la sanatoria, assegnando alla parte un termine di carattere perentorio, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze di carattere processuale, nel diverso caso in cui l'eccezione di difetto di rappresentanza sia stata tempestivamente proposta da una parte, l'opportuna documentazione va prodotta immediatamente, non essendovi necessità di assegnare un termine, che non sia motivatamente richiesto o comunque assegnato dal giudice, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire.

Con riferimento alla rappresentanza del figlio minore da parte del genitore, nell'anno 2020 tale principio ha trovato applicazione da parte di **Sez. 3, n. 02460/2020, Iannello, Rv. 656726 - 01**, la quale ha chiarito che, nel caso in cui il genitore agisca in giudizio in rappresentanza del figlio minore in difetto di autorizzazione *ex* art. 320 c.c., l'eccezione di carenza di legittimazione processuale sollevata dalla controparte è infondata se l'autorizzazione viene prodotta, sia pure successivamente alla scadenza dei termini *ex* art. 183, comma 6, c.p.c., ovvero se il figlio, diventato maggiorenne, si costituisce nel giudizio, così ratificando l'attività processuale del rappresentante legale, operando in entrambe le ipotesi la sanatoria retroattiva del vizio di rappresentanza ai sensi dell'art. 182 c.p.c.

5. Notificazioni e comunicazioni.

In materia di notificazioni e comunicazioni la cospicua elaborazione giurisprudenziale del 2020 ha offerto rilevanti indicazioni applicative.

Con riferimento alla notificazione in mani proprie, di particolare interesse è quanto affermato da **Sez. U., n. 07454 2020, Conti, Rv. 657417-02**,

secondo cui la regola stabilita dall'art. 138, comma 1, c.p.c., secondo cui l'ufficiale giudiziario può sempre eseguire la notificazione mediante consegna nelle mani proprie del destinatario, ovunque lo trovi, è applicabile anche nei confronti del difensore di una delle parti in causa, essendo quest'ultimo, dopo la costituzione in giudizio della parte a mezzo di procuratore, l'unico destinatario delle notificazioni da eseguirsi nel corso del procedimento (art. 170, comma 1, c.p.c.), sicché, al fine della decorrenza del termine per l'impugnazione, è valida la notifica della sentenza effettuata a mani proprie del procuratore costituito,

ancorché in luogo diverso da quello in cui la parte abbia, presso il medesimo, eletto domicilio.

Sul diverso versante delle notificazioni in caso di c.d. irreperibilità relativa del destinatario, merita segnalare **Sez. 2, n. 06089 /2020, Fortunato, Rv. 657125-01**, secondo cui le notifiche *ex* art. 140 c.p.c. presentano un regime che si discosta da quello di cui all'art. 8, comma 4, l. n. 890 del 1982, atteso che, mentre le notificazioni a mezzo del servizio postale si perfezionano decorsi dieci giorni dalla spedizione della raccomandata o al momento del ritiro del piego contenente l'atto da notificare, ove anteriore, viceversa, l'art. 140 c.p.c., all'esito della sentenza n. 3 del 2010 della Corte costituzionale, fa esplicitamente coincidere tale momento con il ricevimento della raccomandata informativa, reputato idoneo a realizzare, non l'effettiva conoscenza, ma la conoscibilità del deposito dell'atto presso la casa comunale e a porre il destinatario in condizione di ottenere la consegna e di predisporre le proprie difese nel rispetto dei termini eventualmente pendenti per la reazione giudiziale. Tale difformità non si espone a dubbi di legittimità costituzionale, posto che non è predicabile un dovere del legislatore ordinario di uniformare il trattamento processuale di situazioni assimilabili, essendo consentita una diversa conformazione degli istituti processuali a condizione che non siano lesi i diritti di difesa.

Quanto poi alle formalità imposte all'ufficiale giudiziario nell'ambito del procedimento notificatorio, afferma **Sez. 5, n. 06565/2020, Dell'Orfano, Rv. 657392-01**, che l'ufficiale giudiziario deve indicare, nella relazione prevista dall'art. 148 c. p. c., la persona alla quale ha consegnato copia dell'atto, identificandola con le sue generalità, nonché il rapporto della stessa con il destinatario della notificazione, con la conseguenza che, qualora, manchi l'indicazione delle generalità del consegnatario, la notifica è nulla ai sensi dell'art. 160 c. p. c. per incertezza assoluta su detta persona, a meno che la persona del consegnatario sia sicuramente identificabile attraverso la menzione del suo rapporto con il destinatario.

Puntualizza, peraltro, **Sez. 5, n. 06562/2020, Dell'Orfano, Rv. 657543 -01**, che le dichiarazioni dell'ufficiale giudiziario (o del messo notificatore) non fanno fede fino a querela di falso della regolarità intrinseca e della completezza dell'atto ricevuto per procedere alla notifica né della corrispondenza della copia notificata all'originale, non essendo questa l'attività giudiziaria che egli compie e deve compiere, con la conseguenza che la presunzione di conformità tra originale e copia dell'atto notificato viene meno se il destinatario produce quest'ultimo incompleto. Né si può perciò ipotizzare un contrasto tra le due relate (atti pubblici), entrambe originali, apposte dall'ufficiale giudiziario, rispettivamente,

sulla copia notificata e sull'originale dell'atto notificato, proprio perché non spetta all'ufficiale giudiziario effettuare alcun controllo intrinseco, sicché, se la copia dell'atto notificato non corrisponde all'originale, è sulla copia che il destinatario fa affidamento e su cui può difendersi.

Inoltre, sempre con riferimento al procedimento notificatorio, chiarisce in termini generali **Sez. 5, n. 19780/2020, Gian Andrea, Rv. 659041-01**, che l'art. 137, comma 1, c.p.c. demanda l'attività di impulso del procedimento notificatorio - consistente essenzialmente nella consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario - alla parte personalmente o al suo procuratore, che la rappresenta in giudizio in ragione del suo ufficio di difensore, mentre non sono disciplinate le modalità di conferimento dell'incarico all'ufficiale giudiziario, che restano irrilevanti rispetto al destinatario, in quanto il presupposto del procedimento notificatorio si realizza con la consegna dell'atto e lo scopo della notificazione è raggiunto quando è certo il soggetto cui essa va riferita. Pertanto, ove nella relazione di notifica si faccia riferimento, quale persona che ha materialmente eseguito la consegna dell'atto da notificare, a soggetto diverso da quello legittimato, senza indicare la sua veste di incaricato di quest'ultimo, tale carenza non inficia di per sé la notifica, che può risultare inutilmente eseguita solo se alla stregua dell'atto notificato non sia possibile individuare il soggetto ad istanza della quale la notifica stessa deve ritenersi effettuata. (In applicazione del principio, la S.C. ha escluso l'irritualità della notifica effettuata dall'Avvocatura dello Stato mediante presentazione all'UNEP dell'atto, siccome univocamente riferibile, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo-contenutistico, all'Agenzia delle entrate quale controparte del ricorrente nel giudizio di legittimità).

Giova evidenziare, peraltro, che nel periodo in rassegna le S.U. sono intervenute sulla *vexata questio* della natura del vizio della notifica eseguita da un operatore di poste private senza titolo abilitativo nel periodo compreso tra l'entrata in vigore della direttiva n. 2008/6/CE ed il regime introdotto dalla l. n. 124 del 2017, affermando il seguente principio di diritto: In tema di notificazioni di atti processuali, posto che nel quadro giuridico novellato dalla direttiva n. 2008/6/CE del Parlamento e del Consiglio del 20 febbraio 2008 è prevista la possibilità per tutti gli operatori postali di notificare atti giudiziari, a meno che lo Stato non evidenzi e dimostri la giustificazione oggettiva ostativa, è nulla e non inesistente la notificazione di atto giudiziario eseguita dall'operatore di posta privata senza relativo titolo abilitativo nel periodo intercorrente fra l'entrata in vigore della suddetta direttiva ed il regime introdotto dalla l. n. 124 del 2017. La sanatoria della detta nullità per raggiungimento dello scopo dovuto alla costituzione della controparte, non rileva però ai fini della tempestività del

ricorso, a fronte della mancanza di certezza legale della data di consegna del ricorso medesimo all'operatore, dovuta all'assenza di poteri certificativi dell'operatore, perché sprovvisto di titolo abilitativo (**Sez. U, n. 00299/2020, Perrino, Rv. 656575-01**).

Quanto poi allo specifico tema delle notificazioni alla P.A., ribadisce **Sez. L, n. 27424/2020, Di Paolantonio, Rv. 659793-01** (in linea di continuità con Sez. 6-3, n.15415/2017, Olivieri, Rv. 645069-02), che nella controversia in cui sia parte un ente pubblico che, pur svolgendo funzioni strumentali al perseguimento degli interessi generali e pur inserito nell'organizzazione statale, sia dotato di autonoma personalità giuridica, la notifica della sentenza nei confronti di tale ente deve essere effettuata presso l'ufficio dell'Avvocatura erariale individuato *ex* art. 11, comma 2, della l. n. 1611 del 1933, restando irrilevante che l'ente sia rimasto contumace nel giudizio, atteso che la domiciliazione è prevista per legge e spiega efficacia indipendentemente dalla scelta discrezionale di costituirsi o meno. (Nella specie, la S.C. ha escluso la tardività del ricorso per cassazione proposto da un istituto tecnico scolastico, dotato di personalità giuridica *ex* art. 3 della l. n. 889 del 1931, che era rimasto contumace nel giudizio di merito e nei cui confronti la sentenza era stata notificata presso la sede legale dell'istituto, reputando inidonea tale notifica a far decorrere il termine breve per impugnare).

da ribadisce

Sul medesimo tema, inoltre, è intervenuta **Sez. 2, n. 24032/2020, Casadonte, Rv. 659396-01**, affermando che la notificazione dell'atto introduttivo di un giudizio eseguita direttamente all'Amministrazione dello Stato e non presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, nei casi nei quali non si applica la deroga alla regola di cui all'art. 11 del r.d. n. 1611 del 1933, non può ritenersi affetta da mera irregolarità o da inesistenza, bensì - secondo quanto disposto dalla citata norma - da nullità, ed è quindi suscettibile di rinnovazione ai sensi dell'art. 291 c.p.c. ovvero di sanatoria nel caso in cui l'Amministrazione si costituisca.

Da ultimo, vanno segnalate alcune pronunce che affrontano rilevanti questioni collegate all'impiego della posta elettronica certificata, soprattutto sotto il profilo del perfezionamento della notifica.

In particolare, secondo **Sez. L., n. 04624/2020, Raimondi, Rv. 656932-01**, in tema di notificazione al difensore mediante posta elettronica certificata, nel momento in cui il sistema genera la ricevuta di accettazione e di consegna del messaggio nella casella del destinatario, si determina una presunzione di conoscenza dell'atto, analoga a quella prevista, per le dichiarazioni negoziali, dall'art. 1335 c.c.; spetta quindi al destinatario, in un'ottica collaborativa, rendere edotto tempestivamente il mittente incolpevole delle difficoltà di cognizione del

contenuto della comunicazione o di presa visione degli allegati trasmessi via PEC, legate all'utilizzo dello strumento telematico, onde fornirgli la possibilità di rimediare all'inconveniente, sicché all'inerzia consegue il perfezionamento della notifica.

E ancora, chiarisce **Sez. 6-3, n. 03164/2020, Gianniti, Rv. 657013-01,** che la notificazione di un atto eseguita ad un soggetto, obbligato per legge a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, si ha per perfezionata con la ricevuta con cui l'operatore attesta di avere rinvenuto la cd. casella PEC del destinatario "piena", da considerarsi equiparata alla ricevuta di avvenuta consegna, in quanto il mancato inserimento nella casella di posta per saturazione della capienza rappresenta un evento imputabile al destinatario, per l'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto regolare la costituzione del resistente nel giudizio di legittimità, avvenuta con controricorso depositato in cancelleria dopo notifica telematica non andata a buon fine per saturazione della casella di posta elettronica del ricorrente).

Precisa, altresì, **Sez. 6-5, n. 03965 /2020, Dell'Orfano, Rv. 656990-01**, che la mancata consegna all'avvocato della comunicazione o notificazione inviatagli a mezzo posta elettronica certificata (c.d. P.E.C.) produce effetti diversi a seconda che gli sia o meno imputabile: nel primo caso, le notificazioni/comunicazioni saranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria; nel secondo, attraverso l'utilizzo delle forme ordinarie previste dal codice di rito.

Sempre con riferimento alla tematica del perfezionamento della notificazione, di significativo interesse è quanto affermato da **Sez. 6-1, n. 04712/2020, Meloni, Rv. 657243-01**, secondo cui in tema di notificazione di atti processuali, dichiarata l'illegittimità costituzionale, con sentenza n. 75 del 2019, dell'art. 16-septies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 221 del 2012 - nella parte in cui prevedeva che la notificazione eseguita con modalità telematiche, la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24, si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta -, trova applicazione anche in questa ipotesi il principio di scissione soggettiva degli effetti della notificazione.

Infine, secondo **Sez. 1, n. 20039/2020, Vella, Rv. 658823-01,** in caso di notificazione della sentenza a mezzo PEC, la copia analogica della ricevuta di avvenuta consegna, completa di attestazione di conformità, è idonea a certificare l'avvenuto recapito del messaggio e degli allegati, salva la prova contraria, di cui è onerata la parte che solleva la relativa eccezione, dell'esistenza di errori tecnici riferibili al sistema informatizzato.

6. Mediazione obbligatoria.

In tema di mediazione obbligatoria *ex* art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, si segnalano due pronunce di carattere generale, relative, rispettivamente, alla improcedibilità per il mancato esperimento di tale procedimento ed alle conseguenze in caso di omessa indicazione da parte del giudice del termine per la presentazione della relativa domanda.

In particolare, **Sez. 3, n. 25155/2020, Graziosi, Rv. 659412 - 01,** ha chiarito che il preventivo esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria è condizione di procedibilità della domanda, ma l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza; ove ciò non avvenga, il giudice d'appello può disporre la mediazione, ma non vi è obbligato, neanche nelle materie indicate dallo stesso art. 5, comma 1-*bis*, atteso che in grado d'appello l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda solo quando è disposta discrezionalmente dal giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2.

Con la seconda pronuncia, **Sez. 6 - 2, n. 02775/2020, Oliva Rv. 657251 - 01** ha ritenuto inficiato da mera irregolarità formale il provvedimento giudiziale che, nel disporre l'esperimento del procedimento di mediazione obbligatoria, abbia omesso l'indicazione del termine per la presentazione della relativa domanda, posto che ciò non determina alcuna incertezza in capo alle parti essendo la durata di detto termine stabilita in misura fissa dalla legge.

Altre due pronunce emesse nell'anno in rassegna hanno riguardato in particolare le controversie soggette a mediazione obbligatoria in materia di condominio e quelle introdotte con richiesta di decreto ingiuntivo.

Con riferimento alle prime, **Sez. 6 - 2, n. 10846/2020, Scarpa, Rv. 657890 - 01,** ha in primo luogo chiarito che, ai sensi del comma 3 dell'art. 71-*quater* disp. att. c.c. l'amministratore di condominio è legittimato a partecipare alla procedura di mediazione obbligatoria solo previa delibera assembleare di autorizzazione, non rientrando tra le sue attribuzioni, in assenza di apposito mandato, il potere di disporre dei diritti sostanziali rimessi alla mediazione. Sulla base di tale premessa, ha quindi affermato che la condizione di procedibilità delle "controversie in materia di condominio" non può dirsi realizzata qualora l'amministratore partecipi all'incontro davanti al mediatore sprovvisto della previa delibera assembleare, da assumersi con la maggioranza di cui all'art. 1136, comma 2, c.c., non essendo in tal caso possibile iniziare la procedura di mediazione e procedere al relativo svolgimento, come suppone il comma 1 dell'art. 8 del d.lgs. n. 28 del 2010.

Riguardo ai giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, **Sez. U., n. 19596/2020, Cirillo F.M., Rv. 658634,** pronunciando su una questione di massima di particolare importanza, ha chiarito che, una volta instaurato il giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta, con la conseguenza che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010 conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

Il problema affrontato dalle Sezioni Unite era stato già oggetto di una specifica pronuncia, cioè Sez. 3, n. 24629/2015, Vivaldi, Rv. 638006 - 01, la quale, invece, aveva affermato che nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione è da porre a carico della parte opponente. A tale conclusione quest'ultima sentenza era giunta attraverso una serie di considerazioni incentrate sulla natura deflattiva del procedimento di mediazione, sulla particolare struttura del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo (che può consentire di pervenire anche in tempi brevi ad un accertamento definitivo) e sulla ravvisata opportunità di porre l'onere di instaurare il procedimento di mediazione a carico della parte che ha l'effettivo interesse ad introdurre il giudizio di merito a cognizione piena, attraverso lo strumento dell'opposizione al decreto; giudizio che il creditore opposto avrebbe viceversa inteso evitare attraverso l'utilizzo del più agile strumento del decreto ingiuntivo.

L'impostazione data dalla citata sentenza n. 24629 del 2015, pur seguita da qualche altra pronuncia della Suprema Corte, non aveva raccolto l'unanime consenso degli uffici giudiziari di merito, i quali si erano divisi su posizione tra loro inconciliabili.

Una parte di essi, infatti, aveva seguito l'orientamento di legittimità, un'altra parte aveva consapevolmente adottato la soluzione contraria, ponendo l'onere di promuovere il procedimento di mediazione a carico del creditore opposto. Vi erano, poi, soluzioni intermedie, come quella di chi sosteneva che l'onere di instaurazione del procedimento di mediazione dovesse gravare sulla parte opponente o su quella opposta a seconda che il decreto ingiuntivo avesse ottenuto, o meno, la provvisoria esecutività; oppure quella secondo la quale l'onere poteva essere posto a carico dell'opponente solo se questi aveva proposto domanda riconvenzionale.

A fronte della spaccatura creatasi nella giurisprudenza di merito, l'intervento delle Sezioni Unite è stato quanto mai opportuno, soprattutto al fine di assicurare

l'effetto di *prevedibilità* delle decisioni giudiziarie, richiamato come "valore prezioso da preservare" dalle stesse Sezioni Unite.

La risoluzione della questione, come sopra già evidenziato, è stata nel senso che non potesse essere confermato l'orientamento inaugurato dalla citata sentenza n. 24629 del 2015 e che il contrasto esistente nella giurisprudenza andasse composto stabilendo che l'onere di attivare il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione. A tale conclusione le SS.UU. sono giunte partendo dal dato normativo, ed in particolare dagli artt. 4, comma 2 e 5, comma 1-*bis* e comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, ed osservando che le tre norme citate sono univoche nel senso che l'onere di attivarsi per promuovere la mediazione debba essere posto a carico del creditore, che è appunto l'opposto. Hanno poi acutamente rilevato l'esistenza anche di argomenti di ordine logico e sistematico, fondati sulla ricostruzione sistematica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e sul confronto delle diverse conseguenze derivanti dall'inerzia delle parti a seconda che si aderisca all'una o all'altra soluzione, nonché di rilevanza costituzionale..

7. Nullità degli atti e della sentenza.

Riguardo al caso in cui sia stata omessa la comunicazione al procuratore costituito dello spostamento d'ufficio dell'udienza già fissata, **Sez. 3, n. 25861/2020 , Olivieri, Rv. 659783 - 01,** ha ribadito che tale evenienza determina la nullità di tutti gli atti successivi del processo e della sentenza che lo conclude per violazione del principio del contraddittorio, il quale è dettato nell'interesse pubblico al corretto svolgimento del processo e non nell'interesse esclusivo delle parti; ed ha ulteriormente precisato che, trattandosi di nullità assoluta e non relativa, non può ravvisarsi nella mancata tempestiva attivazione della parte una decadenza dall'eccezione di nullità per tacita rinuncia *ex* art. 157, comma 2, c.p.c., ma la successiva condotta processuale può eventualmente rilevare al fine di accertare l'insussistenza di un effettivo pregiudizio inferto al diritto di difesa.

Con riferimento alla sentenza, ***Sez.* 2, n. 06307/2020, Giuseppe Grasso, Rv. 657129 - 01,** ha chiarito che, i*n mancanza di un'espressa comminatoria, non è configurabile la nullità della sentenza nell'ipotesi di mera difficoltà di comprensione e lettura del testo stilato in forma autografa dall'estensore, atteso che la sentenza non può ritenersi priva di uno dei requisiti di validità indispensabili per il raggiungimento dello scopo della stessa.* ***Sez.* 2, n. 06307/2020, Giuseppe Grasso, Rv. 657129 - 01.**

Neppure dà luogo ad una nullità, secondo **Sez., n. 05408/2020, Spena, Rv. 656943 - 01,** il caso in cui vi sia stata l'erronea dichiarazione di contumacia di una

delle parti, la quale non incide sulla regolarità del processo e non determina un vizio della sentenza, deducibile in sede di impugnazione, se non abbia provocato, in concreto, alcun pregiudizio allo svolgimento dell'attività difensiva.

La nullità è stata invece rilevata da **Sez. 1, n. 05232/2020, Oliva, Rv. 657032 - 01,** nell'ipotesi di inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale, la quale costituisce, per effetto del rinvio operato dall'art. 50-*quater* c.p.c., al successivo art. 161, comma 1, c.p.c. un'autonoma causa di nullità della decisione, che si converte in motivo di impugnazione, con la conseguenza che rimane ferma la validità degli atti che hanno preceduto la pronuncia della sentenza nulla e resta esclusa la rimessione degli atti al primo giudice, ove quello dell'impugnazione sia anche giudice del merito. La stessa decisione precisa inoltre che, quando peraltro il procedimento applicato dal giudice di merito abbia di fatto privato il ricorrente di un grado di giudizio, impedendogli la deduzione del vizio di composizione del giudice quale motivo di impugnazione davanti ad altro giudice di merito, l'accoglimento del ricorso per cassazione deve comportare la remissione della causa al primo giudice per un nuovo esame della domanda. (Fattispecie in materia di protezione umanitaria, erroneamente trattata dal tribunale in composizione collegiale, nelle forme del rito speciale camerale previsto per la protezione internazionale, anziché con quello ordinario, in composizione monocratica, suscettibile di gravame in appello).

Un'ulteriore ipotesi di nullità è stata dichiarata da **Sez. 1, n. 04255/2020, Scotti Rv. 657073 - 01** con riferimento all'ipotesi in cui non vi sia perfetta corrispondenza tra il collegio giudicante dinanzi al quale le parti hanno rassegnato le definitive conclusioni, ed ha assunto la causa in decisione, e quello che delibera la decisione, non potendo essere sostituito un componente nella fase compresa tra l'udienza di precisazione delle conclusioni ed il deposito della sentenza, se non previa rinnovazione di detta udienza, a pena di nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice. La decisione ha altresì precisato che tale principio è estensibile anche al giudice monocratico e vale per tutte le attività preliminari rispetto alla decisione e quindi non soffre deroga in caso di "incidente decisorio", allorché il giudice emetta ordinanza *ex* art. 101, comma 2, c.p.c. ritenendo di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, stante il dovere costituzionale del rispetto del contraddittorio e il divieto di decisioni cd. della "terza via". In particolare, la peculiare fattispecie esaminata dalla S.C. riguardava un caso in cui, assunta la causa in decisione, un collegio diversamente composto aveva concesso termine alle parti per memorie su una questione rilevata d'ufficio,

sebbene la sentenza fosse stata poi pronunciata dal medesimo collegio che aveva riservato la decisione.

Meritano infine di essere segnalate due decisioni di segno analogo, ***Sez.* 6 - 1, n. 02020/2020, Vella, Rv. 656713 - 01 e Sez. 6 - 2, n. 2766/2020, Besso Marcheis, Rv. 657250 - 01,** le quali hanno ritenuto affetta da nullità insanabile, rilevabile d'ufficio in sede d'impugnazione con conseguente rimessione dell'intero processo al primo giudice, la sentenza emessa nei confronti delle parti del giudizio ma con motivazione e dispositivo relativi a causa diversa, concernente altri soggetti.

7.1 Duplice iscrizione della causa a ruolo.

Una particolare ipotesi di nullità si verifica, come affermato da **Sez. 3, n. 24974/2020, Fiecconi, Rv. 659579 - 01**, qualora vi sia stata una duplice iscrizione a ruolo della medesima causa e siano entrambe proseguite senza essere riunite,

In proposito la decisione citata ricorda che l'iscrizione della causa a ruolo avviene, a norma degli artt. 168 c.p.c. e 72 disp. att. (applicabili anche al giudizio dinanzi al giudice di pace), su iniziativa del convenuto solo se questi si costituisce quando non si è costituito l'attore, onde l'iscrizione non può essere effettuata su richiesta della parte convenuta qualora l'attore si sia già costituito ed abbia presentato la nota di iscrizione a ruolo, determinando la formazione del fascicolo di ufficio, al quale va unito il fascicolo del convenuto che si costituisce successivamente. Tale previsione processuale comporta che, in caso di duplice iscrizione della causa a ruolo, ove le due udienze di prima comparizione ed il giudice istruttore non vengano a coincidere e i due processi non vengano riuniti, l'unica iscrizione che dà luogo a un processo regolare è quella effettuata dall'attore per prima, in quanto solo rispetto a questa il meccanismo processuale consente una valida instaurazione del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa. Pertanto, qualora non venga disposta la riunione e il procedimento iscritto per secondo prosegua fino alla sentenza in assenza dell'attore, erroneamente considerato non costituito, sono nulle l'attività processuale compiuta e la sentenza emanata.

8. La *mutatio* e la *emendatio libelli*. Preclusioni processuali

La modificazione della domanda *ex* art. 183 c.p.c. è consentita sempre che rimangano immutate le parti del giudizio, nonché la vicenda sostanziale oggetto dello stesso.

In termini generali, il divieto di proporre domande nuove nel corso del processo deve ritenersi violato solo se la parte fa valere una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, attraverso l'immutazione dell'oggetto della domanda o dei fatti posti a fondamento di essa, e non anche quando essa precisi una domanda implicitamente compresa in quella originaria, come presupposto indispensabile o come logica conseguenza immediata e diretta del suo accoglimento, o formuli un'istanza resa necessaria da una nuova e imprevedibile eccezione della controparte (in questi termini Sez. 2, n. 02093/2018, Abete).

Sez. U, Sentenza n. 12310 del 15/06/2015, hanno chiarito che la modificazione della domanda ammessa *ex* art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Principio, quest'ultimo, recentemente ribadito da **Sez. 6-2, n. 20898/2020, Mauro, Rv. 659230-01**, secondo cui l'art. 183, comma 6, c.p.c. non esclude la possibilità della modifica del *petitum* o della *causa petendi* della domanda originariamente formulata, purché rimanga immutata la situazione sostanziale dedotta in giudizio e non sia provocata alcuna compromissione delle potenzialità difensive della controparte o l'allungamento dei tempi del processo.

Nel solco di questa impostazione si sono inserite, nell'anno in rassegna, alcune interessanti pronunce.

Segnatamente, secondo **Sez. 3, n. 09692/2020, Gorgoni, Rv. 657690-01**, nell'azione risarcitoria esperita nei confronti del proprietario di un'unità condominiale (nella specie, per danni conseguenti a perdite idriche provenienti da tubazioni), la successiva deduzione della qualità di condomino del convenuto costituisce una modificazione della domanda ammissibile ai sensi e nei limiti dell'art. 183, comma 6, c.p.c. e non incorre nel divieto di formulazione di nuove domande, in quanto l'elemento identificativo soggettivo delle *personae* è immutato e la domanda modificata, relativa alla stessa vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo, non modifica le potenzialità difensive della controparte ed è connessa a quella originaria in termini di "alternatività".

Chiarisce, altresì, **Sez. 6-1, n. 18546 /2020, Campese, Rv. 658999-01**, che nel processo civile di cognizione, ciò che rende ammissibile l'introduzione in giudizio da parte dell'attore di un diritto diverso da quello originariamente fatto valere oltre la barriera preclusiva segnata dall'udienza *ex* art. 183 c.p.c. è il carattere

della teleologica "complanarità", dovendo pertanto tale diritto attenere alla medesima vicenda sostanziale già dedotta, correre tra le stesse parti, tendere alla realizzazione (almeno in parte) dell'utilità finale già avuta di mira con l'originaria domanda (salva la differenza tecnica di *petitum* mediato) e rivelarsi di conseguenza incompatibile con il diritto per primo azionato. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che, in un giudizio promosso per la declaratoria di inefficacia di alcuni pagamenti *ex* art. 44 l.fall., aveva ritenuto ammissibile l'ulteriore domanda di adempimento formulata dall'attore, in via gradata, nella prima memoria *ex* art. 183, comma 6, c.p.c.).

Del resto, già Sez. U, n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451-01, aveva affermato che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità con quella originariamente proposta.

Da ultimo, meritano di essere segnalate le seguenti ulteriori pronunce sul versante delle preclusioni processuali.

In particolare, sotto il profilo delle allegazioni fattuali afferma **Sez. 3, n. 08525/2020, Iannello, Rv. 657810-02,** che in tema di preclusioni processuali occorre distinguere tra fatti principali, posti a fondamento della domanda, e fatti secondari, dedotti per dimostrare i primi, l'allegazione dei quali non è soggetta alle preclusioni dettate per i fatti principali, ma trova il suo ultimo termine preclusivo in quello eventualmente concesso *ex* art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., anche se richiesto ai soli fini dell'indicazione dei mezzi di prova o delle produzioni documentali. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata - riguardante un'azione di responsabilità promossa contro un avvocato che, secondo il suo assistito, aveva determinato, con la sua inerzia, la mancata soddisfazione coattiva del credito azionato - ritenendo che il giudice di merito avesse erroneamente considerato tardivo il riferimento, effettuato per la prima volta nella memoria istruttoria, ad una iscrizione ipotecaria di terzi sui beni del debitore del cliente, avvenuta proprio nel periodo durante il quale il difensore era rimasto inattivo, mentre, invece, si trattava di un'allegazione avente finalità probatoria, volta a dimostrare la riduzione, in quell'arco di tempo, della garanzia patrimoniale del credito poi rimasto insoddisfatto).

Con riguardo, poi, al tema della separazione dei giudizi, chiarisce **Sez. 6-3, n. 18274/2020, Cricenti, Rv. 658769-01**, che in tema di processo civile, la causa separata è mera prosecuzione della causa da cui origina e, quindi, le eccezioni

fatte in quest'ultima valgono anche per l'altra; ne consegue che la tempestività dell'eccezione di prescrizione è rispettata se essa è contenuta nella comparsa di costituzione e risposta depositata nel giudizio originario, non occorrendo una reiterazione di tale eccezione in quello separato nei termini di cui all'art. 180 c.p.c.

Infine, sul versante delle preclusioni correlate alla costituzione in giudizio, **Sez. 3 - n. 02394/2020, Tatangelo, Rv.657137-01**, precisa che il differimento della prima udienza *ex* art. 168-*bis*, comma 5, c.p.c. intervenuto dopo la scadenza del termine per la costituzione del convenuto *ex* art. 166 c.p.c. non determina la rimessione in termini dello stesso convenuto ai fini della sua tempestiva costituzione e, di conseguenza, restano ferme le decadenze già maturate a suo carico ai sensi dell'art. 167 c.p.c.

8.1. Il differimento della prima udienza.

Frequente è il caso di differimento della prima udienza *ex* art. 168-*bis*, comma 5, c.p.c., il quale tuttavia, come affermato da **Sez. 3, n. 02394/2020, Tatangelo, Rv. 657137 - 01,** ove sia intervenuto dopo la scadenza del termine per la costituzione del convenuto *ex* art. 166 c.p.c., non determina la rimessione in termini dello stesso convenuto ai fini della sua tempestiva costituzione e, di conseguenza, restano ferme le decadenze già maturate a suo carico ai sensi dell'art. 167 c.p.c.

9. La rimessione in termini.

Da tempo la rimessione in termini è diventata un rimedio restitutorio di carattere generale - non limitato alla fase istruttoria del procedimento ordinario di cognizione -, che si aggiunge agli speciali rimedi già previsti per specifiche situazioni (si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 294 c.p.c. per la rimessione in termini del convenuto contumace, all'art. 208 c.p.c. per la revoca dell'ordinanza di decadenza della prova, all'art. 104 disp. att. c.p.c. per la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato la decadenza dall'assunzione della prova testimoniale). Pertanto, trova applicazione, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, non solo con riguardo alla decadenza dai poteri processuali interni al giudizio, ma anche a situazioni esterne al suo svolgimento, quale la decadenza dal diritto di impugnazione (Sez. 5, n. 03277/2012, Virgilio, Rv. 622005 - 01).

Va ulteriormente precisato che, come più recentemente precisato da Sez. U, n. 04135/2019, Lamorgese, Rv. 652852 - 03, la rimessione in termini per causa

non imputabile, in entrambe le formulazioni che si sono succedute (artt. 184-*bis* e 153 c.p.c.), ossia per errore cagionato da fatto impeditivo estraneo alla volontà della parte, che presenti i caratteri dell'assolutezza e non della mera difficoltà e si ponga in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza, non è invocabile in caso di errori di diritto nell'interpretazione della legge processuale, pur se determinati da difficoltà interpretative di norme nuove o di complessa decifrazione, in quanto imputabili a scelte difensive rivelatesi sbagliate.

Questi principi sono ormai consolidati e, nell'anno in rassegna, sono stati riaffermati da **Sez. 6 - 5, n. 04585/2020, Dell'Orfano, Rv. 657317 - 01, la quale ha escluso** l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini in un caso in cui la parte, essendo decaduta dall'impugnazione per l'avvenuto decorso del termine di cui all'art. 327 c.p.c., aveva dedotto la non tempestiva comunicazione della sentenza da parte della cancelleria, e ciò sul rilievo che il predetto termine decorre dalla pubblicazione della sentenza e non dalla sua comunicazione e che dunque la decadenza dall'impugnazione nella specie era conseguente ad un errore di diritto.

In termini generali, secondo l'orientamento più rigoroso ed allo stato prevalente, il presupposto della rimessione in termini è che la parte dimostri di essere incorsa nella decadenza per causa non solo ad essa non imputabile (perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà), ma anche assoluta, non essendo sufficiente la prova di un'impossibilità relativa, cioè della semplice difficoltà, ovvero dell'impedimento che possa comunque essere superato, anche se con una intensità di sforzo o di diligenza superiore alla norma. Da ciò deriva che, di fatto, la causa non imputabile coincide con il caso fortuito e la forza maggiore, vale a dire con quegli accadimenti imprevedibili ed inevitabili con una diligenza superiore al normale.

Sez. 3, n. 25289/2020, Guizzi, Rv. 659779 - 01, ha ulteriormente precisato che, qualora sia ravvisabile una causa non imputabile alla parte che è incorsa nella decadenza, la rimessione in termini, sia nella norma dettata dall'art. 184-*bis* c.p.c. che in quella di più ampia portata contenuta nell'art. 153, comma 2, c.p.c., presuppone altresì che la stessa parte si attivi con tempestività e, cioè, in un termine ragionevolmente contenuto e rispettoso del principio della durata ragionevole del processo. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva rimesso in termini l'appellante principale, la cui mancata tempestiva costituzione era dipesa dall'illegittimo rifiuto di iscrizione a ruolo opposto dalla cancelleria, anche in considerazione del fatto che la scadenza del termine di costituzione si era verificata durante le festività natalizie.

Infine, merita di essere segnalata ***Sez.* 6 - 5, n. 23834/2020, Conti, Rv. 659359 - 01,** la quale ha chiarito che non costituisce presupposto per la rimessione in termini della parte che sia incorsa nella preclusione o nella decadenza la pronuncia delle Sezioni Unite che componga il contrasto sull'interpretazione di una norma processuale, atteso che una tale pronuncia non configura un'ipotesi di *overruling* avente il carattere di imprevedibilità e, di conseguenza.

10. Il litisconsorzio, l'intervento e la chiamata in causa.

In linea generale, come chiarisce **Sez. 3, n. 03692 del 13/02/2020, Guizzi, Rv. 656899 - 01,** il litisconsorzio necessario, la cui violazione è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ricorre, oltre che per motivi processuali e nei casi espressamente previsti dalla legge, quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere decisa in maniera unitaria nei confronti di tutti coloro che ne siano partecipi, onde non privare la pronuncia dell'utilità connessa con l'esperimento dell'azione proposta, il che non può mai verificarsi per esigenze probatorie, ma solo ove tale azione tenda alla costituzione o al mutamento di un rapporto plurisoggettivo unico oppure all'adempimento di una prestazione inscindibile incidente su una situazione pure inscindibile comune a più soggetti.

In ogni caso, è consolidato il principio, riaffermato da **Sez. L, n. 05679/2020, Bellè, Rv. 657513 - 01** (nello stesso senso già Sez. 2, 25810/2013, C.A. Proto, Rv. 628300 - 01), secondo il quale la parte che deduce la non integrità del contraddittorio ha l'onere di indicare i litisconsorti pretermessi e di dimostrare i motivi per i quali è necessaria l'integrazione, senza, peraltro, che sia impedito al giudice di rilevare d'ufficio la questione, sia pure a seguito di sollecitazione di parte.

Ancora in termini generali, **Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380 - 01,** ha affermato che, quando risulta integrata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., resta viziato l'intero processo e s'impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c. *(***).**

Quanto all'individuazione della natura del rapporto dedotto in giudizio, la casistica giurisprudenziale è varia.

Tra le pronunce che hanno ritenuto la sussistenza di un litisconsorzio necessario con riferimento a determinate controversie sono intervenute due pronunce.

La prima pronuncia, **Sez. 3, n. 07755/2020, Dell'Utri, Rv. 657502 - 01,** in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, ha affermato che, nella procedura di risarcimento diretto di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, sussiste litisconsorzio necessario rispetto al danneggiante responsabile, analogamente a quanto previsto dall'art. 144, comma 3, dello stesso decreto, sicché, ove il proprietario del veicolo assicurato non sia stato citato in giudizio, il contraddittorio deve essere integrato *ex* art. 102 c.p.c. e la relativa omissione, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, comporta l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

La seconda pronuncia, **Sez. 6 - 3, n. 09648/2020, Cigna, Rv. 657742 - 01**, con specifico riferimento all'azione revocatoria ordinaria avente per oggetto l'atto di dotazione patrimoniale del *trust*, ha affermato che il *trustee*, è sempre litisconsorte necessario, in quanto titolare dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato e unica persona di riferimento nei rapporti con i terzi, non già quale legale rappresentante, bensì come soggetto che dispone del diritto, sia pure in funzione della realizzazione del programma stabilito nell'atto istitutivo dal disponente a vantaggio dei beneficiari.

E' stato invece esclusa la sussistenza del litisconsorzio necessario tra il candidato alla carica di sindaco e gli altri candidati della lista, in quanto l'azione popolare elettorale ha ad oggetto la condizione personale del candidato eletto, incidendo sul suo diritto soggettivo all'elettorato passivo e sul diritto all'elettorato attivo dell'attore, non rilevando che altri consiglieri eletti possano eventualmente subire effetti, riflessi e indiretti, dalla adottanda decisione (S**ez. 1, n. 21582/2020, Acierno, Rv. 659273 - 03).**

A sua volta, **Sez. 6 - 2, n. 12325/2020, Giannaccari, Rv. 658461 - 01**, ha escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario e la conseguente necessità di integrazione del contraddittorio, tra comproprietari nell'ipotesi di azione introdotta da uno di essi a tutela della proprietà comune al fine di far valere l'osservanza delle distanze legali.

Con riferimento al procedimento cautelare, si segnala **Sez. 6 - 2, n. 20020/2020, Oliva, Rv. 659227 - 01**, che ha chiarito come la mancata partecipazione di un litisconsorte necessario in sede di reclamo cautelare, non rilevata dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del

contraddittorio, non costituisce una delle ipotesi tassative previste dall'art. 354, comma 1, c.p.c. per le quali resta viziato l'intero processo e impone, in sede di appello, l'annullamento, anche d'ufficio, della pronuncia emessa ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c., trattandosi di procedimento inidoneo ad incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e ininfluente nel successivo giudizio di merito.

In tema di intervento volontario, **Sez. 3, n. 11085/2020, Francesco Maria Cirillo Rv. 658095 - 01** ha chiarito che il diritto che, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.c., il terzo può far valere in un giudizio pendente tra altre parti deve essere relativo all'oggetto sostanziale dell'originaria controversia, da individuare con riferimento al *petitum* ed *alla causa petendi*, ovvero dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo a fondamento della domanda giudiziale originaria, restando irrilevante la mera identità di alcune questioni di diritto, la quale, configurando una connessione impropria, non consente l'intervento del terzo nel processo, ferma restando la facoltà del giudice di merito, in caso di bisogno, di disporre la separazione successivamente all'intervento, allo scopo di evitare cause congestionate dal numero eccessivo delle parti.

Infine, con riguardo alla chiamata in causa di un terzo su istanza di parte, **Sez. 3, n. 03692/2020, Guizzi, Rv. 656899 - 02,** ha affermato che, al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario, è discrezionale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo; ne consegue che, sebbene sia stata tempestivamente chiesta dal convenuto tale chiamata *ex* art. 269 c.p.c., in manleva o in regresso, il giudice può rifiutare di fissare una nuova prima udienza per la costituzione del detto terzo.

11. La sospensione del processo.

Sez. 6 - 3, n. 18082/2020, Iannello, Rv. 658515 - 01, ponendosi nel solco di un orientamento inaugurato da S.U. n. 27846/2013, Petitti, Rv. 628456 - 01 (seguito, tra le altre, da Sez. 6-1, n. 19056/2017, Marulli, Rv. 645684 - 01; Sez. 6-3, n. 15981/2018, Olivieri, Rv. 649429 - 01), ha ribadito che la sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. presuppone la pendenza davanti allo stesso o ad altro giudice di una controversia avente ad oggetto questioni pregiudiziali necessariamente diverse rispetto a quelle dibattute nel giudizio da sospendere, mentre, ove si verta in ipotesi di identità di questioni in discussione innanzi al giudice del processo del quale si chiede la sospensione ed in altra, diversa sede, detto giudice conserva il potere di pronunciare sul *thema decidendum* devoluto alla

sua cognizione, potendo soltanto configurarsi gli estremi per far luogo o alla riunione dei procedimenti o ad una declaratoria di litispendenza o di continenza di cause.

Durante la sospensione del processo, come affermato da **Sez. 3, n. 01580/2020, Dell'Utri, Rv. 656649 - 01** (dando continuità ad un principio enunciato da Sez. U., n. 23836/2004, Vitrone, Rv. 581549 - 01, seguite, tra le altre, da Sez. 2, n. 3718/2013, Bertuzzi, Rv. 624941 - 01) non possono essere compiuti, ai sensi dell'art. 298, comma 1, c.p.c., atti del procedimento, con la conseguenza che è inefficace, poiché funzionalmente inidonea a provocare la riattivazione del giudizio e motivo di nullità per derivazione di tutti gli eventuali atti successivi, l'istanza di riassunzione proposta prima della cessazione della causa di sospensione, ovvero anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che abbia definito la controversia pregiudiziale, senza che rilevi, al fine del superamento di detta sanzione, il sopravvenuto venire meno della medesima causa.

Sulla scia di Sez. 3, n. 6185/2009, Frasca, Rv. 607661 - 01, **Sez. 6 - 3, n. 9066/2020, Rubino, Rv. 657663 - 01**, ha ribadito che la sospensione necessaria del processo civile ai sensi dell'art. 75, comma 3, c.p.p. presuppone che il danneggiato abbia prima esercitato l'azione civile in sede penale mediante la costituzione di parte civile e, successivamente, proposto la medesima azione in sede civile, non trovando applicazione detta norma quando il danneggiato agisca in sede civile non solo contro l'imputato, ma anche contro altri coobbligati al risarcimento.

Riguardo alla sospensione del processo *ex* art. 337, comma 2, c.p.c. **Sez. 6 - 1 n. 17623/2020, Valitutti, Rv. 658720 - 01** ha precisato che è solo facoltativa, perché può essere disposta in presenza di un rapporto di pregiudizialità in senso lato tra la causa pregiudicante e quella pregiudicata, senza che la statuizione assunta nella prima abbia effetto di giudicato nella seconda, né richiede che le parti dei due giudizi siano identiche, mentre quella disciplinata dall'art. 295 c.p.c. è sempre necessaria, essendo finalizzata ad evitare il contrasto tra giudicati nei casi di pregiudizialità in senso stretto e presuppone altresì l'identità delle parti dei procedimenti.

Con riferimento invece al rapporto fra il giudizio di impugnazione di una sentenza parziale e quello che sia proseguito davanti al giudice che ha pronunciato detta sentenza, **Sez. 6 - 3, n. 08664/2020, Tatangelo, Rv. 657832 - 01,** ribadendo un consolidato orientamento di legittimità, ha nuovamente puntualizzato che l'unica possibilità di sospensione di quest'ultimo giudizio é quella su richiesta concorde delle parti *ex* art. 279, comma 4, c.p.c., che trova applicazione anche nel

caso di sentenza parziale sul solo *an debeatur*, restando esclusa sia la sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. sia quella di cui al comma 2 dell'art. 337 c.p.c., per l'assorbente ragione che il giudizio é unico e che, per tale ragione, la sentenza resa in via definitiva é sempre soggetta alle conseguenze di una decisione incompatibile sulla statuizione oggetto della sentenza parziale.

Infine, di particolare interesse è **Sez. 6 - 1, n. 25660/2020, Tricomi, Rv. 659892 - 01** che, con riguardo all'ipotesi in cui nel corso di un procedimento introdotto con il rito sommario di cognizione emerga la pendenza di un altro giudizio che abbia ad oggetto questioni pregiudiziali, ha osservato che in tale evenienza si determina la necessità di una istruzione non sommaria del procedimento e, quindi, il giudice non può adottare un provvedimento di sospensione *ex* art. 295 c.p.c., ma deve disporre il passaggio al rito della cognizione piena, come previsto dall'art. 702 *ter*, comma 3, c.p.c.

12. L'interruzione del processo.

Sez. 3, n. 1574/2020, Scrima, Rv. 656637 - 01, ha ribadito il principio (già enunciato, da Sez. 3, n. 25234/2010, Urban, Rv. 615157 - 01 e da altre pronunce) secondo il quale la morte dell'unico difensore della parte costituita, che intervenga nel corso del giudizio, determina automaticamente l'interruzione del processo, anche se il giudice e le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza, e preclude ogni ulteriore attività processuale, con la conseguente nullità degli atti successivi e della sentenza eventualmente pronunciata; ove, tuttavia, il processo sia irritualmente proseguito, nonostante il verificarsi dell'evento morte, la causa interruttiva può essere dedotta e provata in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., mediante la produzione dei documenti necessari, ma solo dalla parte colpita dal predetto evento, a tutela della quale sono poste le norme che disciplinano l'interruzione, non potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice, né eccepita dalla controparte come motivo di nullità della sentenza.

Con riferimento all'ipotesi di cancellazione volontaria del difensore dall'albo ed alla questione se essa possa costituire una causa di interruzione del processo, al pari della morte del difensore, **Sez. 6 - 3, n. 21359/2020, Cricenti, Rv. 659158 - 01,** ha in primo luogo ricordato che tale questione, controversa in passato, ha trovato una soluzione nella decisione di Sez. U, n. 3702/2017, Manna, Rv. 642537 - 01, secondo cui "*un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.* 301*, comma* 1*, c.p.c. porta ad includere la cancellazione volontaria suddetta tra le cause di interruzione del processo, con la conseguenza che il termine di impugnazione non riprende a decorrere fino al relativo suo venir meno o fino alla sostituzione del menzionato difensore volontaria dall'albo*

possa costituire una causa di interruzione del processo, al pari della morte del difensore". Sulla base di tale premessa la citata Sez. 6-3, n. 21359/2020 ha affermato che l*a cancellazione volontaria del difensore dall'albo degli avvocati, ancorché avvenuta dopo la notifica della citazione in appello, comporta la perdita dello "status" di avvocato e procuratore legalmente esercente, così integrando una causa di interruzione del processo. Ne consegue la nullità degli atti successivi e della sentenza eventualmente pronunciata, che può essere dedotta e provata in sede di legittimità mediante la produzione dei documenti necessari, ai sensi dell'art.* 372 *c.p.c., solo dalla parte colpita dal detto evento, a tutela della quale sono poste le norme che disciplinano l'interruzione, non potendo questa essere rilevata d'ufficio dal giudice né eccepita dalla controparte.*

Come precisato da **Sez. 6 - 3, n.. 18279/2020, Cricenti, Rv. 658770 - 01), l**a soppressione di un ente pubblico, anche per incorporazione in altro, equivale ad estinzione ed è causa di interruzione del processo.

Infine, **Sez. 3, n. 25859/2020, Olivieri, Rv. 659587 - 01**, in relazione alla interruzione "automatica" del processo *ex* art. 43, comma 3, l.fall., ha chiarito che la conoscenza del fallimento da parte del procuratore di più parti è produttiva del medesimo effetto conoscitivo legale (rilevante ai fini del decorso del termine perentorio *ex* art. 305 c.p.c.) anche nei confronti delle altre parti del medesimo processo rappresentate da quello stesso difensore, unico destinatario esclusivamente legittimato a ricevere la notizia dell'evento interruttivo con riferimento al giudizio nel quale quest'ultimo è destinato ad esplicare efficacia.

13. La riassunzione del processo interrotto.

L'atto di riassunzione del processo non introduce un nuovo procedimento, avendo la funzione di consentire la prosecuzione di quello già pendente; da ciò consegue, come affermato da **Sez. 1, n. 06193/2020, Scotti, Rv. 657418 - 01**, che ai fini della sua validità il giudice deve solo verificarne la concreta idoneità ad assicurare la ripresa del processo, discendendo la nullità dell'atto di riassunzione non dalla mancanza di uno tra i requisiti di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c., bensì dall'impossibilità di raggiungere il suo scopo.

Riguardo alla decorrenza del termine, **Sez. 2, n. 00138/2020, Carbone, Rv. 656822 - 01**, ha chiarito che il termine di un anno entro il quale il processo interrotto per morte della parte può essere riassunto, a norma dell'art. 303, comma 2, c.p.c., con atto notificato collettivamente e impersonalmente agli eredi

nell'ultimo domicilio del defunto, ha natura processuale, e come tale è soggetto all'ordinaria sospensione feriale.

Quanto alla prova della qualità di erede, nel giudizio riassunto a seguito di interruzione del processo per morte di una parte, **Sez. 3, n. 13851/2020, Graziosi, Rv. 658300 - 01** ha affermato che, in forza del principio della prossimità della prova, spetta ai chiamati all'eredità del deceduto, convenuti in riassunzione, allegare e dimostrare di non essere divenuti eredi.

Nell'ipotesi di nullità della notifica dell'atto di riassunzione del processo di primo grado che sia stato interrotto, per la quale occorre disporre la rinnovazione della notificazione stessa, **Sez. 3, n. 13860/2020, Guizzi, Rv. 658303 - 01,** ha precisato che, se il destinatario non si è costituito, si ha la nullità del relativo giudizio, con la conseguenza che il giudice di appello o, in mancanza, quello di legittimità devono rimettere le parti dinanzi al primo giudice, in applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c

La questione relativa all'estinzione del processo per irritualità della riassunzione del processo interrotto ha carattere preliminare rispetto all'eventuale eccezione di incompetenza, atteso che, come affermato da **Sez. 3, n. 14607/2020, Cigna, Rv. 658326 - 01)**, la cognizione della controversia ad opera del giudice, incluso il profilo della competenza, è possibile solo a condizione che il processo sia correttamente uscito dallo stato di quiescenza in cui era entrato per effetto di detta interruzione.

In tema di litisconsorzio facoltativo, quale quello che si determina nel giudizio promosso verso più coobbligati solidali, **Sez. 3, n. 04684/2020, Olivieri, Rv. 656912 - 02**, ha enunciato il principio secondo cui, verificatasi una causa di interruzione nei confronti di uno di essi, ove il giudice non si avvalga del potere di disporre la separazione delle cause *ex* art. 103 c.p.c., la mancata riassunzione della lite nel termine fissato dall'art. 305 c.p.c. non impedisce l'ulteriore prosecuzione del processo relativamente ai litisconsorti non colpiti dall'evento interruttivo.

Sulla stessa scia, **Sez. 3, n. 08123/2020, Fiecconi, Rv. 657575 - 01,** ha precisato che, in caso di cumulo di cause scindibili, l'evento interruttivo relativo ad una delle parti (nella specie, apertura del fallimento *ex* art. 43, comma 3, l.fall.) non spiega effetti nei confronti delle altre, le quali, pertanto, anche laddove il giudice non disponga la separazione delle cause, non sono tenute a riassumere il processo; conseguentemente, qualora la riassunzione non sia stata tempestivamente effettuata nell'interesse della parte colpita dal suddetto evento,

l'estinzione si verifica nei soli confronti di quest'ultima, continuando il processo nei confronti degli altri litisconsorti.

Ancora in tema di cumulo di cause scindibili, **Sez. 6 - 3, n. 08975/2020, Iannello, Rv. 657937 - 02,** ha affermato che, qualora il giudice - a fronte di un evento che concerna uno solo dei soggetti coinvolti nelle diverse vertenze - interrompa l'intero processo, la riassunzione, effettuata, nel termine indicato dall'art. 305 c.p.c., esclusivamente da una delle parti interessate, notificando il ricorso e il decreto di fissazione di udienza a tutti i contraddittori, deve ritenersi tempestiva rispetto a ognuna delle parti e non può essere dichiarata, con riferimento a costoro, l'estinzione parziale del processo, considerato anche che chi pone in essere la detta riassunzione non ha il potere di sciogliere il menzionato cumulo (notificando l'atto riassuntivo unicamente ad alcuni dei contraddittori), giacché, in presenza di un processo cumulato per iniziativa delle parti, il potere di separazione compete al giudice.

Nella specifica ipotesi di interruzione per intervenuto fallimento dell'opponente del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, quest'ultimo rimane inopponibile alla massa, mentre è interesse e onere del debitore fallito riassumere il processo nei confronti del creditore opposto, onde evitare che il provvedimento monitorio consegua la definitiva esecutorietà per mancata o intempestiva riassunzione, divenendo opponibile nei suoi confronti una volta tornato *in bonis* (**Sez. 1, n. 22047/2020, Falabella, Rv. 658984 - 01).**

Infine, con riferimento al *dies a quo* di decorrenza del termine per la riassunzione, n caso d'interruzione del processo determinata, ai sensi dell'art. 43, comma 3, l.fall., dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, **Sez. 1, n. 17944/2020, Mercolino, Rv. 658569 - 01,** ha puntualizzato che il termine per la riassunzione non decorre dalla data dell'evento interruttivo, ma da quella in cui la parte interessata ne ha avuto conoscenza legale, per tale dovendosi intendere quella acquisita non già in via di mero fatto, ma attraverso una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento stesso, assistita da fede privilegiata.

13.1 Eccezione di estinzione per tardiva riassunzione.

L'eccezione di estinzione del giudizio per tardiva riassunzione dello stesso dopo un'interruzione risponde, ai sensi dell'art. 307, comma 4, c.p.c., all'esclusivo interesse dei soggetti chiamati a succedere o a sostituire la capacità della parte nei cui confronti si è verificato l'evento interruttivo; da ciò deriva, secondo **Sez. 3, n. 04684/2020, Olivieri, Rv. 656912 - 01**, che compete al giudice, anche di

ufficio, accertare se tale eccezione sia stata sollevata dalla parte legittimata. (Nella specie, trovava applicazione il testo dell'art. 307, comma 4, c.p.c. nella versione anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009).

14. La fase decisoria.

Nella giurisprudenza di legittimità è consolidato il principio secondo il quale la parte che si sia vista rigettare dal giudice di primo grado le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reiterarle al momento della precisazione delle conclusioni, poiché, diversamente, le stesse dovranno ritenersi abbandonate e non potranno essere riproposte in appello (cfr. Sez. 3, n. 25157/2008, Segreto, Rv. 605482 - 01; conformi Sez. 3 n. 16290/2016, Scrima, Rv. 642097 - 01; Sez. 3,. n. 19352/2017, Sestini, Rv. 645492 - 01; Sez. 2, n. 05741/2019, Criscuolo M., Rv. 652770 - 02; Sez. 2 n. 15029/2019, Abete, Rv. 654190 - 0; anche Sez. 6-2 n. 10748/2012, Proto C.A., Rv. 623121 - 01 e S. 6-3, n. 3229/2019, Scarano, Rv. 653001 - 01).

Altrettanto consolidata è l'affermazione che, nell'ipotesi in cui il procuratore della parte non si presenti all'udienza di precisazione delle conclusioni o, presentandosi, non le precisi o le precisi in modo generico, vale la presunzione che la parte abbia voluto tenere ferme le conclusioni precedentemente formulate» (cfr. Sez. 3, n. 409/2006, Durante, Rv. 586206 - 01; Sez. 6 - 1, n. 22360/2013, Bernabai, Rv. 627928 - 01, Sez. 6-1, n. 11222/2018, Terrusi, Rv. 586206 - 01).

Coordinando questi due pacifici principi, **Sez. 3, n. 26523/2020, Sestini, Rv. 659790 - 01** ha ulteriormente precisato che in caso di mancata partecipazione del procuratore di una parte all'udienza di precisazione delle conclusioni, debbono intendersi richiamate le richieste precedentemente formulate, ivi comprese le istanze istruttorie che la parte abbia reiterato dopo che ne sia stata rigettata l'ammissione.

Una volta rimessa la causa in decisione, come ribadito da **Sez. 1, n. 02976/2020, Scotti, Rv. 657028 - 01**, la parte può depositare la memoria di replica prevista dall'art. 190 c.p.c. anche se prima non ha depositato la comparsa conclusionale, non essendovi alcuna norma nel codice di rito che condizioni il diritto di replica all'avvenuta illustrazione delle proprie difese mediante la detta comparsa (nello stesso senso, in precedenza, Sez. 3, n. 6439 del 2009, Spagna Musso, Rv. 607123 - 01).

Sez. 6 - 3, n. 04125/2020, Iannello Rv. 657021 - 01 ha ribadito che la sentenza pronunciata dal giudice di primo grado prima della scadenza dei termini *ex* art. 190 c.p.c. per il deposito delle conclusionali o delle memorie di replica è affetta da nullità (cfr., in precedenza, Sez. 2, n. 26883/2019, Oliva, Rv. 655666 -

01; Sez. 6 - 3, n. 20180/2015, Vivaldi, Rv. 637461 - 01), precisando che la parte non è tenuta ad indicare, al momento dell'impugnazione, se e quali argomenti non svolti nei precedenti atti difensivi avrebbe potuto sviluppare ove detto deposito fosse stato consentito; tuttavia, ha altresì ribadito la decisione in discorso, il giudice di appello, una volta constatata tale nullità, non può rimettere la causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma è tenuto a decidere la causa nel merito, nei limiti delle doglianze prospettate (già in passato, nello stesso senso,, Sez. 3, n. 5590/2011; Frasca, Rv. 617408 - 01).

Con riguardo alla motivazione della decisione, **Sez. 3, n. 11308/2020, Scrima, Rv. 658167 - 01** ha affermato che l'omessa indicazione alle parti di una questione di fatto oppure mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fondi la decisione, priva le parti del potere di allegazione e di prova sulla questione decisiva e, pertanto, comporta la nullità della sentenza (cd. "della terza via" o "a sorpresa") per violazione del diritto di difesa tutte le volte in cui la parte che se ne dolga prospetti, in concreto, le ragioni che avrebbe potuto fare valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato.

Per quanto attiene al giudice, **Sez. 6 - 2, n. 02779/2020, Oliva Rv. 657252 - 01** ha enunciato il principio secondo il quale **l**a sentenza emessa da un magistrato diverso da quello che, a seguito della precisazione delle conclusioni, ha trattenuto la causa in decisione, deve ritenersi nulla, perché deliberata da un soggetto che è rimasto estraneo alla trattazione della causa. La medesima decisione ha aggiunto che, qualora si renda necessario procedere alla sostituzione del magistrato che ha già trattenuto la causa in decisione, non è sufficiente un decreto del capo dell'Ufficio che dispone la sostituzione, ma il nuovo giudice nominato deve convocare le parti dinanzi a sé perché precisino nuovamente le conclusioni.

Ancora con riferimento alla coincidenza tra il giudice dell'udienza di assunzione della causa in decisione e quello che emetta la sentenza, peculiare è il caso esaminato da **Sez. 2, n. 08782/2020, Scarpa, Rv. 657699 - 01**, in cui si denunciava la corrispondenza testuale tra la decisione impugnata ed altre sentenze rese, con riferimento ad ulteriori soggetti coinvolti nella stessa vicenda sostanziale, da diversi collegi della medesima corte di appello. La decisione citata ha escluso che tale circostanza fosse sufficiente a sovvertire la presunzione di corrispondenza tra i giudici presenti alla discussione della causa e collegio deliberante, evidenziando come l'assoluta similitudine delle fattispecie decise rendesse del tutto comprensibile, se non addirittura opportuna, una uniformazione dei diversi estensori in sede di successiva stesura delle rispettive motivazioni**.** Secondo tale pronuncia, dunque, l'identità della motivazione di

sentenze pronunciate da diversi collegi, appartenenti al medesimo ufficio giudiziario, con riferimento a fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche non rappresenta un motivo sufficiente per ritenere che la decisione sia stata deliberata in camera di consiglio da un collegio diverso da quello che ha assistito alla discussione della causa, né infirma l'attribuibilità, ai rispettivi giudici che le abbiano emesse, delle decisioni e delle ragioni che le sostengono né, ancora, lascia ragionevolmente supporre alcuna indebita influenza sul procedimento di formazione della volontà espressa nelle pronunce adottate, dovendo la paternità della decisione essere attribuita esclusivamente al collegio che abbia elaborato la decisione stessa, quale emergente dall'epigrafe della sentenza-documento, ove il nominativo dei giudici ivi riprodotto coincida con quello, risultante dal verbale di udienza - fidefacente fino a querela di falso - di coloro che abbiano assistito all'udienza di discussione ed abbiano trattenuto la causa in decisione.

In tema di decisione della causa ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., **Sez. 3, n. 11116/2020, De Stefano, Rv. 658146 - 02** ha affermato che la facoltà delle parti di chiedere un differimento dell'udienza di discussione può essere esercitata esclusivamente dopo la pronuncia dell'ordine del giudice di discussione orale, poiché solo in tale momento e non prima si determina l'avvio del relativo subprocedimento e si attivano i corrispondenti poteri delle parti, i quali intanto hanno ragione di estrinsecarsi in quanto il magistrato si sia indotto a procedere con la definizione immediata.

Sempre con riguardo alla sentenza pronunciata *ex* art. 281-*sexies* c.p.c., **Sez. 2, n. 19338/2020, Consentino, Rv. 659127 - 01** ha ribadito che, qualora la pronuncia sia avvenuta senza l'osservanza delle forme previste dal codice non può essere dichiarata nulla, ove sia stato raggiunto lo scopo dell'immodificabilità della decisione e della sua conseguenzialità rispetto alle ragioni ritenute rilevanti dal giudice all'esito della discussione, trattandosi, in ogni caso, di sanzione neppure comminata dalla legge (cfr., nello stesso senso, Sez. 1, n. 10453/2014, Di Amato, Rv. 631257 - 01

Da ultimo, di interesse è il principio enunciato da **Sez. 1, n. 10097/2020, Terrusi, Rv. 657775 - 01,** secondo l'ordinanza *ex* art. 186-*quater* c.p.c. che abbia pronunciato solo su alcune domande o capi della domanda, se non è richiesta dalla parte intimata la pronuncia della sentenza, produce gli effetti di una sentenza definitiva sull'intero oggetto del giudizio; ne consegue che le parti possono impugnarla in ragione del loro interesse a una diversa pronuncia, ed il giudice di secondo grado, se richiesto, deve provvedere anche sulle domande o sui capi della domanda per i quali è mancata una decisione di merito, mentre la sentenza successivamente pronunciata dal tribunale nello stesso giudizio è nulla, ma

l'appello su quest'ultima decisione, limitato a contestare soltanto tale vizio processuale e non il merito della sentenza, deve essere dichiarato inammissibile, perché l'errore denunciato non potrebbe comportare una rimessione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c.

14.1 Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato trova la sua collocazione nell'art. 112 c.p.c. ai sensi del quale "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti". Attraverso la norma in esame si stabilisce in termini generali: a) la stretta relazione fra la pronuncia giudiziale e quanto dedotto in giudizio dalle parti, sia con la domanda che con le relative eccezioni, di qui il fondamento del dovere decisorio; b) ai fini del vincolo del giudice a quanto dedotto, è necessario che la volontà delle parti sia formalizzata attraverso la formulazione di una vera e propria domanda giudiziale o un'eccezione, di qui la stretta correlazione con il principio della domanda enunciato dall'art 99 c.p.c.; c) una volta che la *volutans partium* si sia formalizzata nei termini di una domanda o di un'eccezione, a ciò va rapportato il dovere decisorio del giudice, anche al fine di verificare se la sua pronuncia sia o meno viziata per ultrapetizione od omissione di pronuncia.

Nel corso del 2020 la S.C. è più volte intervenuta, in diverse fattispecie concrete, a perimetrare la portata del richiamato principio nelle sue diverse declinazioni.

In particolare, secondo **Sez. 2, n. 11466/2020, San Giorgio, Rv. 658263-03,** non sussiste violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato allorché il giudice, qualificando giuridicamente in modo diverso rispetto alla prospettazione della parte i fatti da questa posti a fondamento della domanda, le attribuisca un bene della vita omogeneo, ma ridimensionato, rispetto a quello richiesto. Ne consegue che, proposta in primo grado una domanda di risoluzione per inadempimento di contratto preliminare, e di conseguente condanna del promittente venditore alla restituzione del doppio della caparra ricevuta, non pronunzia *ultra petita* il giudice il quale ritenga che il contratto si sia risolto non già per inadempimento del convenuto, ma per impossibilità sopravvenuta di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti (*ex* art. 1453, comma 2, c.c.) e condanni il promittente venditore alla restituzione della sola caparra (la cui ritenzione è divenuta *sine titulo*) e non del doppio di essa.

Sotto altro profilo, afferma **Sez. 5, n. 07662/2020, Fracanzani, Rv. 657462-01,** che non ricorre il vizio di omessa pronuncia quando la decisione adottata, in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte, comporti necessariamente il rigetto di quest'ultima, non occorrendo una specifica argomentazione in proposito. È quindi sufficiente quella motivazione che fornisce una spiegazione logica ed adeguata della decisione adottata, evidenziando le prove ritenute idonee a suffragarla, ovvero la carenza di esse, senza che sia necessaria l'analitica confutazione delle tesi non accolte o la disamina degli elementi di giudizio non ritenuti significativi.

E ancora, chiarisce **Sez. 5, n. 02153/2020, Fracanzani, Rv. 656681-01** che non ricorre il vizio di omessa pronuncia quando la motivazione accolga una tesi incompatibile con quella prospettata, implicandone il rigetto, dovendosi considerare adeguata la motivazione che fornisce una spiegazione logica ed adeguata della decisione adottata, evidenziando le prove ritenute idonee e sufficienti a suffragarla, ovvero la carenza di esse, senza che sia necessaria l'analitica confutazione delle tesi non accolte o la particolare disamina degli elementi di giudizio non ritenuti significativi. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto adeguata la motivazione di una sentenza della CTR, che, a fronte della specifica eccezione relativa all'applicazione della presunzione di cui all'art. 32 d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 51 d.P.R. n. 633 del 1972 a tutti i movimenti bancari, si era limitata a richiamare l'orientamento della corte di cassazione secondo cui la presunzione legale di cui alle predette norme poteva essere vinta solo con una giustificazione analitica sui singoli movimenti, non con argomenti generici).

Affermazione, questa, che si pone sostanzialmente in linea con quanto precisato da **Sez. 6-1, n. 02334/2020, Mercolino, Rv. 656762-01**, secondo cui in tema di provvedimenti del giudice, l'assorbimento in senso improprio - configurabile quando la decisione di una questione esclude la necessità o la possibilità di provvedere sulle altre - impedisce di ritenere sussistente il vizio di omessa pronuncia, il quale è ravvisabile solo quando una questione non sia stata, espressamente o implicitamente, ritenuta assorbita da altre statuizioni della sentenza. (Nella specie la S.C. ha escluso il vizio di omessa pronuncia nella sentenza del giudice di appello che confermando la statuizione di primo grado di inammissibilità dell'atto di intervento, ha ritenuto assorbite le questioni sulla legittimazione passiva e sulla integrità del contraddittorio sollevate dallo stesso interveniente appellante).

Da ultimo, sul versante dell'attività di interpretazione, pare utile segnalare quanto puntualizzato da **Sez. 3, n. 07747/2020, Fiecconi, Rv. 657596-01**, secondo cui il giudice di merito non può, avvalendosi della propria facoltà di

interpretare la domanda, ricavare dal solo comportamento processuale della parte che, in origine, aveva agito per ottenere una condanna al risarcimento del danno, con espressa limitazione, però, della stessa all'*an debeatur*, una implicita rinuncia a tale limitazione, correttamente richiesta e reiterata al momento della precisazione delle conclusioni, per poi procedere, di conseguenza, anche a quantificare il detto danno. (Nella specie, la S.C., nel cassare la decisione di appello, che aveva liquidato il danno nonostante l'attore si fosse riservato di agire in separata sede per la sua quantificazione, ha rilevato che il comportamento processuale della parte, che aveva allegato e chiesto di provare il pregiudizio patito, era compatibile con la sua domanda di condanna generica e non poteva farla ritenere implicitamente rinunciata poiché, pure nel giudizio limitato all'*an* della pretesa risarcitoria, non è sufficiente accertare l'illegittimità della condotta, essendo altresì necessario verificarne la portata o potenzialità lesiva).

14.2. Le sentenze non definitive.

In termini generali (cfr. Sez. 3, n. 16289/2019, Pellecchia, Rv. 654349 - 02; v. altresì Sez. 2, n. 05443/2002, Triola, Rv. 553752 - 01), è da considerarsi definitiva la sentenza con la quale il giudice si pronunci su una (o più) delle domande o su capi autonomi della domanda, mentre è da considerarsi non definitiva, agli effetti della riserva di impugnazione differita, la sentenza resa su questioni preliminari alla decisione finale e che non contenga quegli elementi formali sulla base dei quali va operata la distinzione, cioè la pronuncia sulle spese o un provvedimento relativo alla separazione dei giudizi.

Nel corso dell'anno in rassegna, **Sez. 6 - 2, n. 10067/2020, Tedesco, Rv. 658015 - 01,** ha altresì affermato il principio secondo il quale le statuizioni contenute nella sentenza non definitiva possono essere riformate o annullate solo in sede d'impugnazione, non con la sentenza definitiva successivamente resa. Nella richiamata pronuncia la S.C: ha dato applicazione al principio in un giudizio di divisione, ove una pronuncia non definitiva aveva accertato la comproprietà del bene e il diritto allo scioglimento della comunione, ciò non consentendo di mettere in discussione quanto già deciso nella successiva fase del processo, volta allo svolgimento delle operazioni divisionali.

Lo stesso principio è stato applicato da **Sez. 2, n. 21258/2020, Besso Marcheis, Rv. 659315 - 01** con riferimento alla sentenza non definitiva che abbia accertato l'esistenza di un inadempimento contrattuale e del conseguente danno; la pronuncia citata ha infatti affermato che una sentenza non definitiva di tale tenore preclude allo stesso giudice la possibilità, al momento della liquidazione

del danno nella sentenza definitiva, di negare la sussistenza del danno medesimo per mancanza di prove, trattandosi di affermazione in contrasto con quella, resa in sede di sentenza non definitiva, circa la loro esistenza e tale discrasia può essere rilevata anche d'ufficio in sede di legittimità. Ne consegue che, a fronte della difficoltà di prova del danno, il giudice, non vincolato agli esiti della consulenza tecnica, deve esercitare il proprio potere discrezionale di liquidazione di esso in via equitativa, secondo la cd. equità giudiziale correttiva o integrativa.

15. La correzione dei provvedimenti giudiziali.

In termini generali è stato da tempo affermato il principio, ribadito nell'anno in rassegna da **Sez. L, n. 16877/2020, Lorito, Rv. 658775 - 01,** secondo cui il procedimento per la correzione degli errori materiali di cui all'articolo 287 c.p.c. è esperibile per ovviare ad un difetto di corrispondenza fra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo stesso del provvedimento mediante il semplice confronto della parte del documento che ne è inficiata con le considerazioni contenute in motivazione, senza che possa incidere sul contenuto concettuale e sostanziale della decisione (nello stesso senso, in precedenza, Sez. 3, n. 00816/2000, Segreto, Rv. 533133 - 01; Sez. 6 - L, n. 572/2019, Ghinoy, Rv. 652132 - 01).

A sua volta, **Sez. 6 - 2, n. 12184/2020, Falaschi, Rv. 658456 - 01),** ha data continuità ad un altro consolidato principio relativo al procedimento di correzione degli errori materiali di cui agli artt. 287 e 391-*bis* c.p.c., affermando che all'esito dello stesso non è ammessa alcuna statuizione sulle spese processuali, trattandosi di procedimento di natura amministrativa senza una parte soccombente in senso proprio (già in precedenza, tra le molte, Sez. U. n. 9438/2002, Roselli, Rv. 555429 - 01; Sez. 3, n. 10203/2009, Frasca, Rv. 608122 - 01; 6 -2, n. 21213/2013, Proto CA, Rv. 627802 - 01).

In ordine agli effetti del provvedimento che conclude il procedimento di correzione, **Sez. 6 - 3, n. 26047/2020, Rossetti, Rv. 659921 - 01**, ha puntualizzato che l'ordinanza con cui sia stata rigettata l'istanza di correzione dell'errore materiale è inutilizzabile ai fini dell'integrazione o dell'interpretazione del provvedimento che ne è oggetto, posto che è solo l'ordinanza di accoglimento a divenire parte integrante del provvedimento corretto.

La casistica dell'anno 2020 offre decisioni che hanno ravvisato un mero errore materiale per omissione, emendabile con il procedimento di correzione di errore materiale.

In tal senso **Sez. 2, n. 28309/2020, Tedesco, Rv. 659742 - 01, che,** con riferimento agli esborsi sostenuti dalle parti per consulenze, ha affermato che la mancata determinazione nella sentenza del compenso spettante al consulente tecnico d'ufficio integra un mero errore materiale per omissione, suscettibile di correzione da parte del giudice d'appello con riferimento all'importo della liquidazione effettuata in favore del consulente.

Analogamente, **Sez. 1, n. 28323/2020, Falabella, Rv. Rv. 660004 - 01)** ha ritenuto suscettibili di correzione con l'apposito procedimento di cui agli artt. 287 e ss. c.p.c. sia la mancata liquidazione nel provvedimento degli accessori di legge, sia l'omessa indicazione delle parti beneficiarie della liquidazione.

Sulla stessa scia si è pronunciata **Sez. 6 - 2, n. 25078/2020, Tedesco, Rv. 659704 - 01),** con riferimento alla omessa indicazione, nel dispositivo di una sentenza resa all'esito di un giudizio di divisione, della statuizione impositiva concernente il conguaglio in denaro in favore di una parte, già previsto e quantificato nella motivazione del provvedimento.

Peculiare, infine, la fattispecie esaminata da **Sez. 3, n. 25541/2020, Vincenti, Rv. 659781 -** 01, che ha affermato il principio secondo il quale, nel caso in cui ad un provvedimento integralmente e ritualmente formato risulti, per un mero disguido materiale, affogliato di seguito alla sua ultima pagina la copia del dispositivo riferibile ad una diversa causa, in calce alla quale sia stata apposta l'attestazione della data del deposito, il vizio in cui la decisione può incorrere è dato dalla coesistenza di due dispositivi; ne consegue che, qualora, per la diversità dei nomi delle parti e dell'oggetto della controversia nell'ulteriore dispositivo riportati, emerga che quest'ultimo dispositivo non atteneva alla causa cui era riferibile la pronuncia, tale vizio non può assurgere a nullità di carattere sostanziale ed è emendabile con la procedura di correzione di cui agli artt. 287 e 288 c.p.c.

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(di GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. Profili generali. - 2. L'interesse all'impugnazione. - 3. La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato.- 4. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve. - 4.1. (Segue) b) il termine cd. lungo. - 4.2. (Segue). Profili comuni ai due termini di impugnazione. - 5. Le impugnazioni incidentali. - 6. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. - 7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.

1. Profili generali.

L'art. 323 c.p.c. elenca i mezzi per impugnare le sentenze (e, più in generale, le decisioni giurisdizionali) individuandoli nel regolamento di competenza, nell'appello, nel ricorso per cassazione, nella revocazione e nell'opposizione di terzo.

In base al combinato disposto degli artt. 324, 325, 326 e 327 c.p.c. i mezzi di impugnazione si distinguono in (a) ordinari - proponibili fino al passaggio in giudicato della decisione che intendono censurare e volti a evitare il formarsi della cosa giudicata (regolamento di competenza, appello, ricorso per cassazione, revocazione "ordinaria" per i motivi indicati nei nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. e opposizione di terzo ordinaria) - e (b) straordinari, insensibili al passaggio in giudicato(revocazione "straordinaria" per i motivi indicati nei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. e opposizione di terzo revocatoria).

Indipendentemente dalla disciplina specifica dettata per ciascuno dei predetti mezzi di impugnazione, il codice di rito definisce alcune regole comuni (artt. 323-338 c.p.c.), applicabili a tutti i mezzi di impugnazione, nonché, in quanto compatibili, anche al contenzioso tributario, come previsto dall'art. 49 del d.lgs. n. 546 del 1992 ("*alle impugnazioni delle sentenze delle commissioni tributarie si applicano le disposizioni del titolo III, capo I, del libro II del codice di procedura civile, e fatto salvo quanto disposto nel presente decreto*").

Rinviando agli specifici capitoli per ciò che concerne i singoli mezzi di impugnazione, ci si soffermerà, nella presente trattazione, sulle regole "*delle impugnazioni in generale*".

2. L'interesse all'impugnazione.

L'esercizio della facoltà di impugnazione presuppone l'esistenza un "interesse ad impugnare" (*species* dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.) che consiste in un interesse, concreto e attuale, alla proposizione del mezzo di gravame: in altri

termini, è condizione dell'impugnazione una "soccombenza" sostanziale, la quale si concretizza nel pregiudizio derivante alla parte dalla decisione, da apprezzarsi in relazione all'utilità giuridica che dall'eventuale accoglimento del gravame possa derivare alla parte che lo propone e non può consistere in un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica, non avente riflessi sulla decisione adottata e che non spieghi alcuna influenza in relazione alle domande o eccezioni proposte (**Sez. 2, n. 28307/2020, Giannaccari, Rv. 659838 - 01**).

Infatti, come ribadito anche nel 2020, l'interesse giuridicamente tutelabile (il cui difetto è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo) si identifica nella concreta utilità derivante dalla rimozione della pronuncia censurata, non essendo sufficiente l'esistenza di un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica (**Sez. 6-5, n. 03991/2020, Crolla, Rv. 656787-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dalla parte vittoriosa che lamentava l'erronea pronuncia della compensazione delle spese di lite, nonostante la sua mancata costituzione nel giudizio di appello).

Allo stesso modo, è inammissibile il ricorso per cassazione col quale si denunci l'erroneità della motivazione della sentenza impugnata - di cui è chiesta la modifica, fermo restando il dispositivo - perché non finalizzato alla rimozione di una pronuncia sfavorevole (**Sez. L, n. 17159/2020, Pagetta, Rv. 658829-02**; **Sez. 2, n. 28307/2020, Giannaccari, Rv. 659838 - 01**), così come il ricorso con cui si deduca la violazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, prive di qualsivoglia influenza in relazione alle domande o eccezioni proposte, essendo diretto all'emanazione di una pronuncia senza alcun rilievo pratico. (**Sez. 6-1, n. 12678/2020, Ferro, Rv. 658061-01**).

In particolare, la deduzione di una violazione delle norme processuali può essere dedotta come motivo di impugnazione solo se la parte indichi il concreto pregiudizio inferto alle sue prerogative: pertanto, nell'inosservanza della disciplina relativa all'introduzione della causa mediante il rito c.d. Fornero non può ravvisarsi un pregiudizio consistente nella privazione di "una fase processuale", considerato che il rito ordinario (nella specie seguito) rappresenta la massima espansione della cognizione integrale, idonea a consentire il migliore esercizio del diritto di difesa (**Sez. L, n. 06754/2020, Raimondi, Rv. 657434-01**).

È carente di interesse, perché manca un concreto rilievo pratico potenzialmente derivante dall'impugnazione, il ricorrente per cassazione che, riproponendo censure già svolte in sede di appello, miri alla declaratoria di nullità

della sentenza di primo grado, posto che l'accoglimento comporterebbe null'altro che la trattazione nel merito della causa da parte del giudice di appello (**Sez. 2, n. 21943/2020, Varrone, Rv. 659364-01**).

L'opponente è privo di interesse anche quando prospetta che la sentenza impugnata, nel rigettare l'opposizione, abbia omesso di rilevare il difetto di una delle condizioni originarie di ammissibilità del decreto ingiuntivo, poiché la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda del creditore istante quando sussistono i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non sussistenti al momento della proposizione del ricorso o della emissione del decreto, bensì in quello, successivo, della decisione (**Sez. 1, n. 15224/2020, Scalia, Rv. 658261-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione mediante il quale l'originario opponente si limitava a contestare la sussistenza dei caratteri della liquidità ed esigibilità del credito all'epoca della proposizione della domanda monitoria).

Al fine di consentire alla S.C. di valutare l'interesse all'impugnazione *ex* art. 100 c.p.c. consistente in un prospettato diverso esito della lite, la denuncia della violazione, da parte del giudice di merito, dell'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, per avere rigettato la domanda di protezione internazionale senza indicare le fonti di informazione da cui ha tratto le conclusioni, implica l'onere di allegare anche l'esistenza di COI (*Country of Origin Informations*) aggiornate e attendibili che il giudice avrebbe dovuto tenere in conto (**Sez. 1, n. 21932/2020, Rossetti, Rv. 659234-01**; conforme, **Sez. 1, n. 22769/2020, Amatore, Rv. 659276-01**).

Analogamente, posto che l'interesse tutelato che la parte può far valere rispetto al terzo - parte del giudizio di primo grado su ordine del giudice, ma non chiamato in appello ad integrare il contraddittorio - consiste nell'ottenere una pronuncia di merito e non una sentenza di mero rito, non è ammissibile (difettando l'utilità giuridica dell'eventuale accoglimento del gravame) l'impugnazione della decisione d'appello qualora, nel successivo giudizio di rinvio, il ricorrente non possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella impugnata (**Sez. 1, n. 02966/2020, Scalia, Rv. 656996-01**, ha escluso l'interesse a dedurre l'*error in procedendo* del giudice di appello, che aveva omesso di integrare il contraddittorio, essendo nelle more fallito il terzo chiamato in causa, il che avrebbe comunque determinato l'improcedibilità della domanda nei suoi confronti).

La legittimazione a proporre l'impugnazione, o a resistere ad essa, spetta solo a chi abbia assunto la veste di parte nel giudizio di merito, secondo quanto risulta dalla decisione impugnata, tenendo conto sia della motivazione che del dispositivo (**Sez. 6-5, n. 15356/2020, Luciotti, Rv. 658530-01**), ma proprio

dall'art. 100 c.p.c. si evince che non è sufficiente la qualità di parte per giustificare l'impugnazione: così, l'avversario della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato manca di interesse ad impugnare la decisione che riformi il provvedimento di revoca dell'ammissione, perché il rapporto obbligatorio derivante dall'ammissione si instaura con il Ministero della giustizia (**Sez. 6-1, n. 22281/2020, Scalia, Rv. 659247-01**).

Nel rapporto obbligatorio la solidarietà passiva è prevista nell'interesse del creditore e serve a rafforzare il diritto di quest'ultimo, mentre non ha alcuna influenza nei rapporti interni tra condebitori solidali (fra i quali l'obbligazione si divide secondo quanto risulta dal titolo o, in mancanza, in parti uguali), sicché la condanna di uno solo dei debitori convenuti in giudizio, con esclusione del rapporto di solidarietà prospettato dall'attore, non aggrava la posizione del debitore condannato al pagamento all'intero e non pregiudica il suo eventuale diritto di rivalsa, rendendolo così privo di interesse ad impugnare la sentenza qualora non abbia dedotto in giudizio il rapporto interno con gli altri debitori (**Sez. 3, n. 00542/2020, Cigna, Rv. 656631-01**).

L'interesse all'impugnazione va, invece, ritenuto sussistente qualora la pronuncia contenga una statuizione contraria all'interesse della parte medesima suscettibile di formare il giudicato (**Sez. 2, n. 28307/2020, Giannaccari, Rv. 659838 - 01**, cassando la pronuncia gravata, ha ritenuto sussistente in capo all'appellante l'interesse ad impugnare la pronuncia di primo grado che, con statuizione suscettibile di passare in giudicato, gli aveva riconosciuto la posizione di mero detentore dell'immobile controverso, anziché di possessore).

Peculiare è il caso deciso da **Sez. L, n. 20250/2020, Di Paolantonio, Rv. 658912-01**, che ha riconosciuto l'interesse della P.A. all'impugnazione del provvedimento di instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato, disposta in ottemperanza ad un provvedimento giudiziale, anche quando lo stesso si sia concluso per scadenza del termine in pendenza della lite, poiché l'accertamento della legittimità degli atti adottati in tema di reclutamento del personale e di utilizzo delle forme flessibili di assunzione discende, in via generale, dai principi di imparzialità, trasparenza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

L'interesse all'impugnazione può venir meno nel corso del processo, come nel caso di raggiungimento della maggiore età del figlio in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento del minore ad uno degli *ex* coniugi a seguito di cessazione degli effetti civili del matrimonio (**Sez. 1, n. 27235/2020, Iofrida, Rv. 659748-01**).

Un'altra fattispecie di sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dell'impugnazione è stata individuata da **Sez. 2, n. 18130/2020, Scarpa, Rv. 658964-01**, che ha pronunciato l'inammissibilità del ricorso per cassazione della sentenza di appello che era stata nel frattempo annullata dal giudice *a quo*, in accoglimento di un'opposizione di terzo proposta ai sensi dell'art. 404 c.p.c.

Non può escludersi, invece, la permanenza dell'interesse all'impugnazione in caso di esecuzione spontanea di un provvedimento giudiziario (nella specie, pagamento di interessi e spese maturati dopo la formazione del titolo esecutivo), a meno che non si possa ravvisare un riconoscimento - anche implicito purché inequivoco - della fondatezza dell'avversaria domanda (**Sez. 3, n. 01588/2020, Scoditti, Rv. 656692-01**, non ha ravvisato tale riconoscimento nell'adempimento del titolo provvisoriamente esecutivo).

3. La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato.

La soccombenza si pone quale presupposto dell'ammissibilità stessa del gravame (individuando i soggetti legittimati alla sua proposizione), ma rileva anche per l'applicazione, nei procedimenti iniziati in data successiva al 30 gennaio 2013, dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, disposizione che prevede l'obbligo, in capo all'impugnante, del pagamento di una somma pari al doppio del contributo unificato "*quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile*" e che il giudice debba dare "*atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente*".

Sulla natura tributaria del raddoppio si è esplicitamente pronunciata, conformemente a numerosi precedenti di legittimità, **Sez. U, n. 04315/2020, Lombardo, Rv. 657198-02**, affermando che esso partecipa della natura del contributo unificato iniziale ed è volto a ristorare l'amministrazione della Giustizia dei costi sopportati per la trattazione della controversia, con la conseguenza che la questione circa la sua debenza è estranea alla cognizione della giurisdizione civile ordinaria, spettando invece alla giurisdizione del giudice tributario.

La norma si basa, dunque, su due presupposti: il primo, di natura processuale, costituito dall'adozione di una pronuncia di integrale rigetto o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, che è oggetto dell'attestazione resa dal giudice; il secondo attiene, invece, al diritto sostanziale tributario e concerne l'obbligo di versamento del contributo unificato iniziale, il cui accertamento spetta all'amministrazione (**Sez. U, n. 04315/2020, Lombardo, Rv. 657198-03**),

tenendo conto di cause di esenzione o di prenotazione a debito, originarie o sopravvenute, e del loro eventuale venir meno (**Sez. U, n. 04315/2020, Lombardo, Rv. 657198-05**).

Così, mentre è doverosa l'attestazione della sussistenza del presupposto processuale per il raddoppio quando la pronuncia adottata è inquadrabile nei tipi previsti dalla norma (integrale rigetto, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) - anche quando il contributo non sia stato inizialmente versato per una causa suscettibile di venire meno (come nel caso di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato) -, il giudice non è tenuto a dare atto dell'insussistenza di tale presupposto quando la pronuncia non rientra in alcuna di suddette fattispecie oppure quando la debenza del contributo unificato iniziale è esclusa dalla legge in modo assoluto e definitivo (**Sez. U, n. 04315/2020, Lombardo, Rv. 657198-04** e **Rv. 657198-06**).

Conformemente a tale indirizzo interpretativo, **Sez. 3, n. 11116/2020, De Stefano, Rv. 658146-01**, ha ritenuto che l'attualità dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato o il venir meno della stessa non assuma rilievo ai fini della pronuncia di raddoppio del contributo unificato, posto che la questione sull'originario obbligo di versarlo va accertata nelle sedi competenti, con la conseguenza che il raddoppio non potrà concretamente operare consentito fin dall'inizio ne fosse escluso anche il pagamento.

Il fatto che le università statali siano difese dall'Avvocatura dello Stato non esclude l'attestazione della sussistenza del presupposto processuale per il raddoppio del contributo unificato, perché l'esenzione normativa relativa al suo pagamento riguarda le sole amministrazioni dello Stato e non gli enti pubblici autonomi (**Sez. L, n. 20682/2020, Di Paolantonio, Rv. 658919-01**); per speculari ragioni, l'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 non si applica nelle controversie agrarie. (**Sez. 3, n. 00537/2020, Valle, Rv. 656571-02**).

Tra le controversie aventi natura di impugnazione nelle quali trova applicazione l'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 si deve annoverare il regolamento di competenza (**Sez. 6-2, n. 13636/2020, Cosentino, Rv. 658724-01**, ha infatti statuito che il suo rigetto comporta il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato), mentre va esclusa l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione per sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB, che è proposta dinanzi alla Corte d'appello, ma introduce un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa (**Sez. 2, n. 13150/2020, Abete, Rv. 658283-01**).

Qualora il difensore difetti di valida procura speciale nel giudizio di cassazione, all'inammissibilità del ricorso consegue l'obbligo, a carico del

medesimo difensore (come se avesse agito egli stesso), di pagare la somma pari al doppio del contributo unificato (**Sez. 1, n. 25304/2020, Nazzicone, Rv. 659574-01**).

4. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve.

Le impugnazioni ordinarie, come detto, sono soggette, ai fini della loro ammissibilità, al rispetto dei termini perentori dettati dagli artt. 325 ss. c.p.c., nel senso che il decorso di questi ultimi - per il cui computo devono essere inclusi i giorni festivi intermedi (**Sez. 6-3, n. 10036/2020, Vincenti, Rv. 657748-01**, con riguardo alla necessità di considerare anche una giornata di sabato non coincidente con il giorno di scadenza del termine) - determina il passaggio in giudicato del provvedimento, con conseguente chiusura, in rito, del giudizio di gravame.

I termini in questione sono sostanzialmente di due tipi: a) uno cd. "breve" (*ex* artt. artt. 325 e 326 c.p.c.) - di trenta giorni per il regolamento di competenza, l'appello, la revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria e di sessanta giorni per il ricorso per cassazione - avente un *dies a quo* differente a seconda della tipologia di impugnazione; b) uno cd. "lungo" (*ex* art. 327 c.p.c.), attualmente di sei mesi (di un anno, prima della modifica apportata dall'art. 46, comma 17, l. 18 giugno 2009, n. 69) con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza.

Il termine cd. breve decorre, di regola, dalla notificazione ad istanza di parte, ai sensi degli artt. 285 e 286 c.p.c., del provvedimento suscettibile di impugnazione, la quale deve essere eseguita, a garanzia del diritto di difesa del destinatario, nei confronti del procuratore della controparte o della controparte presso il suo procuratore, nel domicilio eletto o nella residenza dichiarata, in ragione della competenza tecnica del difensore nella valutazione dell'opportunità della condotta processuale più conveniente da porre in essere ed in relazione agli effetti decadenziali derivanti dalla notificazione; in base a tale principio, **Sez. U, n. 20866/2020, De Stefano, Rv. 658856-01**, ha ritenuto che la notifica alla parte, priva dell'espressa menzione del suo procuratore quale destinatario, non sia idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione, nemmeno se effettuata in luogo coincidente con la sede della pubblica amministrazione e della sua avvocatura interna e, nel contempo, col domicilio eletto per il giudizio.

Coerentemente con la predetta statuizione, **Sez. 6-2, n. 10355/2020, Tedesco, Rv. 657819-01**, ha deciso che anche la notifica della sentenza d'appello presso il domiciliatario, anziché in via telematica al difensore presso l'indirizzo di posta elettronica, sia inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione,

quando il procuratore della parte, oltre all'elezione di domicilio ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934, abbia pure specificato una casella di p.e.c. senza circoscriverne la portata alle sole comunicazioni.

Di contro, sortisce l'effetto di far decorrere il termine la notifica della effettuata presso lo studio del procuratore domiciliatario senza l'indicazione, quale destinatario, del nominativo del procuratore *ad litem*, purché questo possa evincersi dalla stessa pronuncia notificata (**Sez. 3, n. 02396/2020, Olivieri, Rv. 657138-01**), rimanendo poi irrilevante - anche ai fini della rimessione in termini *ex* art. 153, comma 2, c.p.c. - la mancata comunicazione, ad opera del domiciliatario, dell'avvenuta notificazione del provvedimento, trattandosi di impedimento riconducibile esclusivamente alla patologia del rapporto intercorso con il professionista incaricato della domiciliazione (**Sez. U, n. 27773/2020, Giusti, Rv. 659663-02**); al contrario, non è idonea a tale scopo la notifica indirizzata a un Comune «*in persona del sindaco rappresentato e difeso dall'avvocato*», dal momento che l'ambiguità della formula utilizzata impedisce di stabilire se il destinatario fosse la parte o il suo difensore (**Sez. 6-3, n. 26050/2020, Rossetti, Rv. 659922 - 01**).

Giova osservare che, proprio perché il procuratore è l'unico destinatario delle notificazioni da eseguirsi nel corso del procedimento (*ex* art. 170, comma 1, c.p.c.), al fine della decorrenza del termine per avanzare l'impugnazione (nella specie, per la proposizione del ricorso incidentale), è valida la notifica effettuata a mani proprie del procuratore costituito, ancorché in luogo diverso da quello in cui la parte abbia, presso il medesimo, eletto domicilio (**Sez. U, n. 07454/2020, Conti, Rv. 657417-02**).

Difatti, la notifica della sentenza alla parte personalmente è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione soltanto quando essa non sia regolarmente costituita in giudizio (**Sez. 1, n. 06478/2020, Iofrida, Rv. 657085-01**), sicché, qualora il destinatario sia un ente rimasto contumace in primo grado e soppresso *ex lege* in corso di causa, la notifica deve essere effettuata nei confronti dell'ente succeduto a quello ormai estinto (**Sez. 1, n. 06478/2020, Iofrida, Rv. 657085-02**).

Non è sufficiente, tuttavia, una qualsivoglia trasmissione della pronuncia per la decorrenza del termine *ex* art. 325 c.p.c., ma, piuttosto, occorre che la notifica della sentenza costituisca espressione della volontà di porre fine al processo, attraverso il compimento di un atto chiaramente preordinato a far decorrere i termini per l'impugnazione nei confronti sia del notificato sia del notificante (**Sez. U, n. 01717/2020, Mercolino, Rv. 656766-01**, con riguardo all'inidoneità della mera inclusione di una copia della sentenza d'appello nell'atto di

riassunzione della causa innanzi al giudice di primo grado, di per sé non sintomatica di un intento acceleratorio); tale scopo si deve rinvenire nella notificazione della sentenza d'appello, diretta alla parte ma presso il suo procuratore costituito domiciliatario *ex lege*, risultando irrilevante che il provvedimento sia stato notificato in forma esecutiva (**Sez. 1, n. 02974/2020, Scotti, Rv. 656997-01**).

Allo scopo di dimostrare l'avvenuta notificazione della sentenza, ai fini del termine breve per l'impugnazione, occorre produrre la relata di notifica e l'eventuale avviso di ricevimento (in caso di notifica a mezzo posta), a meno che non sia lo stesso destinatario ad ammettere, con un'esplicita dichiarazione o *per facta concludentia*, che la suddetta notificazione è avvenuta nella data indicata dalla controparte (**Sez. 6-3, n. 24415/2020, F.M. Cirillo, Rv. 659953 - 01**). Per la notifica a persone residenti in un altro Stato membro dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 14 del Regolamento (CE) n. 1393/2007, si può provvedere direttamente tramite il servizio postale mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o «*con mezzo equivalente*», ma tale modalità è ammessa solo se offra garanzie - di certezza e affidabilità in ordine alla ricezione dell'atto - paragonabili a quelle della raccomandata con ricevuta di ritorno (**Sez. 1, n. 11351/2020, Fidanzia, Rv. 658072-01**).

In caso di riserva di impugnazione differita della sentenza non definitiva, il termine breve decorre dalla notificazione della sentenza definitiva, ancorché quella non definitiva non sia stata notificata, posto che il termine per la proposizione del gravame, necessariamente unitario, dipende da quello utile per l'impugnazione del provvedimento definitivo (**Sez. 6-2, n. 11857/2020, Abete, Rv. 658452-01**).

È equivalente alla notificazione della sentenza - sia per il notificante che per il destinatario - la notifica di una prima impugnazione (**Sez. 3, n. 26427/2020, Porreca, Rv. 659861 - 01**), anche se quest'ultima non sia stata iscritta a ruolo, perché essa evidenzia la conoscenza legale del provvedimento impugnato, ma - per il notificante - il *dies a quo* decorre solo dal momento del perfezionamento del procedimento di notificazione nei confronti del destinatario, atteso che, da un lato, il principio di scissione soggettiva opera esclusivamente per evitare al notificante effetti pregiudizievoli derivanti da ritardi sottratti al suo controllo e, dall'altro lato, la conoscenza legale rientra tra gli effetti bilaterali e deve, quindi, realizzarsi per entrambe le parti nello stesso momento. (**Sez. 6-3, n. 16015/2020, Positano, Rv. 658514-01**).

Un termine breve di trenta giorni decorrente dalla comunicazione ad opera della cancelleria, anziché dalla notificazione, è previsto dall'art. 702-*quater* c.p.c.

per la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione; la questione di legittimità costituzionale - per asserita violazione degli artt. 24 e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 47 della Carta di Nizza e 6 della CEDU - è stata ritenuto manifestamente infondata, poiché lo schema procedimentale, che risponde allo scopo di garantire la stabilità delle decisioni non impugnate entro un determinato termine (adeguato ai fini di una ponderata determinazione della parte interessata), non è incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (**Sez. 3, n. 02467/2020, Olivieri, Rv. 656727-01**).

Altrettanto peculiare è la fattispecie relativa ai giudizi disciplinari nei confronti degli avvocati, poiché, ai sensi dell'art. 36, commi 4 e 6, della l. n. 247 del 2012, il termine di trenta giorni per impugnare la sentenza del CNF decorre dalla notifica della stessa a richiesta d'ufficio eseguita nei confronti dell'interessato personalmente, poiché il soggetto sottoposto a procedimento disciplinare che si difende personalmente è un professionista in condizione di valutare autonomamente gli effetti della notifica della decisione (**Sez. U, n. 27773/2020, Giusti, Rv. 659663-01**, dove si precisa che la notificazione va effettuata alla parte presso l'avvocato domiciliatario e non direttamente alla parte, secondo le regole ordinarie, quando il professionista incolpato è assistito da un altro avvocato, presso il quale abbia eletto domicilio).

Specifici termini di decorrenza delle impugnazioni, diversi dalla data di notificazione o pubblicazione o comunicazione della sentenza, si applicano nel caso di

(a) revocazione straordinaria *ex* art. 395, nn. 1, 2, 3, e 6, relativamente alla quale il termine di 30 giorni decorre, alternativamente, dal giorno in cui è stato scoperto il dolo di una delle parti a danno dell'altra (**Sez. 1, n. 01102/2020, Lamorgese, Rv. 656873-01**, secondo cui il momento della conoscenza dell'evento costituisce oggetto di un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, non censurabile per cassazione), dal giorno in cui è stata scoperta la falsità delle prove (in caso di sentenza pronunciata in base a prove riconosciute o dichiarate false), dal giorno in cui è stato recuperato il documento decisivo non precedentemente prodotto per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, dal giorno in cui è passata in giudicato la sentenza che ha accertato il dolo del giudice,

(b) revocazione da parte del pubblico ministero *ex* art. 397 c.p.c. (rispetto alla quale il termine di 30 giorni decorre dal giorno in cui il pubblico ministero ha avuto notizia della sentenza, qualora essa sia stata pronunciata senza che egli sia

stato sentito; o dal giorno in cui egli ha scoperto la collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge),

(c) di opposizione di terzo revocatoria *ex* art. 404, comma 2 c.p.c. (nel qual caso il termine di 30 giorni decorre dal giorno in cui è stata scoperto il dopo o la collusione delle parti in danno dei propri creditori e aventi causa).

Riguardo al termine per proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza fatta oggetto di revocazione, il testo vigente dell'art. 398, comma 4, c.p.c. esclude che l'impugnazione per revocazione sospenda automaticamente il termine per proporre il ricorso per cassazione o il relativo procedimento, essendo necessario un apposito provvedimento del giudice della revocazione, in mancanza del quale i due giudizi procedono in via autonoma, potendo il ricorso per cassazione essere discusso anche prima che giunga la decisione sull'istanza di sospensione. (**Sez. U, n. 09776/2020, M. Di Marzio, Rv. 657684-01**).

4.1. (Segue) b) il termine cd. lungo.

Quanto al termine cd. lungo, esso decorre dalla pubblicazione della sentenza a norma dell'art. 133 c.p.c. ("*La sentenza è resa pubblica mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata. Il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma, ed entro cinque giorni, mediante biglietto contenente il testo integrale della sentenza, ne dà notizia alle parti che si sono costituite*") e non dalla data di comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza alla parte costituita (art. 133, comma 2, ult. parte, c.p.c.: "*La comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'articolo* 325").

Tuttavia, **Sez. 6-2, n. 09546/2020, Falaschi, Rv. 658011-01,** ha precisato che, per il provvedimento giudiziale in formato cartaceo, il *dies a quo* coincide con l'attestazione dell'avvenuto deposito, mentre per le sentenze redatte in formato elettronico esso va individuato nel momento di trasmissione per via telematica (tramite PEC) del provvedimento, poiché a quella data esso diviene irretrattabile e legalmente noto.

Qualora, con riguardo a una sentenza "analogica", risulti un'impropria scissione tra il momento di deposito e quello di pubblicazione con l'apposizione in calce alla sentenza di due diverse date, occorre verificare - ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione e della tempestività dell'impugnazione - quando la sentenza è divenuta effettivamente conoscibile attraverso il deposito ufficiale in cancelleria, il quale determina l'inserimento di essa nell'elenco cronologico delle sentenze e l'attribuzione del relativo numero identificativo (**Sez. 2, n. 09958/2020, De Marzo, Rv. 657755-01**, ha ritenuto erronea la

decisione del tribunale di individuare la data di deposito del provvedimento del giudice di pace con riferimento a quella posta in calce al documento, dato che l'attestazione del suo deposito in cancelleria in una data successiva rendeva evidente che solo allora la pronuncia era stata resa pubblica, ai sensi dell'art. 133, comma 1, c.p.c.).

La decadenza dall'impugnazione determinata da un errore di diritto sulla decorrenza del termine *ex* art. 327 c.p.c. (nella specie, la parte aveva dedotto la non tempestiva comunicazione della sentenza da parte della cancelleria, ma, come detto, il termine decorre dalla pubblicazione) impedisce la rimessione in termini prevista dall'art. 153, comma 2, c.p.c. (**Sez. 6-5, n. 04585/2020, Dell'Orfano, Rv. 657317-01**; analogamente, ma con riguardo all'inosservanza del termine *ex* art. 702-*quater* c.p.c., **Sez. 1, n. 14411/2020, Marulli, Rv. 658257-01**).

Il termine annuale di decadenza dal gravame - previsto dall'art. 327, comma 1, c.p.c. nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 - va calcolato *ex nominatione dierum*, prescindendo cioè dal numero dei giorni da cui è composto ogni singolo mese o anno, ai sensi dell'art. 155, comma 2, c.p.c., aggiungendo poi il periodo di sospensione dei termini processuali nel periodo feriale; se esso viene così a cadere in un giorno festivo, è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo, ai sensi dell'art. 155, comma 3, c.p.c. (**Sez. 6-2, n. 02763/2020, Falaschi, Rv. 657249-01**).

Ribadisce lo stesso principio anche **Sez. 6-1, n. 17640/2020, Caiazzo, Rv. 658722-01**, secondo cui, nel computo dei termini processuali mensili o annuali (compreso quello *ex* art. 327 c p.c.), si osserva il sistema della computazione civile non *ex numero* bensì *ex nominatione dierum*, nel senso che il decorso del tempo si ha, indipendentemente dall'effettivo numero dei giorni compresi nel rispettivo periodo, allo spirare del giorno corrispondente a quello del mese iniziale; analogamente si deve procedere quando il termine di decadenza interferisca con il periodo di sospensione feriale dei termini, perché al termine annuale di decadenza dal gravame *ex* art. 327, comma 1, c.p.c. devono aggiungersi 46 giorni [oggi 30] computati *ex numeratione dierum*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 155, comma 1, c.p.c. e 1, comma 1, della l. n. 742 del 1969 (nella formula vigente *ratione temporis*), non dovendosi tener conto dei giorni compresi tra il primo agosto e il quindici settembre [oggi 30 agosto] di ciascun anno per effetto della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale (**Sez. 5, n. 15029/2020, Nicastro, Rv. 658424-01**, osserva che si verifica il doppio computo del periodo feriale nell'ipotesi in cui, dopo una prima sospensione, il termine iniziale non sia decorso interamente al sopraggiungere del nuovo periodo feriale).

In caso di deposito della decisione durante il cd. periodo feriale, l'inizio del termine per l'impugnazione è differito, *ex* art. 1 l. n. 742 del 1969, alla fine del periodo stesso e comincia a decorrere il primo giorno utile dopo la sospensione feriale e, cioè, il 1° settembre di ogni anno, che va quindi computato (**Sez. 6-3, n. 14147/2020, Scrima, Rv. 658415-01**, aggiunge che il termine finale - da calcolarsi non *ex numero*, bensì *ex nominatione dierum* - spira il corrispondente giorno del mese di scadenza del semestre: il 1° marzo dell'anno successivo).

Con riguardo all'incidenza della sospensione feriale sul termine lungo di impugnazione, **Sez. 2, n. 18485/2020, Carrato, Rv. 659170-01**, ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 16 del d.l. n. 132 del 2014, conv. con modif. nella l. n. 162 del 2014, norma che ha determinato l'abbreviazione del periodo di sospensione da 46 a 31 giorni, escludendo che la disposizione abbia determinato una compressione del diritto di difesa delle parti e del principio del giusto processo.

La procedura di definizione agevolata delle liti fiscali *ex* art. 39, comma 12, d.l. n. 98 del 2011, conv. in l. n. 111 del 2011 stabiliva un periodo di sospensione legale - dal 6 luglio 2011 al 30 giugno 2012 - del termine per impugnare di cui all'art. 327 c.p.c., al quale non si cumula il periodo di sospensione feriale (dal 1° agosto al 15 settembre 2011), essendo quest'ultimo già interamente assorbito dalla concorrente sospensione stabilita in via eccezionale (**Sez. 5, n. 10252/2020, Cataldi, Rv. 657875-01**).

Quando in un giudizio vi è connessione per pregiudizialità fra una domanda pregiudicante non soggetta alla sospensione feriale dei termini e una o più domande pregiudicate ad essa assoggettate, fino a che l'impugnazione non scioglie la connessione esso resta interamente soggetto alla esclusione della sospensione (**Sez. 6-3, n. 15449/2020, Porreca, Rv. 658507-01**); ha però precisato **Sez. 6-2, n. 10661/2020, Criscuolo, Rv. 657821-01**, che nel giudizio di opposizione all'esecuzione, la domanda di risarcimento danni da responsabilità aggravata *ex* art. 96 c.p.c. non ha natura autonoma, ma meramente accessoria alla domanda di opposizione, sicché, ove l'appello avverso la sentenza di primo grado abbia ad oggetto unicamente la domanda dell'opponente di accertamento della responsabilità dell'opposta a tale titolo, l'esenzione dalla sospensione feriale dei termini prevista, per la natura della causa, per l'opposizione esecutiva, è applicabile anche alla domanda accessoria, stante la prevalenza del regime previsto per la causa principale, in conseguenza del rapporto di accessorietà necessaria intercorrente tra le due domande.

Al fine di individuare la durata del termine prevista dall'art. 327 c.p.c. *ratione temporis* applicabile, nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo *ex* art. 548

c.p.c. si deve avere riguardo alla notifica dell'atto di citazione, non assumendo alcun rilievo né la data di pubblicazione del titolo esecutivo azionato, né quella di avvio di un'altra precedente procedura esecutiva rimasta infruttuosa (**Sez. 6-3, n. 19104/2020, D'Arrigo, Rv. 659015-01**).

Il termine semestrale dalla pubblicazione della decisione *ex* art. 327 c.p.c. riguarda anche le controversie in materia di protezione internazionale (celebrate secondo il rito sommario introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2011, *ratione temporis* applicabile), sicché il ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello va proposto entro sei mesi da tale evento, non essendovi disposizioni particolari che riguardino l'impugnazione delle pronunce di gravame all'esito di un procedimento sommario, e non trovando applicazione il disposto dell'art. 702-*quater* c.p.c., attinente alla proposizione dell'appello contro le ordinanze di primo grado (**Sez. 1, n. 14821/2020, Rossetti, Rv. 658259-01**).

Analogamente, **Sez. 6-2, n. 04735/2020, Criscuolo, Rv. 657263-01**, ha statuito che al ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che ha deciso l'opposizione *ex* art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 al provvedimento di liquidazione del compenso del consulente o del perito si applica - in assenza di notificazione dell'ordinanza, la quale comporta il decorso del termine breve *ex* art. 739 c.p.c. (**Sez. 6-2, n. 05990/2020, Criscuolo, Rv. 657576-01**) - il termine lungo *ex* art. 327 c.p.c., proprio della disciplina del ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost., e non già la previsione del procedimento sommario di cognizione (secondo cui l'appello avverso l'ordinanza *ex* art. 702-*ter* c.p.c. va proposto nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione), trattandosi di decisione non altrimenti impugnabile che incide con carattere di definitività su diritti soggettivi.

Il termine "lungo" semestrale non decorre dalla pubblicazione della sentenza, in assenza di notifica, per la parte contumace che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa o degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.: per evitare la decadenza dall'impugnazione, il contumace deve dimostrare la sussistenza, oltre che del presupposto oggettivo della nullità della notificazione, di quello soggettivo della mancata conoscenza del processo a causa di detta nullità, senza che rilevi la conoscenza legale dello stesso, essendo sufficiente quella di fatto (**Sez. 3, n. 00532/2020, Gorgoni, Rv. 656583-02**). Il convenuto contumace non può invocare l'iscrizione a ruolo eseguita dall'attore prima della notificazione della citazione introduttiva della lite quale causa della mancata conoscenza del processo, ai fini della proposizione dell'impugnazione dopo il decorso del termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., potendosi derogare alla regola generale nei soli casi tassativamente previsti dal

secondo comma della citata disposizione (**Sez. 6-3, n. 19118/2020, Iannello, Rv. 658771-01**).

4.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.

L'inammissibilità dell'impugnazione per tardività (così come l'improcedibilità della stessa) è oggetto di verifica *ex officio* anche da parte del giudice di legittimità, sempre che ciò non comporti accertamenti in fatto incompatibili col giudizio di cassazione (Sez. 3, n. 11204/2019, Olivieri, Rv. 653709-01); infatti, l'eccezione di inammissibilità non può essere sollevata per la prima volta nel giudizio di cassazione, allorché il suo esame implichi un accertamento in fatto (nella specie, l'esame di documenti riguardanti la notifica dell'atto impositivo in relazione alla data d'inoltro del ricorso) rimesso al giudice di merito (**Sez. 5, n. 17363/2020, Giudicepietro, Rv. 658701-01**).

Nell'ipotesi in cui il ricorrente per cassazione non alleghi che la sentenza impugnata gli è stata notificata, la S.C. deve ritenere che lo stesso ricorrente abbia esercitato il diritto di impugnazione entro il cd. termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., procedendo all'accertamento della sua osservanza.

Al contrario, qualora lo stesso ricorrente indichi che il provvedimento impugnato era stato notificato ai fini del decorso del termine di impugnazione, l'art. 369, comma 2, c.p.c. impone il deposito, a pena di improcedibilità del ricorso (rilevabile d'ufficio e non sanabile attraverso la non contestazione da parte del controricorrente), della copia autentica della sentenza impugnata con la relata di notifica, allo scopo di consentire al giudice dell'impugnazione, sin dal momento del deposito del ricorso, di accertarne la tempestività del gravame in relazione al termine di cui all'art. 325, comma 2, c.p.c. (**Sez. L, n. 03466/2020, Raimondi, Rv. 656775-01**).

Infatti, in tema di protezione internazionale, **Sez. 1, n. 14839/2020, Ferro, Rv. 658390-01**, ha statuito che il ricorrente per cassazione è tenuto ad allegare l'avvenuta comunicazione del decreto impugnato (o la mancata esecuzione di tale adempimento), producendo, a pena d'improcedibilità, copia autentica del provvedimento unitamente alla relazione di comunicazione, munita di attestazione di conformità delle ricevute PEC; tuttavia, il mancato deposito di tale relazione è irrilevante sia quando il ricorso è comunque notificato entro trenta giorni dalla pubblicazione del decreto (cd. prova di resistenza), sia quando essa risulti comunque nella disponibilità della Corte di cassazione, perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita a seguito dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio, sempre che l'acquisizione sia stata in concreto effettuata e

che da essa risulti l'avvenuta comunicazione, non spettando alla Corte attivarsi per supplire all'inosservanza della parte al precetto posto dalla succitata disposizione (in senso conforme, **Sez. 6-1, n. 22324/2020, Marulli, Rv. 659414-01**).

Non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione il tempestivo deposito di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo PEC priva di attestazione di conformità del difensore *ex* art. 9, commi 1-*bis* e 1-*ter*, l. n. 53 del 1994, a condizione che il controricorrente depositi a sua volta copia analogica della decisione ritualmente autenticata ovvero non disconosca, *ex* art. 23, comma 2, d.lgs. n. 82 del 2005, la conformità della copia informale all'originale notificatogli (Sez. U, n. 08312/2019, Tria, Rv. 653597-01).

Ad ogni buon conto, l'attestazione di conformità della copia analogica della sentenza impugnata (redatta in formato digitale) predisposta ai fini del ricorso per cassazione può essere eseguita, in forza delle disposizioni sopra menzionate, anche dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono finché il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore (**Sez. 1, n. 06907/2020, Rossetti, Rv. 657478-01**, ha dichiarato improcedibile il ricorso, perché l'attestazione di conformità della sentenza impugnata era stata redatta dal difensore in grado di appello successivamente al conferimento ad altro difensore della procura speciale per il giudizio di legittimità).

L'atto di impugnazione impedisce la formazione del giudicato se il gravame viene intrapreso entro il termine (breve o lungo) con la proposizione dell'atto introduttivo prescritto dalla legge.

In proposito, **Sez. 6-3, n. 14150/2020, Gorgoni, Rv. 658509-01**, ha statuito che la mancata indicazione delle generalità della parte impugnante che abbia richiesto la notificazione dell'atto processuale non comporta la sua nullità, a meno che non si determini un'incertezza assoluta, che si verifica soltanto quando da detto atto non sia possibile in alcun modo ricavare il soggetto richiedente la notificazione.

Analogamente, secondo **Sez. 6-L, n. 27567/2020, Esposito, Rv. 659824-01**, la notifica di una impugnazione contenente un errore sulle generalità del destinatario dell'atto impedisce la formazione del giudicato se l'errore (nella specie, riguardante l'indicazione del prenome del destinatario dell'atto di appello) è irrilevante e l'impugnazione è comunque idonea al raggiungimento dello scopo.

In caso di mancato perfezionamento della notificazione dell'atto di impugnazione entro il termine perentorio *ex* artt. 325 o 327 c.p.c. a causa di

circostanze non imputabili al richiedente, quest'ultimo, una volta appreso l'esito negativo della notifica, al fine di conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria ha l'onere di riattivare autonomamente il procedimento notificatorio entro un termine ragionevolmente contenuto (cfr. Sez. U, n. 14594/2016, Curzio, Rv. 640441-01), ossia senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa (**Sez. L, n. 17577/2020, Calafiore, Rv. 658886-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione che, spedito a mezzo PEC alle 20.21 dell'ultimo giorno utile per la proposizione, non era stato accettato immediatamente ma il giorno successivo, senza che il notificante si fosse attivato per la ripresa del procedimento notificatorio).

La notifica dell'impugnazione va effettuata al procuratore nel precedente grado di giudizio dove la parte abbia eletto domicilio e, dunque, il ricorso per cassazione deve essere indirizzato al difensore in appello e tale notifica è valida anche quando questi sia privo di abilitazione al patrocinio innanzi le magistrature superiori, perché l'abilitazione è essenziale soltanto per impugnare la pronuncia in cassazione (**Sez. 5, n. 13067/2020, P. Di Marzio, Rv. 658105-01**).

La circostanza che il procuratore esercente il proprio ufficio fuori della circoscrizione del tribunale al quale è assegnato abbia mancato di eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria procedente, consente alla controparte, *ex* art. 82, comma 2, del r.d. n. 37 del 1934, di effettuare le notificazioni degli atti del processo presso la cancelleria di detto giudice, ma la citata disposizione non comporta affatto la nullità della notificazione effettuata al domicilio eletto dalla controparte presso lo studio del difensore esercente fuori del circondario, la quale, anzi, in siffatta forma vale ancora più a fare raggiungere all'atto lo scopo previsto dalla legge (**Sez. 6-3, n. 14616/2020, D'Arrigo, Rv. 658511-01**).

È parimenti valida la notifica dell'atto di impugnazione effettuata a mani della persona "addetta al ritiro", seppur in luogo diverso da quello indicato dal procuratore domiciliatario e in assenza di alcuna indicazione del destinatario negli atti processuali, in quanto il riferimento personale prevale su quello topografico ai fini della notifica dell'impugnazione ai sensi dell'art. 330 c.p.c., sicché l'elezione di domicilio presso lo studio del procuratore assume la mera funzione di indicare la sede di questo ed è priva di una sua autonoma rilevanza (**Sez. 6-5, n. 04914/2020, Luciotti, Rv. 657320-01**).

Di contro, è nulla (ma non inesistente), per violazione delle prescrizioni dell'art. 330, commi 1 e 3, c.p.c., la notificazione dell'impugnazione ad un avvocato condividente lo studio del difensore della parte ed eseguita presso il

domicilio professionale esistente ed eletto al momento della costituzione in giudizio, ma il vizio può essere sanato dalla costituzione in giudizio del destinatario, a condizione che non sia *medio tempore* passata in giudicato la sentenza impugnata (**Sez. 3, n. 06164/2020, Scarano, Rv. 657152-01**).

Nel caso di morte della parte vittoriosa, l'atto di impugnazione della sentenza deve essere rivolto agli eredi, anche in forma collettiva ed impersonale, purché entro l'anno dalla pubblicazione (comprensivo dell'eventuale periodo di sospensione feriale), nell'ultimo domicilio della parte defunta ovvero, nel solo caso di notifica della sentenza ad opera della parte deceduta dopo l'avvenuta notificazione, nei luoghi di cui al primo comma dell'art. 330 c.p.c. (**Sez. 5, n. 22180/2020, D'Oriano, Rv. 659614-01**). È invece radicalmente nulla l'impugnazione (nella specie, ricorso per cassazione) che, anziché nei confronti dell'erede, sia proposto e notificato (mediante il rilascio di copia nel domicilio eletto dal procuratore) alla parte deceduta e del cui decesso il ricorrente aveva già avuto conoscenza legale, salva l'eventuale sanatoria derivante dalla costituzione in giudizio dell'erede prima del passaggio in giudicato dell'impugnata sentenza (**Sez. 2, n. 11466/2020, San Giorgio, Rv. 658263-01**).

La proposizione di impugnazioni nei confronti di pubbliche amministrazioni segue regole peculiari.

Così, la notificazione dell'appello all'amministrazione delegata a stare in giudizio e non a quella che ebbe ad emettere l'ordinanza ingiunzione non è inesistente, ma nulla (**Sez. 2, n. 20418/2020, Oliva, Rv. 659191-01**).

Nel giudizio di cassazione avverso la convalida del decreto di espulsione emesso dal Prefetto, il contraddittorio con l'Amministrazione va instaurato mediante notifica del ricorso al Ministero dell'interno (atteso che la legittimazione degli organi periferici del predetto Ministero a stare in giudizio per mezzo di propri funzionari costituisce una mera facoltà dell'Amministrazione) da effettuarsi presso l'Avvocatura generale dello Stato (**Sez. 2, n. 24582/2020, Picaroni, Rv. 659666-01**).

Tuttavia, qualora il ricorso sia notificato all'Avvocatura distrettuale dello Stato anziché all'Avvocatura Generale dello Stato, il vizio della notifica è sanato, con efficacia *ex tunc*, dalla costituzione in giudizio del destinatario del ricorso (**Sez. 6-3, n. 12410/2020, Scrima, Rv. 658064-01**).

Non opera l'ultrattività del mandato originariamente conferito al difensore dell'agente della riscossione, nominato e costituito nel giudizio concluso con la sentenza oggetto di ricorso per cassazione, ai fini della ritualità della notifica del ricorso avverso la sentenza pronunciata nei confronti dell'agente della riscossione che era parte in causa, poiché la cessazione di questo e l'automatico subentro del

successore sono disposti da una norma di legge (art. 1 d.l. n. 193 del 2016); pertanto, la notifica del ricorso destinata al successore *ex lege* (Agenzia dell'entrate - Riscossione) ed eseguita nei confronti di detto originario difensore è invalida, ma tale invalidità integra una mera nullità, suscettibile di sanatoria, o per effetto della spontanea costituzione dell'Agenzia stessa, o a seguito della rinnovazione dell'atto introduttivo ai sensi dell'art. 291 c.p.c. (**Sez. U, n. 02087/2020, De Stefano, Rv. 656705-01**).

È consolidato il principio di ultrattività del rito secondo cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice (**Sez. 3, n. 23390/2020, Moscarini, Rv. 659244-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto, in luogo dell'appello, avverso la sentenza con la quale il tribunale aveva qualificato la domanda come azione risarcitoria ordinaria *ex* art. 2043 c.c., per lesione dei diritti all'identità personale ed alla reputazione, piuttosto che come ricorso inquadrabile nello schema dell'art. 152 del d.lgs. n. 196 del 2003).

Inoltre, se il primo grado del giudizio di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada, regolato dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, è stato erroneamente trattato nelle forme ordinarie (per non essere stato disposto il mutamento di rito entro la prima udienza di comparizione delle parti ai sensi dell'art. 4, comma 2, del citato decreto), il rito si consolida anche con riguardo alla forma dell'impugnazione e, conseguentemente, la tempestività dell'appello deve essere verificata prendendo come riferimento la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notificazione, anziché quella del suo deposito in cancelleria. (**Sez. 3, n. 09847/2020, D'Arrigo, Rv. 657717-01**).

4. Le impugnazioni incidentali.

Gli artt. 333 e 334 c.p.c. disciplinano, rispettivamente, l'impugnazione incidentale tempestiva e tardiva (sebbene il codice di rito detti specifiche disposizioni per l'appello incidentale - art. 343 c.p.c. - e per il ricorso per cassazione incidentale - art. 371 c.p.c.), tradizionalmente contrapposte, in via di definizione, a quella principale: il carattere, principale o incidentale, dell'impugnazione deriva, peraltro, da una questione meramente cronologica, nel senso che è principale l'impugnazione proposta per prima, mentre è incidentale quella successiva.

Alla base della disciplina in esame si pone, da un lato, l'esistenza di una situazione di soccombenza reciproca (che ha luogo ogni qual volta le parti

abbiano visto solo parzialmente accolte le proprie conclusioni) e, dall'altro, il cd. principio di unità del giudizio di impugnazione, che trova esplicitazione anche nel successivo art. 335 c.p.c., in virtù del quale va disposta la riunione di tutte le impugnazioni proposte separatamente al fine di scongiurare la possibilità di frammentazione del giudicato.

Proprio in base al principio dell'unicità del processo di impugnazione si è stabilito che, una volta avvenuta la notificazione della prima impugnazione, tutte le altre debbano essere proposte in via incidentale nello stesso processo e, quindi, nel giudizio di cassazione, con l'atto contenente il controricorso; la forma, però, non assume rilievo essenziale, sicché ogni ricorso successivo al primo si converte in ricorso incidentale, ancorché proposto con atto a sé stante (**Sez. 2, n. 00448/2020, Bellini, Rv. 656830-01**). La suesposta regola della "conversione dell'impugnazione" trova applicazione anche nell'appello soggetto al rito del lavoro, sicché l'appello principale successivo ad altro appello si converte in appello incidentale, purché sia rispettato il termine per l'appello incidentale *ex* art. 436 c.p.c. (**Sez. L, n. 03830/2020, Blasutto, Rv. 656926-01**).

L'ordine di trattazione delle impugnazioni, principali e incidentali, avverso lo stesso provvedimento è oggetto di **Sez. 5, n. 15582/2020, Crucitti, Rv. 658403-01**: qualora vengano iscritti due ricorsi per cassazione di identico contenuto, proposti dalla stessa parte contro la medesima sentenza, uno in via principale e l'altro in via incidentale rispetto al ricorso principale di un'altra parte contemporaneamente notificato, deve essere data priorità di esame a quello iscritto per primo, e, se esso sia ammissibile e procedibile, la sua decisione rende inammissibile, in via sopravvenuta, l'altro ricorso.

Con specifico riguardo all'esigenza di assicurare il *simultaneus processus* di impugnazione della medesima pronuncia, **Sez. 3, n. 13849/2020, Olivieri, Rv. 658299-01**, ha statuito che, in caso di separata proposizione dell'impugnazione - in via principale, anziché incidentale - da parte del destinatario dell'impugnazione altrui, il giudice deve essere posto in grado di conoscere la pendenza dei due procedimenti, al fine di provvedere alla loro riunione *ex* art. 335 c.p.c.; in difetto, la mancata riunione delle due impugnazioni non incide sulla validità della pronuncia relativa alla prima, ma rende improcedibile la seconda, risultando ormai impossibile il *simultaneus processus*, il che costituisce impedimento all'esame degli ulteriori gravami, stante la decadenza *ex* art. 333 c.p.c.

La distinzione tra impugnazione incidentale tempestiva (con riguardo all'appello incidentale, da proporre con la costituzione dell'appellato, almeno venti giorni prima - calcolati, in quanto termine a ritroso, con esclusione del giorno iniziale - dell'udienza di comparizione indicata nell'atto di citazione,

secondo l'arresto di **Sez. 6-3, n. 06386/2020, Gorgoni, Rv. 657292-01**) e tardiva non è di poco conto, giacché quest'ultima (e non anche la prima) è processualmente dipendente, ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c., da quella principale, la cui inammissibilità determina anche l'inefficacia del gravame incidentale.

Così, mentre l'impugnazione incidentale in senso stretto (proveniente, cioè, dalla parte contro cui è stata proposta l'impugnazione) è ammissibile, se ritualmente proposta, anche se è decorso il termine o la parte ha fatto acquiescenza alla decisione, il ricorso di una parte che abbia contenuto adesivo a quello principale soggiace alla disciplina dell'art. 325 c.p.c. (**Sez. 3, n. 17614/2020, Sestini, Rv. 658685-01**, ha ritenuto inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva proposta contro il ricorrente principale, ritenendo l'interesse all'impugnazione sorto già in conseguenza dell'emanazione della sentenza di appello e non per effetto del ricorso principale; nello stesso senso, **Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-02**, ha statuito che, poiché l'azione esercitata contro più soggetti solidalmente responsabili del danno erariale inserisce in un unico giudizio più cause scindibili e indipendenti, una volta che sia stato proposto ricorso per cassazione da uno dei condebitori solidali, gli altri non possono giovarsi dell'impugnazione incidentale tardiva dopo il decorso del temine breve).

L'interesse alla proposizione dell'impugnazione incidentale tardiva ha però formato oggetto di diverse decisioni.

Secondo un primo orientamento, essa è sempre ammissibile quando l'impugnazione principale abbia messo in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza che, in mancanza dell'altrui gravame, sarebbe stato accettato dalla parte; di conseguenza, può essere proposta anche con riguardo ad un capo della sentenza diverso da quello investito dall'impugnazione principale (**Sez. 3, n. 14596/2020, Rossetti, Rv. 658319-01**, ha confermato l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva proposta contro l'impugnante principale, ma avverso un capo di sentenza diverso da quello investito dall'impugnazione principale, ravvisando l'interesse della parte, dato che il gravame di uno dei litisconsorti, se accolto, avrebbe comportato un pregiudizio per l'impugnante incidentale tardivo dando luogo ad una sua soccombenza totale o, comunque, più grave di quella stabilita nella decisione gravata); secondo **Sez. 3, n. 25285/2020, Porreca, Rv. 659582-01**, l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche se investe lo stesso capo della decisione che è oggetto del gravame principale, ma per motivi diversi da quelli già fatti valere, atteso che l'interesse ad impugnare sorge dall'eventualità che l'accoglimento dell'impugnazione principale modifichi

l'assetto giuridico al quale la parte avrebbe prestato acquiescenza (nello stesso senso si era espressa anche **Sez. 6-3, n. 14094/2020, Positano, Rv. 658412-01**).

In senso contrario, si è affermato che l'interesse alla proposizione dell'impugnazione tardiva deve insorgere per effetto dell'impugnazione principale e non essere, invece, preesistente a quella come nel caso di gravame che investa un capo della sentenza non impugnato o lo investa per motivi diversi da quelli fatti valere con il ricorso principale (**Sez. 3, n. 17614/2020, Sestini, Rv. 658685-01**); conseguentemente, può giovarsi del disposto dell'art. 334 c.p.c. relativo all'impugnazione incidentale tardiva la parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale o quella chiamata ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331 c.p.c. (**Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-02**) e, dunque, nelle cause scindibili o indipendenti, l'appello incidentale tardivo non può determinare un'estensione soggettiva del giudizio a parti diverse da quelle che hanno proposto l'impugnazione in via principale, nei confronti delle quali deve ritenersi formato il giudicato interno (**Sez. 6-2, n. 05989/2020, Criscuolo, Rv. 657270-01**).

Sulla stessa questione, **Sez. L, n. 26164/2020, Tricomi, Rv. 659545-01**, ha affermato che la parte parzialmente soccombente può proporre appello incidentale tardivo anche in riferimento ai capi della sentenza di merito non oggetto di gravame con l'impugnazione principale, a condizione che si tratti di impugnazioni proposte in relazione ad unico rapporto, mentre, qualora si tratti di distinti rapporti dedotti nello stesso giudizio, ovvero in cause diverse poi riunite, ciascuna parte deve proporre impugnazione per i capi della sentenza che la riguardino nei termini decadenziali *ex* artt. 325 e 327 c.p.c.

La parte appellata può avanzare l'impugnazione incidentale tardiva anche relativamente alla sentenza non definitiva, alla duplice e congiunta condizione che il soccombente sia stato autore della riserva di gravame differito e che, essendo risultato parzialmente vittorioso per effetto della sentenza definitiva, veda le statuizioni di questa, a lui favorevoli, impugnate in via principale dalla controparte (**Sez. 2, n. 19514/2020, Criscuolo, Rv. 659133-01**).

In ogni caso, la statuizione che provvede sulle spese di giudizio costituisce un capo autonomo della decisione, che va impugnato in via autonoma e non con l'impugnazione incidentale tardiva (**Sez. 5, n. 04845/2020, D'Ovidio, Rv. 657370-01**).

6. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.

Quando la sentenza di prime cure è stata pronunciata in una situazione di litisconsorzio (cioè nei confronti di più parti), occorre stabilire quali parti devono partecipare al giudizio di impugnazione.

Difatti, la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, quanto alla chiamata in giudizio dei litisconsorti necessari, riguardando la valida costituzione del rapporto processuale, ha carattere preliminare rispetto all'esame dei motivi di impugnazione (**Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**, in tema di litisconsorzio tra i comproprietari del fondo destinatari di *actio negatoria servitutis*), anche quando il giudice d'appello provveda ai sensi dell'art. 348-*ter*, comma 1, c.p.c., dato che la disposizione prevede l'obbligo di previa audizione delle parti (**Sez. 3, n. 01288/2020, Olivieri, Rv. 658020-01**).

Al fine di consentire la verifica dell'integrità del contraddittorio ed eventualmente ordinarne l'integrazione ai sensi dell'art. 331 c.p.c. (nella specie, nei confronti di tutti i creditori procedenti o intervenuti al momento della proposizione dell'opposizione esecutiva, fra i quali sussiste litisconsorzio processuale necessario), il ricorso per cassazione deve contenere, a pena di inammissibilità *ex* art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., l'esatta indicazione dei litisconsorti necessari (**Sez. 3, n. 11268/2020, D'Arrigo, Rv. 658143-01**).

Il difetto di un integro contraddittorio nel secondo grado determina la nullità assoluta dell'intero processo di impugnazione e della sentenza che lo ha concluso, rilevabile di ufficio in ogni stato e grado e, quindi, pure in sede di legittimità, ove la non integrità del contraddittorio emerga *ex se* dagli atti senza necessità di nuovi accertamenti (**Sez. 6-3, n. 24639/2020, Positano, Rv. 659916-01**; **Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**). Quando, invece, la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario si sia verificata in primo grado e il giudice d'appello, pur rilevandola, abbia omesso di rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., l'intero processo resta viziato e, in sede di legittima, si impone l'annullamento, anche *ex officio*, delle pronunce emesse ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure (**Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380-01**).

Il codice di rito distingue a seconda del vincolo che ha determinato il litisconsorzio, prevedendo che (a) quando si tratti di cause inscindibili o tra loro dipendenti, il giudizio di impugnazione si deve svolgere nei confronti di tutte le parti che hanno partecipato alla precedente fase (art. 331 c.p.c.), mentre (b) nella diversa ipotesi di plurime cause che avrebbero potuto essere trattate separatamente (e, solo per motivi contingenti, le cause - scindibili - sono state

trattate in un solo processo) il giudizio di impugnazione non richiede necessariamente la partecipazione di ognuno dei contendenti (art. 332 c.p.c.).

Tale diversità di disciplina implica che, nel primo caso, l'omessa impugnazione della sentenza nei confronti di tutte le parti non determina *ex se* l'inammissibilità del gravame, ma la necessità per il giudice d'ordinare l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., nei confronti della parte pretermessa; tuttavia, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, se non può farsi ricadere sul ricorrente, che abbia tempestivamente avviato il procedimento di notificazione, l'esito negativo del medesimo dovuto a circostanze indipendenti dalla sua volontà e non prevedibili, occorre d'altro canto considerare che il termine per l'integrazione del contraddittorio non viene concesso soltanto per iniziare il procedimento, ma anche per svolgere le necessarie indagini anagrafiche per la corretta notificazione del ricorso (**Sez. 3, n. 03318/2020, Guizzi, Rv. 656893-01**).

L'art. 331 c.p.c. trova applicazione non solo alle fattispecie in cui la necessità del litisconsorzio in primo grado derivi da ragioni di ordine sostanziale, ma anche a quelle di "cd. litisconsorzio necessario processuale", che si verificano quando la presenza di più parti nel giudizio di primo grado debba necessariamente persistere in sede di impugnazione, al fine di evitare possibili giudicati contrastanti in ordine alla stessa materia e nei confronti di quei soggetti che siano stati parti del giudizio. Pertanto, è necessario provvedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti di ciascuno degli eredi della parte, ancorché contumace in primo grado, deceduta nel corso del giudizio, perché la morte determina la trasmissione della sua legittimazione processuale attiva e passiva agli eredi, litisconsorti necessari per ragioni processuali indipendentemente, cioè, dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale (**Sez. 6-3, n. 24639/2020, Positano, Rv. 659916-01**).

Quanto all'individuazione della natura del rapporto dedotto in giudizio, la casistica giurisprudenziale è varia.

Così, ad esempio, secondo **Sez. 6-2, n. 15994/2020, Scarpa, Rv. 658787-01**, i creditori iscritti e coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti trascritti hanno diritto ad intervenire nella divisione *ex* art. 1113, comma 1, c.c., ma non ne sono parti necessarie e non assumono la veste di litisconsorti, con conseguente necessità d'integrazione del contraddittorio nei loro confronti nel giudizio di appello.

Non si applica l'art. 331 c.p.c. nemmeno in caso di impugnazione della sentenza, formalmente unica, relativa alla domanda proposta da più lavoratori nei confronti dello stesso datore di lavoro, perché il cumulo delle loro istanze dà

luogo a un litisconsorzio facoltativo improprio, nel quale permane l'autonomia dei titoli e l'unitario provvedimento finale consta, in realtà, di tante pronunce quante sono le cause riunite (**Sez. L, n. 24928/2020, Cavallaro, Rv. 659268-01**).

Parimenti, la solidarietà attiva e passiva tra più soggetti agenti o convenuti nel giudizio di risarcimento del danno non comporta inscindibilità delle cause in fase di impugnazione e non dà luogo all'applicazione dell'art. 331 c.p.c., in quanto ogni danneggiato, come può agire separatamente dagli altri danneggiati e nei confronti di ciascuno dei danneggianti per ottenere l'integrale risarcimento, così può proseguire il giudizio senza gli ulteriori danneggiati o contro uno solo dei danneggianti (**Sez. 6-3, n. 10596/2020, Dell'Utri, Rv. 657995-01**).

Il vincolo di dipendenza tra la causa principale e quella di garanzia impropria, con la quale il convenuto voglia essere tenuto indenne dal garante per quanto sarà eventualmente condannato a pagare all'attore, permane anche nel giudizio di impugnazione, a meno che quest'ultima attenga esclusivamente al rapporto di garanzia, senza investire la domanda principale (**Sez. 6-1, n. 12174/2020, Terrusi, Rv. 658074-01**; specularmente, **Sez. 6-3, n. 21366/2020, Dell'Utri, Rv. 659563-01**, che la causa sia scindibile quando il chiamato non abbia contestato la fondatezza della domanda proposta contro il proprio chiamante e l'attore non abbia presentato domande verso il chiamato).

Al contrario, il rapporto processuale instaurato nel giudizio di legittimità (rescindente) determina un litisconsorzio necessario fra le parti nel processo di cassazione e comporta, nel giudizio di rinvio (rescissorio), la loro necessaria partecipazione, senza che abbia rilievo alcuno la natura inscindibile o scindibile della causa (**Sez. 6-2, n. 00975/2020, Scarpa, Rv. 657245-02**).

Peculiare è la fattispecie della causa di revocatoria ordinaria avente per oggetto l'atto di dotazione patrimoniale del *trust*, in cui il *trustee* è sempre litisconsorte necessario e nei suoi confronti deve essere integrato il contraddittorio, *ex* art. 331 c.p.c., nel giudizio d'impugnazione (**Sez. 6-3, n. 09648/2020, Cigna, Rv. 657742-01**; nello stesso senso, **Sez. 3, n. 12887/2020, Olivieri, Rv. 658020-02**).

La distinzione tra cause scindibili e inscindibili è significativa non solo per l'introduzione dell'impugnazione, ma anche per la trattazione e decisione del gravame.

Infatti, la notificazione dell'impugnazione a parti diverse da quelle dalle quali o contro le quali è stata proposta ai sensi dell'art. 332 c.p.c. non ha la stessa natura della notificazione prevista dall'art. 331 c.p.c., che concerne l'integrazione del contraddittorio in cause inscindibili e realizza la *vocatio in jus*; nelle cause scindibili, la notifica integra una *litis denuntiatio* con la quale si avvertono coloro che hanno

partecipato al giudizio della necessità di proporre le impugnazioni, non ancora precluse, nel processo già instaurato; in quest'ultima ipotesi, l'omessa notificazione (o il mancato ordine di notificazione) del gravame alle altre parti ha come unico effetto la stasi e quiescenza del processo fino alla decorrenza dei termini stabiliti dagli artt. 325 e 327 c.p.c. e la sentenza non può essere utilmente emessa sino alla loro scadenza, ma essa è annullabile soltanto se al momento della decisione non siano già decorsi i termini per l'appello, perché, altrimenti, l'inosservanza dell'art. 332 c.p.c. non produce alcun effetto (**Sez. 6-2, n. 07031/2020, Abete, Rv. 657280-02**).

Analogamente, in base alla *ratio* dell'art. 332 c.p.c., **Sez. 6-3, n. 00804/2020, Porreca, Rv. 656588-01**, ha statuito che, in caso di litisconsorzio facoltativo in cause scindibili e di omessa esecuzione dell'ordine del giudice di eseguire la notificazione nei confronti delle altre parti, l'estinzione del processo di secondo grado può riguardare soltanto i soggetti destinatari del rinnovo della notifica, senza alcun riflesso sugli altri.

7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.

L'art. 336 c.p.c. disciplina il cd. effetto espansivo della sentenza riformata o cassata: per l'effetto espansivo interno (primo comma), l'accoglimento del gravame può riverberarsi sulle parti della decisione che sono da esso dipendenti anche se non investite dall'impugnazione, posto che rispetto ad esse non si verifica acquiescenza se sono in nesso di conseguenza con quelle intercettate dalla statuizione del giudice superiore o se in esse rinvengono il loro presupposto (**Sez. 2, n. 12649/2020, Giannaccari, Rv. 658277-01**, secondo cui si può formare la cosa giudicata su un capo della sentenza per mancata impugnazione solo con riferimento ai capi completamente autonomi, in quanto fondati su distinti presupposti di fatto e di diritto); l'effetto espansivo esterno (secondo comma), invece, si ripercuote sui provvedimenti e sugli atti dipendenti dalla riforma o dalla cassazione della sentenza impugnata.

Anche nel corso del 2020 è stata più volte esaminata la questione relativa alla restituzione delle somme corrisposte in esecuzione della sentenza poi riformata.

Sez. 3, n. 24171/2020, Gorgoni, Rv. 659527-01, ha affermato che il giudice dell'impugnazione, riformando la decisione gravata, ha il potere - ma non l'obbligo - di pronunciarsi d'ufficio sui conseguenti effetti restitutori e/o ripristinatori (sempre che non siano necessari accertamenti implicanti un ampliamento del *thema decidendum*).

Di conseguenza, nel giudizio d'appello la parte interessata può proporre la relativa domanda - che non integra una domanda nuova *ex* art. 345 c.p.c., in quanto conseguente alla richiesta di modifica della decisione impugnata, e può essere formulata in qualunque momento, anche nell'udienza di discussione della causa, in sede di precisazione delle conclusioni, oppure nella comparsa conclusionale (**Sez. 1, n. 23972/2020, Nazzicone, Rv. 659603-01**) - e in tal caso il giudice è tenuto a pronunciarsi su di essa (**Sez. 6-2, n. 15457/2020, Casadonte, Rv. 658733-01**).

In alternativa, la parte interessata può anche instaurare un autonomo giudizio (**Sez. 3, n. 24171/2020, Gorgoni, Rv. 659527-01**).

Altra frequente ipotesi di effetto espansivo interno concerne le spese di lite del precedente grado di giudizio: il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite; al contrario, il rigetto del gravame preclude la modifica della statuizione sulle spese di lite in difetto di una specifica impugnazione sul punto (**Sez. 1, n. 14916/2020, Caradonna, Rv. 658671-01**).

CAPITOLO XIII

L'APPELLO

(di GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del processo d'appello. - 2. I provvedimenti appellabili. - 3. Forme e termini dell'impugnazione - 4. L'oggetto dell'impugnazione. - 5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex* art. 346 c.p.c. - 6. Le parti e il contraddittorio. - 7. I *nova* in appello. - 7.1. (Segue) Nuovi mezzi di prova in appello - 8. La decisione e trattazione dell'appello.

1. Caratteri generali del processo d'appello.

Con la riforma introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore ha inteso trasformare il giudizio di appello da *novum iudicium* (da intendersi quale mezzo per sottoporre nuovamente al secondo giudice, in tutto o in parte, l'oggetto della lite svoltasi in prime cure) a *revisio prioris instantiae* (e, cioè, a strumento di controllo degli errori di diritto o di fatto contenuti nel provvedimento impugnato, così come denunciati dalle parti).

Anche se già in precedenza si riteneva che il giudice d'appello potesse esercitare il proprio sindacato entro la griglia di soluzioni proposte dall'appellante sui capi e sulle questioni specificamente devolute, l'effetto devolutivo tracciato dalla riforma risulta maggiormente definito entro i limiti delle contrapposte iniziative delle parti, le quali - con un appello necessariamente motivato (*ex* artt. 342 e 434 c.p.c.) o attraverso la riproposizione delle questioni (*ex* art. 346 c.p.c.) o con l'appello incidentale (*ex* artt. 343 e 436 c.p.c.) - delineano i confini del gravame e, nel contempo, così sanciscono l'abbandono delle domande e delle eccezioni non riproposte (*ex* art. 346 c.p.c.) e segnano i margini dell'acquiescenza parziale (*ex* art. 329, comma 2, c.p.c.).

Nel solco di Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., Rv. 645991-01 - che ha respinto l'orientamento, formalistico e restrittivo, in base al quale l'ammissibilità dell'appello doveva essere subordinata ad un "progetto alternativo di decisione" - la S.C. ha ribadito, pure nel 2020, che l'oggetto dell'impugnazione è costituito dall'originario rapporto dedotto in primo grado e che i motivi di impugnazione sono sufficientemente specifici (come prescritto dall'art. 342 c.p.c.) anche se l'appellante prospetta le medesime ragioni originariamente addotte, non essendo necessaria l'allegazione di profili fattuali e giuridici aggiuntivi, a condizione che l'appello contenga una critica adeguata e precisa della decisione impugnata e consenta al giudice del gravame di percepire con certezza il contenuto delle censure rivolte al primo giudice (**Sez. 2, n. 23781/2020, De Marzo, Rv. 659392-01**).

Così, qualora l'impugnazione investa la valutazione (asseritamente erronea) del materiale probatorio, per l'ammissibilità dell'appello è sufficiente l'enunciazione dei punti sui quali si chiede, nel secondo grado del giudizio, il riesame delle risultanze istruttorie e un nuovo e autonomo sindacato sulle stesse, non essendo necessaria una puntuale analisi critica delle considerazioni e conclusioni del giudice di prime cure (**Sez. 3, n. 24464/2020, Guizzi, Rv. 659759 - 01**).

La specificità dei motivi dell'appello è richiesta anche dall'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 546 del 1992, norma speciale rispetto all'art. 342 c.p.c. (come rilevato, *ex multis*, da Sez. 6-5, n. 24641/2018, L. Napolitano, Rv. 650818-01): nonostante le diversità che caratterizzano il rito tributario, **Sez. 5, n. 15519/2020, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 658400-01**, ha statuito che l'appello è ammissibile, benché formulato in modo sintetico, se gli elementi di specificità dei motivi possono essere ricavati, anche per implicito, dall'atto di impugnazione nel suo complesso (comprese le premesse in fatto, la parte espositiva e le conclusioni), poiché la disposizione, eccezionale in quanto limitativa dell'accesso alla giustizia, va interpretata in senso restrittivo al fine di consentire l'effettività del sindacato sul merito dell'impugnazione.

Il difetto di specificità dei motivi d'appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c., qualora non rilevato d'ufficio dal giudice del gravame, può essere proposto come motivo di ricorso per cassazione dalla parte appellata, ancorché essa non abbia sollevato la relativa eccezione nel giudizio di secondo grado, poiché si tratta di questione che, afferendo alla stessa ammissibilità dell'impugnazione e, quindi, alla formazione del giudicato, è rilevabile anche d'ufficio (**Sez. 6-L, n. 17268/2020, Riverso, Rv. 658936-01**, che, però, ha ritenuto assolto l'onere di specificazione dei motivi d'appello in quanto il rinvio dell'appellante al contenuto della comparsa conclusionale di primo grado non era un mero richiamo *per relationem*, ma era stato coniugato con un'espressa censura delle argomentazioni poste a fondamento dell'impugnata sentenza).

2. I provvedimenti appellabili.

Le sentenze di primo grado sono, di regola, suscettibili di impugnazione con appello, a meno che la legge non disponga diversamente.

Una rilevante eccezione si rinviene nell'art. 617 c.p.c., norma che trova applicazione anche nelle controversie in tema di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata (*ex* art. 512 c.p.c.), sia quando la *causa petendi* concerne questioni formali relative al titolo esecutivo di uno dei creditori concorrenti, sia in caso di

contestazioni relative ai rapporti sostanziali tra le parti del processo esecutivo; ne consegue che il giudizio introdotto con l'impugnazione del provvedimento del giudice dell'esecuzione riguardante la controversia distributiva è destinato a concludersi, in ogni caso, con una sentenza non appellabile (**Sez. 6-3, n. 19122/2020, D'Arrigo, Rv. 658772-01**).

In tema di protezione internazionale, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 6, comma 1, lett. g), del d.l. n. 13 del 2017, conv. dalla l. n. 46 del 2017, i procedimenti giudiziari instaurati dopo la data del 17 agosto 2017 - stante la disciplina transitoria dettata dall'art. 21 del citato d.l. - sono disciplinati dall'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, il quale prevede l'inappellabilità del decreto del tribunale concernente l'impugnazione dei provvedimenti delle Commissioni territoriali (**Sez. 3, n. 20488/2020, Dell'Utri, Rv. 659240-01**).

Un ulteriore limite all'appellabilità in ragione del rito applicabile è previsto per il procedimento di liquidazione dei compensi professionali spettanti agli avvocati: sulla scorta di Sez. U, n. 04485/2018, Frasca, Rv. 647316-01 - secondo cui la controversia *ex* art. 28 della l. n. 794 del 1942, come sostituito dall'art. 14 d.lgs. n. 150 del 2011, dà luogo ad un procedimento sommario "speciale" (disciplinato dagli artt. 3, 4 e 14 del menzionato d.lgs.) anche in caso di opposizione a decreto ingiuntivo - **Sez. 6-2, n. 10648/2020, Giannaccari, Rv. 657888-01**, ha statuito che la decisione adottata all'esito di opposizione al provvedimento monitorio non è appellabile qualora il relativo giudizio, sebbene irritualmente introdotto con atto di citazione e deciso in forma di sentenza, si sia in concreto svolto secondo le regole del citato art. 14, per effetto del mutamento del rito da ordinario a sommario, seguito dalla trasmissione della causa al Presidente del Tribunale e dalla nomina del giudice relatore che, all'esito dell'istruttoria, abbia rimesso le parti al collegio.

Anche l'art. 339, comma 2, c.p.c. sancisce l'inappellabilità delle sentenze pronunciate secondo equità, ma il successivo comma 3 della citata disposizione prevede - quale "eccezione alla eccezione" - la proponibilità dell'appello avverso le decisioni del giudice di pace pronunciate secondo equità in cause di valore non eccedente Euro 1.100,00, ma soltanto per specifici motivi e, cioè, per violazione a) delle norme sul procedimento, b) di norme costituzionali, c) di disposizioni comunitarie oppure d) dei principi regolatori della materia; riguardo alle sentenze pronunciate dal giudice di pace nell'ambito del limite della sua giurisdizione equitativa necessaria, l'appello "a motivi limitati" è l'unico rimedio impugnatorio ordinario ammesso (oltre alla revocazione ordinaria), essendo inutilizzabile il ricorso per cassazione (**Sez. 6-2, n. 10063/2020, Cosentino, Rv. 657759-01**).

Non è ammissibile, poi, l'appello e, più in generale, l'impugnazione di provvedimenti aventi natura meramente preparatoria ed ordinatoria, che non statuiscono sulla pretesa sostanziale dedotta in giudizio e non definiscono il processo, tra i quali si deve annoverare l'ordinanza interruttiva del processo, che comporta soltanto un temporaneo stato di quiescenza del processo fino alla sua riassunzione o, in mancanza, fino all'estinzione (**Sez. 3, n. 09255/2020, Scarano, Rv. 657634-01**).

È invece peculiare il regime d'impugnazione della decisione del Tribunale regionale delle acque pubbliche per omessa pronuncia: in tale fattispecie, come disposto dall'art. 204 del r.d. n. 1775 del 1933 (t.u. delle acque), recante un rinvio recettizio ai casi previsti dall'art. 517 del codice di rito del 1865, il rimedio esperibile non è l'appello, bensì il ricorso per rettificazione, da proporre al medesimo Tribunale regionale, della sentenza che «*abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda*» (**Sez. U, n. 00157/2020, Genovese, Rv. 656509-02**).

La proposizione dell'appello avverso un provvedimento inappellabile - e, dunque, l'erronea individuazione del mezzo di impugnazione - preclude la *translatio iudicii* in favore del giudice competente a decidere il corretto mezzo di impugnazione, in ragione della radicale ed insanabile inammissibilità dell'impugnazione erroneamente proposta ad un giudice funzionalmente incompetente per grado (**Sez. 6-3, n. 05712/2020, D'Arrigo, Rv. 657298-01**, e **Sez. 6-3, n. 10419/2020, D'Arrigo, Rv. 657991-01**, entrambe riguardanti l'impossibilità di convertire in ricorso per cassazione l'appello proposto contro una sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 617 c.p.c.).

Diversamente, nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione, **Sez. 6-2, n. 15463/2020, Abete, Rv. 658735-01**, ha ritenuto che l'impugnazione proposta davanti al giudice incompetente non sia inammissibile, bensì suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii* (nella specie, il provvedimento di rigetto dell'istanza di dilazione per l'accettazione dell'eredità era stato reclamato non già davanti al tribunale in composizione collegiale *ex* art. 749, comma 3, c.p.c., ma alla corte d'appello, che lo aveva dichiarato inammissibile, pronuncia censurata con regolamento di competenza innanzi alla S.C. che ha rimesso le parti davanti al giudice competente).

3. Forme e termini dell'impugnazione.

I termini per la proposizione dell'appello sono stabiliti, nel rito ordinario, dagli artt. 325 e 327 c.p.c., per il rito del lavoro, dall'art. 434 c.p.c. e, nel procedimento sommario di cognizione, dall'art. 702-*quater* c.p.c.

Il termine "lungo" semestrale decorre dalla pubblicazione della sentenza, in assenza di notifica, salvo che per la parte contumace che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa o degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.: per evitare la decadenza dall'impugnazione, il contumace deve dimostrare la sussistenza, oltre che del presupposto oggettivo della nullità della notificazione, di quello soggettivo della mancata conoscenza del processo a causa di detta nullità, senza che rilevi la conoscenza legale dello stesso, essendo sufficiente quella di fatto (**Sez. 3, n. 00532/2020, Gorgoni, Rv. 656583-02**, ha ritenuto che l'intimato contumace avesse acquisito conoscenza materiale del procedimento per convalida di licenza per finita locazione, idonea a fare decorrere il termine per l'appello, nel momento in cui era stata data esecuzione alla pronuncia di sfratto). Il convenuto contumace non può invocare l'iscrizione a ruolo eseguita dall'attore prima della notificazione della citazione introduttiva della lite quale causa della mancata conoscenza del processo, ai fini della proposizione dell'impugnazione dopo il decorso del termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., potendosi derogare alla regola generale nei soli casi tassativamente previsti dal secondo comma della citata disposizione (**Sez. 6-3, n. 19118/2020, Iannello, Rv. 658771-01**).

Per il provvedimento giudiziale in formato cartaceo, il *dies a quo* di decorrenza del termine semestrale di decadenza *ex* art. 327 c.p.c. coincide con l'attestazione dell'avvenuto deposito, mentre per le sentenze redatte in formato elettronico va individuato nel momento di trasmissione per via telematica (tramite PEC) del provvedimento, poiché a quella data esso diviene irretrattabile e legalmente noto (**Sez. 6-2, n. 09546/2020, Falaschi, Rv. 658011-01**).

Il termine "breve" *ex* art. 325 c.p.c. decorre, invece, dalla notificazione della sentenza - quale espressione della volontà di porre fine al processo, attraverso il compimento di un atto acceleratorio (**Sez. U, n. 01717/2020, Mercolino, Rv. 656766-01**) -, a cui equivale, sia per il notificante che per il destinatario, la notificazione dell'impugnazione (**Sez. 3, n. 26427/2020, Porreca, Rv. 659861 - 01**, ha cassato senza rinvio la decisione d'appello, che non aveva rilevato la tardività dell'impugnazione proposta dopo l'istanza di regolamento di competenza, sebbene fosse decorso il termine breve per appellare, computato a partire dalla comunicazione della decisione sul regolamento). In caso di riserva di

impugnazione differita della sentenza non definitiva, il termine breve decorre dalla notificazione della sentenza definitiva, ancorché la sentenza non definitiva non fosse stata notificata, posto che il termine per la proposizione del gravame, necessariamente unitario, dipende da quello utile per l'impugnazione della sentenza definitiva (**Sez. 6-2, n. 11857/2020, Abete, Rv. 658452-01**).

Per la decorrenza del termine breve è indispensabile che la sentenza sia notificata alla parte presso l'indirizzo di posta elettronica certificata dalla stessa indicato, anche quando questa abbia eletto domicilio ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934, (**Sez. 6-2, n. 10355/2020, Tedesco, Rv. 657819-01**); inoltre, qualora il destinatario sia un ente rimasto contumace in primo grado e soppresso *ex lege* in corso di causa, la notifica deve essere effettuata nei confronti dell'ente succeduto a quello ormai estinto. (**Sez. 1, n. 06478/2020, Iofrida, Rv. 657085-02**).

Allo scopo di dimostrare l'avvenuta notificazione della sentenza, ai fini del termine breve per l'impugnazione, occorre produrre la relata di notifica e l'eventuale avviso di ricevimento (in caso di notifica a mezzo posta), a meno che non sia lo stesso destinatario ad ammettere, con un'esplicita dichiarazione o *per facta concludentia*, che la suddetta notificazione è avvenuta nella data indicata dalla controparte (**Sez. 6-3, n. 24415/2020, F.M. Cirillo, Rv. 659953 - 01**).

L'art. 702-*quater* c.p.c. stabilisce che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione è appellabile entro il termine breve di trenta giorni dalla sua comunicazione ad opera della cancelleria: l'inosservanza del predetto termine determina l'inammissibilità dell'appello, senza che errori afferenti ad accadimenti estranei al processo (nella specie, il nuovo difensore dell'appellante aveva asserito che il primo difensore non aveva dato corso al mandato difensivo di proporre tempestivamente il gravame) possa giustificare una rimessione in termini della parte (**Sez. 1, n. 14411/2020, Marulli, Rv. 658257-01**).

Con riferimento alla brevità del termine, **Sez. 3, n. 02467/2020, Olivieri, Rv. 656727-01**, ha ritenuto che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 702-*quater* c.p.c. - per asserita violazione degli artt. 24 e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 47 della Carta di Nizza e 6 della CEDU - sia manifestamente infondata, poiché lo schema procedimentale, che risponde allo scopo di garantire la stabilità delle decisioni non impugnate entro un determinato termine (adeguato ai fini di una ponderata determinazione della parte interessata), non è incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In caso di contumacia di una parte in primo grado, il termine breve per la proposizione dell'appello decorre solo nel caso in cui l'altra parte abbia notificato la decisione, applicandosi in mancanza il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.,

perché il disposto dell'art. 702-*quater* c.p.c., secondo il quale l'ordinanza del giudice deve essere appellata entro trenta giorni dalla sua notificazione o comunicazione, opera solo nei confronti della parte costituita (Sez. 1, n. 32961/2019, Oliva, Rv. 656499-01, in tema di controversia di protezione internazionale regolata dalla disciplina previgente al d.l. n. 13 del 2017, conv. con modif. dalla l. n. 46 del 2017); conseguentemente, ai fini del decorso del termine breve, la notifica dell'ordinanza che decide la controversia in primo grado deve essere regolarmente eseguita alla parte contumace in primo grado (**Sez. 6-1, n. 17624/2020, Valitutti, Rv. 658721-01**, ha considerato nulla la notifica effettuata nei confronti di un funzionario del Ministero dell'interno in violazione dell'art. 11 r.d. n. 1611 del 1933 e ha ritenuto applicabile il termine semestrale di impugnazione *ex* art. 327 c.p.c.).

Nei giudizi di appello soggetti al rito del lavoro, il mancato rispetto del termine di dieci giorni entro il quale l'appellante deve notificare all'appellato il ricorso tempestivamente depositato in cancelleria nel termine previsto per l'impugnazione, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di discussione (*ex* art. 435, comma 2, c.p.c.), non ha carattere perentorio e la sua inosservanza non produce alcuna conseguenza pregiudizievole per la parte, a condizione che sia rispettato il termine che, ai sensi dell'art. 435, commi 3 e 4, c.p.c., deve intercorrere tra il giorno della notifica e quello dell'udienza di discussione (**Sez. 2, n. 24034/2020, Besso Marcheis, Rv. 659607-01**). È, invece, radicalmente improcedibile l'appello nel rito del lavoro, qualora l'appellante ometta di notificare il ricorso introduttivo e il decreto di fissazione dell'udienza, né il giudice può assegnare un termine perentorio per provvedervi (**Sez. L, n. 27079/2020, Bellè, Rv. 659547-01**).

L'appello incidentale deve essere proposto, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (art. 343 c.p.c.): il termine "a ritroso" per la sua proposizione, non definito come "libero" dalla normativa, va calcolato con esclusione del giorno dell'udienza di comparizione indicata nell'atto di citazione o della data dell'udienza differita di ufficio dal giudice *ex* art. 168-*bis*, comma 5, c.p.c. (non rileva, invece, il rinvio ai sensi dell'art. art. 168-*bis*, comma 4, c.p.c.; **Sez. 2, n. 08638/2020, Criscuolo, Rv. 657693-01**) e con computo, invece, di quello finale, cioè del ventesimo giorno precedente l'udienza stessa; pertanto, è inammissibile l'appello incidentale che non rispetti detto termine, a nulla rilevando che per l'appellante non sia ancora spirato il termine per impugnare di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 06386/2020, Gorgoni, Rv. 657292-01**).

È speciale, però, e prevale sugli artt. 166 e 343 c.p.c. la disposizione dell'art. 4 della l. n. 1078 del 1930 che - nel giudizio di appello in materia di usi civici -

fissa la preclusione della facoltà di proporre appello incidentale all'inizio dell'udienza di discussione fissata dal presidente, cioè dalla comparizione della parte (**Sez. 2, n. 09373/2020, San Giorgio, Rv. 657751-01**).

Ex art. 334 c.p.c., la proposizione di appello incidentale tardivo è consentita alle parti contro le quali è stata proposta impugnazione nonostante il decorso del termine, ma non è permessa al soccombente parziale, in riferimento ai capi della sentenza di merito non oggetto del gravame principale, qualora si tratti di distinti rapporti dedotti nello stesso giudizio (ovvero in cause diverse poi riunite), dovendo essere avanzata l'impugnazione, per detti capi della sentenza, nei termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. (**Sez. L, n. 26164/2020, Tricomi, Rv. 659545-01**).

È principio generale - anche del processo del lavoro - quello secondo cui la prima impugnazione costituisce il processo nel quale debbono confluire le eventuali impugnazioni di altri soccombenti: l'appello principale successivo ad altro appello si converte in appello incidentale, purché sia rispettato, nel rito giuslavoristico, il termine per l'appello incidentale *ex* art. 436 c.p.c. (**Sez. L, n. 03830/2020, Blasutto, Rv. 656926-01**).

Non è univoco l'orientamento in ordine alle conseguenze dell'erronea scelta del rito per l'impugnazione.

Secondo un recente precedente giurisprudenziale, l'impugnazione dell'ordinanza *ex* art. 702-*ter* c.p.c. può essere proposta esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, ma l'introduzione dell'appello con ricorso può essere sanata se l'atto è stato non solo depositato nella cancelleria del giudice competente, ma anche notificato alla controparte nel termine perentorio di cui all'art. 325 c.p.c. (Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255-01).

Al contrario - in caso di appello dell'ordinanza conclusiva del giudizio sommario di cui all'art. 702-*ter* c.p.c. introdotto con ricorso (anziché con atto di citazione e, dunque, nella forma ordinaria, necessariamente da impiegare per il secondo grado di giudizio) - è stata esclusa la possibilità di salvare gli effetti dell'impugnazione mediante lo strumento del mutamento del rito previsto dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011 (**Sez. 6-3, n. 06318/2020, Scrima, Rv. 657291-01**; nello stesso senso si era pronunciata anche Sez. 1, n. 08757/2018, De Chiara, Rv. 648884-01).

In base al principio di ultrattività del rito, qualora una controversia sia stata erroneamente trattata in primo grado con il rito ordinario (anziché con quello speciale), le forme di tale rito devono essere rispettate anche per la proposizione dell'appello (da introdursi, quindi, con atto di citazione); specularmente, se la controversia è stata regolata con rito speciale (ad esempio, il rito del lavoro) in

primo grado (anziché con quello ordinario), l'impugnazione deve seguire le forme della cognizione speciale.

L'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione (giusta od errata che sia) dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice (**Sez. 3, n. 23390/2020, Moscarini, Rv. 659244-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto, in luogo dell'appello, avverso la sentenza con la quale il tribunale aveva qualificato la domanda come azione risarcitoria ordinaria *ex* art. 2043 c.c., per lesione dei diritti all'identità personale ed alla reputazione, piuttosto che come ricorso inquadrabile nello schema dell'art. 152 del d.lgs. n. 196 del 2003).

Parimenti - se il primo grado del giudizio di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada, regolato dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, è stato erroneamente trattato nelle forme ordinarie (per non essere stato disposto il mutamento di rito entro la prima udienza di comparizione delle parti ai sensi dell'art. 4, comma 2, del citato decreto) - il rito si consolida anche con riguardo alla forma dell'impugnazione e, conseguentemente, la tempestività dell'appello deve essere verificata prendendo come riferimento la data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notificazione, anziché quella del suo deposito in cancelleria. (**Sez. 3, n. 09847/2020, D'Arrigo, Rv. 657717-01**).

La legittimazione a proporre l'appello o a resistere all'impugnazione spetta soltanto al soggetto che ha assunto la veste di parte in base alla decisione impugnata, a prescindere dalla sua correttezza e corrispondenza alle risultanze processuali nonché alla titolarità del rapporto sostanziale (**Sez. 6-5, n. 15356/2020, Luciotti, Rv. 658530-01**, ha ritenuto che l'Agenzia delle entrate, pur non avendo partecipato al giudizio di primo grado, fosse comunque legittimata a proporre appello in ragione della sua qualificazione come parte desumibile dalla sentenza impugnata).

L'iniziativa dell'impugnazione può essere assunta anche dal creditore della parte che, in surroga (art. 2900 c.c.) del debitore inerte, proponga appello della pronuncia sfavorevole (**Sez. 6-3, n. 26049/2020, Rossetti, Rv. 659929 - 01**; nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva dichiarato inammissibile l'appello, proposto in via surrogatoria dal terzo danneggiato, della pronuncia di rigetto della domanda di garanzia avanzata dal responsabile civile nei confronti della società assicuratrice).

L'appello deve essere proposto al giudice competente, per territorio o grado, che può rilevare, anche d'ufficio oltre che su eccezione di parte, la propria incompetenza: tuttavia, il regime delle preclusioni prescritto dall'art. 38 c.p.c.

trova applicazione anche nel secondo grado, sicché il potere della parte convenuta di eccepire l'incompetenza del giudice del gravame deve ancorarsi alla comparsa di risposta tempestivamente depositata, così come quello del giudice si deve ritenere collegato all'omologo in appello dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e, dunque, all'udienza *ex* art. 350 c.p.c. (**Sez. 3, n. 11118/2020, Fiecconi, Rv. 658140-01**).

Il limite preclusivo dell'art. 38, comma 3, c.p.c. trova applicazione anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d'ufficio proposto dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art.45 c.p.c., dovendo il regolamento essere richiesto entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall'art.350 c.p.c. (**Sez. U, n. 11866/2020, Carrato, Rv. 658035-01**).

L'atto di appello deve essere notificato al difensore della controparte nel domicilio eletto, non già ad un avvocato condividente il medesimo studio; il vizio che affligge una simile notificazione non determina l'esistenza della stessa (in quanto effettuata nel domicilio indicato, comune ad entrambi gli avvocati e, dunque, non in luogo privo di qualsiasi riferimento con il destinatario), ma piuttosto la sua nullità, suscettibile di sanatoria con la costituzione in giudizio, sempreché nel frattempo non sia passata in giudicato la sentenza impugnata (**Sez. 3, n. 06164/2020, Scarano, Rv. 657152-01**, ha cassato senza rinvio la pronuncia che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, aveva considerato il vizio della notifica sanato dalla costituzione in appello della parte).

Riguardo al contenuto dell'atto di citazione in appello, il rinvio alle norme dettate per il procedimento di primo gradi innanzi al tribunale (*ex* art. 359 c.p.c.) implica la necessaria presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 163 c.p.c., ivi compresi gli elementi integranti la *vocatio in jus*.

Tuttavia, la notifica di un atto di appello contenente un irrilevante errore sulle generalità del destinatario dell'atto impedisce la formazione del giudicato, qualora l'impugnazione sia comunque idonea al raggiungimento dello scopo (**Sez. 6-L, n. 27567/2020, Esposito, Rv. 659824-01**, ha cassato con rinvio la sentenza che aveva ritenuto passata in giudicato la decisione impugnata in ragione dell'erronea indicazione del prenome del destinatario dell'appello, nonostante il tenore complessivo dell'impugnativa, l'allegazione della pronuncia di primo grado e le risultanze della relata). Allo stesso modo, l'erronea indicazione del legale rappresentante dell'ente nell'atto di appello non determina l'inammissibilità del gravame, trattandosi di indicazione ultronea rispetto alla valida instaurazione del rapporto processuale, ai cui fini è sufficiente che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sia stato autorizzato *ex* art. 43 r.d. n. 1611 del 1933 e che in capo al

difensore consti la qualità di avvocato dello Stato (**Sez. L, n. 22675/2020, Marotta, Rv. 659260-01**).

La procura al difensore conferita per l'appello, se nulla, non comporta l'inammissibilità del gravame, qualora la parte abbia rilasciato in primo grado una procura alle liti valida per tutti i gradi del giudizio (**Sez. 3, n. 06162/2020, Scarano, Rv. 657159-01**).

L'applicazione delle regole del primo grado e, in particolare, delle norme sulla sanatoria dell'atto introduttivo viziato è confermata anche da **Sez. 6-3, n. 09650/2020, Cigna, Rv. 657743-01**: il mancato rispetto del termine *ex* art. 163-*bis* c.p.c. tra la notifica dell'atto di citazione in appello e l'udienza di comparizione comporta la nullità dell'atto ai sensi dell'art. 164, comma 1, c.p.c., suscettibile di sanatoria, in caso di mancata costituzione del convenuto, attraverso la rinnovazione entro un termine perentorio (Sez. 1, n. 11549/2019, Pazzi, Rv. 653767-01), ma - qualora la nullità non sia rilevata d'ufficio dal giudice, né sanata - in ipotesi di contumacia dell'appellato la sentenza è nulla.

L'ordine di rinnovare la citazione in appello reputata invalida deve contenere l'indicazione di un termine perentorio entro il quale la notificazione deve essere eseguita: in mancanza, il termine coincide con quello dell'art. 163-*bis* c.p.c., da calcolare in base alla data dell'udienza di rinvio, sempre che detto termine non sia inferiore ad un mese o superiore a sei mesi (tre, nella formulazione successiva alla l. n. 69 del 2009) rispetto alla data del provvedimento che ordina la rinnovazione, stante il disposto dell'art. 307, comma 3, ultimo inciso, c.p.c. (**Sez. 2, n. 04965/2020, Picaroni, Rv. 657117-01**).

Nel rito ordinario, una volta notificato l'atto di impugnazione, l'appellante deve costituirsi entro il termine di dieci giorni, iscrivendo il gravame al ruolo generale civile.

Può essere rimesso in termini l'appellante la cui mancata tempestiva costituzione sia dipesa dall'illegittimo rifiuto di iscrizione a ruolo opposto dalla cancelleria, purché lo stesso avanzi l'istanza *ex* art. 153, comma 2, c.p.c. con tempestività e, cioè, in un termine ragionevolmente contenuto e rispettoso del principio della durata ragionevole del processo (**Sez. 3, n. 25289/2020, Guizzi, Rv. 659779-01**, con riguardo a scadenza del termine di costituzione verificatasi durante le festività natalizie).

L'iscrizione a ruolo di un atto diverso da quello che si sarebbe dovuto iscrivere non determina l'improcedibilità dell'impugnazione, ma dà luogo ad una nullità insanabile, stante la radicale inidoneità al raggiungimento dello scopo, nemmeno attraverso la successiva "sostituzione" dell'atto introduttivo originario

con una versione emendata dello stesso (**Sez. 3, n. 01160/2020, D'Arrigo, Rv. 656885-01**).

Al momento della costituzione in secondo grado, l'appellante deve inserire nel proprio fascicolo copia della sentenza appellata, ai sensi dell'art. 347, comma 2, c.p.c.: tale incombente, però, non è richiesto a pena di inammissibilità o di improcedibilità dell'appello, né costituisce adempimento formale indispensabile alla rituale costituzione in giudizio la produzione dei documenti e, in particolare, del fascicolo di primo grado (**Sez. 3, n. 24461/2020, Olivieri, Rv. 659757-01**).

La costituzione della parte appellata contumace può avvenire, ai sensi dell'art. 293, comma 2, c.p.c., anche mediante «*comparizione all'udienza*», dizione che, tuttavia, non si riferisce alla comparizione personale del medesimo contumace, ma a quella del suo difensore munito di valida procura, né la costituzione nel solo subprocedimento relativo ai provvedimenti sull'esecuzione provvisoria della sentenza (*ex* art. 283 c.p.c.) può valere per la fase di merito (**Sez. 3, n. 07020/2020, Di Florio, Rv. 657156-01**).

4. L'oggetto dell'impugnazione.

Oltre alle questioni di merito, possono formare oggetto dell'impugnazione anche questioni di rito, ma il riscontro del vizio comporta la rimessione al primo giudice soltanto nei limitati casi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c.; altrimenti, il giudice d'appello è tenuto a decidere nel merito la controversia nei limiti delle doglianze prospettate, anche nel caso di sentenza di primo grado nulla perché pronunciata prima della scadenza dei termini *ex* art. 190 c.p.c. per il deposito delle conclusionali o delle memorie di replica (**Sez. 6-3, n. 04125/2020, Iannello, Rv. 657021-01**).

La regola dell'art. 354 c.p.c. trova applicazione anche in caso di nullità della notifica (per la quale occorre disporre la rinnovazione) dell'atto di riassunzione del processo di primo grado che sia stato interrotto, sicché, se il destinatario non si è costituito, il giudice di appello, rilevata la nullità del giudizio, deve rimettere le parti dinanzi al primo giudice (**Sez. 3, n. 13860/2020, Guizzi, Rv. 658303-01**).

Rientra tra le ipotesi di rimessione dell'intero processo al primo giudice la nullità insanabile che affligge il provvedimento emesso dal tribunale nei confronti delle parti in lite, ma con motivazione e dispositivo relativi a causa diversa concernente altri soggetti (**Sez. 6-1, n. 02020/2020, Vella, Rv. 656713-01**, ha cassato con rinvio al tribunale la sentenza d'appello, che aveva deciso nel merito un ricorso in tema di protezione internazionale, ancorché avesse rilevato la nullità

dell'ordinanza definitoria del giudizio di primo grado in quanto pronunciata nei confronti di un soggetto diverso dallo straniero richiedente).

Se, invece, la decisione in primo grado è stata assunta dal giudice successivamente alla sua cessazione dal servizio, il vizio - non equiparabile a quello della radicale mancanza di sottoscrizione - impedisce la rimessione delle parti al primo giudice (**Sez. 6-3, n. 10430/2020, D'Arrigo, Rv. 658028-01**).

Parimenti, pur essendo affetta da nullità per vizio di costituzione del giudice *ex* art. 158 c.p.c. la sentenza pronunciata da un giudice monocratico diverso da quello dinanzi al quale sono state precisate le conclusioni, l'emersione del vizio in appello non consente la rimessione della causa al primo giudice (**Sez. 6-3, n. 14144/2020, Scrima, Rv. 658414-01**).

Nella particolare ipotesi di erronea declaratoria di competenza da parte del primo giudice, il giudice investito dell'appello, nel ravvisare l'incompetenza, deve dichiararla e non può trattenere la causa e deciderla nel merito, salvo che non coincida con quello competente per il primo grado e sussista apposita istanza per la decisione della controversia, con instaurazione di regolare contraddittorio sul punto. (**Sez. 6-3, n. 13439/2020, Rubino, Rv. 658379-01**).

5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex* art. 346 c.p.c.

Le parti del processo di impugnazione - che costituisce pur sempre una *revisio prioris istantiae* - nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia, a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado in quanto rimaste assorbite (Sez. U, n. 07700/2016, Frasca, Rv. 639281-01), a meno che si tratti di domande o di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale *ex* art. 343 c.p.c. (Sez. U, n. 11799/2017, Frasca, Rv. 644305-01).

La riproposizione *ex* art. 346 c.p.c. delle domande e delle eccezioni non accolte in primo grado può essere effettuata in qualsiasi forma idonea ad evidenziare la volontà di riaprire la discussione e sollecitare la decisione su di esse, purché in modo specifico, non essendo al riguardo sufficiente un generico richiamo alle difese svolte ed alle conclusioni prese davanti al primo giudice. (**Sez. 6-3, n. 22311/2020, Dell'Utri, Rv. 659416-01; Sez. 3, n. 25840/2020, D'Arrigo, Rv. 659852 - 01**).

I principî sopra menzionati trovano applicazione anche nel rito del lavoro, dove vige l'onere di dedurre nuovamente le domande ed eccezioni non accolte nella memoria di costituzione entro il termine prescritto dall'art. 436 c.p.c. (**Sez.**

2, n. 19571/2020, Gorjan, Rv. 659188-01), e pure nel reclamo previsto dall'art. 1, comma 57, della l. n. 92 del 2012 (c.d. rito Fornero) che è, nella sostanza, un appello (**Sez. L, n. 15412/2020, Cinque, Rv. 658491-01**).

Non richiede, invece, una espressa formulazione nell'atto di appello - né una esplicita riproposizione - la questione che possa costituire oggetto di rilievo officioso in secondo grado, come la tardività di un'eccezione in senso stretto (nella specie, di prescrizione) non rilevata né dalla controparte, né d'ufficio dal primo giudice (**Sez. 3, n. 04689/2020, Cricenti, Rv. 656914-01**).

La parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, difettando di interesse al riguardo, non ha l'onere di proporre appello incidentale per ribadire le eccezioni - superate o non esaminate in quanto assorbite o anche esplicitamente respinte, qualora l'eccezione fosse volta a paralizzare una domanda comunque respinta per altre ragioni - non accolte nella sentenza di primo grado, ma è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello (**Sez. 1, n. 11653/2020, Scalia, Rv. 658137-01**); medesima riproposizione è richiesta all'appellato, la cui domanda principale sia stata accolta dal giudice di prime cure, con riguardo alla domanda subordinata, rimasta non esaminata (**Sez. 1, n. 13721/2020, Pazzi, Rv. 658135-01**, ha ritenuto come rinunciata la domanda di protezione umanitaria non riproposta dal ricorrente in appello in un giudizio in cui il giudice di primo grado aveva accolto la sua richiesta di protezione umanitaria, ma la corte territoriale aveva poi riformato la decisione).

Allo stesso modo, è sufficiente riproporre, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., al giudice investito del gravame sulla domanda principale (rigettata in primo grado), la domanda condizionata di garanzia (rimasta assorbita) senza che sia necessario un appello incidentale (**Sez. 3, n. 00121/2020, Olivieri, Rv. 656628-01**).

In applicazione del principio dell'idoneità dell'atto al raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., il giudice dell'impugnazione può riqualificare l'atto d'appello con cui un'eccezione di merito respinta in primo grado è stata erroneamente indicata, dalla parte comunque vittoriosa per altre ragioni, come meramente riproposta e non come oggetto di gravame incidentale condizionato (**Sez. 3, n. 24456/2020, Valle, Rv. 659756-01**).

6. Le parti e il contraddittorio.

Già si è detto che il giudice dell'appello deve trattenere la causa e deciderla, anche se sulle questioni dedotte non vi sia stata una pronunzia di merito da parte del giudice di primo grado, essendo eccezionali e tassative le ipotesi di "regressione" al primo grado previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., i quali

riguardano, rispettivamente, la riforma della sentenza con cui il giudice ordinario di prime cure abbia declinato la propria giurisdizione e le specifiche fattispecie di nullità della notificazione della citazione introduttiva, di non integrità del contraddittorio in primo grado, di nullità della sentenza priva della sottoscrizione del primo giudice o di erronea sentenza di estinzione del processo.

Fa concreta applicazione dell'art. 354 c.p.c. **Sez. 6-2, n. 04697/2020, Scarpa, Rv. 657260-01**, rilevando che la domanda di accertamento negativo della qualità di condomino, in quanto inerente all'inesistenza del rapporto di condominialità *ex* art. 1117 c.c., impone la partecipazione, quali legittimati passivi, di tutti i condomini in una situazione di litisconsorzio necessario e che, conseguentemente, la mancata integrità del contraddittorio di tutti gli interessati in primo grado comporta, in appello, la rimessione della causa al primo giudice (nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che, a fronte di una domanda di accertamento negativo dell'appartenenza ad un condominio di alcune unità immobiliari, aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado, con rimessione della causa al giudice di prime cure, per non aver quest'ultimo disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i condomini).

Parimenti, nell'*actio negatoria servitutis* sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario quando il fondo, nel quale sono state realizzate le opere di cui si chieda la rimozione, appartiene a più soggetti, sicché in appello, è necessaria la partecipazione di tutte le parti originarie, soggetta a verifica officiosa del giudice del gravame (preliminarmente ad ogni altra pronuncia), in difetto della quale si determina la nullità, rilevabile di ufficio pure in sede di legittimità, dell'intero processo di secondo grado e della sentenza che lo ha concluso (**Sez. 6-2, n. 07040/2020, Scarpa, Rv. 657283-01**).

Poiché la morte di una parte, ancorché contumace in primo grado, nel corso del giudizio di primo grado determina la trasmissione della sua legittimazione processuale attiva e passiva agli eredi, questi vengono a trovarsi nella posizione di litisconsorti necessari per ragioni processuali (indipendentemente, cioè, dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale), sicché nei confronti di ciascuno di essi deve essere ordinata d'ufficio l'integrazione del contraddittorio in appello (**Sez. 6-3, n. 24639/2020, Positano, Rv. 659916 - 01**).

Al contrario, non costituisce una delle ipotesi tassative previste dall'art. 354, comma 1, c.p.c. - per le quali resta viziato l'intero processo e si impone, in appello, l'annullamento, con rinvio della causa al giudice di prime cure - la mancata partecipazione di un litisconsorte necessario in sede di reclamo cautelare, non rilevata dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, trattandosi di un procedimento inidoneo ad incidere con

efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e ininfluente nel successivo giudizio di merito (**Sez. 6-2, n. 20020/2020, Oliva, Rv. 659227-01**).

All'omesso rilievo - da parte del giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, e di quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c. - della violazione delle norme sul litisconsorzio necessario deve provvedere la S.C. perché l'intero processo resta viziato e s'impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma dell'art. 383, comma 3, c.p.c. (**Sez. 2, n. 23315/2020, Tedesco, Rv. 659380-01**).

7. I *nova* in appello.

Ai sensi dell'art. 345, comma 1, c.p.c., "*nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio*".

La violazione del divieto di proporre in appello domande nuove è rilevabile in sede di legittimità anche d'ufficio, senza che possa spiegare alcuna influenza l'accettazione del contraddittorio, trattandosi di un divieto posto a tutela di interessi di natura pubblicistica (**Sez. U, n. 00157/2020, Genovese, Rv. 656509-03**).

Una domanda è nuova - e, come tale, inammissibile in appello, quando concerne e un diritto cd. eterodeterminato (o non autoindividuante) e i fatti storici allegati in primo grado a sostegno dell'azione vengono sostituiti o integrati da fatti nuovi e diversi, dedotti con i motivi di gravame (**Sez. 3, n. 19186/2020, Olivieri, Rv. 658987-01**: nella specie, era stata introdotta in primo grado un'azione di risarcimento del danno per responsabilità extracontrattuale di una operatrice sanitaria per omessa vigilanza su una persona non autosufficiente, il giudice d'appello non aveva limitato la sua statuizione alla qualificazione giuridica della fattispecie, ma, errando, aveva ravvisato una responsabilità di natura contrattuale in base a circostanze di fatto dedotte per la prima volta con l'impugnazione). Per le predette ragioni, la domanda di arricchimento senza causa può essere proposta anche per la prima volta in appello, purché prospettata sulla base delle medesime circostanze di fatto fatte valere in primo grado (**Sez. 2, n. 26694/2020, Oliva, Rv. 659722-01**).

È inammissibile - perché comporta novità della domanda - la modificazione della *causa petendi* quando il diverso titolo giuridico della pretesa, dedotto innanzi al giudice di secondo grado, è impostato su presupposti di fatto e su situazioni

giuridiche non prospettate in primo grado e comporta il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato oppure, introducendo nel processo un nuovo tema di indagine e di decisione, altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa da avanzata in primo grado (**Sez. 5, n. 15730/2020, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 658550-01**). Ad esempio, si è ritenuto che la qualificazione data dalla parte in primo grado di un pegno di cose fungibili come irregolare - con facoltà per il creditore pignoratizio di disporre del bene oggetto della garanzia - precluda in grado d'appello la diversa qualificazione del pegno come regolare, posto che verrebbe altrimenti ad introdursi in sede di gravame una nuova *causa petendi* (**Sez. 1, n. 22096/2020, Caradonna, Rv. 659420-01**).

Il divieto *ex* art. 345 c.p.c. non riguarda le eccezioni in senso lato, le quali consistono nell'allegazione o rilevazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio ai sensi dell'art. 2697 c.c., con cui sono opposti nuovi fatti o temi di indagine non compresi fra quelli indicati dall'attore e non risultanti dagli atti di causa; essendo rilevabili d'ufficio, sono sottratte al succitato divieto, a condizione che riguardino fatti principali o secondari emergenti dagli atti, dai documenti o dalle altre prove ritualmente acquisite al processo e anche se non siano state oggetto di espressa e tempestiva attività assertiva (**Sez. 3, n. 08525/2020, Iannello, Rv. 657810-01**).

Infatti, conformemente a quanto già statuito da Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633509-01, il giudice di appello è tenuto a procedere al rilievo officioso di una nullità contrattuale nonostante sia mancata la rilevazione in primo grado e l'eccezione di nullità sia stata sollevata in sede di gravame, venendo in rilievo un'eccezione in senso lato, come tale proponibile anche in appello (**Sez. 6-1, n. 19161/2020, Falabella, Rv. 658837-01**).

Anche la deduzione relativa all'applicabilità di uno specifico termine di prescrizione (nella specie, quello indicato al comma 3 dell'art. 2947 c.c.) integra una controeccezione in senso lato e, se è basata su fatti storici già allegati entro i termini di decadenza propri del procedimento ordinario a cognizione piena, la sua proposizione è ammissibile pure in appello, dove non costituisce questione nuova inammissibile (**Sez. 3, n. 24260/2020, Sestini, Rv. 659846 - 01**).

Sulla scorta di analoghe argomentazioni, si è ritenuto che, nel contratto di apertura di credito in conto corrente, ove il cliente agisca per la ripetizione di importi relativi ad interessi non dovuti e la banca sollevi l'eccezione di prescrizione, la questione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse, rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione, possa

essere sollevata per la prima volta in appello (**Sez. 6-1, n. 14958/2020, Falabella, Rv. 658366-01**).

In deroga al divieto di *mutatio libelli* contenuto nell'art. 345 c.p.c., la parte contrattuale non inadempiente che abbia agito per l'esecuzione del contratto può, in sostituzione della originaria pretesa, legittimamente chiedere, anche in grado di appello, il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, comma 2, c.c., atteso che lo *ius variandi* previsto dall'art. 1453 c.c. può essere esercitato in ogni stato e grado (**Sez. 6-2, n. 08048/2020, Criscuolo, Rv. 657606-01**).

Diverso è il caso in cui il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno: in tale fattispecie, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra (o pagamento del suo doppio), sia perché la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso non sono omogenee, sia perché sono tra loto incompatibili la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento (**Sez. 6-2, n. 21971/2020, Oliva, Rv. 659397-01**).

È eccezionalmente consentita dall'art. 345 c.p.c. la proposizione della domanda di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata, purché sia stata avanzata in primo grado una domanda risarcitoria e che gli ulteriori pregiudizi dedotti in appello trovino la loro fonte nella stessa causa e siano della medesima natura di quelli già accertati in primo grado (**Sez. 6-3, n. 18526/2020, Guizzi, Rv. 659035-01**, ha altresì precisato che, qualora la nuova pretesa non rispetti tali requisiti, la domanda è da ritenersi nuova e inammissibile, implicando nuove indagini in ordine alle ragioni poste a base della domanda iniziale e ampliamento del relativo *petitum*).

Non costituisce domanda nuova quella con la quale in appello i danneggiati chiedano la condanna dell'assicuratore per la responsabilità civile da circolazione dei veicoli al versamento della differenza tra danno liquidato e superamento del massimale di polizza, poiché la domanda di condanna dell'assicuratore al risarcimento del danno per *mala gestio* cosiddetta impropria deve ritenersi implicitamente formulata tutte le volte in cui la vittima abbia domandato la condanna al pagamento di interessi e rivalutazione, anche senza riferimento al superamento del massimale o alla condotta renitente dell'assicuratore (**Sez. 6-3, n. 14494/2020, Pellecchia, Rv. 658419-01**).

Nemmeno le contestazioni alla stima del valore del bene da dividere formulate per la prima volta nell'appello del giudizio di divisione costituiscono domande o eccezioni nuove, perché mirano semplicemente a verificare la legittimità dello svolgimento delle operazioni divisionali, e precisamente

l'esattezza della stima del bene comune, ma sempre in vista del perseguimento del risultato cui mirava la proposizione della domanda originaria (**Sez. 2, n. 08194/2020, Criscuolo, Rv. 657641-01**).

Non costituisce domanda vietata dall'art. 345 c.p.c. la richiesta formulata dai coeredi di liquidazione *pro quota* del credito spettante al *de cuius* deceduto in corso di causa, posto che anch'essa determina una modificazione della *causa petendi*, né introduce un diverso titolo della pretesa del diritto azionato (**Sez. 3, n. 01148/2020, Positano, Rv. 656815-01**).

Sulla scorta di un consolidato orientamento, la domanda di restituzione delle somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado non può considerarsi "nuova" perché è consequenziale alla richiesta di modifica della decisione impugnata e il relativo diritto sorge, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., per il solo fatto della riforma della sentenza: **Sez. 1, n. 23972/2020, Nazzicone, Rv. 659603-01**, ha specificato che, ove il pagamento sia intervenuto durante il giudizio di impugnazione, la predetta istanza può essere formulata in qualunque momento, anche nell'udienza di discussione della causa, in sede di precisazione delle conclusioni, oppure nella comparsa conclusionale.

Il divieto di domande nuove è previsto, nel contenzioso tributario, dall'art. 57, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992 e si applica anche nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, che non può, innanzi al giudice d'appello, mutare i termini della contestazione deducendo motivi diversi a fondamento giustificativo dell'atto impositivo (**Sez. 5, n. 05160/2020, Federici, Rv. 657338-01**, la S.C. ha ritenuto che integrasse domanda nuova, per diversità di *petitum* e *causa petendi*, la qualificazione, operata dall'Agenzia nel giudizio di appello, dei costi di pubblicità, la cui inerenza era stata contestata, come spese di rappresentanza).

7.1. (Segue) Nuovi mezzi di prova in appello.

Con riguardo ai mezzi istruttori, l'art. 345 c.p.c., nella sua attuale formulazione, stabilisce che in appello "*non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile*".

Tuttavia, nei giudizi iniziati in epoca anteriore al 30 aprile 1995 continua a trovare applicazione l'art. 345 c.p.c. nella risalente formulazione risultante dall'art. 36 della l. n. 581 del 1950 e, quindi, nella versione precedente alle modifiche di cui alla l. n. 353 del 1990 (**Sez. 2, n. 17595/2020, Varrone, Rv. 658900-02**).

L'art. 345, comma 3, c.p.c., nella versione modificata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, escludeva l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova, ivi compresi i documenti, salvo che, nel quadro delle risultanze istruttorie già acquisite, a meno che non fossero ritenuti indispensabili (le parole «*il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che*» sono poi state soppresse dall'art. 54, dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), perché dotati di un'influenza causale più incisiva rispetto a quella delle prove già rilevanti sulla decisione finale della controversia; su tale attitudine, positiva o negativa, della nuova produzione a dissipare lo stato di incertezza il giudice d'appello è tenuto a fornire un'espressa motivazione (**Sez. 2, n. 15488/2020, Carrato, Rv. 658677-01**).

La richiesta di rinnovare la consulenza tecnica d'ufficio, le cui valutazioni siano state fatte proprie dal giudice di primo grado, non incorre nel divieto previsto dall'art. 345 c.p.c., poiché non viene chiesta l'ammissione di un nuovo mezzo di prova (**Sez. 2, n. 26709/2020, Criscuolo, Rv. 659724-01**), né la mancata prospettazione al consulente tecnico di ufficio di rilievi critici entro il secondo termine previsto dall'art. 195, comma 3, c.p.c. (così come modificato dalla l. n. 69 del 2009) preclude alla parte di arricchire e meglio specificare le contestazioni difensive in sede di gravame (**Sez. L, n. 18657/2020, Pagetta, Rv. 658596-01**).

L'art. 345 c.p.c. vieta in appello l'acquisizione di prove nuove e, quindi, di documenti non introdotti prima dell'introduzione del gravame: il divieto non riguarda i documenti contenuti nel fascicolo di parte di primo grado, ove prodotti nell'osservanza delle preclusioni probatorie di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c., restando irrilevante la perentorietà del termine, operante solo nella fase decisoria di primo grado, dell'art. 169, comma 2, c.p.c. (**Sez. 2, n. 21571/2020, Bellini, Rv. 659323-01**); anzi, è onere dell'appellante produrre o ripristinare in appello, se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali si basa il gravame o comunque attivarsi perché tali documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, senza che gli stessi possano qualificarsi come "nuovi" (**Sez. 6-2, n. 16340/2020, Scarpa, Rv. 658791-01**).

Nel rito del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice d'appello, che può essere utilizzato a prescindere dalla maturazione di preclusioni probatorie in capo alle parti ai sensi e nei limiti dell'art. 437 c.p.c., ha quali presupposti la ricorrenza di una *semiplena probatio* e l'individuazione *ex actis* di una "pista probatoria", la quale può rinvenirsi pure nell'indicazione di un teste *de relato* in primo grado (**Sez. L, n. 26597/2020, Bellè, Rv. 659625-01**).

Non costituisce violazione dell'art. 437 c.p.c. - e, quindi, del divieto di ingresso di nuovi mezzi di prova - l'acquisizione in appello di conteggi di parte, posto che tale attività contabile ben potrebbe essere svolta dal medesimo o affidata ad un consulente tecnico d'ufficio (**Sez. L, n. 22670/2020, Spena, Rv. 659333-01**).

Il principio *iura novit curia* - dal quale si evince l'estraneità delle norme giuridiche al divieto *ex* art. 345 c.p.c. - non riguarda le disposizioni secondarie e gli atti amministrativi, sicché i regolamenti concernenti le norme di sicurezza degli impianti sportivi, atti volti a disciplinare le attività sportive di associazioni private e ispirati alla "Regolamentazione del CONI", devono essere considerati alla stregua di documenti e sottoposti al regime preclusivo dettato dalla disposizione succitata (**Sez. 3, n. 03997/2020, Di Florio, Rv. 656902-01**, in una controversia riguardante un incidente verificatosi su un campo di calcetto durante una partita dilettantistica, ha ritenuto inammissibile la produzione - effettuata per la prima volta in appello - dei predetti regolamenti).

8. La decisione e trattazione dell'appello.

L'ordinanza di inammissibilità dell'appello, ai sensi dell'art. 348-*ter* c.p.c., deve essere pronunciata dal giudice competente prima di procedere alla trattazione della causa, a pena di nullità del provvedimento, anche nel rito del lavoro; dovendo la pronuncia collocarsi prima di ogni altra attività, immediatamente dopo la verifica della regolare costituzione delle parti nel giudizio di appello (**Sez. L, n. 10409/2020, Negri Della Torre, Rv. 657870-01**).

Infatti, il giudice d'appello è sempre tenuto a procedere alla preliminare verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, anche quando - a norma dell'art. 348-*ter*, comma 1, c.p.c. - all'udienza di cui all'articolo 350 debba dichiarare inammissibile l'appello anteriormente alla trattazione: la locuzione «*sentite le parti*» deve essere interpretata in modo da dare effettivo significato all'obbligo di previa audizione, sicché, se dall'esame degli atti risultano vizi di invalidità della notifica dell'atto di appello o risulta che sia stata pretermessa la notifica dell'impugnazione a taluno dei litisconsorti necessari o delle altre parti che abbiano interesse a contraddire, il giudice è tenuto ad adottare i provvedimenti di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., in difetto dei quali l'ordinanza di inammissibilità è affetta da vizio di nullità processuale insanabile (**Sez. 3, n. 12887/2020, Olivieri, Rv. 658020-01**, ha cassato la pronuncia del giudice del gravame che, in un'azione revocatoria dell'atto di dotazione del *trust*, aveva dichiarato l'inammissibilità dell'appello *ex* art. 348-*ter* c.p.c. senza previamente

disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del *trustee*, litisconsorte necessario).

L'ordinanza di inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348-*ter* c.p.c. non presuppone lo scambio di memorie, attività non prevista da alcuna norma di legge e contraria alla *ratio legis*, volta a semplificare e a ridurre i tempi necessari per la definizione delle cause civili (**Sez. 2, n. 09225/2020, Giannaccari, Rv. 657700-01**).

Il procedimento di decisione "semplificato" *ex* artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. non può essere impiegato qualora sia stata proposta una querela di falso, in via principale o incidentale, poiché in tal caso è previsto l'intervento obbligatorio del P. M. e, pertanto, la causa rientra fra quelle di cui all'art. 70, comma 1, c.p.c., alle quali non si applica il c.d. "filtro in appello" (**Sez. 3, n. 12920/2020, D'Arrigo, Rv. 658178-01**).

Alla deliberazione della decisione «*possono partecipare soltanto i giudici che hanno assistito alla discussione*» ai sensi dell'art. 276, comma 1, c.p.c., sicché, in grado di appello, il collegio deliberante deve essere composto dagli stessi magistrati dinanzi ai quali è stata compiuta l'ultima attività processuale e, cioè, la discussione o la precisazione delle conclusioni (in base alla disciplina di cui al novellato art. 352 c.p.c.), a pena di nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice (**Sez. 6-2, n. 15660/2020, Criscuolo, Rv. 658777-01**); pertanto, in base al menzionato principio (estensibile anche al giudice monocratico), non potendo essere sostituito un componente nella fase compresa tra l'udienza di precisazione delle conclusioni ed il deposito della sentenza, se non previa rinnovazione di detta udienza, è nulla la pronuncia emessa da un collegio composto diversamente da quello che aveva assunto la causa in decisione, anche se emessa in seguito alla concessione, *ex* art. 101, comma 2, c.p.c., di termine alle parti per memorie su una questione rilevata d'ufficio (**Sez. 1, n. 04255/2020, Scotti, Rv. 657073-01**).

Anche negli appelli già pendenti alla data di entrata in vigore della modifica dell'art. 352 c.p.c. introdotta dall'art. 27, comma 1, l. n. 183 del 2011, il giudice del gravame ha facoltà, al termine della discussione, di redigere immediatamente il dispositivo e la concisa motivazione della sentenza ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. norma applicabile, in assenza di un'espressa previsione che ne limiti l'operatività, pure nel secondo grado di giudizio. (**Sez. 6-3, n. 00344/2020, Scrima, Rv. 656551-01**).

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

(di SALVATORE SAIJA)

SOMMARIO: 1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa - 2. Il procedimento. a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito. b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. c) L'interesse ad impugnare. d) La legittimazione attiva. e) L'impugnazione incidentale. f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso e del controricorso. L'inammissibilità. g) I vizi denunciabili. h) Ulteriori questioni procedurali. - 3. Il giudizio di rinvio.

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa.

Come sempre, il tema dell'accesso al giudizio di legittimità e del suo svolgimento, anche per il 2020, è stato centrale nell'attività della S.C. Non mancano, infatti, numerose pronunce che, attraverso una incessante opera di cesellatura, contribuiscono a via via definire e cristallizzare l'esatta portata di quelle norme - si pensi alla modifica dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., apportata dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, in tema di motivi di ricorso per cassazione, ovvero alla creazione del rito camerale disposta dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni con la l. 25 ottobre 2016, n. 197 - dettate negli ultimi anni per incrementare la produttività e, ad un tempo, per smaltire il grave arretrato che affligge la stessa S.C.

Com'è noto, il percorso di ogni nuovo ricorso per cassazione, per effetto di tale ultimo intervento normativo - premessa la consueta tripartizione dei ricorsi relativamente alla destinazione, ossia a) quelli destinati *ab origine* alle Sezioni Unite, b) i regolamenti di competenza e di giurisdizione e c) ogni altro ricorso (alla Sezione ordinaria) - vede per questi ultimi il sistema del "triplo binario".

Infatti, da un lato è stata accentuata la cameralizzazione del procedimento (già prevista, com'è noto, dall'art. 375 c.p.c. e regolata dall'art. 380-*bis* c.p.c.), prevedendosi: a) una procedura camerale di definizione accelerata (e senza partecipazione delle parti) per i ricorsi destinati alla declaratoria di inammissibilità o improcedibilità, ovvero manifestamente fondati o infondati, da definirsi in sesta sezione civile (c.d. sezione "filtro"); b) una procedura camerale di sezione semplice (anche qui, senza partecipazione delle parti), per i ricorsi di rilevanza non nomofilattica, ossia quelli in cui vengano in rilievo solo elementi attinenti allo *ius litigatoris*; c) la pubblica udienza per i ricorsi a rilevanza nomofilattica, ove cioè si presentino questioni attinenti allo *ius constitutionis*.

Tale assetto è stato poi intercettato, seppur marginalmente, dalla disciplina emergenziale derivante dalla pandemia da Covid-19, che ha purtroppo influito - come del resto in ogni aspetto della vita quotidiana - anche sul regolare svolgimento dell'attività giudiziaria, compresa quella della S.C.

Così**, Sez. T, n. 26480/2020, Guida, Rv. 659507-01**, ha affermato che la causa può essere trattata, anziché in pubblica udienza, con il nuovo rito camerale "non partecipato", ai sensi degli artt. 375 e 380-*bis*.1 c.p.c., in presenza di particolari ragioni giustificative, purché obiettive e razionali, tra cui rientra l'esigenza di evitare, nel periodo di emergenza epidemiologica da Covid-19, assembramenti all'interno degli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone, alla luce sia dell'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, conv., con modif., in l. n. 77 del 2020 - che consente, fino a cessata emergenza sanitaria, la trattazione scritta delle cause civili (cd. udienza cartolare) - sia delle misure organizzative adottate dal Primo presidente della Cassazione, con propri decreti, al fine di regolamentare l'accesso ai servizi. Sempre sul tema, in relazione alle problematiche derivanti dal rinvio d'ufficio di adunanze camerali già fissate, in applicazione della legislazione emergenziale conseguente alla pandemia da Covid-19, **Sez. L, n. 18960/2020, Garri, Rv. 658909-01**, ha statuito doversi fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c. e che le parti possono depositare memorie telematicamente, ai sensi dell'art. 83, comma 11-*bis*, del d.l. n. 18 del 2020, conv. in l. n. 27 del 2020, nel rispetto dei termini di legge, pur se non si siano avvalse di detta facoltà rispetto all'udienza poi rinviata d'ufficio, in armonia con l'esigenza di illustrare le difese già svolte in prossimità dell'adunanza fissata per la decisione.

Allo stato, non risultano pubblicate altre pronunce sul tema. Sono andati, invece, delineandosi alcuni orientamenti affermati negli anni più recenti.

Così, in linea con Sez. U, n. 01914/2016, Di Iasi, Rv. 638368-01, la recente **Sez. 2, n. 09225/2020, Giannaccari, Rv. 657700-01**, ha affermato che l'ordinanza che pronunci l'inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. non è impugnabile con ricorso ordinario per cassazione, allorché vengano lamentate la mancata concessione di un termine per lo scambio di memorie e l'omessa relazione da parte del giudice relatore e del presidente, giacché le stesse, da un lato, non sono previste da alcuna norma di legge e, dall'altro, tali adempimenti sono contrari alla "ratio" dell'art. 348-ter c.p.c., che mira a semplificare e a ridurre i tempi necessari per la definizione delle cause civili. Con specifico riferimento al rito del lavoro, **Sez. L, n. 10409/2020, Negri della Torre, Rv. 657870-01**, ha affermato che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c., deve essere pronunciata dal giudice

competente prima di procedere alla trattazione della causa, sicché la stessa, ove emessa successivamente, risultando viziata per violazione della legge processuale, è affetta da nullità. Ciò vale, per l'appunto, anche nel rito del lavoro, giacché, da un lato, l'art. 436-*bis* c.p.c., nell'estendere all'udienza di discussione la disciplina degli artt. 348-*bis* e *ter* c.p.c., non contiene alcuna proposizione che faccia riferimento ad una misura di compatibilità di detta disciplina con i tratti peculiari del rito speciale e, dall'altro, l'udienza di discussione, pur nella sua formale unicità, può scindersi in frazioni o segmenti successivi ordinatamente volti a configurare momenti distinti, ciascuno connotato da una specifica funzione processuale, con l'effetto di definire il luogo del compimento, da parte del giudice, di singole attività.

Sez. 3, 12887/2020, Olivieri, Rv. 658020-01, ha poi stabilito che il giudice d'appello, prima di emettere l'ordinanza di inammissibilità ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c., è in ogni caso tenuto a procedere alla preliminare verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, solo così potendo darsi effettivo significato all'obbligo di previa audizione delle parti; pertanto, se dall'esame degli atti risultano vizi di invalidità della notifica dell'atto di appello o risulta che sia stata pretermessa la notifica dell'impugnazione a taluno dei litisconsorti necessari (nella specie, del *trustee*, in tema di revocatoria dell'atto di dotazione di un *trust*) o delle altre parti che abbiano interesse a contraddire, il giudice è tenuto ad adottare i provvedimenti di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., in difetto dei quali l'ordinanza di inammissibilità, affetta da vizio di nullità processuale insanabile, è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione.

Quanto al contenuto del ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 348-ter, comma 3, c.p.c., **Sez. 6-3, n. 21369/2020, Dell'Utri, Rv. 659564-01**, ha affermato che, trovando applicazione le disposizioni di cui agli artt. 329 e 346 dello stesso c.p.c., la parte deve fornire l'indicazione che la questione sollevata in sede di legittimità era stata devoluta, quale specifico motivo di appello, al giudice del gravame dichiarato inammissibile *ex* art. 348-*bis* c.p.c. In termini per certi versi analoghi**, Sez. 1, n. 27703/2020, Tricomi, Rv. 659884-02**, ha infine affermato che in caso di ricorso proposto "per saltum" avverso la sentenza di primo grado, l'atto d'appello e la relativa ordinanza d'inammissibilità, pronunciata ai sensi dell'art. 348-*bis* c.p.c., costituiscono requisiti processuali speciali di ammissibilità; ne deriva che, ai sensi dell'art. 366, n. 3, c.p.c., è necessario che nel ricorso per cassazione sia fatta espressa menzione sia dei motivi di appello, sia della motivazione dell'ordinanza *ex* art. 348-*bis* c.p.c., al fine di evidenziare l'insussistenza di un giudicato interno sulle questioni

sottoposte al vaglio del giudice di legittimità e già prospettate al giudice del gravame.

Viene poi in rilievo la questione della c.d. "doppia conforme in facto", che come è noto, ai sensi dell'art. 348-ter, commi 4 e 5, c.p.c., determina la non proponibilità del ricorso per cassazione limitatamente al motivo di censura di cui al riformulato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.; in proposito, va segnalata la recente **Sez. L, n. 24395/2020, Cavallaro, Rv. 659540-01**, secondo cui la preclusione in discorso vale a maggior ragione laddove si denunci un preteso travisamento della prova - che presuppone la constatazione di un errore di percezione o ricezione della prova da parte del giudice di merito - dapprima valutabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio logico di insufficienza della motivazione, non più deducibile a seguito della novella apportata all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv. dalla l. n. 134 del 2012, che ha reso inammissibile la censura per insufficienza o contraddittorietà della motivazione.

Dal punto di vista del regime intertemporale, ossia, avuto riguardo ai giudizi già pendenti alla data di entrata in vigore dell'art. 380-*bis*.1 c.p.c. (30 ottobre 2016), sembra essersi dissolto il contrasto giurisprudenziale in atto circa il diritto delle parti costituitesi tardivamente (nei giudizi già pendenti) di depositare memorie scritte, nel termine di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c., in favore dell'orientamento estensivo e maggioritario, che si fonda sulla necessità di evitare disparità di trattamento rispetto ai processi trattati in pubblica udienza, in attuazione dei principi del giusto processo. Così, **Sez. T, n. 05508/2020, Perrino, Rv. 657368-01**, ha ribadito che per i ricorsi già depositati alla data del 30 ottobre 2016 e per i quali venga successivamente fissata adunanza camerale, la parte intimata che non abbia provveduto a notificare e a depositare il controricorso nei termini di cui all'art. 370 c.p.c. ma che, in base alla pregressa normativa, avrebbe ancora la possibilità di partecipare alla discussione orale, per sopperire al venir meno di siffatta facoltà può presentare memoria, munita di procura speciale, nei medesimi termini entro i quali può farlo il controricorrente, trovando in tali casi applicazione l'art. 1 del Protocollo di intesa sulla trattazione dei ricorsi presso le Sezioni civili della Corte di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016 tra il Consiglio Nazionale Forense, l'Avvocatura generale dello Stato e la Corte di cassazione. In senso conforme s'è anche espressa **Sez. T, 22362/2020, Nonno, Rv. 659083-01**.

Per quanto invece concerne la facoltà di deposito della memoria in discorso "a regime" (ossia, per i ricorsi notificati dal 30 ottobre 2016 in poi), **Sez. L, n. 23921/2020, Bellé, Rv. 659281-02**, ha senz'altro affermato che nell'ambito del procedimento camerale di cui all'art. 380-*bis*.1 c.p.c., l'inammissibilità del

controricorso tardivo rende inammissibili anche le memorie depositate dalla parte intimata ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., in quanto, divenuta la trattazione camerale la regola e quella in udienza pubblica l'eccezione, deve trovare comunque applicazione la preclusione dell'art. 370 c.p.c., di cui la parte inosservante delle regole del rito non può che subire le conseguenze pregiudizievoli, salvo il parziale recupero delle difese orali nel caso in cui sia fissata udienza di discussione, con la conseguenza che venuta a mancare tale udienza alcuna attività difensiva è più consentita.

Ancora, riguardo al nuovo procedimento camerale "non partecipato", **Sez. 1, n. 08216/2020, Caiazzo, Rv. 657566-01**, ha ribadito che le memorie *ex* art. 380-*bis* c.p.c., se depositate a mezzo posta, devono essere dichiarate inammissibili e il loro contenuto non può essere esaminato, non essendo applicabile per analogia il disposto dell'art. 134, comma 5, disp. att. c.p.c., che riguarda esclusivamente il ricorso e il controricorso.

Assai interessante è **Sez. 2, n. 18127/2020, Scarpa, Rv. 658962-01**, secondo cui l'art. 380-*bis*.1 c.p.c. consente alle parti di depositare le loro memorie non oltre dieci giorni prima dell'adunanza in camera di consiglio, sicché non può intendersi preclusa alla medesima parte, nel rispetto dell'anzidetto termine, la presentazione di più memorie, senza che il deposito di una prima memoria implichi la consumazione del potere di difesa scritta.

Quanto alle modalità di produzione in giudizio, **Sez. T, n. 27672/2020, Nicastro, Rv. 659534-01**, ha precisato che è legittimamente esaminabile la memoria ex art. 380-*bis*.1 c.p.c. depositata telematicamente dal ricorrente mediante l'invio - dall'indirizzo PEC indicato dal difensore in sede di costituzione in giudizio - all'indirizzo PEC della cancelleria della sezione e da questa tempestivamente ricevuta, considerati sia l'equiparazione della PEC alla raccomandata stabilita dal vigente art. 6, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 82 del 2005 (già art. 48, comma 2, del medesimo decreto), recante il Codice dell'amministrazione digitale, sia i principi generali della strumentalità delle forme degli atti processuali e del raggiungimento dello scopo degli stessi. In senso sostanzialmente conforme, **Sez. T, n. 28174/2020, Condello, Rv. 659986 - 01, nonché Sez. T, n. 28175/2020, Condello, non massimata**.

Sempre riguardo al rito camerale "non partecipato", Sez. L, n. 11699/2020, Bellé, Rv. 657977-01, ha ribadito che la produzione di documenti, *ex* art. 372 c.p.c., effettuata dalla parte che abbia depositato tardivamente il controricorso, al quale i predetti documenti siano stati allegati, è valida ed efficace, a condizione che la parte medesima si avvalga della facoltà di presentare memorie in vista dell'adunanza camerale.

Per quanto concerne il ricorso per cassazione «per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», come oggi previsto dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., riformato dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, deve evidenziarsi il contrasto di giurisprudenza circa la denunciabilità, col mezzo predetto, di errori o omissioni concernenti le risultanze della CTU.

In particolare, **Sez. 6-3, n. 18598/2020, Scrima, Rv. 659088-01** ha ribadito che detto vizio può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., risolvendosi nell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Secondo tale pronuncia, detto vizio può ricorrere anche nel caso in cui nel corso del giudizio di merito siano state espletate più consulenze tecniche, in tempi diversi e con difformi soluzioni prospettate, ed il giudice si sia uniformato alla seconda consulenza omettendo il confronto con le eventuali censure di parte senza giustificare la propria preferenza, limitandosi ad un'acritica adesione ad essa, ovvero si sia discostato da entrambe le soluzioni senza alcuna indicazione dei criteri probatori e degli elementi di valutazione specificamente seguiti.

In senso diametralmente opposto si pone, invece, la stessa sottosezione con altra pronuncia. **Sez. 6-3, n. 12387/2020, Vincenti, Rv. 658062**, infatti, ha affermato che il "nuovo" art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c., introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione circa l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, nel cui ambito non è inquadrabile la consulenza tecnica d'ufficio, in quanto essa costituisce mero elemento istruttorio da cui è possibile trarre il "fatto storico", rilevato e/o accertato dal consulente. Di conseguenza, la S.C. ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso con cui ci si era limitati a denunciare una omessa valutazione delle risultanze della CTU, senza però evidenziare quale "fatto storico" decisivo il giudice d'appello avesse omesso di esaminare.

In materia di "filtro" (si rammenta che la sesta sezione civile, cui è demandato il compito di effettuare l'esame preliminare, è stata istituita a seguito della modifica apportata all'art. 376 c.p.c. dall'art. 47 della l. 18 giugno 2009, n. 69), **Sez. 6-2, n. 02720/2020, Scarpa, Rv. 657246-01**, ha ribadito che non ricorre l'obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c., in capo al giudice relatore autore della proposta di cui al primo comma dell'art. 380-*bis* c.p.c., in quanto detta proposta non riveste carattere decisorio, essendo destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per il collegio stesso, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o

modificarla, infine precisando che né il contenuto e la funzione di tale disposizione sono mutati all'esito del Protocollo di intesa tra la Corte di cassazione, il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del "nuovo rito" ai giudizi civili di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016, che ha previsto l'"informazione circa le ragioni dell'avvio del ricorso alla trattazione in adunanza camerale".

Sez. 6-3, n. 17893/2020, Rossetti, Rv. 658757-01, ha poi confermato che la memoria di cui all'art. 380-*bis* c.p.c. non può contenere nuove censure, ma solo illustrare quelle già proposte.

Di sicuro interesse è anche **Sez. 6-3, n. 26056/2020, De Stefano, Rv. 659924-01**, secondo cui è pienamente ammissibile la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. pure ove si imponga la necessità di cassare senza rinvio la sentenza gravata ai sensi dell'art. 382, comma 3, secondo periodo, c.p.c., ancorché si tratti di ipotesi non prevista testualmente dall'art. 375 c.p.c. Inducono a tale conclusione sia ragioni di economia processuale, desumibili dall'interpretazione costituzionalmente orientata della norma secondo il canone della ragionevole durata del processo, sia l'assenza di pregiudizio per il diritto di difesa delle parti, in quanto poste in grado di interloquire preventivamente sulla questione con le memorie di cui all'art. 380-*bis* c.p.c., sia per l'identità strutturale del vizio di improseguibilità del processo rispetto a quelli, parimenti in rito, per cui è prevista la pronuncia camerale.

Infine, va segnalata **Sez. 2, n. 29629/2020, De Marzo, Rv. 659979**, che - benché adottata nell'ambito del procedimento camerale di sezione semplice, e non già nell'ambito del "filtro" demandato alla sezione sesta - ha ribadito l'insegnamento di Sez. U., n. 07155/2017, Didone, Rv. 643549-01, secondo cui lo scrutinio *ex* art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., da svolgersi relativamente ad ogni singolo motivo e con riferimento al momento della decisione, impone, come si desume in modo univoco dalla lettera della legge, una declaratoria d'inammissibilità, che può rilevare ai fini dell'art. 334, comma 2, c.p.c., sebbene sia fondata, alla stregua dell'art. 348-*bis* c.p.c. e dell'art. 606 c.p.p., su ragioni di merito, atteso che la funzione di filtro della disposizione consiste nell'esonerare la Suprema Corte dall'esprimere compiutamente la sua adesione al persistente orientamento di legittimità, così consentendo una più rapida delibazione dei ricorsi "inconsistenti".

2. Il procedimento.

Di seguito, raggruppate per argomento, si segnalano le più rilevanti pronunce su questioni attinenti al procedimento.

a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito. Sul piano generale, va anzitutto segnalata **Sez. T, n. 13067/2020, P. Di Marzio, Rv. 658105-01,** secondo cui la notifica effettuata al difensore in grado d'appello presso cui il contribuente abbia eletto domicilio è valida anche quando questi sia privo di abilitazione al patrocinio innanzi le magistrature superiori; detta abilitazione è viceversa essenziale quando la parte soccombente intenda impugnare la pronuncia sfavorevole in cassazione, in quanto funzionale ad investire il difensore designato del potere di proporre tale gravame.

Assai interessante è **Sez. T, n. 16807/2020, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 658773-02**, secondo cui nel giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, il decreto del Ministro della giustizia che, attestando il periodo di mancato funzionamento di un pubblico ufficio, disponga la proroga dei termini per la notificazione del ricorso, deve essere prodotto nel rispetto delle regole valevoli per i documenti il cui deposito è ammissibile in sede di legittimità e, in particolare, in ossequio all'art. 372 c.p.c., trattandosi di atto avente natura amministrativa meramente ricognitivo delle circostanze a cui la legge ricollega la proroga, come tale privo di valore normativo e perciò sottratto all'operatività del principio *iura novit curia*.

Del tutto peculiare è poi la pronuncia di **Sez. 1, n. 25437/2020, Scotti, Rv. 659658-01**, secondo cui, ove la stessa parte abbia proposto due ricorsi avverso la medesima decisione con il ministero di due distinti difensori, senza che l'ultimo risulti designato in sostituzione dell'altro, è ammesso l'esame del solo ricorso notificato per primo, perché nell'ordinamento processuale civile vige il principio della consumazione del potere di impugnazione, per effetto del quale, una volta che tale potere venga esercitato, si esaurisce la facoltà di critica della decisione pregiudizievole, salvo che tale ricorso non sia stato già dichiarato inammissibile o improcedibile e che quello successivamente notificato rispetti il termine di decadenza previsto dalla legge.

Diversa è, però, la fattispecie esaminata da **Sez. T, n. 15582/2020, Crucitti, Rv. 658403-01**. Si è infatti stabilito che nell'ipotesi in cui vengano iscritti due ricorsi per cassazione di identico contenuto, proposti dalla stessa parte (e col ministero del medesimo difensore) contro la medesima sentenza, uno in via principale e l'altro in via incidentale rispetto al ricorso principale di un'altra parte, qualora la loro notificazione sia stata coeva, in sede di loro riunione, deve essere

data priorità di esame a quello iscritto per primo, e, se esso sia ammissibile e procedibile, la sua decisione rende inammissibile, in via sopravvenuta, l'altro ricorso.

Sez. 6-3, n. 27610/2020, Tatangelo, Rv. 660052 - 01, ha ribadito che ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, qualora l'originale dell'atto rechi la firma del difensore munito di procura speciale e l'autenticazione, ad opera del medesimo, della sottoscrizione della parte che la procura ha conferito, la mancanza di tale firma e dell'autenticazione nella copia notificata non determinano l'invalidità del ricorso, purché la copia stessa contenga elementi, quali l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che la notifica è stata eseguita ad istanza del difensore del ricorrente, idonei ad evidenziare la provenienza dell'atto dal difensore munito di mandato speciale.

Quanto in particolare al controricorso, **Sez. T, n. 05500/2020, Fuochi Tinarelli, Rv. 657367-01**, ha affermato che esso deve essere notificato nel domicilio eletto dal ricorrente e non presso il procuratore non domiciliatario, senza che la nullità che ne consegue possa ritenersi sanata in caso di assenza di repliche, da parte del ricorrente, riferite al contenuto dell'atto, che ne dimostrino l'avvenuta piena conoscenza da parte sua.

In ambito tributario, **Sez. T, n. 06855/2020, Zoso, Rv. 657394-01**, ha statuito che la notificazione degli atti dell'Amministrazione finanziaria può essere effettuata a mezzo di messo, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 546 del 1992, soltanto in primo grado e in appello, ma non anche nel giudizio di cassazione, per il quale vale la regola di cui all'art. 137 c.p.c., stante l'applicabilità di tale disposizione anche in materia tributaria per effetto dell'integrale rinvio alle norme codicistiche operato dall'art. 62 del d.lgs. n. 546 del 1992, sicché la notificazione eseguita in tale sede dal messo anziché dall'ufficiale giudiziario ne determina la nullità (ma non l'inesistenza).

Ancora in ambito tributario, **Sez. T, n. 27976/2020, P. Di Marzio, Rv. 659819-01** (in conformità con **Sez. T, n. 01954/2020, Mucci, Rv. 656778-01**), ha ribadito che la notifica del ricorso per cassazione può essere effettuata dal contribuente, alternativamente, tanto presso la sede centrale dell'Agenzia delle Entrate, quanto presso i suoi uffici periferici, considerati sia il carattere unitario dell'Ufficio, sia il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che impone di ridurre al massimo le ipotesi di inammissibilità, sia il carattere impugnatorio del processo tributario, che attribuisce la qualità di parte necessaria all'organo che ha emesso l'atto o il provvedimento impugnato.

La questione del subentro di Agenzia delle Entrate-Riscossione alle società del Gruppo Equitalia continua poi ad occupare, sotto vari profili, la S.C. Così,

con ordinanza interlocutoria, **Sez. U, n. 02087/2020, De Stefano, Rv. 656705-01**, si è statuito che l'ultrattività del mandato in origine conferito al difensore dell'agente della riscossione, nominato e costituito nel giudizio concluso con la sentenza oggetto del ricorso per cassazione, non opera, ai fini della ritualità della notifica del ricorso avverso la sentenza pronunciata nei confronti dell'agente della riscossione originariamente parte in causa, poiché la cessazione di questo e l'automatico subentro del successore sono disposti da una norma di legge, quale il d.l. n. 193 del 2016; pertanto, la notifica del ricorso eseguita al suo successore *ex lege*, cioè l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, nei confronti di detto originario difensore è invalida ma tale invalidità integra una mera nullità, suscettibile di sanatoria, vuoi per spontanea costituzione dell'agenzia stessa, vuoi a seguito della rinnovazione dell'atto introduttivo del giudizio da ordinarsi - in caso carenza di attività difensiva della parte intimata - ai sensi dell'art. 291 c.p.c. presso la competente avvocatura dello Stato da indentificarsi nell'Avvocatura generale in Roma.

Sez. U, n. 07454/2020, Conti, Rv. 657417-01, ha affermato che il termine, di complessivi quaranta giorni, di cui agli art. 369 e 370 c.p.c., per il deposito del controricorso per cassazione con contestuale ricorso incidentale decorre, nel caso di notifica reiterata nei confronti della medesima parte, dalla data della prima notifica, a meno che detta notifica non sia viziata da nullità, nel qual caso il termine stesso decorrerà dalla data della seconda notifica. Ne consegue che la reiterazione della notifica del ricorso per cassazione alla stessa parte, una volta che il procedimento notificatorio si sia già validamente perfezionato, non vale a segnare una nuova decorrenza del termine per la proposizione del controricorso.

Ancora, per il caso in cui il ricorso per cassazione sia notificato all'Avvocatura distrettuale dello Stato anziché all'Avvocatura Generale dello Stato, **Sez. 6-3, n. 12410/2020, Scrima, Rv. 658064-01**, ha affermato che il vizio della notifica è sanato, con efficacia *ex tunc,* dalla costituzione in giudizio del destinatario del ricorso, da cui si può desumere che l'atto abbia raggiunto il suo scopo; tuttavia, poiché la sanatoria è contestuale alla costituzione del resistente, deve ritenersi tempestiva la notifica del controricorso ancorché intervenuta oltre il termine di cui all'art. 370 c.p.c., non avendo tale termine iniziato il suo decorso in ragione dell'inefficacia della notifica dell'atto introduttivo.

D'altra parte, sempre nel caso di notifica del ricorso per cassazione presso l'Avvocatura distrettuale, anziché presso l'Avvocatura generale dello Stato, secondo **Sez. 1, n. 06924/2020, Scalia, Rv. 657479-01**, la declaratoria di inammissibilità del ricorso esonera la S.C. dal disporre la rinnovazione della notificazione dello stesso nulla, in applicazione del principio della ragionevole

durata del processo che impone al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c., di evitare e impedire i comportamenti che ostacolino una sollecita definizione del giudizio, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuale e in formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo.

Diversi provvedimenti sono stati adottati in tema di **notifica** del ricorso per cassazione, o del controricorso, a mezzo del servizio di posta elettronica certificata (PEC).

Così, **Sez. 6-3, n. 03164/2020, Gianniti, Rv. 657013-01**, ha affermato che la notificazione di un atto (nella specie, controricorso) eseguita ad un soggetto, obbligato per legge a munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, si ha per perfezionata con la ricevuta con cui l'operatore attesta di avere rinvenuto la cd. casella PEC del destinatario "piena", da considerarsi equiparata alla ricevuta di avvenuta consegna, in quanto il mancato inserimento nella casella di posta per saturazione della capienza rappresenta un evento imputabile al destinatario, per l'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi.

In relazione al tema della tempestività della notifica del ricorso, **Sez. 6-2, n. 10355/2020, Tedesco, Rv. 657819-01**, ha affermato che l'indicazione compiuta dalla parte, che pure abbia eletto domicilio ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934, di un indirizzo di posta elettronica certificata, senza che ne sia circoscritta la portata alle sole comunicazioni, implica l'obbligo di procedere alle successive notificazioni nei confronti della stessa parte esclusivamente in via telematica; ne consegue che, a fronte di siffatta indicazione, la notifica della sentenza d'appello presso il domiciliatario, anziché presso l'indirizzo di posta elettronica, è inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione per la proposizione del ricorso per cassazione. Pertanto, la S.C. ha considerato, nella specie, tempestivamente proposto il ricorso per cassazione (notificato oltre il termine c.d. breve), per non essere stata la sentenza di appello notificata all'indirizzo PEC indicato nell'atto di citazione in appello, ove la parte aveva peraltro precisato di voler ricevere "le comunicazioni e notificazioni nel corso del giudizio".

Ancora, è stato ribadito il principio dell'onere di ripresa della notificazione anche in tema di notifiche a mezzo PEC. **Sez. L, n. 17577/2020, Calafiore, Rv. 658886-01**, ha infatti affermato che in caso di notifica di atti processuali non andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento, ossia senza superare il limite di tempo

pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa. Pertanto, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione che, spedito a mezzo PEC alle ore 20.21 dell'ultimo giorno utile per la proposizione, non era stato accettato immediatamente ma il giorno successivo, senza che il notificante si fosse attivato per la ripresa del procedimento notificatorio.

E ancora, **Sez. 2, n. 23951/2020, Fortunato, Rv. 659394-01**, ha ribadito che il ricorso in origine analogico, successivamente riprodotto in formato digitale ai fini della notifica telematica *ex* art. 3-*bis* l. n. 53 del 1994, munito dell'attestazione di conformità all'originale, non richiede la firma digitale dei difensori (che, invece, deve essere presente in calce alla notifica effettuata a pezzo PEC), perché è sufficiente che la copia telematica rechi la menzionata attestazione di conformità, redatta secondo le disposizioni vigenti "ratione temporis", non assumendo peraltro rilievo la circostanza che il file digitale rechi il formato "pdf" anziché "p7m".

Quanto alle **attività successive alla notifica del ricorso e del controricorso**, va qui anzitutto segnalata Sez. L, n. 03466/2020, Raimondi, Rv. 656775-01, che ha ribadito che il ricorso per cassazione, proposto nel termine breve di sessanta giorni dalla notifica della sentenza impugnata, è improcedibile se il ricorrente, unitamente alla copia autentica della sentenza, non deposita - nei termini di cui all'art. 369, comma 1, c.p.c. - anche la relazione di notificazione della stessa, né il vizio, rilevabile d'ufficio, è sanabile dalla non contestazione da parte del controricorrente.

Sez. L. n. 00104/2020, Ghinoy, Rv. 656500-01, ha anche affermato che il tardivo deposito dell'originale del ricorso ne comporta l'improcedibilità, indipendentemente dall'avvenuta sua trasmissione in via telematica nei termini di cui all'art. 369 c.p.c., né sussistono i presupposti per una rimessione in termini fondata sull'errore scusabile (nella specie ingenerato dalla ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna dell'invio telematico), atteso che la normativa vigente non ammette ancora i depositi in via telematica nei giudizi innanzi alla Corte di Cassazione.

In senso sostanzialmente conforme, Sez. U, n. 06074/2020, Mercolino, Rv. 657219-03, ha quindi precisato che nel giudizio di legittimità, il deposito del ricorso non può aver luogo mediante trasmissione per posta elettronica certificata, ai sensi dell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012, atteso che l'operatività della disciplina del processo telematico resta attualmente limitata, ai sensi del d.m. 19 gennaio 2016, alle sole comunicazioni e notificazioni effettuate dalle cancellerie delle sezioni civili, non

essendo stato ancora emanato il decreto ministeriale previsto dal comma 6 del citato art. 16-*bis*, il quale, previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, fa decorrere il termine per l'applicabilità, agli uffici giudiziari diversi dai tribunali, della disciplina dettata dai primi quattro commi della medesima disposizione.

A tale ultimo proposito, va peraltro evidenziato che, in forza del Protocollo d'intesa siglato il 15 ottobre 2020 tra il Ministero della Giustizia, la Corte di cassazione, la Procura Generale presso la Corte di cassazione, l'Avvocatura dello Stato, il Consiglio Nazionale Forense e l'Organismo Congressuale Forense si è convenuto che - previa emanazione del d.m. di cui all'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012, conv. in l. n. 221 del 2012 - si dia avvio al processo civile telematico di cassazione con deposito facoltativo degli atti introduttivi a partire dal 15 gennaio 2021, e con passaggio alla fase obbligatoria dal 17 aprile 2021 in poi.

Tornando alle modalità di deposito, poi, **Sez. 3, n. 08513/2020, Scrima, Rv. 657809-01**, ha ribadito che il ricorso per cassazione, che sia inoltrato a mezzo di corriere privato e pervenga alla cancelleria dopo il decorso del termine indicato dall'art. 369 c.p.c., deve essere dichiarato improcedibile poiché le disposizioni in materia di trasmissione di atti a mezzo del servizio postale e, in particolare, l'art. 3 della l. n. 59 del 1979, secondo cui il deposito si ha per avvenuto alla data della spedizione, non sono estensibili agli altri strumenti di consegna.

Infine, **Sez. 2, n. 29092/2020, Dongiacomo, non massimata**, ha ribadito che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, senza attestazione di conformità del difensore *ex* art. 9, commi 1-*bis* e 1-*ter*, della l. n. 53 del 1994 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'improcedibilità ove il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli *ex* art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 82 del 2005. Viceversa, ove il destinatario della notificazione a mezzo PEC del ricorso nativo digitale rimanga solo intimato (così come nel caso in cui non tutti i destinatari della notifica depositino controricorso) ovvero disconosca la conformità all'originale della copia analogica non autenticata del ricorso tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio.

Il principio è stato nuovamente affermato anche da **Sez. U, n. 29175/2020, Stalla, Rv. 660009 - 01.**

b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità *ex* art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. Strettamente connesso al tema del deposito del ricorso in cancelleria è quello del deposito di copia conforme della sentenza, la cui mancanza determina anch'essa l'improcedibilità del ricorso.

Sul piano generale, va **segnalata Sez. 1, n. 14347/2020, Scrima, Rv. 658386-01**, che ha ribadito che la produzione di copia incompleta della sentenza impugnata è causa di improcedibilità del ricorso per cassazione *ex* art. 369 c.p.c. solo ove non consenta di dedurre con certezza l'oggetto della controversia e le ragioni poste a fondamento della pronuncia. Pertanto, la S.C. ha nella specie escluso la declaratoria di improcedibilità, a causa della mancanza nella copia depositata di una pagina del provvedimento impugnato, giacché da detta copia erano pienamente evincibili sia l'oggetto della controversia che le ragioni della decisione.

Nel corso del 2020, non risultano massimate pronunce specificamente attinenti al problema del deposito della sentenza redatta o notificata con modalità telematica, in prosecuzione dell'insegnamento di Sez. U, n. 08312/2019, Tria, Rv. 653597-01, 02, 03 e 04 - comunque ribadita da **Sez. U, n. 29175/2020, Stalla, 660009 - 01** - fatta eccezione per la peculiare questione decisa da **Sez. 1, n. 06907/2020, Rossetti, Rv. 657478-01**, che ha affermato che qualora la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta ai fini del ricorso per cassazione può essere redatta, ai sensi dell'art. 9, commi 1-*bis* e 1-*ter,* della legge n. 53 del 1994, dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono, anche nel caso in cui allo stesso fosse stata conferita una procura speciale per quel singolo grado, sino a quando il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore.

Con specifico riferimento all'ambito della protezione internazionale, poi, **Sez. 1, n. 14839/2020, Ferro, Rv. 658390-01**, ha affermato che il ricorrente per cassazione che agisca ai sensi dell'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 è tenuto ad allegare l'avvenuta comunicazione del decreto impugnato (o la mancata esecuzione di tale adempimento), producendo, a pena d'improcedibilità, copia autentica del provvedimento unitamente alla relazione di comunicazione, munita di attestazione di conformità delle ricevute PEC, fermo restando che il mancato deposito di tale relazione é irrilevante non solo nel caso in cui il ricorso sia comunque notificato entro trenta giorni dalla pubblicazione del decreto (cd. prova di resistenza), ma anche quando essa risulti comunque nella disponibilità della Corte di cassazione, perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero

acquisita a seguito dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio, sempre che l'acquisizione sia stata in concreto effettuata e che da essa risulti l'avvenuta comunicazione, non spettando alla Corte attivarsi per supplire, attraverso tale via, all'inosservanza della parte al precetto posto dall'art. 369, comma 2, c.p.c. (conf. Sez**. 6-1, n. 22324/2020, Marulli, Rv. 659414-01**).

Sempre sul tema, infine, S**ez. 1, n. 08768/2020, Solaini, Rv. 657798-01, Rv. 657798-01**, ha stabilito che il ricorso contro la pronuncia della Corte d'appello che abbia rigettato la domanda di protezione internazionale deve essere proposto, ai sensi dell'art. 369, comma 2, c.p.c., con il deposito, a pena di improcedibilità, della copia autentica del provvedimento impugnato.

c) L'interesse ad impugnare. Sez. 6-T, n. 03991/2020, Crolla, Rv. 656787-01, ha ribadito che l'interesse all'impugnazione - inteso quale manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire e la cui assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo - deve essere individuato in un interesse giuridicamente tutelabile, identificabile nella concreta utilità derivante dalla rimozione della pronuncia censurata, non essendo sufficiente l'esistenza di un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica. Pertanto, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dalla parte che, pur vittoriosa in appello benché non costituita, lamentava l'erronea pronuncia circa la compensazione delle spese di lite. Analogamente, **Sez. 6-1, n. 12678/2020, Ferro, Rv. 658061-01**, ha dichiarato l'inammissibilità del motivo di impugnazione con cui si deduca la violazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, priva di qualsivoglia influenza in relazione alle domande o eccezioni proposte, essendo diretto in definitiva all'emanazione di una pronuncia senza alcun rilievo pratico e difettando, quindi, il relativo interesse. Nello stesso senso, **Sez. 1, n. 15524/2020, Scalia, Rv. 658261-01**, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, ha affermato che l'opponente è privo di interesse a dolersi del fatto che la sentenza impugnata, nel rigettare l'opposizione, non abbia tenuto conto del difetto di una delle condizioni originarie di ammissibilità del decreto ingiuntivo (ossia, la liquidità ed esigibilità del credito ingiunto), quando tale condizione, in realtà, sia maturata immediatamente dopo e comunque prima della definizione del giudizio di opposizione.

Con specifico riferimento al giudizio di legittimità, va poi segnalata **Sez. L., n. 17159/2020, Pagetta, Rv. 658829-02**, secondo cui il ricorso per cassazione proposto al solo scopo di modificare la motivazione della sentenza impugnata - fermo restando il dispositivo - deve ritenersi inammissibile per difetto di un interesse attuale ad ottenere la rimozione di una pronuncia sfavorevole, tanto più

ove risulti investita, come nel caso di specie, la motivazione in diritto, che può essere autonomamente corretta dalla Corte di cassazione, *ex* art. 384, comma 2, c.p.c. E ancora, **Sez. 2, n. 21943/2020, Varrone, Rv. 659364-01**, ha dichiarato l'inammissibilità, per carenza d'interesse, del ricorso per cassazione diretto ad ottenere - mediante la riproposizione di censure già svolte in sede di appello - la declaratoria di nullità della sentenza di primo grado, giacché una decisione di accoglimento non comporterebbe altro che la trattazione nel merito della causa da parte del giudice di appello.

Decisamente peculiare, poi, la questione decisa da **Sez. 3, n. 24172/2020, Fiecconi, Rv. 659528-01**, secondo cui in tema di impugnazioni, il condebitore solidale soccombente in un rapporto obbligatorio scindibile, il quale sia chiamato a succedere ad altro coobbligato, che abbia partecipato al medesimo giudizio e nei cui confronti la sentenza sia passata in giudicato, è tenuto a dimostrare, mediante una dichiarazione asseverata da terzi, la permanenza del suo interesse ad impugnare.

Riepilogativamente, dunque, **Sez. 2, n. 28307/2020, Giannaccari, Rv. 659838-01**, dopo aver ribadito che il principio di cui all'art. 100 c.p.c. si applica anche al giudizio di impugnazione, dovendo detto interesse desumersi dall'utilità giuridica che dall'eventuale accoglimento del gravame possa derivare alla parte che lo propone e non potendo esso consistere in un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica, non avente riflessi sulla decisione adottata e che non spieghi alcuna influenza in relazione alle domande o eccezioni proposte, ha evidenziato che, per un verso, deve ritenersi normalmente escluso l'interesse della parte integralmente vittoriosa ad impugnare una sentenza al solo fine di ottenere una modificazione della motivazione, ove non sussista la possibilità, per la parte stessa, di conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile; per altro verso, che l'interesse all'impugnazione va ritenuto sussistente qualora la pronuncia contenga una statuizione contraria all'interesse della parte medesima suscettibile di formare il giudicato. Nella fattispecie, dunque, la S.C. ha ritenuto sussistente in capo all'appellante l'interesse ad impugnare la pronuncia di primo grado che, con statuizione suscettibile di passare in giudicato, gli aveva riconosciuto la posizione di mero detentore dell'immobile controverso, anziché di possessore.

Con specifico riguardo all'impugnazione incidentale, **Sez. 3, n. 11270/2020, Guizzi, Rv. 658152-02**, ha ribadito che è inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale condizionato allorchè proponga censure che non sono dirette contro una statuizione della sentenza di merito bensì a questioni su cui il giudice di appello non si è pronunciato ritenendole assorbite, atteso che in relazione a tali

questioni manca la soccombenza che costituisce il presupposto dell'impugnazione, salva la facoltà di riproporre le questioni medesime al giudice del rinvio, in caso di annullamento della sentenza.

Circa la **carenza d'interesse sopravvenuta** in corso di giudizio, vanno qui segnalate **Sez. 2, n. 18130/2020, Scarpa, Rv. 658964-01**, secondo cui nel caso in cui la sentenza di appello impugnata con il ricorso per cassazione sia stata annullata dal giudice "a quo", in accoglimento di un'opposizione di terzo proposta ai sensi dell'art. 404 c.p.c., deve ritenersi venuto meno l'interesse alla decisione del ricorso medesimo, con conseguente dichiarazione di inammissibilità di quest'ultimo. Nonché, Sez**. L, n. 25625/2020, Di Paolantonio, Rv. 659543-01**, secondo cui nel giudizio di cassazione, la dichiarazione di sopravvenuto difetto di interesse alla definizione del ricorso, resa dal difensore munito di mandato speciale, non può comportare la cessazione della materia del contendere - che presuppone che le parti si diano atto reciprocamente del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e sottopongano al giudice conclusioni conformi in tal senso -, ma deve essere equiparata alla rinuncia *ex* art. 390 c.p.c., con la conseguenza che, in mancanza dei requisiti previsti dal comma 3 di tale disposizione, la predetta dichiarazione, pur inidonea a determinare l'estinzione del processo, comporta la sopravvenuta inammissibilità del ricorso, atteso che l'interesse posto a fondamento di quest'ultimo deve sussistere non soltanto al momento dell'impugnazione, ma anche successivamente fino alla decisione della causa.

Sostanzialmente in linea con la precedente pronuncia si pone **Sez. U, n. 28182/2020, De Stefano, Rv. 659710-01**, secondo cui nel giudizio di legittimità, il ricorrente può rinunciare al ricorso, ai sensi dell'art. 390 c.p.c., fino a quando non sia cominciata la relazione all'udienza, o sino alla data dell'adunanza camerale, o finché non gli siano state notificate le conclusioni scritte del Procuratore generale nei casi di cui all'art. 380-ter c.p.c.; in caso di rinuncia tardiva, l'atto, benché invalido, esprime tuttavia in modo univoco la sopravvenuta carenza d'interesse del ricorrente alla decisione, con conseguente sopravvenuta inammissibilità del ricorso.

Infine, **Sez. 1, n. 27235/2020, Iofrida, Rv. 659748-01**, ha affermato che quando, nelle more del giudizio di legittimità avente ad oggetto l'affidamento di figlio minore ad uno degli *ex* coniugi a seguito di cessazione degli effetti civili del matrimonio, sopravvenga la maggiore età del figlio, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente all'impugnazione.

d) La legittimazione attiva. Sez. 6-2, n. 12320/2020, G. Grasso, Rv. 658459-01, ha statuito che in tema di patrocinio a spese dello Stato, la legittimazione a ricorrere per cassazione avverso il provvedimento che abbia rigettato o solo parzialmente accolto l'opposizione del difensore avverso il decreto di liquidazione del compenso spetta esclusivamente al difensore medesimo, che agisce in forza di un'autonoma legittimazione a tutela di un diritto soggettivo patrimoniale, non anche al patrocinato, il quale non può considerarsi soccombente nel procedimento, né ha interesse a dolersi dell'esiguità della liquidazione.

Sez. 6-3, n. 08975/2020, Iannello, Rv. 657937-01, ha poi ribadito che il successore a titolo particolare nel diritto controverso è legittimato a impugnare la sentenza resa nei confronti del proprio dante causa allegando il titolo che gli consenta di sostituire quest'ultimo, essendo a tal fine sufficiente la specifica indicazione dell'atto nell'intestazione dell'impugnazione, qualora il titolo sia di natura pubblica e, quindi, di contenuto accertabile, e sia rimasto del tutto incontestato o non idoneamente contestato dalla controparte. In particolare, nel giudizio di cassazione, il fatto che il controricorrente non abbia sollevato alcuna eccezione in ordine alla legittimazione del ricorrente e si sia solo difeso nel merito dell'impugnazione vale come riconoscimento implicito della dedotta legittimazione attiva e ne preclude la rilevabilità con la successiva memoria *ex* art. 378 c.p.c. Sostanzialmente in linea con la precedente è **Sez. 6-1, n. 24798/2020, Terrusi, Rv. 659464-01**, secondo cui la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, a meno che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta.

e) L'impugnazione incidentale. Sul piano generale, **Sez. 2, n. 00448/2020, Bellini, Rv. 656830-01**, ha ribadito che il principio dell'unicità del processo di impugnazione contro una stessa sentenza comporta che, una volta avvenuta la notificazione della prima impugnazione, tutte le altre debbono essere proposte in via incidentale nello stesso processo e perciò, nel caso di ricorso per cassazione, con l'atto contenente il controricorso; quest'ultima modalità, tuttavia, non può considerarsi essenziale, per cui ogni ricorso successivo al primo si converte in ricorso incidentale, indipendentemente dalla forma assunta e ancorché proposto con atto a sé stante. Costituisce estrinsecazione di detto principio quello ulteriormente affermato da **Sez. 3, n. 08873/2020, Di Florio, Rv. 657865-01**, secondo cui un controricorso ben può valere come ricorso incidentale, ma, a tal

fine, per il principio della strumentalità delle forme - secondo cui ciascun atto deve avere quel contenuto minimo sufficiente al raggiungimento dello scopo - occorre che esso contenga i requisiti prescritti dall'art. 371 c.p.c. in relazione ai precedenti artt. 365, 366 e 369 c.p.c. e, in particolare, la richiesta, anche implicita, di cassazione della sentenza, specificamente prevista dal n. 4 dell'art. 366 c.p.c.

Ciò posto, richiamata la già citata **Sez. U, n. 07454/2020, Conti, Rv. 657417-01**, circa il calcolo del termine di deposito del controricorso, contenente ricorso incidentale (v. *supra*, par. a), va qui poi evidenziata **Sez. 3, n. 13849/2020, Olivieri, Rv. 658299-01**, che ha precisato che la parte cui sia stata notificata l'altrui impugnazione (nella specie, ricorso per cassazione), qualora proponga la propria avverso la medesima sentenza separatamente, in via principale anziché incidentale, deve porre il giudice in grado di conoscere la simultanea pendenza dei due procedimenti, affinché possa provvedere alla loro riunione, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.; in difetto, la mancata riunione delle due impugnazioni, mentre non incide sulla validità della pronuncia relativa alla prima, rende improcedibile la seconda, atteso che, risultando ormai impossibile il "simultaneus processus", si verifica un impedimento all'esame degli ulteriori gravami, in ragione della decadenza con la quale l'art. 333 c.p.c. sanziona la prescrizione dell'incidentalità delle impugnazioni successive alla prima.

Sulla impugnazione incidentale tardiva, non risulta ancora sopito il contrasto in essere circa la portata dell'art. 334 c.p.c. Infatti, in ambito giuslavoristico, aderisce all'orientamento più liberale **Sez. L, n. 12444/2020, Bellé, Rv. 658102-01**, secondo cui in tema di impiego pubblico privatizzato, le controversie sul rapporto di lavoro che coinvolgano questioni destinate ad avere effetto sull'inquadramento previdenziale individuano, qualora introdotte contestualmente nei riguardi del datore di lavoro e dell'ente di previdenza presso il quale si assume debbano avvenire i versamenti contributivi, una causa inscindibile in sede di impugnazione. Conseguentemente il lavoratore che riceva l'impugnazione proposta dall'ente di previdenza è legittimato a proporre impugnazione incidentale tardiva, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., anche nei confronti di parte diversa dall'impugnante principale e quindi del datore di lavoro, con riferimento alle ragioni sostanziali comuni al rapporto di lavoro ed a quello previdenziale. Sul piano più generale, esprime ampiamente detto **principio Sez. 3, n. 14596/2020, Rossetti, Rv. 658319-01**, che ha affermato che l'impugnazione incidentale tardiva è sempre ammissibile tutte le volte che quella principale metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza che l'impugnato, in mancanza dell'altrui gravame, avrebbe accettato e, conseguentemente, può essere proposta sia nei confronti del ricorrente principale, anche con riguardo ad un

capo della sentenza diverso da quello investito dall'impugnazione principale, sia nelle forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro parti processuali diverse dall'impugnante principale, tutte le volte che, nel caso concreto, il gravame di uno qualsiasi dei litisconsorti, se accolto, comporterebbe un pregiudizio per l'impugnante incidentale tardivo poiché darebbe luogo ad una sua soccombenza totale o, comunque, più grave di quella stabilita nella decisione gravata.

In senso contrario, **Sez. 3, n. 17614/2020, Sestini, Rv. 658685-01**, ha però affermato, seguendo l'orientamento restrittivo, che le regole sull'impugnazione tardiva, sia ai sensi dell'art. 334 c.p.c., che in base al combinato disposto di cui agli artt. 370 e 371 c.p.c., si applicano esclusivamente a quella incidentale in senso stretto e, cioè, proveniente dalla parte contro cui è stata proposta l'impugnazione, mentre per il ricorso di una parte che abbia contenuto adesivo a quello principale si deve osservare la disciplina dell'art. 325 c.p.c., cui è altrettanto soggetto qualsiasi ricorso successivo al primo, che abbia valenza d'impugnazione incidentale qualora investa un capo della sentenza non impugnato o lo investa per motivi diversi da quelli fatti valere con il ricorso principale.

Tuttavia, deve registrarsi un più recente intervento che potrebbe dirimere una volta per tutte la diatriba. Infatti, seppur delibando una questione di giurisdizione (e quindi, intervenendo non a composizione del descritto contrasto), **Sez. U, n. 23903/2020, Scarpa, Rv. 659289-02**, ha aderito all'interpretazione restrittiva, affermando che l'azione per risarcimento del danno erariale esercitata contro più soggetti solidalmente responsabili inserisce in un unico giudizio più cause scindibili e indipendenti; ne consegue che, proposto ricorso per cassazione da uno dei condebitori solidali, gli altri, per i quali sia ormai decorso il relativo temine, non possono giovarsi dell'impugnazione incidentale tardiva, ai sensi dell'art.334 c.p.c., operando le forme e i termini stabiliti da questa norma esclusivamente per l'impugnazione incidentale in senso stretto, ossia per quella proveniente dalla parte "contro" la quale è stata proposta l'impugnazione principale, o per quella chiamata ad integrare il contraddittorio a norma dell'art. 331 c.p.c.

f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso e del controricorso. L'inammissibilità. Il tema dei requisiti di contenuto-forma del ricorso e del controricorso, previsti in via generale dagli artt. 365, 366 e 370 del codice di rito, impegna abitualmente la S.C. in numerose pronunce, trattandosi in definitiva di vagliare la sussistenza o meno delle più **tipiche cause di inammissibilità** dell'atto introduttivo del giudizio di legittimità, oppure del primo atto responsivo dell'intimato. Ed in proposito, è opportuno qui ribadire che il rispetto dei requisiti di contenuto-forma previsti dall'art. 366 c.p.c. non è fine a se stesso, ma è

strumentale al dispiegamento della funzione che è propria di detti requisiti (così, **Sez. T, n. 01150/2019, Saija, Rv. 652710-02**), sicché l'atto è da considerare inammissibile quando non soltanto non rispetti i requisiti in discorso, ma quando dal loro mancato rispetto discende l'irrealizzabilità del loro fine.

Ciò premesso, sul piano generale, si segnala anzitutto **Sez. L, n. 00027/2020, Pagetta, Rv. 656364-01**, che ha ribadito che la disciplina del ricorso per cassazione non contrasta con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui prevede - all'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c. - requisiti di ammissibilità di contenuto-forma, giacché essi sono individuati in modo chiaro (tanto da doversi escludere che il ricorrente in cassazione, tramite la difesa tecnica, non sia in grado di percepirne il significato e le implicazioni) ed in armonia con il principio della idoneità dell'atto processuale al raggiungimento dello scopo, sicchè risultano coerenti con la natura di impugnazione a critica limitata propria del ricorso per cassazione e con la strutturazione del giudizio di legittimità quale processo sostanzialmente privo di momenti di istruzione.

Ancora, secondo **Sez. 6-1, n. 15333/2020, Dolmetta, Rv. 658367-01**, sussiste la responsabilità aggravata del ricorrente, *ex* art. 96, comma 3, c.p.c., per la redazione da parte del suo difensore di un ricorso per cassazione contenente motivi del tutto generici ed indeterminati, in violazione dell'art. 366 c.p.c., rispondendo il cliente delle condotte del proprio avvocato, *ex* art. 2049 c.c., ove questi agisca senza la diligenza esigibile in relazione ad una prestazione professionale particolarmente qualificata, quale è quella dell'avvocato cassazionista.

Sempre sul piano generale, ma con specifico riferimento a questioni inerenti alla giurisdizione, **Sez. U, n. 19169/2020, Lamorgese, Rv. 658633-01**, ha affermato che il ricorso per eccesso di potere giurisdizionale, con cui si denuncia il superamento dei limiti della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, dev'essere intrinsecamente ammissibile, secondo le modalità redazionali di cui all'art. 366 c.p.c. ed i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'ammissibilità estrinseca delle singole censure.

Riguardo all'indicazione delle parti, requisito previsto dall'art. 366, comma 1, n. 1, c.p.c., va segnalata **Sez. 2, n. 11466/2020, San Giorgio, Rv. 658263-01**, secondo cui è nullo, nel suo valore sostanziale, l'atto introduttivo del giudizio per cassazione allorché esso, per errata identificazione del soggetto passivo della *vocatio in ius*, invece che nei confronti dell'erede, sia proposto e notificato (mediante il rilascio di copia nel domicilio eletto dal procuratore) alla parte deceduta e del cui decesso il ricorrente abbia già avuto conoscenza legale,

restando una tale nullità, tuttavia, sanata dalla costituzione in giudizio dell'erede, avvenuta prima del passaggio in giudicato dell'impugnata sentenza.

Riguardo all'onere di esposizione sommaria dei fatti di causa, prescritto dall'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., sul piano generale va anzitutto segnalata **Sez. T, n. 08425/2020, Guida, Rv. 658196-01**, secondo cui, ai fini del rispetto dei limiti contenutistici di cui all'art. 366, comma 1, nn. 3) e 4), c.p.c., il ricorso per cassazione deve essere redatto in conformità al dovere processuale della chiarezza e della sinteticità espositiva, dovendo il ricorrente selezionare i profili di fatto e di diritto della vicenda *sub iudice* posti a fondamento delle doglianze proposte in modo da offrire al giudice di legittimità una concisa rappresentazione dell'intera vicenda giudiziaria e delle questioni giuridiche prospettate e non risolte o risolte in maniera non condivisa, per poi esporre le ragioni delle critiche nell'ambito della tipologia dei vizi elencata dall'art. 360 c.p.c.; l'inosservanza di tale dovere (nella specie ravvisata dalla S.C. a fronte di ricorso per cassazione di 239 pagine, nonostante la semplicità della questione giuridica alla base della decisione impugnata, illustrata in due pagine) pregiudica l'intellegibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata e, pertanto, comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ponendosi in contrasto con l'obiettivo del processo, volto ad assicurare un'effettiva tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali del giusto processo (artt. 111, comma 2, Cost. e 6 CEDU), senza gravare lo Stato e le parti di oneri processuali superflui.

Sempre sul piano generale, interessante è **Sez. 1, n. 24432/2020, Terrusi, Rv. 659427-01**, secondo cui per soddisfare il requisito imposto dall'art. 366, comma 1, n. 3 c.p.c., il ricorso per cassazione deve indicare, in modo chiaro ed esauriente, sia pure non analitico e particolareggiato, i fatti di causa, da cui devono risultare le reciproche pretese delle parti con i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che le giustificano in modo da consentire al giudice di legittimità di avere la completa cognizione della controversia e del suo oggetto senza dover ricorrere ad altre fonti e atti del processo, dovendosi escludere, peraltro, che i motivi, essendo deputati ad esporre gli argomenti difensivi possano ritenersi funzionalmente idonei ad una precisa enucleazione dei fatti di causa.

Per quanto concerne l'onere di trascrivere (o di riassumere) il contenuto di atti processuali o documenti rilevanti ai fini della decisione, va segnalata **Sez. 2, n. 17310/2020, G. Grasso, Rv. 658895-01**, secondo cui nel giudizio di legittimità, la parte ricorrente che deduca l'inesistenza del giudicato esterno invece affermato dalla Corte di appello deve, per il principio di autosufficienza del ricorso ed a pena d'inammissibilità dello stesso, riprodurre in quest'ultimo il testo integrale

della sentenza che si assume essere passata in giudicato, non essendo a tal fine sufficiente il richiamo a stralci della motivazione.

Con specifico riferimento alla materia dell'espropriazione forzata, e delle opposizioni esecutive in particolare, **Sez. 3, n. 11268/2020, D'Arrigo, Rv. 658143-01**, ha affermato che il ricorso per cassazione deve essere proposto nei confronti di tutti i creditori procedenti o intervenuti al momento della proposizione dell'opposizione, fra i quali sussiste litisconsorzio processuale necessario, sicché il ricorso medesimo deve contenere, a pena di inammissibilità *ex* art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., l'esatta indicazione dei litisconsorti necessari, al fine di consentire la verifica dell'integrità del contraddittorio ed eventualmente ordinarne l'integrazione ai sensi dell'art. 331 c.p.c.

Riguardo invece alla protezione internazionale, **Sez. 1, n. 22769/2020, Amatore, Rv. 659276-01**, ha affermato che il ricorrente per cassazione che deduce la violazione del dovere di cooperazione istruttoria per l'omessa indicazione delle fonti informative dalle quali il giudice ha tratto il suo convincimento, ha l'onere di indicare le COI che secondo la sua prospettazione avrebbero potuto condurre ad un diverso esito del giudizio, con la conseguenza che, in mancanza di tale allegazione, non potendo la Corte di cassazione valutare la teorica rilevanza e decisività della censura, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Ancora sul tema, **Sez. 1, n. 25312/2020, Terrusi, Rv. 659577-01**, ha precisato che il ricorso per cassazione con il quale sia dedotta, in mancanza di videoregistrazione, l'omessa audizione del richiedente che ne abbia fatto espressa istanza, deve contenere l'indicazione puntuale dei fatti che erano stati dedotti avanti al giudice del merito a sostegno di tale richiesta, avendo il ricorrente un preciso onere di specificità della censura.

Quanto alla tecnica di redazione del ricorso, merita segnalazione **Sez. L, n. 26837/2020, Bellé, Rv. 659630-01**, che ha ribadito che il ricorso per cassazione redatto mediante l'affastellamento di una serie di documenti integralmente riprodotti è inammissibile per violazione del principio di autosufficienza, il quale postula che l'enunciazione dei motivi e delle relative argomentazioni sia espressa mediante un discorso linguistico organizzato in virtù di un concatenazione sintattica di parole, frasi e periodi, sicché, senza escludere radicalmente che nel contesto dell'atto siano inseriti documenti finalizzati alla migliore comprensione del testo, non può essere demandato all'interprete di ricercarne gli elementi rilevanti all'interno dei menzionati documenti, se del caso ricostruendo una connessione logica tra gli stessi, non esplicitamente affermata dalla parte.

Ancora, **Sez. 1, n. 27702/2020, Tricomi, Rv. 659930-01**, ha affermato che ove sia denunciato il vizio di motivazione, la parte che si duole di carenze o lacune nella decisione del giudice di merito per aver questi disatteso le risultanze degli accertamenti tecnici eseguiti, non può limitarsi a censure apodittiche di erroneità o di inadeguatezza della motivazione od anche di omesso approfondimento di determinati temi di indagine, prendendo in considerazione emergenze istruttorie asseritamente suscettibili di diversa valutazione e traendone conclusioni difformi da quelle alle quali è pervenuto il giudice "a quo", ma, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione ed il carattere limitato di tale mezzo di impugnazione, è per contro tenuta ad indicare, riportandole per esteso, le pertinenti parti della consulenza ritenute erroneamente disattese, ed a svolgere concrete e puntuali critiche alla contestata valutazione, condizione di ammissibilità del motivo essendo che il medesimo consenta al giudice di legittimità (cui non è dato l'esame diretto degli atti se non in presenza di *errores in procedendo*) di effettuare, preliminarmente, al fine di pervenire ad una soluzione della controversia differente da quella adottata dal giudice di merito, il controllo della decisività della risultanza non valutata, delle risultanze dedotte come erroneamente od insufficientemente valutate, e un'adeguata disamina del dedotto vizio della sentenza impugnata; dovendosi escludere che la precisazione possa viceversa consistere in generici riferimenti ad alcuni elementi di giudizio, meri commenti, deduzioni o interpretazioni, che si traducono in una sostanziale prospettazione di tesi difformi da quelle recepite dal giudice di merito, di cui si chiede a tale stregua un riesame, inammissibile in sede di legittimità. Per quanto concerne la specificità dei motivi di ricorso, requisito prescritto dall'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., va anzitutto segnalata **Sez. 6-1, n. 04905/2020, Marulli, Rv. 657230-01**, che ha ribadito che essendo il giudizio di cassazione un rimedio a critica vincolata, il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, i motivi aventi i caratteri di specificità, completezza e riferibilità alla decisione impugnata, sicché è inammissibile il ricorso nel quale non venga precisata la violazione di legge nella quale sarebbe incorsa la pronunzia di merito, né essendo al riguardo sufficiente un'affermazione apodittica non seguita da alcuna dimostrazione. Pertanto, secondo **Sez. 6-2, n. 28452/2020, Falaschi, Rv. 659995 - 01**, nel ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza emessa nel giudizio di revocazione non sono deducibili censure diverse da quelle previste dall'art. 360 c.p.c., e, in particolare, non sono denunciabili ipotesi di revocazione *ex* art. 395 c.p.c., non rilevando in contrario la circostanza che la sentenza pronunciata nel giudizio di revocazione non possa essere a sua volta impugnata per revocazione.

Assai peculiare è anche **Sez. U, 06691/2020, De Stefano, Rv. 657220-01**, che ha affermato che il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena di inammissibilità, con unico atto avente i requisiti di forma e contenuto indicati dalla pertinente normativa di rito, sicché è inammissibile un nuovo atto (nella specie, di costituzione di ulteriore difensore) con articolazione di altri motivi di censura rispetto a quelli in origine dedotti, essendo invece possibile, nell'osservanza del principio di consumazione dell'impugnazione e dei relativi termini, la proposizione di un nuovo ricorso in sostituzione del primo che non sia stato ancora dichiarato inammissibile. In senso sostanzialmente conforme, quanto all'ultimo inciso, **Sez. 1, n. 08552/2020, Parise, Rv. 657901-01**.

Sez. T, n. 15517/2020, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 658556-01, ha poi ribadito che la proposizione di censure prive di specifica attinenza al *decisum* della sentenza impugnata comporta l'inammissibilità del ricorso, risolvendosi in un "non motivo". L'esercizio del diritto di impugnazione, infatti, può considerarsi avvenuto in modo idoneo solo qualora i motivi con i quali è esplicato si traducano in una critica alla decisione impugnata e, quindi, nell'esplicita e specifica indicazione delle ragioni per cui essa è errata, da considerarsi in concreto e dalle quali non possano prescindere, dovendosi pertanto considerare nullo per inidoneità al raggiungimento dello scopo il motivo che difetti di tali requisiti. Ancora, **Sez. L, n. 17224/2020, Patti, Rv. 658539-01**, ha affermato che il principio di specificità di cui all'art. 366, comma 1, n. 4 c.p.c. richiede per ogni motivo l'indicazione della rubrica, la puntuale esposizione delle ragioni per cui è proposto nonché l'illustrazione degli argomenti posti a sostegno della sentenza impugnata e l'analitica precisazione delle considerazioni che, in relazione al motivo, come espressamente indicato nella rubrica, giustificano la cassazione della pronunzia

Per quanto concerne la procura speciale, che deve essere indicata *ex* art. 366, comma 1, n. 5, c.p.c., e di cui deve essere comunque munito l'avvocato che sottoscrive il ricorso o il controricorso, *ex* artt. 365 e 370 c.p.c., si segnala anzitutto **Sez. 1, n. 00214/2020, Iofrida, Rv. 656515-01**, secondo cui la procura apposta a margine del ricorso contenente espressioni generiche, che tuttavia non escludono univocamente la volontà della parte di proporre ricorso per cassazione, deve - nel dubbio - ritenersi "speciale", in applicazione del principio di conservazione dell'atto giuridico, di cui è espressione in materia processuale l'art. 159 c.p.c. Interessante **è Sez. 2, n. 27302/2020, Scarpa, Rv. 659726-02,** secondo cui il mandato apposto in calce o a margine del ricorso per cassazione è, per sua natura, mandato speciale, senza che occorra per la sua validità alcun specifico riferimento al giudizio in corso ed alla sentenza contro la quale l'impugnazione si rivolge,

sempre che dal relativo testo sia dato evincere una positiva volontà del conferente di adire il giudice di legittimità, il che si verifica certamente quando la procura al difensore forma materialmente corpo con il ricorso o il controricorso al quale essa inerisce, risultando, in tal caso, irrilevanti gli eventuali errori materiali della procura circa gli estremi della sentenza impugnata e del relativo giudizio di merito.

Quanto ai requisiti soggettivi del difensore, **Sez. L. n. 17317/2020, Patti, Rv. 658641-01**, ha ribadito che ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 365 c.p.c., è necessario che lo stesso sia sottoscritto da avvocato iscritto nell'apposito albo speciale, munito di mandato a margine o in calce all'atto, o comunque a questo allegato, rilasciato dopo la pubblicazione della sentenza impugnata e prima della notificazione del ricorso stesso, senza, tuttavia, che sia prescritto che di tale iscrizione venga fatta espressa menzione nel ricorso. **Sez. 1, n. 04069/2020, Dell'Orfano, Rv. 657063-01**, ha ribadito l'inammissibilità del ricorso per cassazione quando la relativa procura speciale è conferita su foglio separato rispetto al ricorso, privo di data successiva al deposito della sentenza d'appello e senza alcun riferimento al ricorso introduttivo, alla sentenza impugnata o al giudizio di cassazione, ossia al consapevole conferimento, da parte del cliente, dell'incarico al difensore per la proposizione del giudizio di legittimità, così risultando incompatibile con il carattere di specialità di questo giudizio. In senso conforme, **Sez. 6-3, n. 16040/2020, Scrima, Rv. 658752-01**. Al contrario, **Sez. 6-2, n. 06122/2020, Cosentino, Rv. 657276-01,** ha affermato che quando la procura al difensore è apposta sul retro della prima pagina del ricorso per cassazione, seguita dalle pagine successive, secondo il principio di conservazione degli atti il requisito della specialità resta assorbito dal contesto documentale unitario, derivando direttamente dalla relazione fisica tra la delega e il ricorso. **Ancora, Sez. 6-1, n. 07137/2020, Caiazzo, Rv. 657556-01**, ha affermato che non può considerarsi speciale, come l'art. 365 c.p.c. prescrive, la procura conferita a margine del foglio in bianco, in quanto di data anteriore alla stesura del ricorso, la quale non contenga richiami alla fase processuale di legittimità, ma specifici riferimenti a fasi e poteri propri esclusivamente del giudizio di merito, oltre che l'elezione di domicilio in luogo diverso da Roma; in tal caso, invero, la procura non è un "tutt'uno" con il ricorso e, quindi, non può attribuirsi alla parte la volontà, in contrasto con le espresse indicazioni contenute nella procura, compresa l'elezione di domicilio, di promuovere un giudizio di cassazione. Classica è poi la questione affrontata da **Sez. 6-3, n. 13263/2020, Rossetti, Rv. 658373-01**, secondo cui è inammissibile, per difetto della prescritta procura speciale, il ricorso per cassazione proposto sulla base della procura rilasciata dal ricorrente al proprio difensore nell'atto d'appello, essendo quest'ultima inidonea

allo scopo perché conferita con atto separato in data anteriore alla sentenza da impugnare in sede di legittimità e, pertanto, in contrasto con l'obbligo di rilasciare la procura successivamente alla pubblicazione del provvedimento impugnato e con specifico riferimento al giudizio di legittimità. Analogamente, **Sez. 6-3, n. 17901/2020, Valle, Rv. 658572-01**, ha ribadito che la procura per il ricorso per cassazione ha carattere speciale ed è valida solo se rilasciata in data successiva alla sentenza impugnata, attesa l'esigenza di assicurare, in modo giuridicamente certo, la riferibilità dell'attività svolta dal difensore al titolare della posizione sostanziale controversa. Ne consegue che il ricorso è inammissibile qualora la procura sia conferita a margine dell'atto introduttivo di primo grado, ancorché per tutti i gradi di giudizio.

Sempre attuale è poi il tema affrontato da **Sez. L, n. 01392/2020, Raimondi, Rv. 656536-01**, secondo cui il ricorso per cassazione proposto dall'*ex* rappresentante di società estinta è inammissibile, perché per la sua proposizione occorre la procura speciale, sicchè non può valere l'ultrattività di procure in precedenza rilasciate e nemmeno può esserne rilasciata una nuova, stante la necessità che il relativo conferimento provenga da un soggetto esistente e capace di stare in giudizio; ne consegue la condanna alle spese in proprio del detto rappresentante, in quanto, salvo che particolari condizioni o circostanze o elementi anche indiziari non lo richiedano, non corrisponde ad uno specifico dovere professionale dell'avvocato, che si limita ad autenticarne la sottoscrizione, verificare costantemente la persistenza della qualità di legale rappresentante della persona fisica che gli conferisce il mandato, che ha invece l'onere di conoscere la cessata persistenza dei propri poteri e di renderne preventivamente ed adeguatamente edotto il suo difensore.

Con specifico riferimento alla protezione internazionale, **Sez. 1, n. 15211/2020, Oliva, Rv. 658251-01**, ha statuito che, poiché l'art. 35-*bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008 stabilisce che la data della procura speciale a ricorrere in cassazione sia espressamente certificata dal difensore, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso ove la procura ad esso relativa, ancorché rilasciata su un foglio materialmente congiunto al medesimo ricorso e recante una data successiva al deposito del decreto impugnato, non indichi gli estremi di tale provvedimento, né altri elementi idonei ad identificarlo, come il numero cronologico ovvero la data del deposito o della comunicazione, poiché tale procura non soddisfa il requisito della specialità richiesto dall'art. 365 c.p.c. Nello stesso senso, **Sez. 1, n. 01043/2020, Ferro, Rv. 656872-01,** nonché **Sez. 6-1, n. 02342/2020, Pazzi, Rv. 656643-01**, e ancora **Sez. 1, n. 25304/2020, Nazzicone, Rv. 659574-01**.

Quanto poi al contenzioso tributario, **Sez. T, n. 23865/2020, Federici, Rv. 659619-01**, ha statuito che l'Avvocatura dello Stato, per proporre ricorso per cassazione in rappresentanza dell'Agenzia delle Entrate, deve avere ricevuto da quest'ultima il relativo incarico, del quale, però, non deve farsi specifica menzione nel ricorso, atteso che l'art. 366, n. 5, c.p.c., inserendo tra i contenuti necessari del ricorso "l'indicazione della procura, se conferita con atto separato", fa riferimento esclusivamente alla procura intesa come negozio processuale attributivo dello *ius postulandi*, peraltro non necessario quando il patrocinio sia assunto dall'Avvocatura dello Stato e non invece al negozio sostanziale attributivo dell'incarico professionale al difensore.

Tornando al piano generale, infine, **Sez. 3, n. 07751/2020, Olivieri, Rv. 657500-01**, ha ribadito che la revoca della "procura ad litem", quale espressione dell'autonomia negoziale della parte, attuata mediante l'esercizio del diritto potestativo di recesso dal rapporto professionale con il difensore, non integra una causa interruttiva del processo, che prosegue senza la necessità di alcun particolare adempimento, mentre, in caso di morte dell'unico difensore dopo il deposito del ricorso e prima dell'udienza di discussione, sebbene non operi l'interruzione del processo, tuttavia, trattandosi di evento sottratto alla disponibilità della parte, la Corte ha il potere di differire l'udienza, disponendo la comunicazione del provvedimento alla parte personalmente, per consentire la nomina di un nuovo difensore, salvo il caso in cui la stessa parte risulti essere stata già informata del detto evento e, nonostante il congruo tempo a sua disposizione, non abbia provveduto ad effettuare tale nomina. Venendo, per ultimo, al requisito **di autosufficienza del ricorso**, di matrice giurisprudenziale, ma di cui si rinviene oggi la fonte normativa nell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., va evidenziato che spesse volte il requisito in parola viene trasposto sul piano della esposizione sommaria dei fatti, processuali e sostanziali, di cui all'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., già esaminato, la cui funzione è però quella di rendere immediatamente intellegibili le censure mosse alla decisione impugnata. La funzione del requisito dell'autosufficienza, invece, attiene al piano più propriamente probatorio, mirando essenzialmente alla dimostrazione, da parte del ricorrente, della tempestività della produzione del documento invocato a sostegno dell'impugnazione nel giudizio di merito (salvo che non si tratti di documento producibile, per la prima volta, nel giudizio di legittimità, *ex* art. 372 c.p.c.), fermo lo scopo illustrativo-descrittivo del contenuto del documento stesso (in ciò, i requisiti di cui ai nn. 3 e 6 dell'art. 366 c.p.c. finiscono spesso con il sovrapporsi).

Ciò chiarito, deve anzitutto segnalarsi, sul punto, **Sez. 2, n. 00134/2020, Falaschi, Rv. 656823-01**, che ha affermato che quando col ricorso per cassazione venga denunciato un vizio che comporti la nullità del procedimento o della sentenza impugnata, sostanziandosi nel compimento di un'attività deviante rispetto ad un modello legale rigorosamente prescritto dal legislatore, ed in particolare un vizio afferente alla nullità dell'atto introduttivo del giudizio per indeterminatezza dell'oggetto della domanda o delle ragioni poste a suo fondamento, il giudice di legittimità non deve limitare la propria cognizione all'esame della sufficienza e logicità della motivazione sul punto, ma è investito del potere di esaminare direttamente gli atti ed i documenti sui quali il ricorso si fonda, purché la censura sia stata proposta dal ricorrente in conformità alle regole fissate al riguardo dagli artt. 366, comma 1, n. 6, e 369, comma 2, n. 4, c.p.c.

Sez. L, n. 17070/2020, Buffa, Rv. 658796-01, ha affermato che ove il lavoratore richieda un inquadramento superiore, con le consequenziali ricadute in termini economici, per soddisfare il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, egli deve riportare integralmente il contenuto della norma di natura negoziale collettiva volta a fondare la pretesa, il cui accoglimento impone la puntuale comparazione tra le mansioni effettivamente svolte con quelle richieste dalla fonte negoziale, ai fini della attribuzione della qualifica richiesta. Interessante, ancora, è **Sez. 1, n. 28184/2020, M. Di Marzio, Rv. 660090 - 01**, secondo cui la specifica indicazione, intesa quale «localizzazione» degli atti e/o dei documenti, lungi dal presentarsi quale accanimento formalistico, manifesta un'attitudine di segno esattamente opposto, non essendo da un lato necessaria l'integrale trascrizione degli atti o dei documenti, ma essendo invece consentito un sintetico ma completo resoconto del loro contenuto. Infine, **Sez. 1, n. 29495/2020, Amatore, Rv. 660190 - 01**, ha ribadito che il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione vale anche in relazione ai motivi di appello rispetto ai quali si denuncino errori da parte del giudice di merito; ne consegue che, ove il ricorrente denunci la violazione e falsa applicazione dell'art. 342 c.p.c. conseguente alla mancata declaratoria di nullità dell'atto di appello per genericità dei motivi, deve riportare nel ricorso, nel loro impianto specifico, i predetti motivi formulati dalla controparte.

Con specifico riferimento al settore tributario, va ulteriormente segnalata **Sez. T, n. 23871/2020, Fasano, non massimata,** che ha ribadito che in base al principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, sancito dall'art. 366 c.p.c., nel giudizio tributario, qualora il ricorrente censuri la sentenza di una commissione tributaria regionale sotto il profilo del vizio di motivazione nel giudizio sulla congruità della motivazione dell'avviso di accertamento, è

necessario che il ricorso riporti testualmente i passi della motivazione di detto avviso, che si assumono erroneamente interpretati o pretermessi, al fine di consentire la verifica della censura esclusivamente mediante l'esame del ricorso.

g) I vizi denunciabili. Rinviando, quanto alle questioni di giurisdizione e di competenza, ai relativi capitoli di questa Rassegna, si procederà di seguito ad indicare le più significative pronunce sui restanti vizi proponibili con ricorso ordinario, ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.c.

Iniziando dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto, *ex* art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., **Sez. 1, n. 16700/2020, Mercolino, Rv. 658610-01,** ha ribadito che detto vizio dev'essere dedotto, a pena d'inammissibilità del motivo giusta la disposizione dell'art. 366, n. 4, c.p.c., non solo con l'indicazione delle norme che si assumono violate ma anche, e soprattutto, mediante specifiche argomentazioni intellegibili ed esaurienti, intese a motivatamente dimostrare in qual modo determinate affermazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata debbano ritenersi in contrasto con le indicate norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornite dalla giurisprudenza di legittimità, diversamente impedendo alla corte regolatrice di adempiere al suo compito istituzionale di verificare il fondamento della lamentata violazione.

Ancora, **Sez. L, n. 17570/2020, Arienzo, Rv. 658544-01**, ha affermato che quando nel ricorso per cassazione è denunziata violazione o falsa applicazione di norme di diritto, il vizio della sentenza previsto dall'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., deve essere dedotto, a pena di inammissibilità, non solo mediante la puntuale indicazione delle norme asseritamente violate, ma anche mediante specifiche argomentazioni, intese a dimostrare in qual modo determinate affermazioni in diritto, contenute nella sentenza gravata, debbano ritenersi in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla dottrina e dalla prevalente giurisprudenza di legittimità. Nello stesso senso, ancor più chiaramente, **Sez. U, n. 23745/2020, Lombardo, Rv. 659448-01**, ha ribadito che l'onere di specificità dei motivi, sancito dall'art. 366, comma 1, n. 4), c.p.c., impone al ricorrente che denunci il vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., a pena d'inammissibilità della censura, di indicare le norme di legge di cui intende lamentare la violazione, di esaminarne il contenuto precettivo e di raffrontarlo con le affermazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata, che è tenuto espressamente a richiamare, al fine di dimostrare che queste ultime contrastano col precetto normativo, non potendosi demandare alla Corte il compito di individuare - con una ricerca esplorativa ufficiosa, che trascende le sue funzioni - la norma violata o i punti della sentenza che si pongono in contrasto con essa.

Ancora sul piano generale, **Sez. 6-2, n. 05991/2020, Criscuolo, Rv. 657577-01**, ha affermato che il ricorso per cassazione avverso la pronuncia del giudice di pace adottata secondo equità e non suscettibile di appello, anche a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 40 del 2006, ove si deducano *errores in iudicando*, non è ammissibile per violazione o falsa applicazione di legge; i motivi d'impugnazione in tal caso devono denunciare il mancato rispetto delle regole processuali, per violazione di norme costituzionali e comunitarie, in quanto di rango superiore alla legge ordinaria, ovvero per violazione dei principi informatori della materia, e per carenza assoluta o mera apparenza della motivazione o di radicale ed insanabile contraddittorietà. Nello stesso senso, **Sez. 6-2, n. 10063/2020, Cosentino, Rv. 657759-01**.

Con riferimento al settore giuslavoristico, interessante è **Sez. 6-L, n. 04460/2020, Ponterio, Rv. 657302-01**, secondo cui il sindacato di legittimità sui contratti collettivi aziendali di lavoro può essere esercitato soltanto con riguardo ai vizi di motivazione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (nella specie, nel testo antecedente al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012 "ratione temporis" applicabile), ovvero ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, per violazione delle norme di cui agli artt. 1362 e segg. c.c., a condizione, per detta ipotesi, che i motivi di ricorso non si limitino a contrapporre una diversa interpretazione rispetto a quella del provvedimento gravato, ma prospettino, sotto molteplici profili, l'inadeguatezza della motivazione anche con riferimento alle norme del codice civile di ermeneutica negoziale come canone esterno di commisurazione del'esattezza e congruità della motivazione stessa. Più nel dettaglio, riguardo al tema della valutazione delle prove, si segnala **Sez. U, n. 20867/2020, De Stefano, Rv. 659037-02**, secondo cui la doglianza circa la violazione dell'art. 116 c.p.c. è ammissibile solo ove si alleghi che il giudice, nel valutare una prova o, comunque, una risultanza probatoria, non abbia operato - in assenza di diversa indicazione normativa - secondo il suo "prudente apprezzamento", pretendendo di attribuirle un altro e diverso valore oppure il valore che il legislatore attribuisce ad una differente risultanza probatoria (come, ad esempio, valore di prova legale), oppure, qualora la prova sia soggetta ad una specifica regola di valutazione, abbia dichiarato di valutare la stessa secondo il suo prudente apprezzamento, mentre, ove si deduca che il giudice ha solamente male esercitato il proprio prudente apprezzamento della prova, la censura è ammissibile, ai sensi del novellato art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., solo nei rigorosi limiti in cui esso ancora consente il sindacato di legittimità sui vizi di motivazione. Correlativamente, la medesima **Sez. U, n. 20867/2020, De Stefano, Rv. 659037-01**, ha affermato che per dedurre la

violazione dell'art. 115 c.p.c., occorre denunciare che il giudice, in contraddizione espressa o implicita con la prescrizione della norma, abbia posto a fondamento della decisione prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli (salvo il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio), mentre è inammissibile la diversa doglianza che egli, nel valutare le prove proposte dalle parti, abbia attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività valutativa consentita dall'art. 116 c.p.c.

Diverse pronunce affrontano, poi, il tema del travisamento della prova, da tenere distinto da quello del travisamento del fatto. Così, **Sez. 3, n. 01163/2020, Guizzi, Rv. 656633-02,** ha affermato che il travisamento della prova non implica una valutazione dei fatti, ma una constatazione o un accertamento che un'informazione probatoria, utilizzata dal giudice ai fini della decisione, è contraddetta da uno specifico atto processuale, così che, a differenza del travisamento del fatto, può essere fatto valere mediante ricorso per cassazione, ove incida su un punto decisivo della controversia, occorrendo invece proporre, nella seconda ipotesi, la revocazione. Allo stesso modo, **Sez. 1, n. 03796/2020, Caradonna, Rv. 657055-01**, ha ribadito che ove il ricorrente abbia lamentato un travisamento della prova, solo l'informazione probatoria su un punto decisivo, acquisita e non valutata, mette in crisi irreversibile la struttura del percorso argomentativo del giudice di merito e fa escludere l'ipotesi contenuta nella censura; infatti, il travisamento della prova implica non una valutazione dei fatti, ma una constatazione o un accertamento che quella informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale. Tuttavia, la già citata (v. *supra*, par. 1) **Sez. L, n. 24395/2020, Cavallaro, Rv. 659540-01**, si pone in posizione divergente, avendo affermato che il travisamento della prova, che presuppone la constatazione di un errore di percezione o ricezione della prova da parte del giudice di merito, ritenuto valutabile in sede di legittimità qualora dia luogo ad un vizio logico di insufficienza della motivazione, non è più deducibile a seguito della novella apportata all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv. dalla l. n. 134 del 2012, che ha reso inammissibile la censura per insufficienza o contraddittorietà della motivazione, sicché *a fortiori* se ne deve escludere la denunciabilità in caso di cd. "doppia conforme", stante la preclusione di cui all'art. 348-ter, ultimo comma, c.p.c.

Quanto al ricorso, da parte del giudice di merito, alle nozioni di comune esperienza, che riguardano fatti acquisiti alla conoscenza della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabili ed incontestabili, e non anche elementi valutativi che implicano cognizioni particolari ovvero nozioni che rientrano nella

scienza privata del giudice, vanno segnalate **Sez. 6-3, n. 18101/2020, Gorgoni, Rv. 659034-01,** secondo cui ove il giudice del merito abbia posto alla base della decisione un fatto qualificandolo come notorio, tale fatto e la sua qualificazione sono denunciabili in sede di legittimità sotto il profilo della violazione dell'art. 115, comma 2, c.p.c. e la Corte di cassazione esercita il proprio controllo ripercorrendo il medesimo processo cognitivo dello stato di conoscenza collettiva operato dal giudice del merito.

Assai peculiare è, poi, **Sez. T, n. 27810/2020, Mondini, Rv. 659816-01**, concernente la procedura catastale Docfa, essendosi affermato che non costituiscono fatto notorio, ai fini della valutazione di un immobile adibito a parcheggio, le tariffe comunali vigenti nello stesso, essendo il fatto notorio caratterizzato dall'essere conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo. Esso peraltro svincola dall'onere della prova, ma non anche dall'onere della sua allegazione, sicché il contribuente, che lamenti in sede di legittimità la sua mancata valutazione da parte del giudice del merito, è tenuto, ai sensi degli artt. 366, comma 1, n. 6, e 369, comma 2, n. 4, c.p.c., a indicare il come e il quando dell'avvenuta sua deduzione in giudizio e la sua decisività.

Interessante, infine, in tema di *ius superveniens*, è **Sez. 2, n. 29099/2020, Casadonte, Rv. 660115 - 01**, che ha ribadito che nel giudizio di cassazione, la censura *ex* art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. può concernere anche la violazione di disposizioni emanate dopo la pubblicazione della sentenza impugnata, ove retroattive e, quindi, applicabili al rapporto dedotto, avendo ad oggetto il giudizio di legittimità non l'operato del giudice (e quindi un suo errore), ma la conformità della decisione adottata all'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda la nullità della sentenza o del procedimento, *ex* art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., va qui anzitutto richiamata **Sez. 3, n. 24258/2020, Scarano, Rv. 659845-02,** che per l'ipotesi in cui vengano denunciati con il ricorso per cassazione *errores in procedendo*, ha ribadito che la Corte di legittimità diviene anche giudice del fatto (processuale) ed ha, quindi, il potere-dovere di procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali. Occorre però preliminarmente appurare l'ammissibilità del motivo in relazione ai termini in cui è stato esposto, con la conseguenza che, solo quando sia stata accertata la sussistenza di tale ammissibilità diventa possibile valutare la fondatezza del motivo medesimo e, dunque, esclusivamente nell'ambito di quest'ultima valutazione, la Corte di cassazione può e deve procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali.

Quanto alla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, *ex* art. 112 c.p.c., **Sez. T, n. 02153/2020, Fracanzani, Rv. 656681-**

01, ha affermato che non ricorre il vizio di omessa pronuncia quando la motivazione accolga una tesi incompatibile con quella prospettata, implicandone il rigetto, dovendosi considerare adeguata la motivazione che fornisce una spiegazione logica ed adeguata della decisione adottata, evidenziando le prove ritenute idonee e sufficienti a suffragarla, ovvero la carenza di esse, senza che sia necessaria l'analitica confutazione delle tesi non accolte o la particolare disamina degli elementi di giudizio non ritenuti significativi. Analogamente, **Sez. 3, n. 24953/2020, Scoditti, Rv. 659772-01**, ha affermato che non ricorre il vizio di mancata pronuncia su una eccezione di merito sollevata in appello qualora essa, anche se non espressamente esaminata, risulti incompatibile con la statuizione di accoglimento della pretesa dell'attore, deponendo per l'implicita pronunzia di rigetto dell'eccezione medesima, sicché il relativo mancato esame può farsi valere non già quale omessa pronunzia, e, dunque, violazione di una norma sul procedimento (art. 112 c.p.c.), bensì come violazione di legge e difetto di motivazione, in modo da portare il controllo di legittimità sulla conformità a legge della decisione implicita e sulla decisività del punto non preso in considerazione.

Con specifico riferimento al vizio di nullità della sentenza, deve qui richiamarsi, anzitutto, **Sez. L, n. 03819/2020, Cinque, Rv. 656925-02**, secondo cui il vizio di motivazione previsto dall'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. e dall'art. 111 Cost. sussiste quando la pronuncia riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento, come accade quando non vi sia alcuna esplicitazione sul quadro probatorio, né alcuna disamina logico-giuridica che lasci trasparire il percorso argomentativo seguito.

Ancora, **Sez. 6-1, n. 05279/2020, Tricomi, Rv. 657231-01**, ha affermato che la censura per vizio di motivazione in ordine all'utilizzo o meno del ragionamento presuntivo non può limitarsi ad affermare un convincimento diverso da quello espresso dal giudice di merito, ma deve fare emergere l'assoluta illogicità e contraddittorietà del ragionamento decisorio, restando peraltro escluso che la sola mancata valutazione di un elemento indiziario possa dare luogo al vizio di omesso esame di un punto decisivo.

Assai peculiare è **Sez. 6-3, n. 10430/2020, D'Arrigo, Rv. 658029-01**, secondo cui la circostanza che la decisione della causa in primo grado sia stata assunta dal giudice successivamente alla sua cessazione dal servizio integra un vizio che non è equiparabile a quello della radicale mancanza di sottoscrizione e, quindi, non determina la rimessione delle parti al primo giudice. In questo caso, pertanto, trova applicazione il principio secondo il quale il ricorrente per

cassazione che impugni la sentenza di appello per non avere dichiarato la nullità della decisione di prime cure ha l'onere, nell'ipotesi in cui il vizio dedotto non avrebbe comportato la restituzione della controversia al primo giudice, di indicare, in concreto, quale pregiudizio sia derivato dalla nullità processuale e quale diverso e migliore risultato avrebbe potuto conseguire in assenza del vizio denunciato.

Inoltre, è noto che la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., operata dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, ha ridimensionato il vizio motivazionale denunciabile in sede di legittimità, riportandolo nell'alveo del c.d. "minimo costituzionale" (si veda, in particolare, Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629830-01). In continuità con il consolidato principio così affermato, **Sez. 1, n. 13248/2020, Gori, Rv. 658088-01**, ha ribadito che la motivazione del provvedimento impugnato con ricorso per cassazione deve ritenersi apparente quando pur se graficamente esistente ed, eventualmente, sovrabbondante nella descrizione astratta delle norme che regola la fattispecie dedotta in giudizio, non consente alcun controllo sull'esattezza e la logicità del ragionamento decisorio, così da non attingere la soglia del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111 comma 6 Cost.

Anche nel corso del 2020, non risulta massimata nessuna pronuncia concernente il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, *ex* art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., nel testo oramai non più in vigore dal 11 settembre 2012, e ciò sebbene risultino decisi 880 ricorsi iscritti nel 2012 (restando peraltro confermato il trend in diminuzione). Si rinvia pertanto al par. 1, quanto alle pronunce concernenti la nuova formulazione della norma.

h) Ulteriori questioni procedurali. Riguardo al termine per la proposizione del ricorso ordinario, si segnala anzitutto **Sez. 1, n. 02974/2020, Scotti, Rv. 656997-01,** che ha affermato che la notificazione della sentenza d'appello, diretta alla parte ma presso il suo procuratore costituito domiciliatario *ex lege*, è idonea a determinare la decorrenza del termine breve per la proposizione del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 325, comma 2, c.p.c., risultando irrilevante che il provvedimento sia stato notificato in forma esecutiva.

Va poi richiamata la già citata (v. *supra*, par. 1) **Sez. 6-2, n. 10355/2020, Tedesco, Rv. 657819-01**, che ha statuito che l'indicazione compiuta dalla parte, che pure abbia eletto domicilio ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934, di un indirizzo di posta elettronica certificata, senza che ne sia circoscritta la portata alle sole comunicazioni, implica l'obbligo di procedere alle successive notificazioni nei confronti della stessa parte esclusivamente in via telematica; ne

consegue che, a fronte di siffatta indicazione, la notifica della sentenza d'appello presso il domiciliatario, anziché presso l'indirizzo di posta elettronica, è inidonea a far decorrere il termine breve di impugnazione per la proposizione del ricorso per cassazione. Pertanto, la S.C. ha considerato, nella specie, tempestivamente proposto il ricorso ricorso per cassazione (notificato oltre il termine c.d. breve), per non essere stata la sentenza di appello notificata all'indirizzo PEC indicato nell'atto di citazione in appello, ove la parte aveva peraltro precisato di voler ricevere "le comunicazioni e notificazioni nel corso del giudizio".

Sempre in linea generale, la già citata (v. *supra*, par. 1) **Sez. L, n. 17577/2020, Calafiore, Rv. 658886-01**, ha affermato che in caso di notifica di atti processuali non andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento, ossia senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa. Pertanto, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione che, spedito a mezzo PEC alle ore 20.21 dell'ultimo giorno utile per la proposizione, non era stato accettato immediatamente ma il giorno successivo, senza che il notificante si fosse attivato per la ripresa del procedimento notificatorio.

Quanto alla protezione internazionale, **Sez. 1, n. 14821/2020, Rossetti, Rv. 658259-01**, ha affermato che nelle relative controversie celebrate "ratione temporis" secondo il rito sommario introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2011, il ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello deve essere proposto nel termine di sei mesi dalla pubblicazione della decisione, come previsto in via generale dall'art. 327, comma 1, c.p.c., non essendovi disposizioni particolari che riguardino l'impugnazione delle pronunce di gravame all'esito di un procedimento sommario, e non trovando applicazione il disposto dell'art. 702-*quater* c.p.c., che attiene alla proposizione dell'appello contro le ordinanze di primo grado. Ne deriva, pertanto,che, ai fini del decorso di tale termine, non assume alcun rilievo la tardiva comunicazione del deposito della decisione impugnata da parte della cancelleria.

Per quanto concerne la tematica **della successione nel processo di legittimità,** ove - com'è noto - non opera l'istituto dell'interruzione, stante il suo carattere officioso, deve segnalarsi **Sez. 6-3, n. 08973/2020, Iannello, Rv. 657936-01**, che ha statuito che poiché l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110 c.p.c. non è espressamente esclusa per il processo di legittimità, né appare incompatibile con le forme proprie dello stesso, il soggetto che ivi intenda

proseguire il procedimento, quale successore a titolo universale di una delle parti già costituite, deve allegare e documentare, tramite le produzioni consentite dall'art. 372 c.p.c., tale sua qualità, attraverso un atto che, assumendo la natura sostanziale di un intervento, sia partecipato alla controparte - per assicurarle il contraddittorio sulla sopravvenuta innovazione soggettiva consistente nella sostituzione della legittimazione della parte originaria - mediante notificazione, non essendone, invece, sufficiente il semplice deposito nella cancelleria della Corte, come per le memorie *ex* artt. 378 e 380-*bis* c.p.c., poiché l'attività illustrativa che si compie con queste ultime è priva di carattere innovativo.

Relativamente allo *ius postulandi*, ed in particolare riguardo alla questione della successione di Agenzia delle Entrate-Riscossione alle società del Gruppo Equitalia, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 193 del 2016, convertito in legge n. 225 del 2016, va qui evidenziato **che Sez. 6, n. 17710/2020, Amendola, non massimata**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per investire ulteriormente le Sezioni Unite circa la necessità di verificare: «a) se, entrata in vigore la riforma del settore di cui al d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. con modif. in I. 1 dicembre 2016, n. 225, sia rituale l'instaurazione del contraddittorio per il giudizio di legittimità mediante notifica del ricorso al procuratore o difensore costituito per l'estinta società del gruppo Equitalia nel grado concluso con la sentenza impugnata, anziché alla neoistituita Agenzia delle Entrate - Riscossione: e, in particolare, se debba applicarsi la regola generale, oppure l'eccezione, prevista da Cass. Sez. U. 04/07/2014, n. 15295 (seguita, quanto alla prima, dalla giurisprudenza successiva, tra cui, da ultimo, Cass. ord. 09/10/2018, n. 24845) e, così, se possa considerarsi validamente ultrattivo il mandato conferito al professionista, oppure se debba ritenersi, con l'estinzione di questo o per altra causa, malamente evocata in giudizio una parte non corrispondente a quella giusta, trattandosi di soggetto formalmente e notoriamente estinto; b) se sia poi legittimo e su quali presupposti ed entro quali termini, viepiù ove ne vada confermata la qualificazione di successione a titolo particolare già data dalla giurisprudenza della sezione tributaria di questa Corte (nonostante la lettera dell'art. 1, co. 3, del d.l. n. 193 del 2016, conv. con modif. in l. 225 del 2016: Cass. ord. 15/06/2018, n. 15869; Cass. ord. 09/11/2018, n. 28741; Cass. ord. 24/01/2019, n. 1992; Cass. ord. 15/04/2019, n. 10547), il dispiegamento di attività difensiva nel giudizio di legittimità ad opera della detta Agenzia - secondo le regole sul patrocinio in giudizio come precisate da Cass. Sez. U. 19/11/2019, n. 30008, che nella specie sono comunque rispettate - mediante notifica di controricorso a seguito della notifica del ricorso alla singola società dante causa, agente della riscossione». La discussione è stata fissata per l'udienza del 9 marzo

2021. Per quanto concerne la **rinuncia** al ricorso per cassazione, deve anzitutto segnalarsi **Sez. 1, n. 09474/2020, Falabella, Rv. 657640-01**, che ha affermato che, quando alla rinuncia non abbia fatto seguito l'accettazione dell'altra parte, pur estinguendosi il processo, non opera l'art. 391, comma 4, c.p.c., come modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006, che esclude la condanna alle spese in danno del rinunciante, spettando al giudice il potere discrezionale di negarla solo in presenza di specifiche circostanze meritevoli di apprezzamento, idonee a giustificare la deroga alla regola generale della condanna del rinunciante al rimborso delle spese sostenute dalle altre parti. Nello stesso senso, **Sez. T, n. 10140/2020, Succio, Rv. 657723-01**, che ha precisato che la rinuncia al ricorso per cassazione produce l'estinzione del processo anche in assenza di accettazione, non avendo tale atto carattere "accettizio" per essere produttivo di effetti processuali e, determinando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, comporta il venir meno dell'interesse a contrastare l'impugnazione, fatta salva, comunque, la condanna del rinunciante alle spese del giudizio.

Sez. 6-3, n. 17893/2020, Rossetti, Rv. 658757-02, ha poi precisato che la rinuncia ad uno o più motivi di ricorso, che rende superflua una decisione in ordine alla fondatezza o meno di tali censure, è efficace anche in mancanza della sottoscrizione della parte o del rilascio di uno specifico mandato al difensore nel caso in cui, all'esito di un accertamento *a posteriori*, risulti implicare una valutazione tecnica in ordine alle più opportune modalità di esercizio della facoltà d'impugnazione e non comporti la disposizione del diritto in contesa, essendo così rimessa alla discrezionalità del difensore stesso e, quindi, sottratta alla disciplina di cui all'art. 390 c.p.c. per la rinuncia al ricorso.

Infine, la già citata (v. *supra*) **Sez. U, n. 28182/2020, De Stefano, Rv. 659710-01**, ha precisato che il ricorrente può rinunciare al ricorso, ai sensi dell'art. 390 c.p.c., fino a quando non sia cominciata la relazione all'udienza, o sino alla data dell'adunanza camerale, o finché non gli siano state notificate le conclusioni scritte del Procuratore generale nei casi di cui all'art. 380-*ter* c.p.c.

Sul tema della produzione documentale, va qui segnalata **Sez. 3, n. 09685/2020, Di Florio, Rv. 657689-01,** che ha ribadito che nel giudizio di legittimità possono essere prodotti, dopo la scadenza del termine di cui all'art. 369 c.p.c. e ai sensi dell'art. 372 c.p.c., solo i documenti che attengono all'ammissibilità del ricorso e non anche quelli concernenti l'allegata fondatezza del medesimo. Inoltre, **Sez. 1, n. 28004/2020, Acierno, Rv. 659933-01**, ha ritenuto l'inammissibilità della produzione documentale effettuata ai sensi dell'art. 369 c.p.c. in quanto, all'esito dell'accesso agli atti, consentito in funzione

del controllo da svolgere, non è risultato che i medesimi documenti fossero stati depositati nella fase di merito.

Quanto ai poteri della Corte di cassazione, va anzitutto segnalata la già citata **Sez. 3, n. 24258/2020, Scarano, Rv. 659845-02**, che per l'ipotesi in cui vengano denunciati con il ricorso per cassazione *errores in procedendo*, ha ribadito che la Corte di legittimità diviene anche giudice del fatto (processuale) ed ha, quindi, il potere-dovere di procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali. Occorre però preliminarmente appurare l'ammissibilità del motivo in relazione ai termini in cui è stato esposto, con la conseguenza che, solo quando sia stata accertata la sussistenza di tale ammissibilità diventa possibile valutare la fondatezza del motivo medesimo e, dunque, esclusivamente nell'ambito di quest'ultima valutazione, la Corte di cassazione può e deve procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali.

Interessante è, poi, **Sez. 1, n. 27704/2020, Tricomi, Rv. 659931-01**, che ha ribadito che il giudice di legittimità può ritenere fondata la questione sollevata nel ricorso anche per una ragione giuridica diversa da quella indicata dalla parte ed individuata d'ufficio, con il solo limite che tale individuazione deve avvenire sulla base dei fatti per come accertati nelle fasi di merito e senza confliggere con il principio di monopolio della parte nell'esercizio della domanda e delle eccezioni in senso stretto, con la conseguenza che resta escluso che la S.C. possa rilevare l'efficacia giuridica di un fatto se ciò comporta la modifica della domanda per come definita nelle fasi di merito o l'integrazione di un'eccezione in senso stretto.

Infine, **Sez. U, n. 29172/2020, Rv. 660029 - 01**, ha ribadito che l'istanza di sospensione del giudizio, in attesa della definizione di altra controversia, è inammissibile se proposta per la prima volta in Cassazione, in quanto il provvedimento richiesto esula dalla funzione istituzionale della Corte Suprema, cui è demandato soltanto il sindacato di legittimità delle anteriori decisioni di merito.

Quanto alle conseguenze del mutamento di giurisprudenza, **Sez. 6-T, n. 23834/2020, Conti, Rv. 659359-01,** ha ribadito che la pronuncia delle Sezioni Unite che componga il contrasto sull'interpretazione di una norma processuale non configura un'ipotesi di *overruling* avente il carattere di imprevedibilità e, di conseguenza, non costituisce presupposto per la rimessione in termini della parte che sia incorsa nella preclusione o nella decadenza.

In relazione all'errore materiale contenuto nelle pronunce della S.C., va anzitutto segnalata **Sez. 6-2, n. 12185/2020, Scarpa, Rv. 658457-01**, secondo cui nel giudizio di cassazione è ammissibile il ricorso per la correzione di errore materiale avverso il provvedimento di condanna alle spese della parte intimata

che non si sia ivi costituita, in quanto la violazione dell'art. 91 c.p.c., integra un errore, ai sensi dell'art. 287 e 391-*bis* c.p.c., rilevabile *ictu oculi* dal testo del provvedimento. Tuttavia, per **Sez. 6-3, n. 24417/2020, F.M. Cirillo, Rv. 659912-01**, l'attività di specificazione o di interpretazione di una sentenza della Corte di cassazione non può essere oggetto né del procedimento di correzione di errore materiale né di quello per revocazione di cui all'art. 391-*bis* c.p.c. (fattispecie in cui la parte condannata alla rifusione delle spese processuali nei confronti di "ciascuna parte controricorrente" aveva chiesto venisse specificato che per "parte controricorrente" doveva intendersi ogni parte processuale, vale a dire "ogni parte assistita dal medesimo difensore").

In linea con **Sez. T, n. 29634/2019, Saija, Rv. 655742-01**, quanto al mancato inserimento - nel fascicolo d'ufficio - del controricorso, la procedura di correzione di errore materiale promossa d'ufficio innanzi alla Corte di cassazione è stata ritenuta inammissibile da **Sez. 6-1, n. 19994/2020, Di Marzio M., Rv. 659144-01**, perché tale fattispecie è da qualificarsi come errore di fatto sul contenuto degli atti processuali, che va dedotto dalla parte con ricorso per revocazione entro l'ordinario termine di sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero di sei mesi dalla sua pubblicazione.

Sul piano procedurale, **Sez. 6-3, n. 12983/2020, Iannello, Rv. 658229-02**, ha precisato che l'istanza di correzione per errore materiale di un'ordinanza della S.C. è improcedibile quando il ricorrente non depositi la copia autentica del provvedimento, poiché l'art. 391-*bis* c.p.c., rinviando alla disciplina dettata dagli artt. 365 ss. c.p.c., richiede l'osservanza di quanto prescritto nell'art. 369, comma 2, n. 2, del medesimo codice.

Relativamente al regime delle spese, richiamata la già citata (v. *supra*) **Sez. L, n. 01392/2020, Raimondi, Rv. 656536-01**, secondo cui, ove il ricorso per cassazione sia inammissibilmente proposto dall'*ex* rappresentante di società estinta, ne consegue la condanna alle spese in proprio del detto rappresentante, deve segnalarsi **Sez. L., n. 14813/2020, Tricomi, Rv. 658182-02**, secondo cui nel giudizio di cassazione, nel caso di rigetto sia del ricorso che della domanda, meramente accessoria, proposta *ex* art. 96 c.p.c. dal controricorrente, non ha luogo una ipotesi di pluralità di domande effettivamente contrapposte idonea a determinare una soccombenza parziale o reciproca.

Avuto poi riguardo al regime di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 (c.d. raddoppio del contributo unificato), nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, l. n. 228 del 2012, va anzitutto segnalata **Sez. U, n. 04315/2020, Lombardo, Rv. 657198-02, 03, 04, 05 e 06**, che ha sistematizzato le questioni aperte. Nell'ordine, è stato affermato che: 1) Rv. 657198-02: l'ulteriore

importo del contributo unificato (c.d. doppio contributo) che la parte impugnante è obbligata a versare allorquando ricorrano i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, ha natura di debito tributario, in quanto partecipa della natura del contributo unificato iniziale ed è volto a ristorare l'amministrazione della Giustizia dei costi sopportati per la trattazione della controversia; ne consegue che la questione circa la sua debenza è estranea alla cognizione della giurisdizione civile ordinaria, spettando invece alla giurisdizione del giudice tributario; 2) Rv. 657198-03: la debenza dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato (c.d. doppio contributo) pari a quello dovuto per l'impugnazione è normativamente condizionata a due presupposti: il primo, di natura processuale, costituito dall'adozione di una pronuncia di integrale rigetto o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, la cui sussistenza è oggetto dell'attestazione resa dal giudice dell'impugnazione ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002; il secondo, di diritto sostanziale tributario, consistente nell'obbligo della parte impugnante di versare il contributo unificato iniziale, il cui accertamento spetta invece all'amministrazione giudiziaria; 3) Rv. 657198-04: il giudice dell'impugnazione deve rendere l'attestazione della sussistenza del presupposto processuale per il raddoppio del contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, quando la pronuncia adottata è inquadrabile nei tipi previsti dalla norma (integrale rigetto, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione), mentre non è tenuto a dare atto dell'insussistenza di tale presupposto quando la pronuncia non rientra in alcuna di suddette fattispecie; 4) Rv. 657198-05: in tema di raddoppio del contributo unificato a carico della parte impugnante *ex* art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, l'attestazione del giudice dell'impugnazione della sussistenza del presupposto processuale per il versamento dell'importo ulteriore (c.d. doppio contributo) può essere condizionata all'effettiva debenza del contributo unificato iniziale, che spetta all'amministrazione giudiziaria accertare, tenendo conto di cause di esenzione o di prenotazione a debito, originarie o sopravvenute, e del loro eventuale venir meno; ed infine 5) Rv. 657198-06: il giudice dell'impugnazione che emetta una delle pronunce previste dall'art. 13, comma 1-, del d.P.R. n. 115 del 2002, è tenuto a dare atto della sussistenza del presupposto processuale per il versamento dell'importo ulteriore del contributo unificato (c.d. doppio contributo) anche quando esso non sia stato inizialmente versato per una causa suscettibile di venire meno (come nel caso di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato), potendo invece esimersi dal rendere detta attestazione quando la debenza del contributo unificato iniziale sia esclusa dalla legge in modo assoluto e definitivo.

Ancora, **Sez. 6-2, n. 13636/2020, Cosentino, Rv. 658724-01**, ha statuito che in ragione della natura impugnatoria del ricorso per regolamento di competenza, ove lo stesso venga integralmente rigettato il ricorrente può essere obbligato al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato *ex* art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, introdotto, con riferimento ai procedimenti iniziati in data successiva al 30 gennaio 2013, dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012. Infine, **Sez. L. n. 20682/2020, Di Paolantonio, Rv. 658919-01,** ha precisato che le Università statali, quand'anche difese dall'Avvocatura dello Stato, sono tenute al pagamento del raddoppio del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, perché l'esenzione prevista dal richiamato decreto opera per le sole amministrazioni dello Stato e non per gli enti pubblici autonomi, categoria cui appartengono le Università.

3. Il giudizio di rinvio.

Numerose pronunce, infine, hanno riguardato il giudizio di rinvio. Di seguito le più significative. Anzitutto, in linea con consolidato orientamento, **Sez. 2, n. 00448/2020, Bellini, Rv. 656830-02**, ha ribadito che i limiti dei poteri attribuiti al giudice di rinvio sono diversi a seconda che la pronuncia di annullamento abbia accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ovvero per vizi di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia, ovvero per entrambe le ragioni: nella prima ipotesi, il giudice deve soltanto uniformarsi, *ex* art. 384, comma 1, c.p.c., al principio di diritto enunciato dalla sentenza di cassazione, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti acquisiti al processo, mentre, nella seconda, non solo può valutare liberamente i fatti già accertati, ma anche indagare su altri fatti, ai fini di un apprezzamento complessivo in funzione della statuizione da rendere in sostituzione di quella cassata, ferme le preclusioni e decadenze già verificatesi; nella terza, infine, la sua *potestas iudicandi*, oltre ad estrinsecarsi nell'applicazione del principio di diritto, può comportare la valutazione *ex novo* dei fatti già acquisiti, nonché la valutazione di altri fatti, la cui acquisizione, nel rispetto delle preclusioni e decadenze pregresse, sia consentita in base alle direttive impartite dalla decisione di legittimità. Nello stesso senso, **Sez. 3, n. 10549/2020, Olivieri, Rv. 658016-01**.

Il principio è stato anche ribadito, sotto diversa prospettiva, da **Sez. U, n. 18303/2020, Tria, Rv. 658632-02,** che ha affermato che in caso di ricorso per cassazione avverso la pronuncia del giudice di rinvio per violazione della precedente statuizione di annullamento, il sindacato della S.C. si risolve nel

controllo dei poteri propri del suddetto giudice, poteri che, nell'ipotesi di rinvio per vizio di motivazione, si estendono non solo alla libera valutazione dei fatti già accertati, ma anche alla indagine su altri fatti, con il solo limite del divieto di fondare la decisione sugli stessi elementi già censurati del provvedimento impugnato e con la preclusione rispetto ai fatti che il principio di diritto eventualmente enunciato presuppone come pacifici o accertati definitivamente.

Sez. 6-3, n. 03527/2020, Gianniti, Rv. 657015-02, ha ribadito che la domanda di restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza, successivamente cassata in sede di legittimità, ancorché proposta in via autonoma, è devoluta alla competenza esclusiva del giudice del rinvio. Peraltro, la stessa pronuncia, Rv. 657015-01, ha precisato che l'omessa pronuncia del giudice di rinvio sulla domanda di restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza di appello cassata in sede di legittimità non preclude l'autonoma proposizione della domanda in un separato giudizio, nemmeno se tale omissione di pronuncia non sia stata impugnata con ricorso per cassazione, essendosi formato su di essa un giudicato di mero rito.

Sempre sul tema, **Sez. 3, n. 09245/2020, Positano, Rv. 657686-01**, ha statuito che l'azione di restituzione proposta, a norma dell'art. 389 c.p.c., dalla parte vittoriosa nel giudizio di cassazione, in relazione alle prestazioni eseguite in base alla sentenza d'appello poi annullata, non è riconducibile allo schema della ripetizione d'indebito ed è soggetta all'ordinario termine decennale di prescrizione.

Peculiare è poi **Sez. L, n. 17315/2020, Bellé, Rv. 658543-01**, secondo cui, nel caso di cassazione della sentenza impugnata per violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, comma 2, c.p.c., solo se le questioni dibattute siano di puro diritto, mentre, qualora siano coinvolte questioni di fatto, è inevitabile l'annullamento con rinvio.

Quanto al regolamento delle spese, **Sez. 6-3, n. 18108/2020, Tatangelo, Rv. 658518-01**, ha affermato che in caso di accoglimento del ricorso per cassazione di una sentenza di secondo grado proposto con riguardo al solo capo relativo alle spese di lite, nel giudizio di rinvio - ai fini della liquidazione delle spese di legittimità e dello stesso rinvio - deve ritenersi vittoriosa la parte la cui doglianza sulle spese sia stata accolta, indipendentemente dall'esito della controversia.

Interessante è poi Sez. **6-3, n. 20345/2020, Guizzi, Rv. 659252-01**, secondo cui la riassunzione del giudizio innanzi alla sezione distaccata della corte d'appello individuata dalla S.C. quale giudice del rinvio non viola il disposto dell'art. 383 c.p.c., anche se la stessa sezione distaccata aveva emesso la decisione poi cassata, non sussistendo un vizio di competenza funzionale, che non può riguardare la

ripartizione interna degli affari tra sezioni (come nel caso del rapporto fra sede distaccata e principale di una corte di appello) o le persone fisiche dei magistrati, purché nessuno dei componenti del nuovo collegio giudicante abbia partecipato alla pronuncia del provvedimento cassato; tuttavia la prova del difetto di alterità, da cui deriva la nullità della sentenza pronunciata, grava sul ricorrente che la impugni per cassazione all'esito del giudizio di rinvio.

Allo stesso modo interessante è, ancora, **Sez. 6-T, n. 22407/2020, Russo, Rv. 659358-01**, secondo cui, quanto all'incidenza dello "ius superveniens" sul giudizio di rinvio, mentre nell'ipotesi di rinvio cd. prosecutorio (o proprio) *ex* art. 383, comma 1, c.p.c., il giudice non deve tener conto delle modifiche processuali "medio tempore" intervenute, vertendosi in una fase ulteriore dell'originario procedimento (introdotto secondo le regole in quel momento vigenti), nel caso rinvio cd. restitutorio (o improprio) *ex* art. 383, comma 3, c.p.c., le sopravvenienze normative incidono, invece, sul nuovo processo che si svolge dinanzi al primo giudice, cui la causa sia stata rimessa in conseguenza dell'annullamento dell'intero procedimento. Pertanto, la stessa pronuncia, Rv. 659358-02, ha affermato che nel caso di annullamento dell'intero giudizio di merito, da parte della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c., non trova applicazione il principio del *tempus regit processum* - secondo cui, in ossequio alle regole del giusto processo civile (art. 111 Cost.), vanno mantenute le norme vigenti al momento della proposizione della domanda iniziale -, dal momento che esso presuppone l'esistenza di atti processuali validi, compiuti nel previgente regime, mentre nell'ipotesi suddetta, insieme con l'atto originario, cade anche il collegamento col precedente regime processuale e il nuovo giudizio che si instaura a seguito di rinvio restitutorio è sottoposto alle regole vigenti (nella specie relative al termine lungo per impugnare) nel momento in cui, con la riassunzione, si rinnova l'atto introduttivo nullo, in virtù del giustapposto principio del *tempus regit actum*.

Sotto diverso ma concorrente profilo, **Sez. 3, n. 25877/2020, Porreca, Rv. 659855-01**, ha affermato che nell'ipotesi di rinvio c.d. prosecutorio alla corte d'appello - che si verifica quando la sentenza impugnata sia entrata nel merito della controversia, se del caso accogliendo la domanda risarcitoria e quantificando i danni - la corte territoriale, diversamente da quanto accade nel caso di rinvio c.d. improprio o restitutorio, soggiace al divieto di "reformatio in peius", che costituisce conseguenza delle norme, dettate dagli artt. 329 e 342 c.p.c. in tema di effetto devolutivo dell'impugnazione di merito e di acquiescenza, che presiedono alla formazione del "thema decidendum" in appello, per cui, una volta stabilito il "quantum devolutum", l'appellato non può giovarsi della reiezione del gravame principale per ottenere effetti che solo l'appello incidentale gli avrebbe assicurato

e che, invece, in mancanza, gli sono preclusi dall'acquiescenza prestata alla sentenza di primo grado.

Per quanto concerne la riassunzione, S**ez. 6-2, n. 00975/2020, Scarpa, Rv. 657245-02**, ha affermato che in conseguenza della cassazione con rinvio, tra il giudizio rescindente e quello rescissorio deve esservi perfetta correlazione quanto al rapporto processuale, che non può costituirsi davanti al giudice di rinvio senza la partecipazione di tutti i soggetti nei cui confronti è stata emessa la pronuncia rescindente e quella cassata; la citazione in riassunzione davanti a detto giudice si configura, infatti, come atto di impulso processuale, in forza del quale la controversia dà luogo ad un litisconsorzio necessario fra coloro che furono parti nel processo di cassazione, senza che abbia rilievo alcuno la natura inscindibile o scindibile della causa, né l'ammissibilità di una prosecuzione solo parziale del giudizio di sede di rinvio.

Sez. 3, n. 08891/2020, Cricenti, Rv. 657842-01, ha poi precisato che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., l'estinzione dell'intero processo, con conseguente caducazione di tutte le attività espletate, salva la sola efficacia del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, non assumendo rilievo che l'eventuale sentenza d'appello, cassata, si sia limitata a definire in rito l'impugnazione della decisione di primo grado ovvero abbia rimesso la causa al primo giudice e, dunque, manchi un effetto sostitutivo rispetto a quest'ultima pronuncia, poiché tale disciplina risponde ad una valutazione negativa del legislatore in ordine al disinteresse delle parti alla prosecuzione del procedimento.

In applicazione del suddetto principio, nell'ambito fallimentare, **Sez. 1, 03022/2020, Terrusi, Rv. 657053-01**, ha quindi affermato che, ove la sentenza di rigetto del reclamo contro la sentenza dichiarativa, di cui all'art. 18 l.fall., sia stata cassata con rinvio e il processo non sia stato riassunto nel termine prescritto, trova piena applicazione la regola generale di cui all'art. 393 c.p.c., alla stregua della quale alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero processo e, quindi, anche l'inefficacia della sentenza di fallimento.

In ambito tributario, inoltre, **Sez. T, n. 03250/2020, Catallozzi, Rv. 656965-01**, ha stabilito che nel giudizio di rinvio successivo alla cassazione della sentenza impugnata, la riassunzione della causa deve essere preceduta, a pena di inammissibilità, dal deposito di copia autentica della sentenza di legittimità o dell'ordinanza decisoria che definisce il giudizio, dovendosi interpretare l'art. 63 del d.lgs. n. 546 del 1992 (nel testo "ratione temporis" vigente) alla luce delle successive modifiche al codice di rito hanno elevato l'ordinanza a modello decisionale dei giudizi di legittimità.

Quanto al giudizio di rinvio dinanzi alla corte d'appello civile nel caso venga disposta la cassazione della sentenza penale ai soli effetti civili, *ex* art. 622 c.p.p., **Sez. 1, n. 15041/2020, Scalia, Rv. 658250-01,** ha affermato che la cognizione del giudice civile può estendersi all'intera pretesa risarcitoria, sia per l'aspetto inerente al fondamento della stessa che per quello dell'eventuale determinazione dell'ammontare risarcitorio, a meno che non vi sia stata la formazione di un giudicato penale di assoluzione, destinato ad avere effetti in sede civile ai sensi dell'art. 652 c.p.p.

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

(di ELEONORA REGGIANI E RAFFAELE ROSSI)[1]

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La presentazione del ricorso straordinario per cassazione. - 3. Gli atti impugnabili - 4. Alcuni provvedimenti adottati nel corso del processo - 5. La pronuncia di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348 *ter* c.p.c. - 6. I provvedimenti in materia di famiglia e minori - 7. La statuizione sulla sospensiva in materia di protezione internazionale - 8. I provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori - 9. La revoca dell'amministratore di condominio - 10. Le sentenze secondo equità del giudice di pace - 11. La decisione sull'opposizione alla liquidazione dei compensi *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002 - 11. La revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato - 13. I provvedimenti relativi all'esecuzione forzata - 14. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere - 15. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge - 16. La richiesta del Procuratore Generale - 17. Il potere officioso della Corte.

1. Premessa.

Anche quest'anno viene dedicato un unico capitolo alle statuizioni della S.C. che hanno esaminato le ipotesi di ricorso straordinario per cassazione e a quelle che hanno enunciato principi di diritto nell'interesse della legge.

Ciò che accomuna i due istituti è il preponderante rilievo attribuito al controllo di legalità svolto dalla Corte di cassazione.

Com'è noto, l'art. 111, comma 7, Cost., contiene una norma dalla portata immediatamente precettiva, assicurando che «*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge*».

Tuttavia, come avviene con il ricorso ordinario per cassazione, lo *ius constitutionis* si attua per il tramite dello *ius litigatoris*.

Il solo *ius constitutionis* è invece esaltato nella disciplina contenuta nell'art. 363 c.p.c. (come sostituito dall'art. 4 d.lgs. n. 40 del 2006), in forza della quale è consentito alla S.C. di enunciare il principio di diritto, su richiesta del P.G. e in alcuni casi anche d'ufficio, senza però che tale pronuncia abbia effetto nel giudizio di merito che ha dato occasione alla pronuncia.

---

[1] Eleonora Reggiani ha redatto i paragrafi da 1 a 12 e Raffaele Rossi quelli da 13 a 17.

Viene, in questo caso, potenziata la pura funzione di garanzia dell'uniforme applicazione del diritto, attribuita alla S.C. dall'art. 65 r.d. n. 12 del 1941, che, prescindendo completamente dalla tutela delle parti coinvolte nel processo, si sostanzia nella stessa enunciazione del principio.

L'ambito applicativo di tali istituti è estremamente variegato, ma l'esame delle statuizioni anno per anno adottate contribuisce a delineare con sempre maggiore chiarezza le rispettive caratteristiche, esaltandone l'importanza in termini di solidità e di coerenza interna del sistema.

2. La presentazione del ricorso straordinario per cassazione.

Come appena evidenziato, in virtù dell'art. 111, comma 7, Cost., il ricorso straordinario per cassazione è ammesso contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale «*per violazione di legge*».

L'art. 2 d.lgs. n. 40 del 2006, nel sostituire l'art. 360 c.p.c., risolvendo ogni dubbio interpretativo, ha precisato che il ricorso straordinario per cassazione si può proporre per gli stessi motivi previsti per il ricorso ordinario («*Le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*»).

In tale ottica, con riferimento alle statuizioni adottate dal Tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle materie oggetto di cognizione diretta *ex* art. 143 r.d. n. 1775 del 1933, **Sez. U, n. 07833/2020, Stalla, Rv. 657603-01**, ha precisato che il ricorso alle Sezioni Unite è esperibile, oltre che per i vizi indicati dall'art. 201 del citato r.d. (incompetenza ed eccesso di potere), per ogni violazione di legge, sostanziale e processuale, e non per soli motivi inerenti alla giurisdizione, essendo tale limitazione operante, a norma dell'art. 111 Cost., unicamente per le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

In ordine ai termini per la presentazione del ricorso *ex* art. 111, comma 7, Cost., **Sez. 6-2, n. 04735/2020, Criscuolo, Rv. 657263-01**, pronunciandosi sull'impugnazione dell'ordinanza relativa all'opposizione *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002, ha affermato che tale ricorso può essere proposto entro il termine lungo stabilito dall'art. 327 c.p.c., non trovando applicazione la previsione, relativa al procedimento sommario di cognizione, secondo la quale l'appello deve essere esperito nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione, ma la disciplina del ricorso straordinario, venendo in rilievo un provvedimento non altrimenti impugnabile, che incide con carattere di definitività su diritti soggettivi.

Sempre con riferimento all'impugnazione dell'ordinanza *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002, **Sez. 6-2, n. 05990/2020, Criscuolo, Rv. 657576-01**, ha aggiunto

che il termine breve per proporre il ricorso straordinario per cassazione decorre dalla notificazione del provvedimento, fermo restando che, in assenza di tale notificazione, deve reputarsi applicabile il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c..

Tali statuizioni, relative ai tempi di proposizione del ricorso in esame, si pongono in linea con un orientamento consolidato, di recente ribadito, in termini generali, da Sez. 6-2, n. 16938/2019, Sabato, Rv. 654345-01, ove la Corte ha affermato che al ricorso straordinario per cassazione si applica il termine di sessanta giorni di cui all'art. 325, comma 2, c.p.c. decorrente dalla data della notificazione del provvedimento o, in mancanza di tale notificazione, il termine di decadenza previsto dall'art. 327 c.p.c., con la precisazione che la comunicazione da parte della cancelleria del testo integrale del provvedimento depositato non è idonea a far decorrere il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c., così come chiarito dal nuovo testo dell'art. 133 c.p.c., modificato dall'art. 45, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif. in l. n. 114 del 2014.

Per quanto riguarda la forma del ricorso straordinario per cassazione, merita di essere menzionata **Sez. U, n. 06074/2020, Mercolino, Rv. 657219-01**, ove si evidenzia che l'art. 24 d.lgs. n. 109 del 2006, nella parte in cui dichiara applicabili i termini e le forme previsti dal codice di procedura penale al ricorso per cassazione contro i provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM, si riferisce alla sola impugnazione delle decisioni della menzionata Sezione disciplinare, senza estendersi ai ricorsi contro le sentenze e le ordinanze emesse, in sede di impugnazione, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Da ciò consegue che tali provvedimenti non possono essere impugnati *ex* art. 111, comma 7, Cost. (o per revocazione) personalmente dall'incolpato mediante il semplice deposito del ricorso in cancelleria, essendo, invece, necessaria la rappresentanza di un difensore, iscritto nell'albo degli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi alle magistrature superiori, munito di procura speciale, ed anche la notifica del ricorso al Ministero della giustizia e alla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione.

Infine, sempre in tema di proposizione del ricorso straordinario per cassazione, **Sez. 6-1, n. 19162/2020, Falabella, Rv. 658838-01,** ha rilevato che contro una sentenza di primo grado, e in assenza di accordo tra le parti per omettere l'appello, non è ipotizzabile il rimedio del ricorso straordinario per cassazione, in quanto l'art. 111, comma 7, Cost. ha la finalità di ammettere tale mezzo di impugnazione solo contro provvedimenti per i quali la legge non prevede o limita il ricorso per cassazione, con esclusione di quelli per i quali è possibile l'appello.

3. Gli atti impugnabili.

Ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., il ricorso straordinario, in materia civile, è ammesso contro le «*sentenze*» degli organi giurisdizionali.

La S.C. si è tuttavia da subito orientata nel senso di consentire l'esperibilità di tale rimedio impugnatorio non solo nei confronti dei provvedimenti che hanno la forma della sentenza e non sono assoggettati ai normali mezzi d'impugnazione (v. ad esempio le ipotesi disciplinate dall'art. 618 c.p.c.), ma anche nei confronti di ogni altro provvedimento, anche se adottato in forma diversa, che abbia comunque carattere decisorio, incidendo su diritti soggettivi, e definitivo, in quanto non altrimenti impugnabile.

Tale principio, non posto successivamente in discussione, è stato sancito da Sez. U, n. 02593/1953, Duni, Rv. 881234-01, ove si è affermato che il ricorso straordinario per cassazione è esperibile con riguardo a tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla forma che assumono, decidono in modo definitivo il merito di una controversia, la cui eventuale ingiustizia resterebbe irreparabilmente e definitivamente priva di controllo.

L'interpretazione estensiva, operata dalla giurisprudenza di legittimità, ha ricevuto l'avallo del legislatore che, come evidenziato, nel novellare il disposto dell'art. 360 c.p.c. con l'art. 2 del d.lgs. n. 40 del 2006, ha espressamente fatto richiamo ai «*provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*».

È dunque ammesso il ricorso straordinario per cassazione contro tutti i provvedimenti, comprese le ordinanze ed i decreti, connotati dal duplice requisito della decisorietà (nel senso che incidano su diritti o *status*) e della definitività (nel senso che non possano essere rimessi in discussione in nessun modo e a nessuna condizione).

Nel corso degli anni, la giurisprudenza di legittimità ha svolto il compito di verificare, con riferimento alle diverse tipologie di provvedimenti, la presenza dei requisiti della decisorietà e della definitività, in alcuni casi manifestando un orientamento sempre più consolidato e in altri casi mostrando opinioni discordanti ed anche mutevoli.

Nell'esaminare l'attività svolta nell'anno in rassegna, vengono prima di tutto illustrate le decisioni in cui la Corte di cassazione ha esaminato la possibilità di impugnare *ex* art. 111, comma 7, Cost. alcuni provvedimenti adottati nel corso del processo civile. Successivamente vengono richiamate le pronunce che hanno riguardato il ricorso a tale rimedio in specifici settori o in determinati procedimenti.

4. Alcuni provvedimenti adottati nel corso del processo.

Con riguardo all'ordinanza che dichiara l'interruzione del processo, **Sez. 3, n. 09255/2020, Scarano, Rv. 657634-01**, ha evidenziato che tale provvedimento ha natura meramente preparatoria ed ordinatoria, poiché non statuisce sulla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio né definisce il processo, comportando soltanto un temporaneo stato di quiescenza del procedimento fino alla sua riassunzione o, in mancanza, fino all'estinzione.

È per questo che, secondo la S.C., avverso tale provvedimento sono inammissibili l'appello e il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., avendo la parte interessata la possibilità di recuperare pienamente la tutela giudiziale attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, i quali sono idonei a far valere ogni possibile doglianza nei confronti del giudice che, una volta proseguito o riassunto il giudizio nel termine perentorio stabilito dalla legge, disattenda le sue difese e si pronunci sul merito della domanda o sui relativi presupposti processuali (conf. Sez. 1, n. 17531/2014, Genovese, Rv. 632543-01).

In tema di espressioni sconvenienti e offensive utilizzate negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati davanti al giudice, **Sez. 6-3, n. 27616/2020, Tatangelo, Rv. 660056 - 01**, ha ritenuto che l'ordine di cancellazione di tali espressioni costituisce un potere valutativo discrezionale del giudice di merito, volto alla tutela di interessi diversi da quelli oggetto di contesa tra le parti, tant'è che il suo esercizio, anche ufficioso, si sottrae all'obbligo di motivazione e il relativo provvedimento, presentando carattere ordinatorio (e non decisorio), non è suscettibile di impugnazione e non è sindacabile in sede di legittimità (conf. Sez. 3, n. 14659/2015, Scrima, Rv. 636164-01).

Infine, con riguardo alle statuizioni adottate a seguito della presentazione dell'istanza di ricusazione, **Sez. 1, n. 18611/2020, Parise, Rv. 659232-01**, ha affermato che l'ordinanza di rigetto di tale istanza non è impugnabile con il ricorso straordinario per Cassazione, perché, pur avendo natura decisoria - dal momento che statuisce su un'istanza diretta a far valere concretamente l'imparzialità del giudice, la quale costituisce, non soltanto un interesse generale dell'amministrazione della giustizia, ma anche (se non soprattutto) un diritto soggettivo della parte - manca del necessario carattere della definitività, tenuto conto che il contenuto di tale provvedimento è suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo, attraverso il controllo sulla pronuncia resa dal (o col concorso del) *iudex suspectus* e l'eventuale vizio, causato dalla incompatibilità del giudice invano ricusato, è causa di nullità dell'attività da quest'ultimo spiegata e, pertanto, si converte in motivo di gravame della sentenza emessa.

5. La pronuncia di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348 *ter* c.p.c.

Guardando agli accertamenti preliminari che il giudice dell'appello è chiamato ad effettuare, **Sez. 3, n. 12887/2020, Olivieri, Rv. 658020-01**, ha ritenuto che la disposizione dell'art. 348 *ter*, comma 1, c.p.c. deve essere interpretata nel senso che il giudice è, in ogni caso, tenuto a procedere alla preliminare verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, perché solo in questo modo può darsi effettivo significato all'obbligo di audizione delle parti prima di dichiarare l'inammissibilità dell'appello. Pertanto, qualora dall'esame degli atti emergano vizi di invalidità della notifica dell'atto introduttivo del gravame o risulti pretermessa la notifica dell'impugnazione a taluno dei litisconsorti necessari (o delle altre parti che abbiano interesse a contraddire), il giudice è tenuto ad adottare i provvedimenti di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., in difetto dei quali l'ordinanza di inammissibilità, affetta da vizio di nullità processuale insanabile, è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che, in un'azione revocatoria dell'atto di dotazione del *trust*, aveva dichiarato l'inammissibilità dell'appello *ex* art. 348 *ter* c.p.c., senza previamente disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del *trustee* litisconsorte necessario).

Inoltre, ribadendo un orientamento condiviso, **Sez. 6-3, n. 26915/2020, Porreca, Rv. 659927-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione con il quale si contesti un *error in iudicando* contro l'ordinanza di manifesta infondatezza dell'appello *ex* artt. 348 *ter* c.p.c., per il sol fatto che essa, pur condividendo le ragioni della decisione appellata, contenga anche proprie argomentazioni, diverse da quelle prese in considerazione dal giudice di primo grado, perché tale possibilità è consentita dall'art. 348 *ter*, comma 4, c.p.c., che permette, in tal caso, l'impugnazione della sentenza di primo grado anche per vizi della motivazione, esclusi solo se le ragioni delle decisioni di primo e secondo grado siano identiche quanto al giudizio di fatto (conf. Sez. 1, n. 13835/2019, Falabella, Rv. 654258-01).

6. I provvedimenti in materia di famiglia e minori.

Tenuto conto del diverso orientamento di molti giudici di merito, grande rilievo assume **Sez. 1, n. 08432/2020, Mercolino, Rv. 657610-01**, ove la Corte di cassazione ha ritenuto ammissibile il ricorso straordinario per cassazione contro la statuizione sulle spese, adottata dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso l'ordinanza emessa dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 708,

comma 3, c.p.c., precisando che tale statuizione non deve essere assunta, poiché, trattandosi di provvedimento cautelare adottato in pendenza della lite, spetta al giudice del merito provvedere, anche su tali spese, con la sentenza che conclude il giudizio.

In motivazione, la Corte ha precisato che, nel procedimento di separazione personale dei coniugi, il decreto con cui la corte d'appello decide sul reclamo contro l'ordinanza presidenziale non è impugnabile con il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., nella parte che attiene ai provvedimenti temporanei ed urgenti adottati nell'interesse dei coniugi e della prole, perché tali provvedimenti, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, non statuiscono in modo definitivo, ma hanno carattere interinale, provvisorio e strumentale al giudizio di merito, potendo essere sempre revocati o modificati dal giudice istruttore, ed essendo destinati a rimanere assorbiti nella decisione finale (così Sez. 1, n. 01841/2011, Forte, Rv. 616541-01; con riferimento al reclamo contro l'ordinanza adottata dal giudice istruttore, v. Sez. 6-1, n. 14141/2014, Dogliotti, Rv. 631515-01; in ordine all'impugnazione del provvedimento presidenziale in tema di divorzio, v. Sez. 6-1, n. 11788/2018, Mercolino, Rv. 649064-01).

La medesima Corte ha, tuttavia, aggiunto che la menzionata impugnazione deve essere ammessa qualora, come nel caso esaminato, abbia ad oggetto il capo della decisione, recante il regolamento delle spese processuali, il quale si configura come una statuizione riguardante posizioni giuridiche soggettive di debito e di credito che discendono da un rapporto obbligatorio autonomo, ed è idonea ad acquistare autorità di giudicato.

Con rifermento ai provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, si deve prima di tutto menzionare **Sez. 6-1, n. 01668/2020, Mercolino, Rv. 656983-01**, ove la S.C. ha affermato che il decreto della corte d'appello, che si pronunci sul reclamo proposto contro la statuizione del tribunale per i minorenni, è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, perché, al pari del provvedimento reclamato, ha carattere decisorio e definitivo, incide su diritti di natura personalissima e di primario rango costituzionale e - essendo modificabile, e revocabile, soltanto in caso di sopravvenienza di nuove circostanze di fatto - deve ritenersi idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*, anche quando non viene emesso a conclusione del procedimento, ma è pronunciato in via non definitiva, sempre che non sia adottato a titolo provvisorio ed urgente (principio affermato in un giudizio in cui il tribunale per i minorenni aveva sospeso l'esercizio della responsabilità genitoriale del padre e demandato al servizio sociale di individuare i tempi e le

modalità di frequentazione di con il figlio, oltre che di procedere, insieme ad un centro specializzato, alla valutazione del minore unitamente al contesto familiare).

Successivamente **Sez. 1, n. 28724/2020, Caradonna, Rv. 659934-01**, ha ribadito che, nei procedimenti disciplinati dall'art. 336 c.c., il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. non è ammesso contro i provvedimenti adottati in via provvisoria nel corso di detti procedimenti (nella specie, il decreto con il quale i servizi sociali erano stati autorizzati a sospendere gli incontri tra genitore e figlio).

La S.C. ha, infatti, rilevato che tali provvedimenti sono privi dei caratteri della decisorietà (essendo sprovvisti, in quanto provvisori, dell'attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*) ed anche della definitività (non essendo emessi a conclusione del procedimento) e sono suscettibili di essere revocati, modificati o riformati dallo stesso giudice che li abbia emessi anche in assenza dell'intervento di elementi nuovi.

In motivazione, la Corte ha richiamato la sentenza delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 32359/2018, Sambito, Rv. 651820-02), che ha affermato l'attitudine al giudicato, sia pure *rebus sic stantibus* dei provvedimenti *de potestate,* ricorribili pertanto per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., ma ha anche aggiunto che tali caratteristiche sono proprie solo dei provvedimenti assunti all'esito dei relativi procedimenti, in quanto decisori e definivi, e non anche di quelli pronunciati in via provvisoria, che non contengono un accertamento di merito sull'esistenza dei presupposti della decadenza o della limitazione della responsabilità genitoriale (cui è specificamente finalizzato il giudizio) e possono essere revocati, modificati o riformati dallo stesso giudice che li ha emessi, anche in assenza di sopravvenienze.

7. La statuizione sulla sospensiva in materia di protezione internazionale.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha esaminato la questione della proponibilità del ricorso straordinario per cassazione contro la decisione sulla richiesta di sospensione dell'esecutività del provvedimento adottato dal tribunale sulla domanda di protezione internazionale.

In particolare, **Sez. 1, n. 11756/2020, Acierno, Rv. 657955-01**, ha, prima di tutto affermato che, nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, la Corte di cassazione non è competente a pronunciarsi sulla richiesta di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato, poiché l'art. 35 d.lgs. n. 25 del 2008 attribuisce tale potere in via esclusiva al giudice che ha adottato detto provvedimento - come già previsto in via generale dall'art. 373,

comma 1, c.p.c. - aggiungendo, poi, che davanti al giudice di legittimità non può essere impugnato il rigetto della menzionata richiesta pronunciato dal giudice di merito, trattandosi di provvedimento non definitivo a contenuto cautelare, in relazione al quale è inammissibile il ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost.

Nello stesso senso ha statuito **Sez. 1, n. 18801/2020, Solaini, Rv. 658814-01**, ritenendo non suscettibile di ricorso straordinario per cassazione la decisione sulla richiesta di sospensione degli effetti del decreto del tribunale che si sia pronunciato sulla domanda di protezione internazionale, non trattandosi di provvedimento di natura decisoria, posto che, anche in caso di mancata sospensione degli effetti del decreto di rigetto della menzionata domanda, la sfera giuridica del richiedente non rimane compromessa in via definitiva, ma solo temporanea, potendo egli beneficiare integralmente, in caso di esito favorevole del giudizio di legittimità, dell'eventuale riconoscimento dello *status* di rifugiato, della protezione sussidiaria o di quella umanitaria.

8. I provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori.

In materia di repressione della condotta antisindacale, si deve menzionare **Sez. L, n. 25401/2020, Spena, Rv. 659542-01**, che assume grande importanza, soprattutto per i principi generali posti a fondamento della decisione.

La S.C. ha, infatti, ritenuto che, nel caso in cui, in luogo dell'opposizione, sia proposto reclamo al collegio contro il decreto che decide sul ricorso *ex* art. 28 st.lav., il provvedimento collegiale che dichiari l'inammissibilità del reclamo non può essere impugnato con il ricorso per cassazione, ma deve esserlo mediante appello, giacché il criterio della prevalenza della sostanza degli atti sulla loro forma consente, nelle ipotesi in cui dalla qualificazione formalmente operata dal giudice derivi la inoppugnabilità della decisione adottata, l'esperibilità del mezzo di impugnazione corrispondente alla sostanza degli atti processuali (in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso - in cui era stato dedotto che il reclamo proposto doveva essere qualificato come opposizione - sul rilievo che il provvedimento emesso in sede di reclamo non era impugnabile ai sensi degli artt. 111 Cost. e 360 c.p.c. e che il criterio sostanzialistico comportava il diritto della parte a proporre appello, quale mezzo di impugnazione esperibile avverso la decisione resa sull'opposizione).

In motivazione, la Corte ha rilevato che in alcune pronunce di legittimità si è affermato che il criterio della apparenza (che tiene conto della qualificazione giuridica dell'azione effettuata dal giudice nel provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza o dalle indicazioni della parte) è idoneo, per sua

natura, a regolare la scelta del mezzo d'impugnazione tra i vari astrattamente percorribili, ma non anche a regolare la decisione sull'impugnabilità o meno del provvedimento giudiziale, che invece deve essere retta dall'opposto criterio (quello della prevalenza della sostanza degli atti processuali sulla loro forma), tenuto conto che soltanto tale criterio consente - nelle ipotesi in cui dalla qualificazione formalmente operata dal giudice derivi, come nel caso esaminato, l'inoppugnabilità della decisione adottata - di garantire alla parte il diritto di impugnazione, altrimenti pregiudicato dall'eventuale errore di qualificazione commesso dal giudice, rispettando il diritto di difesa ed i canoni del giusto processo.

Ovviamente, ha precisato la Corte, il criterio sostanzialistico non abilita la parte a proporre senz'altro ricorso per cassazione, benché il provvedimento non rientri tra quelli impugnabili, neppure ai sensi dell'art. 111 Cost., consentendo piuttosto di esperire, nonostante l'apparente inoppugnabilità del provvedimento in base alla qualificazione adottata dal giudice, il mezzo di impugnazione che corrisponde alla sostanza degli atti processuali.

9. La revoca dell'amministratore di condominio.

Le pronunce adottate nell'anno in rassegna si pongono in linea con un orientamento oramai consolidato.

In particolare, **Sez. 6-2, n. 15995/2020, Scarpa, Rv. 658464-01**, ha affermato che, in tema di condominio negli edifici, non è ammesso il ricorso straordinario per cassazione contro il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, abbia provveduto sulla domanda di revoca dell'amministratore, al fine di proporre, sotto forma di vizi *in iudicando* o *in procedendo*, censure che rimettano in discussione la sussistenza o meno di gravi irregolarità nella gestione (nella specie, riconducibili alla mancata convocazione dell'assemblea), perché tale statuizione, adottata all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è priva di efficacia decisoria e non incide su situazioni sostanziali di diritti o *status*, potendo invece il decreto essere impugnato davanti al giudice di legittimità limitatamente alla statuizione sulle spese di giudizio, concernente posizioni giuridiche soggettive di debito e credito, che discendono da un autonomo rapporto obbligatorio.

Nello stesso senso v. da ultimo Sez. 6-2, n. 07623/2019, Scarpa, Rv. 653375-01.

Per quanto riguarda, invece, la statuizione sulle spese di lite, **Sez. 6-2, n. 25682/2020, Scarpa, Rv. 659707-01**, ha ritenuto che contro il provvedimento della corte d'appello che, nel decidere sull'istanza *ex* art. 1129 c.c., condanni una

parte al pagamento delle spese è ammissibile il ricorso per cassazione, in applicazione del criterio generale della soccombenza, il quale si riferisce ad ogni tipo di processo senza distinzioni di natura e di rito e, pertanto, anche al procedimento camerale azionato in base agli artt. 1129, comma 11, c.c. e 64 disp. att. c.c..

La pronuncia è conforme a numerosi precedenti tra cui Sez. 6-2, n. 09348/2017, Scarpa, Rv. 643815-01 e Sez. 6-2, n. 02986/2012, F. Manna, Rv. 621556-01.

Entrambi i principi sono stati affermati anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Si deve, in particolare, menzionare Sez. U, n. 20957/2004, Napoletano, Rv. 577887-01, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. proposto contro il decreto con il quale la corte di appello abbia provveduto sul reclamo avverso il decreto del tribunale sulla revoca dell'amministratore di condominio, evidenziando che si tratta di provvedimento di volontaria giurisdizione (sostitutivo della volontà assembleare, per l'esigenza di assicurare una rapida ed efficace tutela dell'interesse alla corretta gestione dell'amministrazione condominiale in ipotesi tipiche di compromissione della stessa) che, pur incidendo sul rapporto di mandato tra condomini ed amministratore, non ha carattere decisorio, non precludendo la richiesta di tutela giurisdizionale piena, in un ordinario giudizio contenzioso, del diritto su cui il provvedimento incide, anche se, per l'amministratore eventualmente revocato, la tutela non potrà mai essere in forma specifica, ma soltanto risarcitoria o per equivalente (non esistendo un suo diritto alla stabilità dell'incarico).

Nella stessa pronuncia, le Sezioni Unite hanno anche affermato l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la statuizione, contenuta nel provvedimento *ex* art. 1129 c.c., relativa alla condanna alle spese del procedimento, la quale, inerendo a posizioni giuridiche soggettive di debito e credito discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo rispetto a quello in esito al cui esame è stata adottata, ha i connotati della decisione giurisdizionale e l'attitudine al passaggio in giudicato, indipendentemente dalle caratteristiche del provvedimento cui accede.

10. Le sentenze secondo equità del giudice di pace.

Com'è noto, l'art. 339, comma 3, c.p.c. (come sostituito dall'art. 1 d.lgs. n. 40 del 2006), stabilisce che le decisioni assunte dal giudice di pace secondo equità, ai sensi dell'art. 113, comma 2, c.p.c., sono appellabili esclusivamente per violazione

delle norme sul procedimento, di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia.

Con riguardo alla possibilità di proporre ricorso per cassazione contro tali statuizioni, **Sez. 6-2, n. 10063/2020, Cosentino, Rv. 657759-01**, ha ritenuto che dall'assetto scaturito dalla riforma di cui al d.lgs. n. 40 del 2006 si ricava che, riguardo alle sentenze pronunciate dal giudice di pace nell'ambito del limite della sua giurisdizione equitativa necessaria, l'appello a motivi limitati, sopra richiamato, è l'unico rimedio impugnatorio ordinario ammesso (se si esclude la revocazione per motivi ordinari).

Tale conclusione è giustificata, oltre che da ragioni di coerenza del sistema, anche dalla lettura dell'art. 360 c.p.c., che prevede la possibilità di esperire il ricorso per cassazione solo contro le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, così escludendo le sentenze equitative del giudice di pace.

La S.C. ha così escluso la possibilità di esperire contro tali decisioni il ricorso per cassazione per il motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c., sulla base dell'ultimo comma del nuovo testo dello stesso articolo (che ammette il ricorso straordinario per cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti diversi dalla sentenza per tutti i motivi indicati nell'art. 360, comma 1, c.p.c.), poiché la sentenza del giudice di pace, pronunciata nell'ambito della giurisdizione equitativa, sfugge all'applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost., che riguarda le sentenze ed ai provvedimenti aventi natura di sentenza in senso c.d. sostanziale, per i quali non sia previsto alcun mezzo di impugnazione, e non attiene alle statuizioni nei confronti delle quali un mezzo di impugnazione vi sia (l'appello, appunto), ma limitato a taluni motivi, e la decisione riguardo ad esso possa poi essere assoggettata a ricorso per cassazione (con adattamento dei motivi di ricorso nell'ambito di quelli devolvibili all'appello).

Sez. 6-2, n. 05991/2020, Criscuolo, Rv. 657577-01, ha poi esaminato la questione con riguardo alle decisioni equitative del giudice di pace che non sono appellabili, neppure per i limitati motivi previsti dall'art. 339, comma 3, c.p.c. (si è trattato di una pronuncia sulla richiesta di pagamento di compensi per prestazioni professionali di avvocato nei giudizi civili *ex* art. 14 d.lgs. n. 150 del 2011), evidenziando che, pur essendo ammissibile il ricorso per cassazione *ex* art. 111 Cost., esso non può riguardare la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, poiché i motivi d'impugnazione consentiti devono attenere esclusivamente al mancato rispetto delle regole processuali, per violazione di norme costituzionali e comunitarie, in quanto di rango superiore alla legge ordinaria, ovvero per violazione dei principi informatori della materia, e per

carenza assoluta o mera apparenza della motivazione o di radicale ed insanabile contraddittorietà.

11. La decisione sull'opposizione alla liquidazione dei compensi *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002.

Com'è noto, l'art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002 prevede che contro il decreto di pagamento emesso a favore dell'ausiliario del magistrato, del custode e delle imprese private a cui è affidato l'incarico di demolizione e riduzione in pristino, il beneficiario e le parti processuali, compreso il pubblico ministero, possono proporre opposizione, entro venti giorni dall'avvenuta comunicazione, al Presidente dell'Ufficio giudiziario competente.

A tale mezzo d'impugnazione rinvia anche l'art. 84 d.P.R. cit., con riferimento al decreto che dispone il pagamento del compenso al difensore, all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte, ove vi sia ammissione al patrocinio a spese dello Stato (nel processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario).

Il procedimento è regolato dall'art. 15 d.lgs. n. 150 del 2011, che richiama, per quanto non espressamente disciplinato, le norme sul processo ordinario di cognizione.

In proposito, **Sez. 6-2, n. 18239/2020, Abete, Rv. 659218-01**, ha affermato che la disciplina prevista dall'art. 170 d.P.R. cit. si applica anche al provvedimento di liquidazione del compenso in favore del curatore dell'eredità giacente - il quale, ai sensi dell'art. 3, lett. n), d.P.R. n. 115 del 2002, è un ausiliario del magistrato - aggiungendo che contro tale provvedimento, suscettibile pertanto di essere opposto, non può essere proposto il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività (conf. Sez. 2, n. 10328/2009, D'Ascola, Rv. 608196 - 01).

Contro la decisione adottata all'esito dell'opposizione, **Sez. 6-2, n. 05990/2020, Criscuolo, Rv. 657576-01,** ha ammesso, invece, il ricorso straordinario per cassazione, perché si tratta di provvedimento che incide con carattere di definitività su diritti soggettivi, non essendo altrimenti esperibile alcun altro mezzo di impugnazione, come stabilito dall'art. 14, comma 4, d.lgs. n. 150 del 2011 (sui termini per impugnare v. *supra*, al § 2.).

Infine, con riguardo all'impugnazione della liquidazione del compenso spettante al consulente tecnico del P.M., nominato nel corso delle indagini peritali, **Sez. 6-2, n. 05996/2020, Fortunato, Rv. 657273-01**, ha precisato che l'ordinanza del tribunale, resa in esito al giudizio di opposizione, è ricorribile per cassazione

da parte della Procura della Repubblica, poiché quest'ultima è litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione ed è, dunque, legittimata ad impugnare la relativa decisione, a prescindere dal fatto che intervenga spontaneamente in quel giudizio o sia chiamata in causa per integrazione del contraddittorio.

12. La revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Nell'anno in rassegna sono state adottate numerose pronunce sul tema della revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato e alcune di esse hanno interessato, sia pure di riflesso, la questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione.

In particolare, **Sez. 1, n. 16117/2020, Acierno, Rv. 658601-01**, ha affermato che il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, comunque pronunciato (sia con separato decreto che all'interno della statuizione che definisce il giudizio), deve essere sempre considerato autonomo rispetto alla decisione di merito e assoggettato al diverso regime di impugnazione di cui all'art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002, precisando che contro l'ordinanza che provvede su tale impugnazione può essere proposto ricorso straordinario per cassazione, mentre è escluso che della revoca irritualmente disposta dal giudice (unitamente alla statuizione che definisce il giudizio davanti a lui) possa essere subito investita la Corte di cassazione in sede di ricorso avverso tale statuizione (nella specie, la S.C. ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per cassazione contro la revoca dell'ammissione, proposto unitamente all'impugnazione della statuizione di rigetto della domanda di protezione sussidiaria ed umanitaria).

La pronuncia si pone in linea con **Sez. 1, n. 10487/2020, Liberati, Rv. 657893-01,** ove la S.C. ha ritenuto che il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, adottato con la pronuncia che definisce il giudizio di merito, anziché con separato decreto, come previsto dall'art. 136 d.P.R. n. 115 del 2002, non comporta mutamenti nel regime impugnatorio, che resta quello, ordinario e generale, dell'opposizione *ex* art. 170 d.P.R. cit., dovendosi pertanto escludere che quel provvedimento sia impugnabile immediatamente con il ricorso per cassazione.

13. I provvedimenti relativi all'esecuzione forzata.

Il ricorso straordinario per cassazione è rimedio di gravame avverso le sentenze rese sulle opposizioni agli atti esecutivi, attesa la espressa non impugnabilità sancita dall'art. 618 del codice di rito.

Il differente regime di impugnazione delle sentenze sulle opposizioni all'esecuzione (ordinariamente appellabili) importa la necessità di stabilire un criterio di individuazione del gravame esperibile dalla parte.

Al riguardo, è ferma nella giurisprudenza di nomofilachia l'affermazione del principio dell'apparenza, secondo cui ai fini predetti assume esclusivo rilievo la qualificazione data dal giudice *a quo* all'azione proposta (così, nell'anno in rassegna, **Sez. 6-3, n. 18005/2020, De Stefano, non massimata**); da ciò discende che in caso di proposizione *uno actu* di opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. ed ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ove siano decisi solo i motivi di opposizione agli atti esecutivi, la denunzia di omessa pronunzia sugli altri motivi, integranti opposizione all'esecuzione, va sollevata mediante appello e non già con ricorso straordinario per cassazione (**Sez. 6-3, n. 03722/2020, Tatangelo, Rv. 657020-01**).

La richiamata diversità tra i rimedi impugnatori delle sentenze pronunciate nelle diverse tipologie di opposizioni esecutive rende non configurabile una conversione (o *translatio iudicii*) in ricorso per cassazione dell'appello erroneamente spiegato avverso una sentenza emessa all'esito di una controversia *ex* art. 617 c.p.c., siccome strumento processuale inidoneo, anche soltanto in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale, vieppiù tenendo conto della radicale disomogeneità strutturale del ricorso di legittimità *ex* art. 111, comma 7, Cost., integrante mezzo di impugnazione a critica vincolata (così **Sez. 6-3, n. 05712/2020, D'Arrigo, Rv. 657298-01**; conforme **Sez. 6-3, n. 10419/2020, De Stefano, non massimata**).

Con riferimento ai provvedimenti emessi nell'ambito della procedura esecutiva, **Sez. 6-3, n. 27614/2020, Tatangelo, Rv. 660055 - 01**, ha escluso, per difetto del requisito della definitività, la praticabilità del ricorso straordinario per cassazione nei confronti tanto dell'ordinanza di estinzione dell'esecuzione, nella parte recante regolamento delle spese del processo estinto (in quanto reclamabile al collegio *ex* art. 630 c.p.c.) quanto dei provvedimenti conseguenti all'estinzione adottati dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 632, secondo comma, c.p.c. (siccome suscettibili di opposizione agli atti esecutivi).

L'assenza di carattere decisorio e definitivo è ragione della inammissibilità del ricorso *ex* art. 111, comma 7, Cost. avverso: l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. contro il provvedimento che decide sulla istanza di sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624 c.p.c. (**Sez. 3, n. 10817/2020, Rossetti, non massimata**); l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che decide sul ricorso *ex* art. 591 *ter* avverso gli atti del professionista delegato

(**Sez. 6-3, n. 19124/2020, D'Arrigo, non massimata**); l'ordinanza collegiale resa sul reclamo spiegato, nelle forme di cui all'art.669 *terdecies* c.p.c., avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione *ex* art. 591 *ter* c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 15441/2020, Tatangelo, non massimata**).

14. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.

Questioni sull'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione si pongono frequentemente nell'ambito delle varie tipologie di procedure di liquidazione concorsuale, caratterizzate da incidenti di cognizione, assai differenti tra loro, decisi con provvedimenti in forma diversa dalla sentenza.

Ben saldo appare (e la giurisprudenza dell'anno in rassegna ne costituisce ulteriore conferma) il criterio di orientamento ai fini della individuazione del perimetro applicativo del rimedio *ex* art. 111 Cost., esperibile, secondo un principio generale oramai consolidato, avverso i provvedimenti, in qualsivoglia forma resi, per i quali non sia previsto uno specifico mezzo di impugnazione e che siano connotati dal duplice requisito della decisorietà (cioè a dire della incidenza su diritti soggettivi o su *status*) e della definitività (ovvero della idoneità a fornire la disciplina concreta, non più suscettibile di essere messa in discussione, della situazione controversa).

Il descritto *discrimen* giustifica la non esperibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti aventi natura meramente ordinatoria e non decisoria.

Per questa ragione è stato negato l'impiego del ricorso diretto per cassazione contro il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo *ex* art. 26 l.fall. avverso il provvedimento reso dal giudice delegato in ordine all'impugnativa del programma di liquidazione adottato dal curatore, in quanto non incidente con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale ma avente funzione di controllo sull'esercizio del potere amministrativo del curatore, estrinsecato in un atto a valenza pianificatrice e di indirizzo (**Sez. 1, n. 04346/2020, Amatore, Rv. 657080-01**).

Il requisito della decisorietà (e la conseguente proponibilità del rimedio di cui all'art. 111, comma 7, Cost.) è stato invece ravvisato nel decreto del tribunale fallimentare pronunciato in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato di autorizzazione alla vendita, ma limitatamente alle statuizioni incidenti sui diritti soggettivi di natura sostanziali e non nella parte in cui decida su questioni meramente processuali, connesse alla regolarità formale della liquidazione dell'attivo (in base a tale principio, **Sez. 6-1, n. 21963/2020, Pazzi, Rv. 659006-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto

avverso il decreto che autorizzava la liquidazione di un immobile acquisito all'attivo fallimentare, dacché tale decreto, involgendo il mero controllo sul regolare svolgimento della procedura, non provvedeva direttamente sulle sorti del bene da liquidare, producendo riflessi solo indiretti sulla posizione del fallito).

Del pari denunciabili con il ricorso straordinario per cassazione sono le nullità del decreto di liquidazione del compenso al curatore fallimentare (**Sez. 1, n. 03871/2020, Ferro, Rv. 657057-01**) e del decreto di liquidazione del compenso al commissario giudiziale del concordato preventivo (**Sez. 6-1, n. 26894/2020, Ferro, Rv. 659991 - 01**) cagionate dalla mancanza di motivazione (ovvero da motivazione meramente apparente) in ordine alle opzioni discrezionali demandate dall'art. 39 l.fall. al giudice sui parametri di quantificazione applicati.

Analoghi criteri discretivi informano pronunce della S.C. circa la ricorribilità *ex* art. 111, comma 7, Cost. di provvedimenti adottati nel contesto di procedure di concordato preventivo.

Sul rilievo dell'assenza di decisorietà e definitività è stata esclusa l'impugnabilità con ricorso straordinario per cassazione: del decreto della Corte di appello di reiezione del reclamo avverso il provvedimento del tribunale di assegnazione del termine *ex* art. 161, commi 2 e 3, l.fall. per il deposito della proposta, del piano e della documentazione relativi ad un concordato c.d. in bianco, assolvendo siffatto provvedimento (privo di efficacia di giudicato) una funzione unicamente processuale, propedeutica al successivo svolgimento della procedura, con conseguente deducibilità di eventuali vizi di esso mediante l'impugnazione del provvedimento conclusivo della procedura concordataria o, in via alternativa, tramite l'impugnazione della dichiarazione di fallimento (**Sez. 1, n. 25445/2020, Campese, Rv. 659735-01**); del decreto del tribunale di rigetto del reclamo proposto avverso il provvedimento del giudice delegato sulla richiesta del debitore di sospensione o scioglimento di un contratto in corso, costituendo atto di esercizio del potere di amministrazione e gestione dei beni del debitore e delle funzioni di direzione della procedura concorsuale, non deputato a risolvere controversie su diritti (**Sez. 1, n. 11524/2020, Fidanzia, non massimata nella parte d'interesse**); del decreto del tribunale di rigetto del reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato che abbia disatteso l'istanza di estinzione della procedura concordataria formulata dal curatore dell'eredità giacente del debitore nelle more deceduto (**Sez. 1, n. 26567/2020, Vella, non massimata nella parte d'interesse**).

In materia di concordato fallimentare, ad avviso di **Sez. 1, n. 25316/2020, Ferro, Rv. 659732-01**, il provvedimento del tribunale che in sede di reclamo

confermi il decreto di rigetto della domanda di concordato emesso dal giudice delegato (esercitando il potere sostitutivo a quest'ultimo spettante rispetto al prescritto parere del comitato dei creditori) manca del carattere della decisorietà e definitività, siccome non preclusivo della riproposizione della proposta, ed è pertanto non impugnabile con ricorso straordinario per cassazione.

15. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.

Finalizzato a consentire un compiuto esercizio della funzione di nomofilachia istituzionalmente riservata alla Corte di cassazione (ovvero assicurare «*quale organo supremo di giustizia, l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*», come recita l'art. 65 r.d. n. 12 del 1941), il ricorso nell'interesse della legge, come concepito nell'originario dettato dell'art. 363 c.p.c., ha trovato raro impiego nei primi sessant'anni di vigenza del codice di rito.

Nell'intento di dare nuova linfa all'istituto, il d.lgs n. 40 del 2006, oltre a mutare la rubrica dell'art. 363 c.p.c. (significativamente ora intestata «*principio di diritto nell'interesse della legge*»), ha apportato innovazioni tutte orientate ad estendere la possibilità della Suprema Corte di pronunciarsi "nell'interesse della legge", cioè a dire affermare, a fronte di un provvedimento di merito erroneo, il principio di diritto astrattamente applicabile alla fattispecie, ma senza cassazione del provvedimento stesso o produzione di effetti o conseguenze per le parti.

In tal senso, *in primis*, alla iniziativa del Procuratore generale presso la Corte (necessaria nel previgente regime) si è affiancato un potere officioso del giudice di legittimità, esercitabile in caso di inammissibilità del ricorso allorquando la questione (che avrebbe dovuto essere) decisa si profili di particolare importanza.

In secondo luogo, il ricorso del Procuratore generale è ora esperibile non solo in caso di provvedimenti passati in cosa giudicata (per omessa proposizione di ricorso nei termini di legge ad opera delle parti o per rinuncia allo stesso) ma anche «*quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile*», cioè a dire in ipotesi di provvedimenti privi del carattere della decisorietà e definitività, come, ad esempio, quelli di natura camerale e cautelare, al fine di permettere il sindacato di legittimità anche in relazione a statuizioni altrimenti destinate, in ragione della loro natura, a sfuggire all'indirizzo nomofilattico.

16. La richiesta del Procuratore Generale.

La richiesta di enunciazione del principio di diritto formulata dal Procuratore Generale presso la Suprema Corte - ben distinta, anche sotto l'aspetto

terminologico adoperato dal legislatore, dal ricorso che lo stesso P.G. può, in qualità di parte, proporre per la cassazione di un provvedimento - ha la (unica) finalità di far correggere una erronea affermazione *in iure* contenuta in una pronuncia di merito, senza alcuna conseguenza o effetto sulla pronuncia stessa o sui diritti delle parti interessati dalla lite.

La sollecitazione del P.G., come acutamente precisato da Sez. U, n. 23469/2016, De Stefano, Rv. 641536-01, non configura un mezzo di impugnazione, ma l'atto di impulso di un procedimento autonomo, teso a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge, da svolgersi in assenza del contraddittorio con le parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento perché carenti di un interesse attuale e concreto alla decisione, non risultando inciso il provvedimento presupposto.

I requisiti cui è condizionata l'enunciazione del principio di diritto su iniziativa del P.G. sono stati così individuati (in specie, da Sez. U, n. 01946/2017, Giusti, Rv. 642009-01): nell'avvenuta pronuncia di uno specifico provvedimento non impugnato o non impugnabile; nella reputata illegittimità del provvedimento stesso, quale indefettibile momento di collegamento con una concreta e determinata fattispecie, onde evitare richieste a carattere preventivo o esplorativo; nell'interesse della legge, generale e trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per la ritenuta importanza di una sua formulazione espressa.

Correlato e strumentale ad una funzione di nomofilachia nel senso più proprio ed "alto" del termine, differente dalla funzione giurisdizionale, il potere attribuito al P.G. risponde, in ultima analisi, allo scopo di permettere alla Corte di cassazione lo svolgimento del ruolo di matrice del diritto vivente anche in materie di regola sottratte al sindacato di legittimità oppure in contesti in cui si palesi la necessità di interventi nomofilattici tempestivi e solleciti, con la formazione di un precedente di legittimità su tematiche oggetto di contrasti ermeneutici nella giurisprudenza di merito, di contenziosi seriali o comunque di rilevante impatto sociale.

17. Il potere officioso della Corte.

A mente dell'art. 363, comma 3, c.p.c., ove il ricorso presentato dalle parti sia dichiarato inammissibile, la Corte, qualora ritenga la questione prospettata con lo stesso di particolare importanza, può di ufficio formulare il principio di diritto regolante la vicenda, anche in tal caso senza alcuna conseguenza o effetto sulla pronuncia stessa o sulle situazioni giuridiche delle parti coinvolte nella lite.

Siffatto discrezionale potere, esercitabile in tutte le ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione, da qualsiasi ragione cagionata, postula unicamente la valutazione (apprezzabile sotto ogni possibile profilo) sulla "particolare importanza" della *quaestio iuris* involta e rappresenta manifestazione più autentica della funzione di nomofilachia, in grado di indirizzare efficacemente, con l'autorità del precedente di legittimità, le decisioni dei giudici di merito.

E di tale facoltà, nel solco della traccia segnata negli anni pregressi dagli orientamenti della terza sezione civile in materia di esecuzione forzata riconducibili al c.d. "Progetto Esecuzioni", si sono avvalse, nell'anno in rassegna, tanto le sezioni unite quanto le sezioni semplici della Corte.

Limitando l'illustrazione alle fattispecie più significative (e, al contempo, al fine di documentare l'estesa latitudine della pratica), principi di diritto nell'interesse della legge sono stati *ex officio* enunciati, tra le altre, sulle questioni: della sussunzione *sub specie iuris* del patto di attribuzione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, qualificabile, in base all'esegesi del titolo negoziale, come trasferimento del diritto di proprietà, come costituzione di un diritto reale d'uso *ex* art. 1021 c.c. oppure come concessione di un uso esclusivo e perpetuo di natura obbligatoria (**Sez. U, n. 28972/2020, Di Marzio M., Rv. 659712-01**); della immediata efficacia, ai fini della trascrizione dell'acquisto e della purgazione del bene dai relativi gravami, del decreto di trasferimento immobiliare *ex* art. 586 c.p.c., reso nell'espropriazione singolare e in quella concorsuale, con conseguente obbligo del Conservatore dei Registri immobiliari di procedere alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli insistenti sul cespite indipendentemente dal decorso dei termini di proponibilità delle opposizioni agli atti esecutivi avverso siffatto decreto (**Sez. U, n. 28387/2020, De Stefano, Rv. 659870-01**); della improcedibilità (e non improponibilità) della domanda formulata in controversie tra utenti e organismi di telecomunicazione, in caso di mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione (**Sez. U, n. 08241/2020, Rubino, Rv. 657615-02**); della possibilità per il cessionario di un credito di agire in via risarcitoria nei confronti del cedente, ancor prima dell'escussione del debitore garantito, quando il credito non risulti assistito dalle garanzie reali promesse, nonché della individuazione dei criteri di liquidazione del relativo danno da diminuzione del valore di circolazione del credito ceduto (**Sez. 3, n. 11583/2020, D'Arrigo, Rv. 658160-01 e Rv. 658160-02**); delle modalità di esecuzione del pignoramento di somme giacenti su libretto di deposito bancario vincolato all'ordine del giudice dell'esecuzione (**Sez. 3, n. 08877/2020, De Stefano, Rv. 657838-01**); dell'onere di rinnovazione del ricorso per dichiarazione di fallimento, gravante sul ricorrente

una volta che la notificazione a cura della cancelleria all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore sia risultata impossibile o non abbia avuto esito positivo (**Sez. 1, n. 10511/2020, Di Marzio M., Rv. 657895-01**); dell'applicabilità, in via analogica, dell'art. 12 l.fall. alla procedura di concordato preventivo a natura liquidatoria, qualora nel corso di essa sopravvenga la morte del debitore concordatario, con la conseguente prosecuzione della procedura nei confronti degli eredi del debitore ovvero, nel caso previsto dall'art. 528 c.c., del curatore dell'eredità giacente (**Sez. 1, n. 26567/2020, Vella, Rv. 659744-01**); dell'applicabilità, ancora in tema di concordato preventivo, dello scioglimento *ex* art. 169-*bis* l.fall. al contratto-quadro di anticipazione bancaria contro cessione di credito o mandato all'incasso ed annesso patto di compensazione e, per converso, dell'inapplicabilità dello stesso istituto alla singola operazione di anticipazione bancaria in conto corrente contro cessione di credito o mandato all'incasso con annesso patto di compensazione in corso al momento dell'apertura del concordato (**Sez. 1, n. 11524/2020, Fidanzia, Rv. 658126-01 e Rv. 658126-02**); del termine di prescrizione dell'azione intentata dal dipendente pubblico assunto a tempo determinato per il riconoscimento dello stesso trattamento retributivo previsto per i contratti a tempo indeterminato (**Sez. L, n. 10219/2020, Torrice, Rv. 657720-01**).

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

(di VALERIA PIRARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Revocazione. - 2.1. Falsità delle prove. - 2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. - 2.3. Contrasto tra sentenze. - 3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione - 4. Questioni procedimentali. - 5. L'opposizione di terzo.

1. Premessa.

Nel corso del 2020, nella produzione giurisprudenziale in materia di revocazione e opposizione di terzo, si segnalano diverse pronunce che hanno ulteriormente specificato l'ambito applicativo dei predetti istituti, chiarendone portata e limiti di ammissibilità.

2. Revocazione.

La revocazione, quale mezzo di impugnazione a carattere eccezionale e a critica vincolata, può essere ordinaria, quando riguardi vizi che possono essere rilevati sulla base della sola sentenza (ipotesi di cui ai n. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.), ovvero straordinaria, quando gli elementi di turbativa del giudizio possano essere conosciuti anche molto tempo dopo la sentenza, sì da dover essere sottratti a limitazioni temporali (casi di cui ai n. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.), e può aggiungersi o sovrapporsi agli ordinari strumenti di gravame allorché emergano circostanze che possono avere inciso, deviandolo, sull'esito del giudizio, il quale, senza di esse, sarebbe stato differente.

Il procedimento per revocazione, in uno con quello d'appello a motivi limitati *ex* art. 339, terzo comma, c.p.c., costituisce, ad avviso di **Sez. 6-2, n. 10063/2020, Cosentino, Rv. 657759-01**, l'unico rimedio impugnatorio ordinario ammesso avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace nell'ambito del limite della sua giurisdizione equitativa necessaria, stante l'assetto scaturito dalla riforma di cui al d.lgs. n. 40 del 2006. Si è ritenuto, infatti, che tale conclusione, oltre che per ragioni di coerenza, si giustifichi anche in forza dell'art. 360 c.p.c., che prevede, al primo comma, l'esperibilità del ricorso per cassazione soltanto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado e non anche contro la sentenza equitativa del giudice di pace. Né, d'altro canto è ipotizzabile la configurabilità del ricorso per cassazione per il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360, sulla base dell'ultimo comma del nuovo testo dello stesso articolo che ammette il ricorso per cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti diversi dalla sentenza per i quali, a norma

del settimo comma dell'art. 111 Cost., è ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge per tutti i motivi di cui al primo comma e, quindi, anche per quello di cui al n. 5 citato; la sentenza del giudice di pace, pronunciata nell'ambito della giurisdizione equitativa, sfugge, infatti, all'applicazione del suddetto settimo comma, che riguarda le sentenze ed ai provvedimenti aventi natura di sentenza in senso c.d. sostanziale, per cui non sia previsto alcun mezzo di impugnazione, e non riguarda i casi nei quali un mezzo di impugnazione vi sia, ma limitato a taluni motivi e la decisione riguardo ad esso possa poi essere assoggettata a ricorso per cassazione.

I motivi di revocazione sono tipizzati nell'elenco di cui all'art. 395 c.p.c. e si riferiscono al dolo di una delle parti (n. 1), alla falsità di prove acclarata e conosciuta successivamente (n. 2), all'acquisizione di documenti non prodotti per causa di forza maggiore o per fatto della controparte (n. 3), all'errore di fatto risultante dagli atti e documenti della causa in relazione ad un fatto non controverso (n. 4), alla contrarietà della sentenza ad altra precedente avente tra le parti l'autorità di cosa giudicata (5) e al dolo del giudice accertato con sentenza passata in giudicato (n. 6).

2.1. Falsità delle prove.

L'art. 395, n. 2), c.p.c., si riferisce, come si è detto, ai casi in cui il giudizio sia stato espresso sulla base di prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza (o quantomeno, riconosciute o dichiarate false anche prima della sentenza senza che però ne fosse consapevole la parte soccombente) e costituisce, perciò, uno strumento straordinario di impugnazione in quanto, diversamente, la falsità si sarebbe potuta rilevare in corso di giudizio o con l'impugnazione ordinaria.

Rientra in tale fattispecie, ad esempio, l'ipotesi in cui il giudice di merito, nel giudizio tributario, abbia posto a fondamento della decisione impugnata documenti la cui eventuale falsità sia stata definitivamente accertata. La falsità dei predetti documenti, secondo **Sez. 5, n. 24846/2020, D'Orazio, Rv. 659694-01**, può infatti essere fatta eventualmente valere, nelle forme e nei limiti consentiti all'ordinamento processuale generale e tributario, come motivo di revocazione della sentenza impugnata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 64 del d.lgs. n. 546 del 1992 e 395 n. 2 c.p.c., ma non anche attraverso la querela di falso, la quale può viceversa essere proposta (ed essere rilevante) nel giudizio di cassazione soltanto quando concerna documenti attinenti al relativo procedimento.

2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa.

L'art. 395, n. 4), si riferisce ai casi in cui la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa, perché fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità sia incontrastabilmente esclusa, oppure sulla supposizione di inesistenza di un fatto la cui verità sia positivamente stabilita, se detto fatto non abbia costituito un punto controverso oggetto della pronuncia.

Pertanto, nel caso in cui il giudice d'appello dichiari l'inammissibilità del gravame sull'erroneo presupposto della non corretta notifica del suo atto introduttivo, la parte, secondo **Sez. 2, n. 20113/2020, Varrone, Rv. 659138-01**, ha l'onere di impugnare la sentenza con la revocazione ordinaria e non col ricorso per cassazione ove l'errore dipenda da una falsa percezione della realtà ovvero da una svista obiettivamente ed immediatamente rilevabile (nella specie, l'omesso esame dell'avviso di ricevimento), la quale abbia portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo, incontestabilmente escluso dagli atti e documenti, ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo, che dagli atti o documenti stessi risulti positivamente accertato, e che in nessun modo coinvolga l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali esattamente percepite nella loro oggettività. Allo stesso modo, secondo **Sez. L., n. 24395/2020, Cavallaro, Rv. 659540-02**, il ricorso deve essere proposto per revocazione *ex* art. 395, primo comma, n. 4, c.p.c. e non per cassazione *ex* art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., quando l'errore sia determinato dall'inesatta percezione da parte del giudice di merito di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, in contrasto con quanto risulta dagli atti del processo, consistendo esso in una falsa percezione della realtà o in una svista materiale che ha portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso, oppure l'inesistenza di un fatto positivamente accertato dagli atti o documenti di causa, senza che su quel fatto, non «controverso» tra le parti, il giudice abbia reso un qualsiasi giudizio.

2.3. Contrasto tra sentenze.

L'art. 395, n. 5, c.p.c., stabilisce, infine, che costituisce motivo di revocazione il fatto che la sentenza impugnata con tale mezzo sia contraria ad altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata, purché non vi sia stata pronuncia sulla relativa eccezione.

Ad avviso di **Sez. 3, n. 08114/2020, Valle, Rv. 657598-01**, non rientra nell'ambito applicativo della norma in esame il caso in cui, cassata la sentenza di merito di accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo e omessa la

riassunzione del processo nel termine prescritto, sia stata erroneamente dichiarata l'esecutorietà del decreto ingiuntivo divenuto inefficace. In tal caso, infatti, trova applicazione non già l'art. 653 c.p.c., secondo cui, in seguito all'estinzione del processo di opposizione, il decreto che non ne sia munito acquista efficacia esecutiva, bensì il disposto dell'art. 393 c.p.c., alla stregua del quale all'omessa riassunzione consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, anche l'inefficacia del provvedimento monitorio, sicché l'erroneità della declaratoria di esecutorietà del decreto ingiuntivo inefficace deve essere fatta valere con l'opposizione all'esecuzione e non con la revocazione *ex* art. 395, primo comma, n. 5, c.p.c., strumento utilizzabile quando il provvedimento revocando sia in contrasto col giudicato precedente e non con quello formatosi successivamente.

3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione.

L'art. 391-*bis* c.p.c. ammette la correzione o la revocazione della sentenza o dell'ordinanza pronunciata dalla Corte di cassazione che sia affetta da errore materiale o di calcolo ai sensi dell'art. 287 c.p.c. ovvero da errore di fatto ai sensi dell'art. 395, n. 4, consentendo alla parte di proporre a tal fine ricorso ai sensi degli artt. 365 e ss., nel termine perentorio di sessanta giorni dalla notificazione o di sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento, o alla stessa Corte di provvedervi d'ufficio in ogni tempo.

Secondo **Sez. 1, n. 17179/2020, Nazzicone, Rv. 658566-01** (in senso conforme vedi anche Sez. 6-5, n. 20635/2020, Iofrida, Rv. 645048-01), la configurabilità dell'errore revocatorio presuppone un errore di fatto, il quale è ravvisabile quando la decisione sia fondata sull'affermazione di esistenza od inesistenza di un fatto che la realtà processuale induce ad escludere o ad affermare, non anche quando la decisione della Corte sia conseguenza di una pretesa errata valutazione od interpretazione delle risultanze processuali, essendo esclusa dall'area degli errori revocatori la sindacabilità di errori di giudizio formatisi sulla base di una valutazione (come in caso di giudizio espresso dalla sentenza di legittimità impugnata sulla violazione del principio di autosufficienza in ordine a uno dei motivi di ricorso, per omessa indicazione e trascrizione dei documenti non ammessi dal giudice d'appello). Né può essere oggetto di procedimento di correzione di errore materiale o di revocazione *ex* art. 391-*bis* c.p.c. , secondo **Sez. 6-3, n. 24417/2020, Cirillo, Rv. 659912- 01,** l'attività di specificazione o di interpretazione di una sentenza della Corte di cassazione, come nel caso in cui la parte, condannata alla rifusione delle spese processuali nei confronti di "ciascuna parte controricorrente", chieda, mediante ricorso per

correzione di errore materiale, di specificare che per "parte controricorrente" doveva intendersi ogni parte processuale, assistita dal medesimo difensore, domanda questa che è stata perciò reputata dalla Corte inammissibile.

Il termine per la proposizione del ricorso per revocazione delle sentenze della Corte di cassazione - ridotto da un anno a sei mesi, in sede di conversione del d.l. n. 168 del 2016, dalla l. n. 197 del 2016 - si applica, infine, ad avviso di **Sez. U., n. 08091/2020, Scrima, Rv. 657534-01**, ai soli provvedimenti pubblicati dopo l'entrata in vigore della stessa (30 ottobre 2016), in difetto di specifica disposizione transitoria e in applicazione del principio generale di cui all'art. 11 delle preleggi.

4. Questioni procedimentali.

Quanto alla procura alle liti, si osserva come per la riferibilità della stessa all'impugnazione per revocazione, secondo **Sez. 5, n. 08591/2020, Fraulini, Rv. 657624-01**, è sufficiente la sua apposizione a margine dell'atto, a prescindere dalle espressioni utilizzate, sicché non può dirsi inesistente quella costituita da un prototipo per il giudizio ordinario privo di riferimenti alla proposta impugnazione per revocazione. Soltanto in caso di inesistenza della procura, invero, deriva la condanna del difensore della parte al pagamento in proprio delle spese processuali, mentre in caso di sua nullità il rapporto processuale viene validamente instaurato, gravando sul giudice, qualora ne rilevi il vizio, dell'onere di ordinarne la sua rinnovazione sanante.

Nel caso in cui il giudizio di revocazione abbia ad oggetto sentenze e ordinanze emesse, in sede di impugnazione di un provvedimento della Sezione disciplinare del C.S.M., dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, poi, il relativo ricorso non può essere proposto personalmente dall'incolpato e mediante suo deposito in cancelleria, risultando invece necessarie, ad avviso di **Sez. U., n. 06074/2020, Mercolino, Rv. 657219-01**, sia la rappresentanza di un difensore iscritto nell'albo degli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi alle magistrature superiori, munito di procura speciale, sia la notificazione del ricorso al Ministero della giustizia e alla Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione. Si è detto infatti che, in tema di procedimento disciplinare dei magistrati, l'art. 24 del d. lgs. n. 109 del 2006, nel dichiarare applicabili, ai fini del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM, i termini e le forme previsti dal codice di procedura penale, si riferisce alla sola impugnazione delle decisioni adottate dalla predetta Sezione, mentre per il ricorso per revocazione, così come per quello straordinario e in generale per gli

altri mezzi di impugnazione, operano le forme previste dal codice di procedura civile.

Proseguendo oltre nella disamina del procedimento per revocazione, si osserva come, con la proposizione della revocazione, non vengano sospesi in automatico i termini per presentare ricorso per cassazione o quelli riguardanti il relativo procedimento, avendo l'art. 398, quarto comma, c.p.c. attribuito al riguardo al giudice la facoltà di provvedervi, su richiesta della parte, fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla revocazione, qualora ritenga non manifestamente infondata la revocazione proposta. In questi termini si sono infatti espresse, nell'anno in rassegna, **Sez. U., n. 09776/2020, Di Marzio, Rv. 657684-01**, allorché, escluso ogni automatismo al riguardo, hanno reputato necessaria, ai fini della sospensione, l'adozione di un apposito provvedimento del giudice della revocazione, in mancanza del quale i due giudizi procedono in via autonoma, potendo il ricorso per cassazione essere discusso anche prima che giunga la decisione sull'istanza di sospensione. Quando il giudice accolga l'istanza di sospensione del termine per proporre ricorso per cassazione, l'effetto sospensivo (o l'eventuale sospensione del corso del giudizio di cassazione, se frattanto introdotto) si produce, ad avviso di **Sez. 2, n. 18913/2020, Varrone, Rv. 659125-01** (conformemente a Sez. U., n. 21874/2019, Frasca, Rv. 655037-01) soltanto dal momento della comunicazione del relativo provvedimento, non avendo la proposizione dell'istanza alcun immediato effetto sospensivo sebbene condizionato al provvedimento positivo del giudice.

Quanto all'oggetto del procedimento per revocazione, **Sez. 5, n. 19450/2020, Saija, Rv. 658872-01**, pronunciandosi in relazione al giudizio tributario, ha chiarito che l'atto introduttivo con cui la parte domanda la revocazione della sentenza d'appello ricomprende anche la richiesta di pronuncia sul merito della controversia, quand'anche quest'ultima non sia formulata in modo esplicito (nella specie, la S.C. ha infatti cassato la sentenza della CTR che aveva dichiarato inammissibile il ricorso agenziale in revocazione, non contenente anche l'espressa domanda di pronuncia sul giudizio rescissorio, avendo la parte chiesto la mera revocazione - per errore di fatto - della decisione impugnata).

Se la domanda di revocazione concerne una parte autonoma della sentenza d'appello, invece, il relativo accoglimento determina, in aderenza alle regole dell'impugnazione parziale e dell'effetto espansivo interno, la rescissione di quella parte soltanto, nonché delle parti che dipendano dalla parte rescissa, mentre conservano la loro efficacia le parti autonome e indipendenti, sicché, nel giudizio di cassazione pendente su queste ultime, la pronuncia di revocazione non fa

cessare la materia del contendere (in tal senso **Sez. 2, n. 08773/2020, Carbone, Rv. 657697-01**).

Inoltre, nella fase rescindente del giudizio di revocazione, il giudice, verificato l'errore di fatto (sostanziale o processuale) esposto ai sensi del n. 4 dell'art. 395 c.p.c., deve valutarne la decisività alla stregua del solo contenuto della sentenza impugnata, operando un ragionamento di tipo controfattuale che, sostituita mentalmente l'affermazione errata con quella esatta, provi la resistenza della decisione stessa; ove tale accertamento dia esito negativo, nel senso che la sentenza impugnata risulti, in tal modo, priva della sua base logico-giuridica, il giudice deve procedere alla fase rescissoria attraverso un rinnovato esame del merito della controversia, che tenga conto dell'effettuato emendamento (vedi **Sez. 6-2, n. 08051/2020, Criscuolo, Rv. 657579-01**).

5. L'opposizione di terzo.

L'art. 404, c.p.c. prevede, al primo comma, che un terzo possa fare opposizione contro la sentenza, passata in giudicato o comunque esecutiva, pronunciata tra altre persone quando questa pregiudichi i suoi diritti e, al secondo comma, che gli aventi causa e i creditori di una delle parti possano fare opposizione alla sentenza, quando sia l'effetto di dolo o collusione a loro danno. Il relativo procedimento è disciplinato dagli artt. 405 e ss. c.p.c.

Dall'accoglimento di un'opposizione di terzo *ex* art. 404 c.p.c., deriva il venir meno dell'interesse ad ottenere una decisione sul ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza annullata in quella sede, con conseguente declaratoria di inammissibilità dello stesso (in tal senso **Sez. 2, n. 18130/2020, Scarpa, Rv. 658964-01**).

Quanto alla legittimazione ad agire, si è detto che l'opposizione di terzo a norma dell'art. 404, primo comma, c.p.c., costituendo un'impugnazione della decisione contro la quale è proposta, comporta il litisconsorzio necessario fra tutte le parti del giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, sicché, applicandosi all'opposizione di terzo le disposizioni generali sul luogo di notifica dell'impugnazione, non può considerarsi validamente costituito il contraddittorio quando ad una delle parti l'opposizione sia stata notificata, dopo un anno dalla pubblicazione della sentenza opposta, presso il domicilio eletto per il precedente giudizio (vedi **Sez. 2, n. 26704/2020, Scarpa, Rv. 659833 - 01**).

E' invece privo di legittimazione ad esercitare detta azione, ad avviso di **Sez. L., n. 18683/2020, Garri, Rv. 658844-01**, il datore di lavoro con riguardo alla sentenza relativa alla spettanza ai lavoratori del beneficio contributivo da

esposizione all'amianto, di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, atteso che, dall'accertamento relativo al rischio morbigeno e al suo protrarsi per un consistente periodo di tempo, non discende alcuna immediata conseguenza nei suoi confronti, né risulta pregiudicato il diritto alla tutela della sua immagine, potendone allegare in concreto il pregiudizio in altra sede, ove non è escluso che si possa procedere ad un nuovo accertamento dello stato dei luoghi.

Quanto alla competenza del giudice, **Sez. 3, n. 11289/2020, D'Arrigo, Rv. 658156-01**, ha distinto tra l'ipotesi in cui la sentenza impugnata davanti al giudice d'appello abbia ad oggetto un rapporto sostanziale unico, il quale non può esistere che in un solo modo rispetto a tutti i partecipanti, e quella in cui il terzo, rimasto estraneo alla lite, intenda, invece, fare valere un proprio diritto indipendente, che risulti incompatibile con quelli vantati dalle altre parti. Nel primo caso, deve essere disposta la rimessione della causa al giudice di primo grado, traendo fondamento la legittimazione dell'opponente dal fatto di essere stato un litisconsorte necessario pretermesso, mentre nel secondo caso gli accertamenti relativi alla situazione legittimante del terzo ed alla caducazione della sentenza opposta devono essere compiuti dal medesimo giudice di appello (nella specie, i ricorrenti avevano proposto la loro opposizione di terzo assumendo di essere titolari di un diritto autonomo - l'acquisto della proprietà di un bene immobile per usucapione - rispetto alla situazione giuridica accertata nella sentenza passata in giudicato - simulazione assoluta di due compravendite - e la S.C. ha giudicato corretta la scelta operata dalla Corte d'appello, che ha deciso sull' opposizione nel merito, rigettandola, senza provvedere alla remissione della causa al giudice di primo grado).

Con riferimento all'oggetto del giudizio, **Sez. 3, n. 09720/2020, Rossetti, Rv. 657769-01**, ha chiarito che deve ricorrersi all'istituto in esame quando il terzo alleghi di avere maturato l'usucapione su un bene, di cui sia stata ordinata la demolizione, anteriormente alla formazione del titolo esecutivo costituito dalla pronuncia resa in un giudizio svoltosi tra altri soggetti, trattandosi di una pretesa incompatibile con la sentenza azionata, mentre deve proporsi l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c., qualora il terzo alleghi che l'usucapione sia maturata successivamente alla formazione del titolo giudiziale e costituisca pertanto un fatto impeditivo della pretesa esecutiva. Secondo **Sez. 2, n. 21851/2020, De Marzo, Rv. 659326-01**, poi, i presupposti dell'usucapione possono costituire direttamente oggetto di verifica nel giudizio introdotto, *ex* art. 404, primo comma, c.p.c., ad opera di chi deduca che il proprio diritto, in tal modo acquistato, sia stato pregiudicato dalla sentenza resa *inter alios*, stante, da un lato, la natura meramente dichiarativa della sentenza che accerta l'usucapione e,

dall'altro, la funzione rescindente della prima fase del giudizio di opposizione di terzo, la quale è diretta anzitutto ad accertare che la dedotta situazione legittimante sia effettivamente esistente.

L'opposizione di terzo *ex* art. 404, primo comma, c.p.c., non può invece esperirsi avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto detto rimedio è assorbito in quello di carattere generale previsto dall'art. 18 l.fall., proponibile oltre che dal debitore fallito anche da "qualunque interessato" (vedi **Sez. 1, n. 04786/2020, Di Marzio, Rv. 657031-01**).

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(di GIOVANNI MARIA ARMONE)

SOMMARIO: 1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali. - 1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico. - 1.2. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile. - 2. La competenza. - 3. Il giudizio di primo grado. La fase introduttiva. - 3.1. I poteri officiosi istruttori del giudice. - 3.2. La sentenza di primo grado. - 4. Le impugnazioni. - 5. Il procedimento ex art. 28 st.lav. - 6. Il cd. rito Fornero - 7. Il procedimento di accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi - 8. Il processo previdenziale e assistenziale - 9. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex* art. 445-*bis* c.p.c.

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali.

La materia lavoristica e previdenziale genera frequenti questioni di giurisdizione.

Nei rapporti tra giudice ordinario del lavoro e giudice amministrativo, incertezze sul riparto sono determinate dalla non completa privatizzazione del pubblico impiego, dall'assoggettamento delle controversie di natura concorsuale alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex* art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001, ma solo in presenza di determinate condizioni, dalla natura spesso ibrida degli enti-datori di lavoro.

Sul confine con la giurisdizione del giudice contabile, poi, l'attrazione esercitata dalla Corte dei conti sulle controversie pensionistiche pubbliche ex artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934, non sempre è intesa correttamente.

1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico.

A proposito delle procedure concorsuali nel pubblico impiego, la S.C. ha ribadito anche nel 2020 che sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro ed il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A., le quali possono essere anche interne, purché configurino "progressioni verticali novative" e non meramente economiche oppure comportanti, in base alla contrattazione collettiva applicabile, il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento.

L'occasione è stata offerta alla Corte dapprima da una controversia avente per oggetto la domanda di una dipendente volta all'annullamento, tra l'altro, del provvedimento di conferimento ad altro lavoratore di un incarico dirigenziale di natura temporanea, revocabile anche prima della scadenza prevista e non

comportante una progressione verticale novativa. (**Sez. U, n. 07218/2020, Torrice, Rv. 657217-01**). In seguito, la giurisdizione del giudice ordinario è stata riaffermata a proposito di una procedura di mobilità esterna per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, atteso che nell'ambito di essa non viene in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura concorsuale, ma una mera modificazione soggettiva del rapporto preesistente con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto. (**Sez. U, n. 16452/2020, D'Antonio, Rv. 658337-01**). Infine, appartiene al giudice ordinario del lavoro la causa inerente alla determinazione con cui il direttore di un'Azienda Sanitaria Locale, per affidare l'incarico di dirigente di struttura complessa, ai sensi dell'art. 15 ter del d.lgs. n. 502 del 1992, indìca un nuovo avviso pubblico invece di procedere allo scorrimento nell'ambito della terna selezionata in esito a precedente procedura: al riguardo, **Sez. U, n. 19668/2020, Torrice, Rv. 658852 - 01,** ha osservato come si tratti di un atto adottato in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, trattandosi di scelta essenzialmente fiduciaria.

In materia di procedura di trasferimento e mobilità del personale docente, la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento dell'ordinanza del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca dell'8 aprile 2016, n. 241, adottata *ex* art. 462, comma 6, d.lgs. n. 297 del 1994, nella parte in cui non consente la valutazione del servizio pre-ruolo presso le scuole paritarie, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto l'ordinanza in questione, lungi dal dettare le linee fondamentali di organizzazione degli uffici o dal determinare le dotazioni organiche complessive, si limita alla previsione di norme di dettaglio circa i termini e le modalità di presentazione delle domande relative alle procedure di mobilità - che non possono essere ascritte alla categoria delle procedure concorsuali per l'assunzione, né equiparate all'ipotesi di passaggio da un'area funzionale ad altra - come definite dalla contrattazione collettiva integrativa nazionale, sicché il *petitum* sostanziale dedotto involge un atto di gestione della graduatoria, incidente in via diretta sulla posizione soggettiva dell'interessato e sul suo diritto al collocamento nella giusta posizione nell'ambito della graduatoria medesima (**Sez. U, n. 04318/2020, Doronzo, Rv. 657195- 01**).

A proposito invece della fase di cessazione del rapporto, **Sez. U, n. 23597/2020, Tricomi I., Rv. 65916401**, ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, e non quella del giudice amministrativo, sulla controversia relativa alla domanda dell'INPS volta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente alla mancata percezione di interessi sulle somme dovute da un dipendente pubblico per il riscatto dei periodi utili alla determinazione della indennità di buonuscita, danno che si assume derivato dalla tardiva trasmissione all'ente previdenziale, da parte della P.A. *ex* datrice di lavoro, della documentazione necessaria all'istruttoria della

domanda di riscatto. In tal caso, infatti, secondo la prospettazione dell'attore, il danno non deriva dall'inosservanza del termine di conclusione di un procedimento amministrativo nei confronti del destinatario del provvedimento finale, con conseguente giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), c.p.a., ma costituisce una possibile conseguenza della definizione della procedura di riscatto, coinvolgendo aspetti inerenti ai rapporti tra l'ente previdenziale e il datore di lavoro, rispetto ai quali la vicenda provvedimentale costituisce una semplice occasione, ossia un mero presupposto di fatto non controverso che fa da sfondo al "petitum" sostanziale.

In altre occasioni, le questioni di giurisdizione sorgono in ragione della natura dell'ente da cui il pubblico impiegato dipende e dell'interferenza con i criteri dettati dal codice del processo amministrativo. È infatti noto che il d.lgs. n. 165 del 2001 ha escluso dalla privatizzazione alcune categorie di lavoratori (art. 3), devolvendo le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, incluse quelle attinenti ai diritti patrimoniali (art. 63, comma 4). L'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. ha tuttavia stabilito per alcuni enti - in parte coincidenti con quelli nominativamente elencati dall'art. 3 - che la giurisdizione esclusiva comprenda tutti i provvedimenti adottati, tranne quelli concernenti i rapporti d'impiego privatizzati. Ci si è chiesti dunque se l'art. 133 abbia la capacità di derogare alle norme generali.

La risposta negativa, già fornita da Sez. U, n. 16156/2018, D'Antonio, Rv. 649309 - 01, a proposito dei dipendenti dell'AGCM, è stata ribadita da **Sez. U, n. 05591/2020, Doronzo, Rv. 657204-01** per i lavoratori dell'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni (IVASS).

Benché l'IVASS sia uno degli enti espressamente menzionati dall'art. 3, il fatto che la fonte di regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti sia costituita da un atto normativo di competenza del Consiglio dell'Istituto e non già dal contratto collettivo, nonché la circostanza che esso goda di ampia autonomia dall'esecutivo non possono non riflettersi anche sul momento conformativo del rapporto di lavoro del personale. A parte i rapporti espressamente di diritto privato, la giurisdizione è dunque del giudice amministrativo.

Tali condizioni non ricorrono (**Sez. U, n. 08633/2020, D'Antonio, Rv. 657632-01**) per il rapporto di lavoro del personale universitario con l'azienda sanitaria, poiché l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 517 del 1999 distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera (anche qualora quest'ultima non si sia ancora trasformata in azienda ospedaliero-universitaria) e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applichino le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale; pertanto, qualora la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero

presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi, perciò, l'operatività del principio generale di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale.

Un caso particolare è quello dei dipendenti del Corpo Forestale alle dipendenze delle Regioni. Benché resti un corpo militare, in astratto rientrante tra le categorie dell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, in ambito regionale il rapporto di lavoro degli appartenenti è privatistico e dunque assoggettato alla giurisdizione del giudice ordinario (**Sez. U, n. 25210/2020, Tria, Rv. 659294-01**).

1.2. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile.

In tema di rapporti con la giurisdizione contabile, va anzitutto menzionata **Sez. U, n. 00415/2020, Scarano, Rv. 656660-01**, con cui è stato precisato che l'azione *ex* art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, esercitata dal Procuratore della Corte dei conti nei confronti di dipendente della P.A. che abbia omesso di versare alla propria Amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del comma 7-*bis* del medesimo art. 53. Tale ultima norma non ha portata innovativa, vertendosi in ipotesi di responsabilità erariale, che il legislatore ha tipizzato non solo nella condotta, ma annettendo, altresì, valenza sanzionatoria alla predeterminazione legale del danno, al fine di tutelare la compatibilità dell'incarico extraistituzionale in termini di conflitto di interesse e il proficuo svolgimento di quello principale in termini di adeguata destinazione di energie lavorative verso il rapporto pubblico; una volta che il procuratore contabile abbia promosso l'azione di responsabilità in relazione alla tipizzata fattispecie legale, è precluso alla P.A. l'esercizio di quella volta a far valere l'inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, dovendosi escludere - stante il divieto del *bis in idem* - una duplicità di azioni attivate contestualmente che, seppure con la specificità propria di ciascuna di esse, siano volte a conseguire, dinanzi al giudice munito di giurisdizione, lo stesso identico "petitum" in danno del medesimo soggetto obbligato in base ad un'unica fonte legale.

Importante è poi la puntualizzazione fornita da **Sez. U, n. 12863/2020, Mancino, Rv. 658038-01**, nell'ambito di una controversia promossa dal coniuge superstite di dipendente privato avente ad oggetto la domanda di ricongiunzione di periodi pregressi di contribuzione presso una gestione statale. Le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario e non già in quella della Corte dei conti, poiché la predetta controversia non presenta alcuna attinenza con questioni in

ordine al mancato accredito o all'inesatta contabilizzazione di contributi previdenziali dovuti in riferimento ad un rapporto di pubblico impiego, venendo invece in rilievo il nesso inscindibile tra la sommatoria dei periodi assicurativi e la liquidazione dell'unica pensione che si pretende di commisurare al coacervo contributivo, con la conseguenza che al predetto giudice ordinario, deputato a conoscere del diritto e della misura della predetta pensione, compete anche la giurisdizione sull'eventuale sommatoria dei distinti periodi assicurativi.

Peculiare è invece la vicenda affrontata e risolta da **Sez. U, n. 07830/2020, D'Antonio, Rv. 657527-01**, in un caso di accertamento tecnico preventivo *ex* art. 445-*bis* c.p.c. introdotto dal pubblico dipendente per l'accertamento delle condizioni sanitarie preordinate al riconoscimento dell'assegno di invalidità. In quanto strumentale all'adozione del provvedimento amministrativo di attribuzione della prestazione pensionistica, la domanda appartiene alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, che ricomprende tutte le controversie funzionali e connesse al diritto alla pensione dei pubblici dipendenti.

Esula invece dalla giurisdizione contabile, secondo quanto deciso da **Sez. U, n. 22807/2020, Doronzo, Rv. 659049-01**, la domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da mancata attuazione della previdenza complementare per il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico, riservata alla concertazione-contrattazione, ai sensi delle disposizioni degli artt. 26, comma 20, della l. n. 448 del 1998, e 3, comma 2, del d.lgs. n. 252 del 2005. Essa è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, attenendo all'inadempimento di prestazioni di contenuto strettamente inerenti al rapporto di pubblico impiego, non già a materia riguardante un trattamento pensionistico a carico dello Stato.

2. La competenza.

In tema di competenza nel processo del lavoro, una pronuncia di carattere generale è **Sez. 6- L, n. 21849/2020, Ponterio, Rv. 659350-01**, con cui la S.C. ha chiarito come, nel rito del lavoro, ove non è prevista un'udienza di precisazione delle conclusioni ed ogni udienza è destinata alla discussione orale e alla conseguente pronuncia della sentenza mediante lettura del dispositivo, al fine di conferire natura decisoria ai provvedimenti sulla competenza, in funzione della relativa impugnazione mediante lo strumento di cui all'art. 42 c.p.c., è sufficiente che il giudice abbia preventivamente invitato le parti alla discussione *ex* art. 420, comma 4, c.p.c.: è dunque inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso una ordinanza meramente confermativa di un precedente provvedimento, con cui il giudice del lavoro aveva affermato la propria competenza funzionale sulla domanda

riconvenzionale del resistente, avente già natura decisoria perché pronunciato a seguito della discussione orale preceduta dal deposito di note scritte sulla questione.

Varie sono poi le questioni che sorgono in materia di competenza territoriale.

Sez. 6-L, n. 21648/2020, De Felice, Rv. 659017-01, ha ribadito che, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente ai sensi dell'art. 413 c.p.c., il criterio del luogo della azienda o della dipendenza cui è addetto il lavoratore ha carattere temporaneo, sicché, in caso di cessazione o di trasferimento dell'azienda o della dipendenza, esso non opera più, salvo che la domanda venga proposta entro i successivi sei mesi. Ha invece carattere duraturo il concorrente criterio del luogo in cui il rapporto è sorto, con la conseguenza che, decorsi sei mesi dalla cessazione o dal trasferimento dell'azienda, la domanda va necessariamente proposta davanti a tale giudice, la cui competenza preclude il ricorso ai fori generali di cui all'art. 18 c.p.c., il cui utilizzo è previsto dall'art. 413, comma 4, c.p.c., soltanto in via sussidiaria.

Il termine di sei mesi previsto dall'art. 413, comma 3, entro il quale la domanda può essere proposta al giudice del luogo dove avevano sede l'azienda o dove si trovava la sua dipendenza, prima della loro cessazione o del loro trasferimento, riguarda però solo l'ultimo criterio di collegamento fissato dal comma 2, ossia quello della dipendenza cui era addetto il dipendente al momento della fine del suo rapporto lavorativo. Ne consegue (come ribadito da **Sez. L, n. 27684/2020, Marchese, Rv. 660062 - 01**) che, in caso di cessazione del rapporto di lavoro che si svolgeva presso una dipendenza, rimasta però operativa e non trasferita, la domanda può essere proposta al giudice del luogo dove essa si trova oltre il termine semestrale**.**

Una conferma del criterio della prospettazione è stata poi fornita da **Sez. 6-L, n. 11023/2020, Riverso, Rv. 657997-01**: la competenza territoriale *ex* art. 413 c.p.c. è determinata sulla base del contenuto della domanda giudiziale, senza che rilevino le deduzioni del convenuto, con la conseguenza che, laddove il lavoratore deduca l'esistenza di un pregresso rapporto di lavoro quale presupposto per il sorgere del diritto alla costituzione di un successivo rapporto, i criteri di identificazione della competenza territoriale, di cui alla norma citata, si radicano in relazione al luogo in cui il rapporto già eseguito deve continuare ad esserlo sulla base della prospettazione contenuta nella domanda, stante il collegamento funzionale sussistente tra questo e quello da costituire, a nulla rilevando l'eccezione del convenuto circa l'inesistenza di un rapporto di lavoro in atto e di una sede nel luogo in cui lo stesso deve essere ripristinato.

Nel settore previdenziale, infine, un'importante precisazione è stata data da **Sez. 6-L, n. 03338/2020, Esposito L., Rv. 656782-01**, secondo cui le controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie, nel cui ambito vanno ricomprese, ai sensi dell'art. 442 c.p.c., tutte quelle "derivanti dalla applicazione" di norme di natura previdenziale, sono di competenza del tribunale, in funzione di giudice del

lavoro, nella cui circoscrizione ha residenza l'attore; tale previsione, di natura speciale, prevale anche sulla regola del foro erariale, applicabile nel caso di partecipazione al processo di una P.A., essendo l'ordinamento orientato verso un *favor* nei confronti dell'assistito connesso all'esigenza di facilitare l'accesso al giudice della parte più bisognosa di assistenza (il caso concerneva il risarcimento del danno da ritardo nella riattivazione delle provvidenze assistenziali sospese, ai sensi dell'art. 2, comma 58, della l. n. 92 del 2012).

Di carattere molto specifico è infine la fattispecie esaminata da **Sez. L, n. 10988/2020, F. Amendola, Rv. 657925-01**. L'art. 412-*quater* c.p.c. prevede che il lodo emanato a conclusione di un arbitrato irrituale sia impugnabile nelle forme e nei modi ordinari, ma in unico grado innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro, la cui sentenza è ricorribile in cassazione. Da ciò consegue l'inammissibilità dell'eventuale impugnazione in appello e, trattandosi di incompetenza per grado, la non operatività del principio in forza del quale la decadenza dalla impugnazione è impedita dalla proposizione del gravame ad un giudice incompetente.

3. Il giudizio di primo grado. La fase introduttiva.

Nel rito del lavoro, il rapido formarsi delle preclusioni assertive e istruttorie impone una delimitazione attenta delle nozioni di eccezione in senso stretto e mera difesa.

Così, l'eccezione di prescrizione costituisce eccezione in senso stretto, soggetta alla preclusione di cui all'art. 416 c.p.c., con la conseguenza che la tardività della relativa deduzione può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio. Tuttavia, ove manchi tale rilievo officioso, la parte interessata è tenuta - in forza di quanto si evince dall'art. 161 c.p.c., per cui tutti i motivi di nullità della sentenza si convertono in motivi di impugnazione, tranne l'omessa sottoscrizione della sentenza da parte del giudice - a denunciare il vizio in sede di gravame, pena il formarsi del giudicato interno sul punto e la preclusione sia della sua rilevabilità d'ufficio da parte del giudice d'appello, sia della sua deducibilità nei successivi gradi di giudizio (**Sez. 6-L, n. 17643/2020, Ponterio, Rv. 658937-01**).

Anche **Sez. L, n. 22984/2020, Bellè, Rv. 659058-01**, si è occupata degli effetti della proposizione dell'eccezione di prescrizione, ma rispetto ai coobbligati solidali. La Corte ha ribadito l'insegnamento classico, secondo cui l'eccezione non giova agli altri coobbligati, ancorché chiamati nel medesimo processo, a meno che le cause riguardanti gli obblighi solidali, intentate unitariamente nei confronti dei coobbligati, siano tra loro ulteriormente connesse, come accade nell'ipotesi di riproposizione in sede di impugnazione di temi comuni ai predetti coobbligati o quando siano state instaurate azioni di regresso o manleva tra i convenuti, nel qual caso nella fase di

impugnazione sussiste un litisconsorzio necessario cd. processuale e sorge la necessità di un'unitaria pronuncia nei confronti di tutte le parti in causa (la fattispecie riguardava il dipendente di una università distaccato presso un'azienda ospedaliera, che aveva convenuto nello stesso giudizio entrambi gli enti, chiedendone la condanna solidale al pagamento dell'indennità perequativa prevista dall'art. 31 del d.P.R. n. 761 del 1979; la S.C. ha negato che la domanda di manleva dell'università fosse stata ritualmente proposta e ha dunque escluso che la università stessa potesse beneficiare degli effetti dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'azienda).

In un giudizio concernente la spettanza degli assegni familiari, si è invece affermato che la titolarità del rapporto di lavoro rappresenta un elemento costitutivo del diritto fatto valere in giudizio, rilevabile d'ufficio dal giudice, la cui contestazione da parte del convenuto integra una mera difesa, come tale non soggetta a decadenza *ex* art. 416, comma 2, c.p.c. (**Sez. L, n. 24606/2020, Ghinoy, Rv. 659428-01**).

3.1. I poteri officiosi istruttori del giudice.

L'art. 421 c.p.c. è norma che conserva portata radicalmente innovativa, ma la cui collocazione sistematica richiede alla S.C. continue precisazioni.

Resta fermo l'insegnamento risalente a Sez. U, n. 11353/2004, Vidiri, Rv. 574225-01, ripreso poi da altre pronunce successive, secondo cui nel rito del lavoro vi è la necessità di un contemperamento del principio dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale, di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti.

Si tratta di un'esigenza che trova origine nel rilievo costituzionale delle situazioni soggettive coinvolte (**Sez. 6-L, n. 12573/2020, Riverso, Rv. 658466-01**), ma che ha trovato importanti applicazioni anche al di fuori della materia lavoristica, nei settori cui si applica il rito del lavoro (nella materia degli incidenti stradali *ex* art. 3 della l. n. 102 del 2006, "ratione temporis" applicabile, v. **Sez. 3, n. 17683/2020, Olivieri, Rv. 658623-01**).

Sono dunque banditi inutili formalismi, con la conseguenza che, qualora nell'atto introduttivo del giudizio la parte abbia richiesto una prova testimoniale, articolando i relativi capitoli senza indicare le generalità dei testi, l'omissione non determina decadenza dalla relativa istanza istruttoria, ma concreta mera irregolarità, che, ai sensi dell'art. 421, comma 1, c.p.c., consente al giudice ad assegnare alla parte un termine

perentorio per porre rimedio alla riscontrata irregolarità (**Sez. 6-L, n. 12573/2020, Riverso, Rv. 658466-01).**

Certo, l'art. 421 non consente surrettizie rimessioni in termini della parte decaduta (**Sez. L, n. 23605/2020, Leo, Rv. 659262-01**), ma i presupposti (necessari e anche sufficienti) dell'esercizio del potere-dovere istruttorio officioso, non impedito dalla maturazione di preclusioni probatorie in capo alle parti, sono solo la ricorrenza di una *semiplena probatio* e l'individuazione di una pista probatoria; ne consegue che, in appello, un simile spunto d'indagine ben può essere costituito dalla indicazione, in primo grado, di un teste *de relato*, secondo una ipotesi prevista in via generale dall'art. 257, comma 1, c.p.c. che, al ricorrere dei requisiti di cui agli artt. 421 e 437 c.p.c., resta assorbita (**Sez. L, n. 26597/2020, Bellè, Rv. 659625-01**).

In altre occasioni, poi, ci si colloca al di sotto della soglia dell'art. 421, non venendo in rilievo i poteri istruttori officiosi, bensì la normale dialettica processuale tra giudice e parte che ha origine nel principio di oralità del processo civile e che trova attuazione ad esempio nelle norme sull'interrogatorio libero e nel potere di direzione del processo. Pertanto, come rimarcato da **Sez. L, n. 22670/2020, Spena, Rv. 659333-01**, l'acquisizione di conteggi di parte ad opera del giudice (nella specie d'appello) non integra violazione delle norme sulla prova (nella specie art. 437 c.p.c.), perché attraverso detta acquisizione il giudice non dà ingresso d'ufficio a nuovi mezzi di prova, ma invita la parte a compiere un'attività contabile che ben potrebbe essere svolta dal medesimo o affidata ad un consulente tecnico d'ufficio.

3.2. La sentenza di primo grado.

Nella sezione dedicata alla fase decisoria del processo del lavoro, ci si deve occupare della questione della rivalutazione monetaria e degli interessi, attesa la scelta del legislatore del 1973 di dettare nell'art. 429, comma 3, c.p.c. la disciplina degli accessori dei crediti pecuniari del lavoratore.

È noto come, secondo un indirizzo consolidato (si veda ad es. Sez. L, n. 10236/2009, Picone, Rv. 608214-01), tale disciplina speciale si applichi a tutti i crediti di lavoro, inclusi quelli risarcitori, atteso che l'art. 429, nell'utilizzare la più ampia locuzione "crediti di lavoro", ha inteso riferirsi a tutti i crediti connessi al rapporto di lavoro e non soltanto a quelli strettamente retributivi.

Sez. L, n. 13624/2020, Blasutto, Rv. 658188-01 e 658188-02, ne ha tratta la conseguenza che anche la regola derogatoria all'art. 429 - ossia il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi, previsto dall'art. 22, comma 36, della l. n. 724 del 1994, per gli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale spettanti ai dipendenti pubblici in attività di servizio o in quiescenza - si applichi ai crediti risarcitori, nella specie derivanti da omissione contributiva.

Non vale al riguardo invocare la sentenza della Corte costituzionale n. 459 del 2000, per la quale il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi non opera per i crediti retributivi dei dipendenti privati, ancorché maturati dopo il 31 dicembre 1994. La pronuncia non può trovare applicazione per i rapporti di lavoro privatistico alle dipendenze di un'Amministrazione statale nell'ambito della sua attività istituzionale (nella specie, custode addetto a una scuola italiana all'estero, legato da un rapporto di natura privatistica con il Ministero degli affari esteri), atteso che anche per tali rapporti ricorrono le "*ragioni di contenimento della spesa pubblica*" che sono alla base della disciplina differenziata, secondo la *ratio decidendi* prospettata dal giudice delle leggi.

4. Le impugnazioni.

Le pronunce rilevanti nel 2020 in tema di impugnazioni e rito del lavoro appaiono le seguenti.

Anzitutto, vi è stata **Sez. L, n. 24932/2020, Spena, Rv. 659444-01**, che ha offerto un'importante puntualizzazione su una forma di notifica che, nella materia del lavoro pubblico e della previdenza, assume una certa frequenza. La S.C. ha affermato che, ove il difensore di un ente pubblico abbia eletto domicilio presso la direzione territoriale dell'ente stesso (nella specie, direzione provinciale dell'INPS), è valida la notificazione della sentenza di primo grado eseguita mediante consegna al direttore di tale articolazione, poiché, ai sensi dell'art. 141, comma 3, c.p.c., la consegna della copia dell'atto nelle mani del capo dell'ufficio presso il quale è stato eletto domicilio equivale a consegna nelle mani del destinatario.

Nel caso, non raro, in cui ci si trovi di fronte a un cd. organo-ente, ossia a un ente che, pur svolgendo funzioni strumentali al perseguimento degli interessi generali e pur inserito nell'organizzazione statale, sia dotato di autonoma personalità giuridica (nella specie, si trattava di un istituto tecnico statale), la notifica della sentenza deve essere effettuata presso l'ufficio dell'Avvocatura erariale individuato *ex* art. 11, comma 2, della l. n. 1611 del 1933. Lo ha affermato **Sez. L, n. 27424/2020, Di Paolantonio, Rv. 659793-01**, reputando irrilevante che l'ente fosse rimasto contumace nel giudizio, atteso che la domiciliazione è prevista per legge e spiega efficacia indipendentemente dalla scelta discrezionale di costituirsi o meno (la fattispecie riguardava l'idoneità della notifica presso la sede legale dell'istituto a far decorrere il termine breve per impugnare con ricorso per cassazione).

Com'è noto, la questione della improcedibilità dell'appello per mancata notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza è stata risolta da Sez. U, n. 20604/2008, Vidiri, Rv. 604555-01, in termini netti.

Sez. L, n. 27079/2020, Bellè, Rv. 659547-01, vi è tornata per chiarire che la possibilità per il giudice di assegnare un termine perentorio per provvedere alla notifica non si riapre per il fatto che la notificazione sia stata eseguita nel periodo intermedio fra la prima e la seconda udienza, cui la causa sia stata rinviata ai sensi dell'art. 348 c.p.c. per mancata comparizione delle parti; il ricorrente non può giovarsi di tale ulteriore inerzia al fine di ottenere in altro modo una rimessione in termini che l'ordinamento, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata imposta dal principio della cd. ragionevole durata del processo *ex* art. 111, comma 2, Cost., non consente di riconnettere ad una notificazione puramente e semplicemente omessa.

Invece, **Sez. 2, n. 24034/2020, Besso Marchies, Rv. 659607- 01**, ha ribadito che il termine di dieci giorni entro il quale l'appellante, ai sensi dell'art. 435, comma 2, c. p.c., deve notificare all'appellato il ricorso tempestivamente depositato in cancelleria nel termine previsto per l'impugnazione, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza di discussione, non ha carattere perentorio; la sua inosservanza non produce alcuna conseguenza pregiudizievole per la parte, perché non incide su alcun interesse di ordine pubblico processuale o su di un interesse dell'appellato, sempre che sia rispettato il termine che, in forza del medesimo art. 435, commi 3 e 4, c.p.c., deve intercorrere tra il giorno della notifica e quello dell'udienza di discussione.

Sul tema delle plurime impugnazioni nei processi plurisoggettivi, **Sez. L, n. 03830/2020, Blasutto, Rv. 656926-01**, ha statuito che la regola secondo la quale la prima impugnazione costituisce il processo nel quale debbono confluire le eventuali impugnazioni di altri soccombenti, sicché l'appello principale successivo ad altro appello si converte in appello incidentale, è principio generale e si estende al processo del lavoro, anche in questo rito operando la conversione dell'impugnazione, purché sia rispettato il termine per l'appello incidentale *ex* art. 436 c.p.c. La stessa sentenza ha precisato che resta ammissibile, peraltro, ai sensi dell'art. 334 c.p.c., l'impugnazione tardiva, anche a tutela di un interesse autonomo dell'impugnante incidentale, sempre entro il termine di cui all'art. 436 c.p.c.

Sez. L, n. 24928/2020, Cavallaro, Rv. 659268-01, ha invece riaffermato il principio per cui la domanda proposta da più lavoratori nei confronti dello stesso datore di lavoro dà luogo a un litisconsorzio facoltativo improprio, nel quale permane l'autonomia dei titoli; la sentenza finale, formalmente unica, consta in realtà di tante pronunce quante sono le cause riunite, per loro natura scindibili, con la conseguenza che l'impugnazione proposta solo da alcune delle parti non coinvolge la posizione delle parti non impugnanti e rende inapplicabile l'art. 331 c.p.c.

Sez. L, n. 10409/2020, Negri della Torre, Rv. 657870-01, si è invece dedicata al problema dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello, ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c., affermando che essa deve essere pronunciata dal giudice competente prima di procedere alla trattazione della causa, sicché la stessa, ove emessa successivamente,

risultando viziata per violazione della legge processuale, è affetta da nullità. Tale principio si applica anche nel rito del lavoro - nel quale la pronuncia dell'ordinanza in questione deve collocarsi prima di ogni altra attività, immediatamente dopo la verifica della regolare costituzione delle parti nel giudizio di appello - giacché, da un lato, l'art. 436-*bis* c.p.c., nell'estendere all'udienza di discussione la disciplina degli artt. 348-*bis* e ter c.p.c., non contiene alcuna proposizione che faccia riferimento ad una misura di compatibilità di detta disciplina con i tratti peculiari del rito speciale e, dall'altro, l'udienza di discussione, pur nella sua formale unicità può scindersi in frazioni o segmenti successivi ordinatamente volti a configurare momenti distinti, ciascuno connotato da una specifica funzione processuale, con l'effetto di definire il luogo del compimento, da parte del giudice, di singole attività.

Il tema sul quale si è invece soffermata **Sez. 2, n. 19571/2020, Gorjan, Rv. 659188-01**, è quello della necessità, per la parte vittoriosa in prime cure, di riproporre esplicitamente in appello le questioni non esaminate dal giudice di primo grado. La S.C. ha osservato come, nel procedimento soggetto al rito del lavoro, operi la presunzione di rinuncia da parte del soggetto vittorioso in prime cure alle domande ed eccezioni non accolte, traendone la conseguenza che questi in appello deve dedurle nuovamente nella memoria di costituzione entro il termine prescritto dall'art. 436 c.p.c.

Infine, merita di essere ricordata **Sez. L, n. 21889/2020, Arienzo, Rv. 659053-01**, con la quale si è osservato che, nel rito del lavoro, il mancato rispetto del termine di cui all'art. 436, comma 3, seconda parte, c.p.c. da parte dell'appellante incidentale determina un vizio della *vocatio in ius* che, anche in ipotesi di prolungata inerzia che si sostanzi nella richiesta di avvio alla notifica del gravame incidentale dopo la scadenza del termine di legge, si traduce in nullità della notificazione, e non già in inesistenza od omissione della stessa. Pertanto, per il giudice del gravame è possibile autorizzarne la rinnovazione o di concedere un differimento dell'udienza a fronte rispettivamente della richiesta dell'appellante incidentale di procedere a rinotifica dell'impugnazione o dell'istanza, da parte dell'appellante principale, di differimento dell'udienza di discussione.

5. Il procedimento *ex* art. 28 st.lav.

Nel corso degli anni, il contenzioso in materia di repressione delle condotte antisindacali è diminuito, ma l'art. 28 st.lav. continua a generare questioni interpretative di una certa complessità.

Si veda ad esempio il caso deciso da **Sez. L, n. 25401/2020, Spena, Rv. 659542-01**, in cui il decreto emesso dal giudice ai sensi del comma 1 dell'art. 28 era stato impugnato non già con l'opposizione davanti allo stesso giudice di primo grado, ai

sensi del comma 3, bensì con un improprio reclamo al collegio, quasi si trattasse di un provvedimento cautelare, e in cui avverso l'ordinanza collegiale di inammissibilità era stato proposto ricorso per cassazione.

La S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso, sul rilievo che il provvedimento emesso in sede di reclamo non rientrasse tra quelli impugnabili ai sensi degli artt. 111 Cost. e 360 c.p.c. e che il criterio sostanzialistico comportasse il diritto della parte a proporre appello, quale mezzo di impugnazione esperibile avverso la decisione resa sulla opposizione: il criterio della prevalenza della sostanza degli atti sulla loro forma consente, nelle ipotesi in cui dalla qualificazione formalmente operata dal giudice derivi la inoppugnabilità della decisione adottata, l'esperibilità del mezzo di impugnazione corrispondente alla sostanza degli atti processuali.

Più classica la questione risolta da **Sez. L, n. 00001/2020, Arienzo, Rv. 656650-01**, in cui si discuteva della legittimazione attiva a esperire il procedimento *ex* art. 28, dove si fa riferimento alle "associazioni sindacali nazionali". Per poter essere inquadrati in tale categoria, è necessario e sufficiente lo svolgimento di un'effettiva azione sindacale non su tutto, ma su gran parte del territorio nazionale, senza che sia indispensabile che l'associazione faccia parte di una confederazione, né che sia maggiormente rappresentativa o che abbia stipulato contratti collettivi a livello nazionale (è stata così confermata la decisione di merito che aveva ritenuto la legittimazione attiva dello S.L.A.I. Cobas, desumendola da una serie di elementi, quali la costituzione di comitati provinciali su circa la metà del territorio nazionale e lo svolgimento di attività di rilievo nazionale, come la presentazione del "referendum" popolare sull'art. 19 st. lav. o la richiesta di ripristino degli automatismi della contingenza).

6. Il cd. rito Fornero.

Il rito introdotto dalla l. n. 92 del 2012 continua a porre questioni interpretative, anche se le nuove pronunce di rilievo sono perlopiù destinate a fornire una specificazione di alcuni principi che possono dirsi ormai consolidati.

Così, l'affermazione per cui detto rito si applica anche alla domanda proposta nei confronti di un soggetto diverso dal formale datore di lavoro, rispetto al quale si chiede di accertare la effettiva titolarità del rapporto, era già presente nella recente giurisprudenza di legittimità. In tal senso si era espressa Sez. L, n. 29889/2019, Boghetich, Rv. 655858-01, che aveva attribuito al giudice il compito di individuare la fattispecie secondo il canone della prospettazione, con il solo limite di quelle artificiose, chiarendo che una volta azionata dal lavoratore una impugnativa di licenziamento con riconoscimento delle tutele previste dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970, il procedimento speciale deve trovare ingresso a prescindere dalla fondatezza

delle allegazioni, senza alcun effetto preclusivo in ragione della veste formale assunta dalle relazioni giuridiche tra le parti.

Nell'anno in rassegna, la Corte ha ribadito il principio in parola a proposito di una vicenda di particolare delicatezza e complessità, quella della cessione d'azienda che ha visto coinvolta la compagnia aerea di bandiera nel 2014.

Sez. L, n. 10415/2020, F. Amendola, Rv. 657871-01, ha confermato che il rito speciale è utilizzabile anche quando il lavoratore, impugnando il licenziamento, chieda di essere reintegrato presso un soggetto diverso dal datore di lavoro che lo ha adottato. L'ampiezza della formula utilizzata dall'art. 1, comma 47, della l. n. 92 del 2012 consente di far operare il rito speciale ogni qualvolta la domanda miri, secondo la prospettazione attorea non palesemente artificiosa, a ottenere una tutela rientrante nella sfera dell'art. 18 st.lav. novellato, anche quando dunque presupponga una dissociazione tra autore del licenziamento e destinatario del provvedimento di reintegrazione. Solitamente utilizzato per le ipotesi di dedotta interposizione fittizia, questo allargamento vale *a fortiori* per le ipotesi di cessione d'azienda, in cui la dissociazione dipende non frodi realizzate in sede di costruzione del rapporto di lavoro, ma da illegittimità connesse a un trasferimento che di per sé rimane valido. A ben vedere, l'impugnativa di licenziamento e l'azione di tutela conseguente, reale o indennitaria poco importa, sono domande diverse, solitamente indirizzate nei confronti dello stesso soggetto; qualora però questa coincidenza non vi sia, le due domande restano tra loro connesse e sono fondate sugli identici fatti costitutivi del rapporto di lavoro e del licenziamento, con conseguente piena applicabilità dell'art. 1, comma 48, terzo periodo.

Analogamente, nel ribadire - sulla scia di Sez. L, n. 0945/2019, Leone, Rv. 653605-01 e di altre precedenti - che il giudizio di primo grado di tale rito è unico a composizione bifasica, con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, e una seconda fase a cognizione piena che della precedente costituisce prosecuzione, la S.C. ne ha tratto conseguenze in più direzioni: **Sez. L, n. 14976/2020, Negri della Torre, Rv. 658191-01**, ha precisato che l'attività istruttoria svolta in entrambe le fasi del giudizio di primo grado va valutata unitariamente, senza che si possano scindere per fasi gli adempimenti richiesti alle parti in tema di formazione della prova, sicché nel giudizio di opposizione la parte conserva integra ogni opzione istruttoria, a prescindere dalle scelte processuali in precedenza operate; **Sez. L, n. 02364/2020, F. Amendola, Rv. 656695-01**, ha statuito che l'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento conclusivo della fase sommaria, anche quando in mero rito, è il ricorso in opposizione previsto dall'art. 1, comma 51, della l. n. 92 del 2012, e non il reclamo che, ove proposto, va dichiarato inammissibile.

Sempre sul versante delle impugnazioni del rito Fornero, **Sez. L, n. 15412/2020, Cinque, Rv. 658491-01**, ha avuto cura di chiarire che il reclamo previsto dall'art. 1, comma 57, della l. n. 92 del 2012 è nella sostanza un appello, con la conseguenza che, per tutti i profili non regolati da disposizioni specifiche, si applicano le norme sull'appello del rito del lavoro, che realizza il ragionevole equilibrio tra celerità e affidabilità; in particolare, a) la disciplina dell'atto introduttivo è quella dell'art. 434 c.p.c.; b) il reclamante ha l'onere, a pena di decadenza, di riprodurre le domande non accolte o rimaste assorbite nella sentenza di primo grado, in assenza di specifiche disposizioni in contrasto con l'art. 346 c.p.c.; c) il giudice del gravame può conoscere della controversia dibattuta in primo grado solo attraverso l'esame delle specifiche censure mosse dal reclamante, la cui formulazione consuma il diritto di impugnazione.

In termini generali, vi è poi **Sez. L, n. 06754/2020, Raimondi, Rv. 657434-01**, per la quale la violazione della disciplina relativa all'introduzione della causa mediante il rito c.d. Fornero può essere dedotta come motivo di impugnazione solo se la parte indichi il concreto pregiudizio alle prerogative processuali derivatole dalla mancata adozione del predetto rito, con conseguente interesse alla relativa rimozione, non potendosi ravvisarsi tale pregiudizio nella privazione di "una fase processuale", considerato che il rito ordinario (nella specie seguito) rappresenta la massima espansione della cognizione integrale, idonea a consentire il migliore esercizio del diritto di difesa.

7. Il procedimento di accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi.

Gli artt. 420-*bis* c.p.c. e 64 del d.lgs. n. 165 del 2001 contemplano uno speciale procedimento volto all'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, la validità e l'interpretazione dei contratti collettivi, rispettivamente nel settore privato e in quello del pubblico impiego.

Non utilizzato con frequenza, nel corso dell'anno in rassegna il procedimento ha dato luogo a un'importante pronuncia, **Sez. L, n. 29455/2020, Bellè, Rv. 660027 - 01**, relativa all'interpretazione del c.c.n.l. comparto scuola del 4 agosto 2011.

Per il versante processuale, che qui interessa, la sentenza ha affermato due importanti principi.

Il primo è che rispetto al ricorso immediato per cassazione previsto dall'art. 64, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, non opera il limite stabilito dall'art. 360, comma 3, c.p.c., secondo cui non sono impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono su questioni, senza definire il giudizio. La S.C. lascia intendere che la parola "questione" è utilizzata in due diverse accezioni nelle due disposizioni, ma che, anche se non fosse così, il ricorso immediato costituirebbe comunque una deroga

espressamente definita dalla legge, dunque ammissibile. A riprova, la sentenza cita l'indirizzo giurisprudenziale che considera inammissibile il ricorso immediato contro una sentenza che abbia deciso la questione pregiudiziale sui contratti collettivi unitamente al merito.

Con il secondo principio la Cassazione ha dato risposta a un interrogativo circa il significato della locuzione "non impugnabile", contenuta nel comma 1 dell'art. 64 e riferita all'ordinanza con cui il giudice di merito fissa l'udienza di discussione, segnalando alle parti la questione da dibattere.

L'inimpugnabilità di quest'ordinanza impedisce alla Cassazione di valutare la pertinenza di quanto oggetto del giudizio rispetto alle fattispecie per le quali è consentito il ricorso allo speciale procedimento di cui all'art. 64?

La risposta negativa data dalla sentenza si basa sull'efficacia rafforzata che la decisione della Corte ha non solo sul giudizio *a quo*, ma anche sui giudizi futuri, ai sensi del comma 7 dell'art. 64. Se infatti la Cassazione, adita con il ricorso *per saltum*, fosse vincolata a quanto statuito con l'ordinanza di fissazione dell'udienza e dovesse esprimersi sulla questione pregiudiziale prospettata anche qualora ritenesse che essa esuli dal perimetro tracciato dall'art. 64, si attribuirebbe di fatto al giudice di merito il potere di estendere la suddetta efficacia rafforzata (che non costituisce un vincolo, ma comunque un forte indirizzo) a ipotesi non previste dalla legge.

Pertanto, la non impugnabilità deve intendersi limitata al subprocedimento interno al giudizio davanti al tribunale e non impedisce alla Corte di cassazione di esercitare anche un controllo di legittimità sulla riconducibilità della questione decisa alla fattispecie astratta (nella specie, la sentenza n. 29455/2020 ha ritenuto che la questione decisa dal Tribunale di Torino, riguardante la nullità di una clausola del c.c.n.l., non attenesse a una semplice nullità di diritto interno, come tale accertabile con il procedimento speciale dell'art. 64, ma ponesse un problema di potenziale contrasto della clausola con il diritto eurounitario, con la mediazione della norma nazionale, ove interpretata restrittivamente).

8. Il processo previdenziale e assistenziale.

Le pronunce di maggior rilievo in questa materia sono state quelle in cui la S.C. ha portato a compimento la propria giurisprudenza sulla partecipazione dell'ente previdenziale al processo instaurato dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro per omissioni contributive.

Per lungo tempo, la Corte si era orientata nel senso che la domanda di condanna al pagamento dei contributi, proposta dal lavoratore senza il coinvolgimento dell'ente, dovesse essere dichiarata semplicemente inammissibile, attesa

l'impossibilità di pronunciare una domanda a favore di un terzo estraneo al giudizio (da ultimo v. Sez. 6-L, n. 14853/2019, De Felice, Rv. 654024-01).

Nel 2020, la strada non è più apparsa percorribile alla Cassazione, che ha affermato il litisconsorzio necessario con l'ente previdenziale anche nelle azioni ordinarie di regolarizzazione contributiva.

L'indirizzo è stato inaugurato da **Sez. L, n. 08956/2020, Cavallaro, Rv. 657651-02**, nell'ipotesi più settoriale delle controversie promosse dai dipendenti delle aziende di credito, volte ad ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento al Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito, istituito presso l'INPS, per essere poi esteso da **Sez. L, n. 17320/2020, Calafiore, Rv. 658831-01** alle controversie più frequenti tra lavoratore e datore di lavoro in cui l'ente previdenziale da coinvolgere è direttamente l'INPS.

Due le fondamentali ragioni del nuovo corso: da un lato, occorreva rendere omogenea la fattispecie in questione (riconducibile all'azione risarcitoria *ex* art. 2116, 2° comma, c.c.) rispetto a quella in cui il lavoratore agisca per la costituzione della rendita vitalizia *ex* art. 13, 5° comma, l. 12 agosto 1962 n. 1338, fattispecie quest'ultima in cui il litisconsorzio era stato affermato come necessario già da Sez. U, n. 03678/2009, Balletti, Rv. 607443-01; dall'altro lato, vi era la necessità di dare seguito alla ricorrente affermazione della giurisprudenza, secondo la quale il litisconsorzio necessario "ricorre, oltre che per motivi processuali e nei casi espressamente previsti dalla legge, quando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di ogni soggetto che ne sia partecipe, onde non privare la decisione dell'utilità connessa con l'esperimento dell'azione proposta" (da ultimo v. **Sez. 3, n. 03692/2020, Guizzi, Rv. 656899-01**).

Quest'ultima *ratio*, strettamente legata al principio di effettività della tutela giurisdizionale e del giudicato, non poteva non essere applicata all'azione del lavoratore, che si trova alle prese con un inadempimento che proviene sì dalla sua controparte datoriale, ma la cui sanzione richiede comunque la partecipazione dell'ente pubblico previdenziale, notoriamente poco reattivo. Le altre soluzioni ipotizzate o praticate - inammissibilità della domanda o pronuncia di mero accertamento - non appaiono infatti in grado di garantirlo adeguatamente. L'inammissibilità costringe il lavoratore a ripartire da zero, la sentenza di accertamento gli consegna un titolo esecutivo non spendibile.

Su un tema ben più specifico, ma comunque in linea con l'orientamento appena sintetizzato, si è espressa **Sez. L, n. 21299/2020, Cinque, Rv. 658989-01**.

Nella controversia instaurata dal lavoratore per ottenere, per effetto dell'applicazione dei benefici combattentistici, il riconoscimento di un aumento fittizio di anzianità contributiva, sia al fine del compimento dell'anzianità necessaria

per conseguire il diritto a pensione, sia ai fini della quantificazione della pensione stessa, il contraddittore principale è l'ente previdenziale, ma il datore di lavoro è parte necessaria del giudizio stesso in quanto è interessato a contrastare la suddetta pretesa, essendo tenuto a versare all'ente previdenziale il "corrispettivo in valore capitale dei benefici" in argomento.

Non vi è invece litisconsorzio necessario nel giudizio relativo al debito contributivo dell'impresa coltivatrice diretta, determinato in relazione al lavoro dei familiari del titolare, tra quest'ultimo ed i predetti familiari, atteso che l'obbligo contributivo nei confronti dell'istituto previdenziale grava sul titolare dell'impresa e non sui lavoranti nella stessa (**Sez. L, n. 19983/2020, Buffa, Rv. 658847-01**).

Sempre in tema di legittimazione alla partecipazione al processo previdenziale, ma al di fuori del litisconsorzio necessario, si colloca il problema dell'opposizione ordinaria di terzo, proposta dal datore di lavoro avverso la sentenza relativa alla spettanza ai lavoratori del beneficio contributivo da esposizione all'amianto, di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992: **Sez. L, n. 18683/2020, Garri, Rv. 658844-01**, ha negato la legittimazione, atteso che dall'accertamento relativo al rischio morbigeno, ed al suo protrarsi per un consistente periodo di tempo, non discende alcuna immediata conseguenza nei suoi confronti, né risulta pregiudicato il diritto alla tutela della sua immagine, potendone allegare in concreto il pregiudizio in altra sede, ove non è escluso che si possa procedere ad un nuovo accertamento dello stato dei luoghi.

Sulla decadenza per la l'impugnazione di provvedimenti amministrativi in materia di invalidità civile, ai sensi dell'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, importanti precisazioni sono state fornite da **Sez. L, n. 26845/2020, Cavallaro, Rv. 659633-01 e 02**: il termine di decadenza opera sia con riguardo all'ipotesi in cui il diniego in sede amministrativa dipenda da ragioni sanitarie, sia quando il rigetto dipenda da ragioni diverse, sempre che il provvedimento sia esplicito e venga comunicato all'interessato; lo stesso termine non opera invece quando si intenda contestare il provvedimento con cui, a seguito della revoca di un beneficio assistenziale, sia comunicata all'interessato la sussistenza di un indebito, dal momento che l'eventuale indebito trova una disciplina autonoma nel sistema normativo della ripetizione in materia assistenziale e che, in ogni caso, le norme sulla decadenza sono di stretta interpretazione e insuscettibili di applicazione analogica.

In tema di decadenza, ma relativa alla domanda volta a ottenere l'indennizzo previsto dalla l. n. 210 del 1992 in favore dei danneggiati da emotrasfusioni, **Sez. L, n. 29453/2020, Bellè, Rv. 660065 - 01**, ha ribadito che il termine decadenziale decorre dal momento in cui, secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica e con l'ordinaria diligenza, l'emotrasfuso acquisisca la consapevolezza del nesso tra l'emotrasfusione e la patologia contratta.

Merita poi di essere rammentata **Sez. L, n. 16676/2020, Calafiore, Rv. 658638-01**, con cui la S.C. ha affermato un principio destinato a produrre rilevanti effetti sui giudizi di merito. Interrogata sulla portata dell'esenzione dal pagamento delle spese del giudizio *ex* art. 152 disp. att. c.p.c., la Cassazione ha affermato che - data l'eccezionalità dell'istituto e dunque la non estendibilità ai casi non espressamente indicati - l'esenzione opera in relazione ai giudizi promossi per il conseguimento di prestazioni previdenziali o assistenziali in cui il diritto alla prestazione sia l'oggetto diretto della domanda introdotta in giudizio e non solo la conseguenza indiretta ed eventuale di un diverso accertamento (nella specie, si trattava di una domanda volta ad ottenere la condanna dell'istituto previdenziale alla reiscrizione della parte ricorrente negli elenchi dei lavoratori agricoli).

Sul tema dell'infermità da causa di servizio, va segnalata anzitutto **Sez. L, n. 28408/2020, Marotta, Rv. 659957 - 01**: la questione era se, per un'infermità accertata e liquidata prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 461 del 2001, una domanda di aggravamento proposta in epoca successiva al citato d.P.R. dovesse essere valutata con i vecchi o con i nuovi criteri; la S.C. ha respinto il ricorso dell'ente previdenziale, affermando che il procedimento per l'aggravamento dell'equo indennizzo costituisce una fase di un procedimento unitario e che dunque devono trovare applicazione le regole vigenti al momento della domanda iniziale.

Il rapporto tra la domanda avente per oggetto la dipendenza dell'infermità da causa di servizio e quella volta all'accertamento dello status di soggetto equiparato alle vittime del dovere, ai sensi dell'art. 1, comma 564, della l. n. 266 del 2005, è stata invece indagata da **Sez. 6-L, n. 28696/2020, Ponterio, Rv. 659882-01**: la Corte ha negato che tra le due domande vi sia un nesso di pregiudizialità logico-giuridica, atteso che la seconda è ancorata a presupposti costitutivi diversi dalla prima, rappresentati dall'aver contratto l'infermità in particolari condizioni ambientali od operative, a seguito dell'esposizione a un rischio eccedente quello che caratterizza le ordinarie modalità di svolgimento dei compiti di istituto; pertanto, non vi sono le condizioni per la sospensione facoltativa del giudizio *ex* art. 337, comma 2, c.p.c.

9. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex* art. 445-*bis* c.p.c.

A distanza di nove anni dall'inizio della sua operatività, il procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio ha ormai acquisito una fisionomia ben definita.

Nel corso dell'anno in rassegna, le pronunce d'interesse sembrano così essersi limitate o a ribadire orientamenti consolidati in chiave deflattiva o a prendere posizione su questioni processuali particolari.

Al primo filone appartiene **Sez. 6-L, n. 02587/2020, Doronzo, Rv. 656753-01**, che ha ribadito che l'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo *ex* art. 445-*bis* c.p.c. presuppone, come proiezione dell'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., che l'accertamento medico-legale, richiesto in vista di una prestazione previdenziale o assistenziale, risponda ad una concreta utilità per il ricorrente - la quale potrebbe difettare ove siano manifestamente carenti, con valutazione *prima facie*, altri presupposti della predetta prestazione -, al fine di evitare il rischio della proliferazione smodata del contenzioso sull'accertamento del requisito sanitario. Questo non vuol dire però che l'accertamento con cui si conclude il procedimento *ex* art. 445-*bis* riguardi il diritto alla prestazione: come chiarito da **Sez. L, n. 17787/2020, Mancino, 658546 - 01**, la pronuncia ha per oggetto l'accertamento del requisito sanitario e, dunque, solo un elemento della fattispecie costitutiva, di talché quanto in essa deciso non può contenere un'efficace declaratoria sul diritto alla prestazione, essendo essa destinata a sopravvenire solo in esito ad accertamenti relativi agli ulteriori requisiti socio-economici.

Del secondo tipo appare invece **Sez. L, n. 24134/2020, Calafiore, Rv. 659266-01**, con cui la Cassazione ha ricordato che, qualora sia proposta una domanda volta a ottenere una delle prestazioni indicate dall'art. 445-*bis*, comma 1, c.p.c., senza che il previo esperimento dell'accertamento tecnico preventivo obbligatorio, il giudice, davanti al quale sia tempestivamente sollevata l'eccezione di improcedibilità, è tenuto ad assegnare alle parti il termine di quindici giorni per la sua presentazione, previsto dal comma 2 dello stesso art. 445-*bis*; è invece nulla, poiché determina un concreto impedimento all'accesso alla tutela giurisdizionale della parte istante, l'ordinanza con cui il giudice dichiari il ricorso immediatamente improcedibile. Da parte sua, il giudice d'appello è tenuto, in una simile ipotesi e in ossequio al principio di cui all'art. 162 c.p.c., a rinnovare l'atto procedendo esso stesso all'assegnazione del termine, non potendo né limitarsi a una pronuncia di mero rito dichiarativa della nullità, né rimettere la causa al primo giudice.

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(di RAFFAELE ROSSI)

SOMMARIO: 1. Condizioni dell'azione esecutiva. - 2. Titolo esecutivo. - 3. Precetto. - 4. Intervento dei creditori. - 5. Espropriazione mobiliare ed espropriazione presso terzi: ambiti di applicazione. - 6. Espropriazione di crediti. - 6.1. (*segue*) Ordinanza di assegnazione. - 7. Espropriazione immobiliare. - 7.1. (*segue*) Gli esiti della fase liquidativa. - 8. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione. - 9. Espropriazione contro il terzo proprietario. - 10. Opposizioni esecutive: profili comuni. - 11. Opposizione all'esecuzione. - 12. Opposizione agli atti esecutivi. - 13. Opposizione di terzo all'esecuzione. - 14. Controversie in sede di distribuzione del ricavato. - 15. Stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata. - 16. Estinzione dell'esecuzione.

1. Condizioni dell'azione esecutiva.

Secondo l'impostazione tradizionalmente accolta, condizione necessaria e sufficiente dell'azione esecutiva è l'esistenza di un titolo esecutivo, valido ed efficace, che incorpori un diritto certo, liquido ed esigibile: lo scopo dell'esecuzione forzata è la realizzazione di tale diritto mediante l'utilizzo degli opportuni strumenti coercitivi, esulando dai compiti del giudice dell'esecuzione ogni attività di accertamento della sussistenza dell'obbligazione di cui si invoca l'attuazione.

Ma il processo esecutivo, in tutte le sue diversificate tipologie, è anche una forma di attività giurisdizionale, come tale permeata dai (anzi, soggiacente ai) principi di grado sovraordinato che conformano ogni controversia: le regole della correttezza e buona fede cui dev'essere improntata la condotta delle parti, il giusto processo, la durata ragionevole dei giudizi.

Sono questi, al fondo, i prodromi argomentativi che hanno condotto il giudice della nomofilachia a negare l'esperibilità della tutela esecutiva se volta a soddisfare bisogni o conseguire beni giuridicamente irrilevanti, attribuendo all'interesse ad agire valenza di condizione dell'azione esecutiva esterna ed autonoma (abbisognevole cioè di verifica in concreto) e non già elemento implicito nel titolo esecutivo, *in re ipsa* ravvisabile per il solo fatto della sussistenza di un titolo, valido ed efficace, e di un diritto di credito non ancora estinto.

Principio ribadito, nell'anno in rassegna, da **Sez. 3, n. 24691/2020, De Stefano, Rv. 659765-01**: qualora il credito, di natura esclusivamente patrimoniale, sia di entità economica oggettivamente minima, difetta, *ex* art. 100 c.p.c., l'interesse a promuovere l'espropriazione forzata, dovendo la tutela del diritto di azione assicurata dall'art. 24 Cost. essere contemperata, per esplicita od anche implicita disposizione di legge, con le regole di correttezza e buona fede, nonché con i principi del giusto processo e della durata ragionevole dei giudizi *ex* art. 111 Cost. e art. 6 CEDU.

Il principio, costituzionalmente garantito, del giusto processo e l'imprescindibile osservanza degli obblighi di buona fede e correttezza giustificano pure una limitazione al possibile esercizio dell'azione esecutiva se l'iniziativa del creditore configuri un abuso dello strumento processuale: tanto si verifica quando, indiscussa l'astratta legittimità del cumulo dei mezzi di espropriazione, il creditore intraprenda una seconda azione esecutiva nei confronti del medesimo debitore ed in virtù dello stesso titolo, pur avendo già conseguito un provvedimento satisfattivo della propria pretesa.

Per contro, come chiarito da **Sez. 6-3, n. 08151/2020, D'Arrigo, Rv. 657581-01**, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede e non contravviene al divieto di abuso degli strumenti processuali il creditore di due o più debitori solidali che, in forza del medesimo titolo, promuova un'azione esecutiva nei confronti di uno di essi dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro condebitore, un'ordinanza di assegnazione *ex* art. 553 c.p.c., fintanto che quest'ultima non sia adempiuta dal terzo pignorato sino all'integrale concorrenza del credito azionato, fermo restando il divieto - la cui inosservanza va eventualmente dedotta con opposizione esecutiva - di conseguire importi superiori all'ammontare del credito.

2. Titolo esecutivo.

Compete al giudice dell'esecuzione verificare se l'intrapresa esecuzione forzata sia fondata su un provvedimento giudiziale o su un atto stragiudiziale sussumibile nel catalogo, tassativo e tipico, dei titoli esecutivi delineato dall'art. 474 c.p.c. e da altre specifiche disposizioni di legge (c.d. *extravagantes*).

Quanto ai titoli di formazione stragiudiziale, l'indagine del giudice sull'idoneità esecutiva concerne (non soltanto la forma ma innanzitutto) il contenuto del documento: così, al fine di accertare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, occorre verificare, attraverso la sua interpretazione integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge (**Sez. 3, n. 06174/2020, Porreca, Rv. 657110-01**).

Circa i titoli di matrice giudiziale, l'elaborazione pretoria ha chiarito che per le sentenze la qualità di titolo esecutivo postula il carattere condannatorio della pronuncia: pertanto, la sentenza di mero accertamento di una servitù o della sua inesistenza non costituisce, in difetto di statuizioni di condanna, titolo esecutivo per richiedere al giudice dell'esecuzione misure idonee a far cessare impedimenti, turbative o molestie (**Sez. 6-3, n. 09637/2020, D'Arrigo, Rv. 657741-01**).

Ancora con riferimento ai titoli giudiziali, l'individuazione del provvedimento idoneo alla coattiva realizzazione del *dictum* deve essere compiuta in consonanza con i principi che governano il sistema delle impugnazioni: in primo luogo, con l'effetto sostitutivo proprio di alcuni rimedi impugnatori.

E' questa la ragione per cui cassata con rinvio la sentenza di appello di annullamento della sentenza di condanna resa in primo grado, la qualità di titolo esecutivo va attribuita alla sentenza pronunziata in sede di rinvio e non a quella di prime cure, privata di efficacia a seguito dell'annullamento intervenuto in appello; tuttavia, poiché il titolo esecutivo giudiziale non si identifica né si esaurisce nel documento giudiziario, è ammissibile il richiamo espresso della sentenza emessa dal giudice di appello in sede di rinvio alla condanna operata in primo grado, anche se contenuta in una pronuncia dichiarata nulla in sede di impugnazione (**Sez. L, n. 26935/2020, Ponterio, Rv. 659822-01**).

É infatti devoluta al giudice dell'esecuzione (o, in caso di opposizione *ex* art. 615 c.p.c., a quello dell'opposizione) l'attività di interpretazione del titolo esecutivo giudiziale, onde determinarne l'esatta portata precettiva sulla scorta della lettura congiunta del dispositivo e della motivazione.

Ove il contenuto del titolo si presenti obiettivamente incerto o ambiguo è altresì consentita una interpretazione extratestuale, operata cioè mediante ricorso agli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato ed a condizione di non sovrapporre una diversa valutazione in fatto o in diritto a quella svolta dal giudice di merito (**Sez. 3, n. 10806/2020, D'Arrigo, Rv. 658033-02**); il contrasto del tenore del titolo rispetto ad elementi extratestuali oggettivamente discordanti non è però suscettibile di soluzione o composizione in sede esecutiva, potendo invece essere eventualmente emendato, secondo i rispettivi presupposti e limiti temporali, con il procedimento di correzione dallo stesso giudice che ha emesso il provvedimento o con l'impugnazione per revocazione (**Sez. L, n. 05049/2020, Bellé, Rv. 656939-01**).

Resta in ogni caso preclusa al giudice dell'esecuzione (e al giudice dell'opposizione all'esecuzione) qualsiasi integrazione o correzione del titolo esecutivo, per essere quest'ultimo di necessità e per principio autosufficiente, cioè a dire *ex se* bastevole a definire il bene giuridico da conseguire o l'obbligo da realizzare in via forzata, senza necessità di ulteriori attività di accertamento cognitivo.

Spettando al giudice dell'esecuzione l'attuazione del comando contenuto nel titolo esecutivo, senza poteri di cognizione sulla fattispecie sostanziale concreta, qualora il provvedimento giudiziale azionato *in executivis* ometta di indicare la specie degli interessi accordati sul capitale, limitandosi ad una generica qualificazione degli stessi in termini di «*interessi legali*» o «*di legge*», devono ritenersi liquidati soltanto gli interessi di cui all'art. 1284 c.c., in ragione della portata generale di questa

disposizione, rispetto alla quale le altre ipotesi previste da norme di legge hanno natura speciale (**Sez. 3, n. 08128/2020, Tatangelo, non massimata**).

3. Precetto.

Ai requisiti di contenuto-forma del precetto previsti, in linea generale e sotto comminatoria di nullità dell'atto, dall'art. 480 c.p.c. (tra i quali la data di notifica dell'ingiunzione), l'art. 654, secondo comma, c.p.c. aggiunge, in caso di intimazione formulata in virtù di decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo, un ulteriore elemento, e cioè la «*menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e dell'apposizione della formula*», in funzione sostitutiva della (quindi con dispensa per il creditore dalla) notificazione del provvedimento monitorio spedito in forma esecutiva.

Lungi dal costituire manifestazione di sterile formalismo, siffatte prescrizioni vanno riguardate, come precisato **Sez. 3, n. 01928/2020, Rossetti, Rv. 656889-01**, quale espressione della funzione dell'atto: consentire all'intimato l'individuazione inequivoca del titolo azionato e dell'obbligazione da adempiere. Da ciò consegue che l'omissione di uno o più degli elencati requisiti (nel caso esaminato dalla S.C., la mancata indicazione della data di notifica del decreto ingiuntivo) non cagiona la dichiarazione di nullità del precetto qualora, facendo applicazione della regola generale sancita dall'art. 156, terzo comma, c.p.c., sia egualmente raggiunto lo scopo dell'atto, e cioè il debitore sia stato messo in condizione di conoscere con esattezza chi sia il creditore, quale sia il credito che si chiede di soddisfare e quale il titolo che lo sorregge.

4. Intervento dei creditori.

Modo di declinazione dell'azione esecutiva, alternativo rispetto al pignoramento, è l'intervento del creditore nella procedura esecutiva (dallo stesso o da altro creditore) intrapresa in danno di un soggetto suo debitore.

In quanto recante istanza di partecipazione alla distribuzione del ricavato dell'espropriazione, l'intervento (che si compie con il deposito di un ricorso) è equiparabile alla «*domanda proposta nel corso di un giudizio*» idonea, a mente dell'art. 2943, secondo comma, c.c., ad interrompere la prescrizione dal giorno del deposito del ricorso ed a sospenderne il corso sino all'approvazione del progetto di distribuzione del ricavato della vendita (**Sez. 3, n. 14602/2020, Porreca, Rv. 658323-01**).

L'intervento di creditori assume rilievo pure nel subprocedimento di conversione del pignoramento introdotto dal debitore.

Più specificamente, nella determinazione delle somme da versare ai fini della liberazione dei beni staggiti dal vincolo espropriativo, occorre tener conto anche dei

creditori intervenuti successivamente all'istanza di conversione del debitore e fino all'udienza nella quale il giudice provvede (ovvero si riserva di provvedere) sulla medesima con l'ordinanza di cui dell'art. 495, terzo comma, c.p.c.; tali interventi, peraltro, non incidono *ex post* sull'entità dell'importo che deve accompagnare l'istanza di conversione (a pena di inammissibilità della stessa), importo che va rapportato all'ammontare dei crediti insinuati nell'espropriazione all'epoca di presentazione dell'istanza (**Sez. 6-3, n. 00411/2020, D'Arrigo, Rv. 656553-01**).

Benché svolto con identiche modalità, radicalmente differente dall'intervento in esame è la domanda di sostituzione esecutiva disciplinata dall'art. 511 c.p.c. (usualmente denominato intervento in sostituzione), con la quale il creditore istante non fa valere una pretesa nei confronti dell'esecutato bensì nei confronti di altro creditore, pignorante o intervenuto.

Le caratteristiche dell'istituto sono state compiutamente tracciate da **Sez. 6-3, n. 26054/2020, De Stefano, Rv. 659907-01.**

Premesso che la domanda di sostituzione esecutiva *ex* art. 511 c.p.c. realizza il subingresso di uno o più creditori del creditore dell'esecutato nella sua posizione processuale e nel diritto al riparto della somma ricavata dall'esecuzione, con funzione esclusivamente satisfattiva e con facoltà surrogatorie del creditore subcollocato circoscritte al mero esercizio della c.d. azione distributiva, si è esclusa la titolarità in capo al creditore subcollocato di poteri di impulso della procedura contro il debitore originario, sicché la domanda di sostituzione non impedisce che alla rinuncia all'esecuzione formulata dal creditore sostituito consegua l'effetto tipico della estinzione del processo esecutivo.

5. Espropriazione mobiliare ed espropriazione presso terzi: ambiti applicativi.

La parziale sovrapponibilità dell'oggetto del pignoramento mobiliare e del pignoramento presso terzi, positivamente individuato (nell'ordine, dagli artt. 513 e 543 del codice di rito) nelle «*cose del debitore*» (ovvero, più precisamente, nei beni mobili di proprietà del debitore) ha reso in alcune ipotesi non agevole l'individuazione delle corrette modalità con cui svolgere l'azione esecutiva.

Del problema, con riferimento alle fattispecie di più frequente verificazione, si è fatto carico il giudice della nomofilachia con alcune pronunce dell'anno in rassegna.

Nel descritto contesto si colloca, in primo luogo, **Sez. 6-3, n. 20338/2020, Tatangelo, Rv. 659253-01**, chiara nell'affermare che il pignoramento di un diritto di credito, incorporato in un titolo di credito emesso da un terzo (nella specie, effetti cambiari), va effettuato, giusta l'art. 1997 c.c., nelle forme del pignoramento diretto a carico del debitore in possesso del titolo. Qualora erroneamente compiuto nei modi dell'espropriazione di crediti presso terzi, il terzo pignorato, debitore cartolare, è

portatore di un interesse (derivante dalla congiunta soggezione del non dover disporre della somma oggetto del credito portato dal titolo al rischio di vedersi chiedere il pagamento da chi del titolo sia in possesso) a dolersi dell'illegittimità formale del pignoramento: siffatta contestazione va sollevata con il mezzo dell'opposizione agli atti esecutivi ed è invece preclusa nell'ambito del subprocedimento di accertamento dell'obbligo del terzo, non profilandosi il rischio del doppio pagamento per il terzo pignorato, avendo in tale evenienza il processo esecutivo ad oggetto il rapporto causale sottostante, non quello cambiario.

Nonostante l'apparente analogia con i titoli di credito, ben diversa è la modalità di aggressione esecutiva delle somme giacenti su libretto di deposito bancario vincolato all'ordine del giudice dell'esecuzione (nonché, per identità di funzione, sul libretto di deposito postale c.d. giudiziario, tuttora regolato dal r.d. n. 149 del 1910).

Costituendo il libretto di deposito un mero documento di legittimazione alla richiesta di pagamento ed alla riscossione, il pignoramento non investe il *corpus mechanicum* che dà prova dell'avvenuto deposito del contante bensì il credito del debitore esecutato nei confronti dell'amministrazione emittente e depositaria (titolare della proprietà degli importi per effetto del deposito e tenuta alla relativa restituzione), sicchè esso va eseguito nelle forme dell'espropriazione presso terzi *ex* art. 543 c.p.c. (**Sez. 3, n. 08877/2020, De Stefano, Rv. 657838-01**).

Con l'ulteriore precisazione, operata dal medesimo arresto (**Sez. 3, n. 08877/2020, De Stefano, Rv. 657838-02**), che nella procedura espropriativa di somme giacenti su libretto di deposito vincolato all'ordine del giudice in tal guisa esperita il terzo pignorato deve identificarsi, in via esclusiva, nel «*soggetto presso il quale è stato acceso tale libretto mediante deposito delle dette somme, unico debitore della loro restituzione, benché all'ordine del giudice del processo nel cui corso o al cui fine il deposito ha avuto luogo, il quale è il solo a poterne disporre, mentre titolare del diritto alla restituzione, sia pure dietro il citato ordine, resta colui che ne ha effettuato il deposito, fino a differente provvedimento di quello stesso giudice*», da ciò infine derivando «*la radicale illegittimità del pignoramento presso terzi nei confronti dell'ufficio giudiziario ove è custodito il libretto in questione o all'ordine del quale può disporsi degli importi giacenti, non potendo esso qualificarsi debitore né del documento in sé né dei menzionati importi*».

Tra le cose appartenenti al debitore che si trovano nella disponibilità di un terzo, da sottoporre a vincolo espropriativo alla stregua della sequenza procedimentale disegnata dagli artt. 543 e seguenti del codice di rito, rientrano anche i titoli obbligazionari affidati ad un terzo, dei quali pertanto il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 552 c.p.c., è tenuto a disporre la vendita *ex* artt. 529 e ss. c.p.c., a prescindere dalla loro agevole liquidabilità, salva la possibilità per il terzo, a cui favore i titoli siano costituti in pegno, di far valere il proprio privilegio sul ricavato dalla vendita (**Sez. 3, n. 09872/2020, D'Arrigo, Rv. 657718-01**).

6. Espropriazione di crediti presso terzi: oggetto, soggetti, effetti.

Nella procedura di espropriazione di crediti presso terzi la soddisfazione dei crediti azionati avviene, di solito, attraverso una modalità peculiare, diversa dalle altre tipologie espropriative: non già con l'attribuzione del ricavato della vendita forzata del bene staggito o con l'assegnazione di una *res* determinata, bensì con il trasferimento al creditore agente della titolarità del credito (che costituisce l'oggetto del pignoramento) vantato dal debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato.

L'esatta entità del credito staggito nell'espropriazione presso terzi è determinata dalla legge (precisamente, dall'art. 546, primo comma, c.p.c.) in misura corrispondente all'importo del credito precettato aumentato della metà, con la conseguenza che, in difetto di rituale estensione del pignoramento, il successivo intervento in procedura di un creditore (quand'anche lo stesso procedente) non consente il superamento di detto limite e, quindi, l'assegnazione di crediti in misura maggiore (**Sez. 6-3, n. 09054/2020, Tatangelo, Rv. 657740-01**).

Imprescindibile in siffatta espropriazione, siccome momento perfezionativo del pignoramento, fattispecie a formazione progressiva, è la verifica dell'esistenza (e dell'entità) del credito staggito, realizzabile, con efficacia endoprocedimentale, attraverso tre possibili (tra di loro alternative) sequenze: mediante la dichiarazione di quantità resa dal terzo pignorato nella veste di ausiliario dell'ufficio esecutivo; per effetto della *fictio iuris* di non contestazione integrata dalla duplice e qualificata mancata cooperazione del terzo; all'esito del subprocedimento incidentale, a carattere contenzioso, di accertamento dell'obbligo del terzo.

Centrale, in detto contesto, la posizione del terzo pignorato.

In funzione di ausiliario del giudice dell'esecuzione, egli ben può emendare (e finanche revocare) la dichiarazione di quantità resa con altra corretta, ma soltanto se l'errore sia a lui non imputabile (o comunque scusabile) e a condizione che ciò avvenga entro l'udienza finalizzata all'emissione dell'ordinanza di assegnazione; la (così) tempestiva emenda (*sub specie* di revoca o mera rettifica) della dichiarazione costituisce presupposto necessario perché il terzo possa esperire opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di assegnazione del credito pronunciata dal giudice dell'esecuzione nonostante o in difformità della dichiarazione di quantità corretta (**Sez. 6-3, n. 18109/2020, Tatangelo, Rv. 658767-01**).

Ancora in funzione ausiliaria dell'ufficio esecutivo, il terzo è assoggettato, dal momento e per effetto della notifica dell'atto di pignoramento, agli obblighi di custodia del bene staggito, sicché, a pena di inefficacia nei confronti del ceto creditorio, gli è inibito il compimento di atti che comportino l'estinzione del credito (quale il pagamento) o che attengano al trasferimento del credito ad altri soggetti (quale l'accettazione della cessione).

La premessa assiologica sorregge le conclusioni cui la S.C è pervenuta in alcune pronunce meritevoli di segnalazione.

In ordine all'anteriorità di atti estintivi del credito pignorato, **Sez. 3, n. 14599/2020, D'Arrigo, Rv. 658332-01** (decidendo su un'espropriazione promossa da un condomino pignorando i crediti vantati dal debitore esecutato nei confronti del proprio condominio), ha chiarito che la quietanza di pagamento priva di data certa anteriore al pignoramento è, a mente dell'art. 2704 c.c., inopponibile al creditore procedente (dacché terzo estraneo al rapporto da cui origina l'oggetto del pignoramento); in ogni caso, detta quietanza, ove opponibile al creditore procedente, non gode del valore probatorio privilegiato di cui all'art. 2702 c.c. ma ha natura di prova atipica con efficacia indiziaria, liberamente contestabile dal creditore stesso.

Quanto alla partecipazione del terzo in eventuali parentesi oppositive da altri promosse, elemento discretivo è l'interesse del terzo alla decisione, sussistente in relazione alle vicende processuali che, concernendo la legittimità o la validità del pignoramento, possano comportare la sua liberazione da tale vincolo.

In applicazione del criterio ora enunciato, è stata riconosciuta al terzo pignorato la qualità di litisconsorte necessario (con necessità, in caso di mancata evocazione in lite, di ordine officioso di integrazione del contraddittorio) nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi promosso dal creditore pignorante avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione dichiarativa dell'inefficacia dell'eseguito pignoramento (**Sez. 3, n. 03899/2020, Tatangelo, Rv. 656901-01**) e nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di assegnazione dei crediti, ravvisandosi un interesse giuridicamente rilevante all'accertamento della misura dell'assegnazione (**Sez. 3, n. 10813/2020, Porreca, Rv. 657920-01**).

Le facoltà e gli oneri del terzo pignorato sono stati altresì vagliati da **Sez. 3, n. 14597/2020, D'Arrigo, Rv. 658320-01** con riferimento ad una vicenda (del tutto singolare) di pignoramento avente ad oggetto un credito già in precedenza azionato in sede esecutiva. In tale evenienza, la S.C. ha affermato che, a seconda dei tempi delle due procedure, il terzo può proporre opposizione *ex* art. 615 c.p.c. avverso l'espropriazione intentata ai suoi danni, al fine di dedurre il definitivo venir meno della titolarità del credito in capo al proprio creditore, ma solo se sia stata già pronunciata l'ordinanza di assegnazione implicante la sostituzione del proprio creditore con i creditori che quel credito hanno pignorato, oppure ha l'onere di dichiarare quella circostanza, ai sensi dell'art. 547 c.p.c., nella procedura di espropriazione presso terzi, rimanendo altrimenti esposto al rischio di restare obbligato sia nei confronti del proprio creditore originario sia del *creditor creditoris*; quest'ultimo, a sua volta, apprendendo notizia dell'azione esecutiva promossa dal suo debitore, può sostituirsi ad esso in forza dell'ordinanza di assegnazione del credito oppure mediante istanza di sostituzione ai sensi dell'art. 511 c.p.c..

Con riguardo all'incidente endoesecutivo di accertamento dell'obbligo del terzo, come disegnato dagli artt. 548 e 549 c.p.c. nella versione novellata dalle riforme degli anni 2012 e 2014, **Sez. 3, n. 26185/2020, Porreca, Rv. 659590-01** ha ritenuto il debitore esecutato litisconsorte necessario, in quanto interessato all'accertamento del rapporto di credito oggetto di pignoramento (benché la pronuncia non faccia stato nei suoi confronti), precisando, tuttavia, che l'esigenza di tutelare l'integrità del contraddittorio si avverte solamente nell'eventuale opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza che decide sull'accertamento, atteso che nella fase sommaria il debitore esecutato già partecipa al processo di espropriazione.

Delle incidenze degli atti dell'espropriazione presso terzi sul corso della prescrizione dei diritti sostanziali nella stessa coinvolti si è occupata **Sez. 3, n. 06170/2020, Tatangelo**, **Rv. 657153-01, 657153-02 e 657153-03**, con una compiuta ricostruzione in chiave sistematica, i cui principi di diritto hanno richiesto l'elaborazione delle massime contrassegnate dai numeri ora trascritti.

L'articolato ragionamento muove dalla considerazione che l'atto di pignoramento di crediti presso terzi costituisce esercizio in giudizio del diritto di credito, quello contemplato dal titolo esecutivo, fatto valere dal creditore procedente nei confronti del debitore esecutato: in relazione ad esso opera, ai sensi del secondo e del terzo comma dell'art. 2945 c.c., l'effetto interruttivo istantaneo e, se del caso, anche quello permanente della prescrizione conseguente all'azione giudiziale, a seconda degli esiti del procedimento esecutivo.

Quanto sopra non esclude che i singoli atti della procedura siano altresì idonei a spiegare effetti interruttivi della prescrizione del diritto di credito spettante al debitore verso il terzo, che della procedura rappresenta l'oggetto.

In primis, effetto interruttivo istantaneo della prescrizione del credito pignorato va attribuita, ai sensi dell'art. 2943, ultimo comma, c.c., alla notificazione al terzo dell'atto di pignoramento *ex* art. 543 c.p.c., «*quale atto di esercizio del diritto stesso, sul piano sostanziale, effettuato dal creditore procedente in surroga del debitore esecutato*»; del pari, la prescrizione deve considerarsi (nuovamente) interrotta, sempre con effetti interruttivi istantanei, dalla dichiarazione di quantità positiva resa dal terzo pignorato, equiparabile ad «*un sostanziale atto di riconoscimento del proprio debito da parte del terzo*» e dall'accertamento giudiziale dell'obbligo del terzo, ma non invece dalla ordinanza di assegnazione del credito pignorato, siccome non integrante un provvedimento di accertamento di siffatto credito.

Ancora con riferimento al credito pignorato, infine, il termine di prescrizione di esso non decorre, ai sensi dell'art. 2935 c.c., nel periodo compreso tra la notifica dell'atto di pignoramento presso terzi e la dichiarazione di quantità positiva del terzo (o l'accertamento giudiziale del suo obbligo) e tra quest'ultimo evento e l'assegnazione, atteso che il diritto non può essere fatto valere né dal creditore

procedente, né dal debitore esecutato; la prescrizione riprende il suo corso dal momento in cui il diritto di credito può essere esercitato dal creditore assegnatario e, cioè, di regola, dalla pronuncia dell'ordinanza di assegnazione (se emessa in udienza) ovvero dal suo deposito (se resa fuori udienza).

6.1. (*segue*) Ordinanza di assegnazione.

Atto conclusivo del procedimento di espropriazione presso terzi è l'ordinanza di assegnazione *ex* art. 553 c.p.c., determinante il trasferimento (*rectius*, la cessione coattiva) del credito pignorato dal debitore esecutato al creditore procedente, ovvero la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio dal lato attivo, mutando, con la sostituzione dell'assegnatario all'originario creditore, il soggetto nei cui confronti il debitore è tenuto all'adempimento.

Se la definizione della procedura coincide con la pronuncia di detta ordinanza, dal punto di vista sostanziale, invece, ai sensi dell'art. 2928 c.c., il diritto dell'assegnatario verso il debitore si estingue soltanto con la effettiva riscossione del credito assegnato, operando il descritto trasferimento con efficacia *pro solvendo*.

Sulla base di queste argomentazioni (e valorizzando la natura di atto esterno all'espropriazione del pagamento effettuato dal terzo pignorato), **Sez. 3, n. 10820/2020, Rossetti, Rv. 657965-01** ha ritenuto che la dichiarazione di fallimento del debitore esecutato emessa successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di assegnazione *ex* art. 553 c.p.c. e nelle more del giudizio di opposizione agli atti esecutivi contro di essa proposto dal terzo pignorato, non comporti né la caducazione dell'ordinanza di assegnazione, né la cessazione *ipso iure* della materia del contendere nella controversia oppositiva, non spettando al giudice di questa stabilire se gli eventuali pagamenti compiuti dal terzo pignorato in esecuzione dell'ordinanza di assegnazione siano o meno efficaci, ai sensi dell'art. 44 l.fall., in considerazione del momento in cui vennero effettuati.

L'ordinanza di assegnazione ha efficacia di titolo esecutivo a favore del creditore assegnatario e nei confronti del terzo pignorato.

Quando siffatto provvedimento contenga l'espresso addebito al debitore esecutato - oltre che dei crediti azionati *in executivis* e delle spese di procedura - del costo di registrazione dell'ordinanza, il relativo importo deve essere annoverato tra le spese di esecuzione liquidate in favore del creditore, sicché esso può essere preteso in sede di escussione del terzo, ma nei limiti della capienza del credito assegnato, in forza dell'art. 95 c.p.c. (norma secondo cui la liquidazione delle spese operata dal giudice dell'esecuzione ha mera efficacia strumentale alla distribuzione, per cui dette spese, se e nella misura in cui restino insoddisfatte, sono irripetibili dal creditore: **Sez. 6-3, n. 01004/2020, Tatangelo, Rv. 657012-02**).

Di conseguenza, sussiste difetto di interesse del creditore procedente ad ottenere un ulteriore titolo esecutivo da far valere contro il suo originario debitore per la ripetizione delle spese di registrazione dell'ordinanza (così **Sez. 6-3, n. 15447/2020, Porreca, Rv. 658506-01** e **Sez. 6-3, n. 03720/2020, Tatangelo, Rv. 657019-01**); e ciò anche qualora al momento della richiesta di pagamento al terzo *debitor debitoris* le spese di registrazione non fossero state pretese o riscosse per non aver all'epoca ancora registrato l'ordinanza (e quindi anticipato il relativo esborso): trattandosi infatti di importo rientrante in quello oggetto di assegnazione ai sensi dell'art. 553 c.p.c., la pretesa può essere avanzata dal creditore anche successivamente, in sede esecutiva e direttamente verso il terzo (**Sez. 6-3, n. 01004/2020, Tatangelo, Rv. 657012-01**).

7. Espropriazione immobiliare.

Il pignoramento avente ad oggetto un diritto reale su un bene immobile si definisce come una fattispecie complessa a formazione progressiva che contempla, quali elementi strutturali, le attività, differenti per funzioni ma tra di loro complementari, della notificazione dell'atto al debitore esecutato e della sua trascrizione nei registri immobiliari, quest'ultima condizione di efficacia nei confronti dei terzi (preordinata alla opponibilità ad essi della vendita o dell'assegnazione) ma anche presupposto imprescindibile per la messa in vendita del bene.

Invalidità del pignoramento possono scaturire dalla erronea indicazione nell'atto degli elementi identificativi del cespite staggito: in tal caso, tuttavia, come precisato da **Sez. 6-3, n. 19123/2020, D'Arrigo, Rv. 658885-01**, si configura nullità soltanto quando l'inesatta menzione (relativa, nel caso, al dato catastale della particella) generi incertezza assoluta in ordine alla concreta identificazione del bene pignorato.

Fatti salvi andamenti peculiari determinanti un diverso esito (ad esempio, la conversione del pignoramento), il momento centrale della espropriazione forzata immobiliare è rappresentato dalla fase liquidativa, ovvero la trasformazione del bene staggito in denaro da distribuire al ceto creditorio per soddisfare le pretese azionate.

La vendita forzata dell'immobile pignorato (tanto nella espropriazione forzata codistica quanto nella riscossione coattiva a mezzo ruolo regolata dal d.P.R. n. 602 del 1973) non ha natura negoziale, ma è e resta attività che si svolge nell'ambito di un processo e sotto la direzione di un giudice, sicché né il creditore (nella procedura ordinaria) né l'agente della riscossione (nella speciale procedura di cui al d.P.R. n. 602 del 1973) assumono obbligazioni dirette, di natura contrattuale o precontrattuale, nei confronti dell'aggiudicatario; con la ulteriore conseguenza che, in ipotesi di mancato trasferimento del bene aggiudicato, non è configurabile una loro responsabilità contrattuale *ex* artt. 1218 e ss. c.c. o precontrattuale *ex* artt. 1337 e 1338 c.c., fermo

restando il dovere di *neminen laedere* sancito dall'art. 2043 c.c. e sanzionato con la risarcibilità dell'interesse negativo - e non di quello contrattuale positivo - in relazione all'acquisto del bene aggiudicato (**Sez. 3, n. 17814/2020, Tatangelo, Rv. 658690-01**).

Inquadrata sistematicamente la vendita forzata come un trasferimento coattivo che partecipa della natura pubblicistica del procedimento in cui si inserisce, ogni questione relativa alla validità ed efficacia della vendita forzata (e della correlata aggiudicazione) deve essere fatta valere, tanto dalle parti dell'espropriazione quanto dall'aggiudicatario, nell'ambito del procedura stessa e attraverso i rimedi impugnatori ad essa connaturali (principalmente, mediante l'opposizione agli atti esecutivi).

L'ora illustrato principio generale fonda l'inammissibilità:

- di un'autonoma azione di ripetizione - anche soltanto parziale - del prezzo di aggiudicazione nei confronti dei creditori che abbiano partecipato al riparto o del debitore al quale sia stato attribuito il residuo (**Sez. 3, n. 22854/2020, Tatangelo, Rv. 659410-01**, in relazione ad un caso di discrepanza tra la superficie reale dell'immobile venduto e quella indicata nella perizia di stima prodromica alla vendita);

- di un'opposizione all'esecuzione per rilascio intrapresa in forza di decreto di trasferimento e volta a dedurre vizi della procedura espropriativa immobiliare (**Sez. 3, n. 12920/2020, D'Arrigo, Rv. 658178-02**).

Scopo della fase liquidativa è quello di pervenire alla vendita dell'immobile pignorato ad un prezzo "giusto": tale è il significato del disposto dell'art. 586, primo comma, c.p.c., laddove conferisce al giudice dell'esecuzione un potere discrezionale, alternativo rispetto all'emissione del decreto di trasferimento, di sospendere la vendita «*quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto*».

A delimitare la portata operativa dell'istituto ha provveduto, dando continuità a precedenti arresti nomofilattici (in particolare, Sez. 3, n. 18451/2015, Frasca, Rv. 636807-01), **Sez. 3, n. 11116/2020, De Stefano, Rv. 658146-03**.

Essendo legittima la reiterazione degli esperimenti di vendita pure con successivi ribassi del prezzo base e senza ricorso all'amministrazione giudiziaria, non integra un prezzo ingiusto di aggiudicazione, idoneo a giustificare la sospensione prevista dall'art. 586 c.p.c., quello che sia anche sensibilmente inferiore al valore posto originariamente a base della vendita, ove questa abbia avuto luogo in corretta applicazione delle norme di rito, né si deducano gli specifici elementi perturbatori del corretto funzionamento dei meccanismi processuali deputati alla determinazione del prezzo (fatti nuovi successivi all'aggiudicazione; interferenze illecite di natura criminale che abbiano influenzato il procedimento, ivi compresa la stima stessa; determinazione del prezzo fissato nella stima quale frutto di dolo scoperto dopo l'aggiudicazione; fatti o elementi conosciuti da una sola delle parti prima

dell'aggiudicazione, non conosciuti né conoscibili dalle altre parti prima di essa, purché costoro li facciano propri), elementi perturbatori tra i quali non si possono annoverare l'andamento o le crisi, sia pure di particolare gravità, del mercato immobiliare.

7.1. (*segue*) Gli esiti della fase liquidativa.

Atto conclusivo del subprocedimento di vendita è il decreto di trasferimento *ex* art. 586 c.p.c., munito altresì di una duplice valenza sostanziale, siccome produttivo dell'effetto traslativo del diritto staggito in favore dell'acquirente e dell'effetto (usualmente chiamato purgativo) di estinguere pesi e gravami insistenti sull'immobile (pignoramenti, ipoteche, privilegi, sequestri conservativi).

Sulla immediata trascrivibilità del decreto di trasferimento (sia nelle procedure di espropriazione individuale che in quelle concorsuali) con cancellazione delle formalità pregiudizievoli gravanti sul bene si è espressa, risolvendo questione di particolare importanza e dietro sollecitazione del P.M., **Sez. U., n. 28387/2020, De Stefano, Rv. 659870-01**.

Illustrati in premessa i principi informatori, quanto a struttura e funzione, del processo esecutivo (l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto del creditore consacrato nel titolo esecutivo; l'autoritatività dei provvedimenti del giudice da attuarsi, senza discrezionalità nell'*an* e nel *quomodo*, dalla pubblica amministrazione; la tutela dell'affidamento nella correttezza e serietà delle vendite giudiziarie; la natura ordinatoria, non decisoria, dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione), le Sezioni Unite hanno fondato la decisione sulla intrinseca definitività *ab origine* di tutti gli atti ed i provvedimenti del giudice dell'esecuzione «*in quanto necessariamente funzionalizzati all'ordinato sviluppo della sequenza procedimentale in cui si inseriscono*».

Un concetto di definitività tipico e proprio dell'esecuzione forzata, ben differente da quello legato all'esaurimento dei gradi ordinari di impugnazione connotante il giudizio di cognizione, e non inficiato dalla previsione di un sistema di rimedi, assistiti da rigorosi termini decadenziali, interni alla procedura (l'opposizione agli atti esecutivi) né dalla normale revocabilità dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione.

Una intrinseca definitività, in sintesi, che rende «*in astratto inesigibile un'attestazione di conseguita inoppugnabilità per i provvedimenti del giudice dell'esecuzione*», in particolare per il decreto di trasferimento, produttivo in via immediata (e cioè a dire sin dall'epoca della sua venuta a giuridica esistenza) tanto dell'effetto traslativo del diritto staggito quanto della liberazione dello stesso dai pesi e dai gravami positivamente individuati dall'art. 586 del codice di rito.

Ragionamento articolato ed approfondito, compendiato nella massima così formulata dall'Ufficio: «*Il decreto di trasferimento immobiliare* ex *art.* 586 *c.p.c., tanto*

nell'espropriazione individuale che in quella concorsuale che si svolga sul modello della prima, implica l'immediato e indifferibile trasferimento del bene purgato e libero dai pesi indicati dalla norma o ricavabili dal regime del processo esecutivo, con conseguente obbligo per il Conservatore dei Registri immobiliari (o, secondo l'attuale definizione, Direttore del Servizio di pubblicità immobiliare dell'Ufficio provinciale del territorio istituito presso l'Agenzia delle entrate) di procedere alla cancellazione di questi immediatamente, incondizionatamente e, in ogni caso, indipendentemente dal decorso dei termini previsti per la proposizione delle opposizioni agli atti esecutivi avverso il provvedimento traslativo in parola».

Contenuto necessario del decreto di trasferimento è, a mente del secondo comma dell'art. 586 c.p.c., «*l'ingiunzione al debitore o al custode di rilasciare l'immobile venduto*».

Detta statuizione configura il decreto di trasferimento come un titolo legittimante l'esecuzione per rilascio nei modi stabiliti dagli artt. 605 e seguenti del codice di rito: un titolo, come puntualizzato da **Sez. 3, n. 11285/2020, Rossetti, Rv. 658081-01**, opponibile *erga omnes*, ovvero nei confronti di chiunque si trovi nella detenzione o nel possesso del bene, talché colui che intenda proporre opposizione non può limitarsi ad invocare la nullità del decreto, ma deve dimostrare di essere titolare di un diritto reale o di godimento su tale bene, che ne giustifichi il possesso o la detenzione, così esplicitando il proprio interesse ad agire.

Sul fisiologico andamento dell'espropriazione di beni immobili possono incidere vicende estranee alla procedura, inerenti al suo oggetto, ostative al perfezionarsi della vendita forzata o del trasferimento del bene staggito: tra esse, *in primis*, la confisca di quest'ultimo disposta in sede penale.

Sulla questione - cui non sempre la giurisprudenza ha offerto risposte univoche - una parola chiarificatrice si rinviene in **Sez. 3, n. 28242/2020, De Stefano, Rv. 659887-01**: la speciale disciplina dettata dall'art. 55 d.lgs. n. 159 del 2011 (cd. codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione), come modificata dalla legge n. 161 del 2017, è applicabile esclusivamente alle ipotesi di confisca ivi previste o da norme che esplicitamente vi rinviano (art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.), con prevalenza della misura penalistica sui diritti reali dei terzi che, solo se di buona fede, possono vedere tutelate le loro ragioni in sede di procedimento di prevenzione o di esecuzione penale; viceversa tale disciplina non trova operatività in via analogica per tipologie di confisca diverse, alle quali si applica, nei rapporti con le procedure esecutive civili, il principio generale della successione temporale delle formalità nei pubblici registri previsto dall'art. 2915 c.c., da ciò derivando che l'opponibilità del vincolo penale al terzo acquirente dipende dalla trascrizione del sequestro (art. 104 disp. att. c.p.p.) la quale, ove successiva all'acquisto, ne impedisce la confisca tenuto conto che il bene deve ritenersi appartenere al terzo *pleno iure*.

L'esito della fase liquidativa può poi rivelarsi infausto, cioè a dire *in toto* inidoneo a soddisfare le ragioni creditorie fatte valere in via esecutiva: per tale eventualità, l'art.

164 delle disposizioni di attuazione del codice di rito prescrive la chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità.

Nell'intento di definire gli scopi dell'istituto e delimitarne i concreti presupposti di operatività (invero, alquanto generici nella previsione normativa richiamata) **Sez. 3, n. 11116/2020, De Stefano, Rv. 658146-04** ha chiarito che il provvedimento di chiusura anticipata va disposto ove, invano applicati o tentati ovvero motivatamente esclusi tutti gli istituti processuali tesi alla massima possibile fruttuosità della vendita del bene pignorato, risulti - in base ad un giudizio prognostico fondato su dati obiettivi anche raccolti nell'andamento pregresso del processo - che il bene sia in concreto invendibile o che la somma ricavabile nei successivi sviluppi della procedura possa dar luogo ad un soddisfacimento soltanto irrisorio dei crediti azionati ed a maggior ragione se possa consentire soltanto la copertura dei successivi costi di esecuzione; la relativa valutazione ad opera del giudice dell'esecuzione non deve espressamente avere luogo prima di ogni rifissazione della vendita (specie qualora il numero ne sia stato stabilito con l'ordinanza di vendita), essendo invece necessaria una motivazione espressa in caso di esplicita istanza di uno dei soggetti del processo oppure quando si verifichino o considerino fatti nuovi rispetto a quanto posto a base dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 569 c.p.c..

8. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione.

Sviluppo normale dell'espropriazione della quota di un diritto reale in comunione tra il debitore esecutato ed altri soggetti, il giudizio di divisione ha natura di parentesi cognitiva, cioè a dire di processo di cognizione ordinario, svolto nelle forme del libro secondo del codice di rito, oggettivamente e soggettivamente autonomo rispetto alla procedura esecutiva ma ad essa funzionalmente correlato, siccome strumentale alla liquidazione del compendio pignorato.

Da ciò, per **Sez. 6-2, n. 21218/2020, Criscuolo, Rv. 659310-01**, consegue che ove il giudizio di esecuzione venga dichiarato estinto e la relativa pronuncia sia stata impugnata, è possibile disporre la sospensione del giudizio di divisione ai sensi dell'art. 337, secondo comma, c.p.c., in attesa del passaggio in giudicato di tale pronuncia.

9. Espropriazione contro il terzo proprietario.

Sulla peculiare sequenza procedimentale connotante l'espropriazione promossa contro il terzo proprietario *ex* art. 602 e ss. c.p.c., degni di menzione sono alcuni arresti dell'anno in rassegna, tutti relativi ad esecuzioni su beni immobili gravati di ipoteca a garanzia di un debito altrui.

Con riferimento agli atti prodromici all'espropriazione, **Sez. 6-3, n. 07249/2020, Porreca, Rv. 657300-01** ha ravvisato in capo al terzo datore di ipoteca difetto di interesse a proporre opposizione a precetto (a lui notificato, giusta il disposto dell'art. 603 c.p.c.) finalizzata ad accertare di non essere obbligato a corrispondere la somma indicata nel precetto, qualora dal contenuto del precetto stesso si evinca che l'intimazione non postuli l'obbligazione diretta del terzo né l'intenzione del creditore di procedere esecutivamente nei suoi confronti su beni diversi da quelli ipotecati.

Ribadita la necessità della notificazione del titolo esecutivo e del precetto sia al terzo proprietario del bene sia al debitore («*poiché il secondo è tenuto ad adempiere ed il primo risponde, col bene ipotecato, dell'eventuale inadempimento*»), **Sez. 3, n. 10808/2020, D'Arrigo, Rv. 658034-01** ha precisato che unico legittimato passivo all'espropriazione è il terzo proprietario, per cui solo nei suoi confronti va notificato l'atto di pignoramento e compiuti i successivi atti esecutivi. Anche il debitore diretto, tuttavia, partecipa, pur in veste diversa, al procedimento espropriativo, dacchè per la regola dettata dall'art. 604, secondo comma, c.p.c., egli deve essere sentito ogni qual volta le norme prevedano l'audizione del terzo proprietario: e l'omissione di tale garanzia del contraddittorio integra un vizio della procedura che, finquando essa non sia conclusa, il debitore può far valere con l'opposizione agli atti esecutivi.

La circostanza che il debitore diretto sia comunque parte dell'espropriazione forzata intentata ai sensi dell'art. 602 c.p.c. fa sì che anche nei suoi confronti (e purché egli venga sentito nei casi previsti dall'art. 604, secondo comma, c.p.c. o il creditore gli abbia comunque dato notizia dell'esistenza del processo esecutivo) si produce l'effetto di interrompere la prescrizione del credito azionato (art. 2943, primo comma, c.c.), e di sospenderne il decorso (art. 2945, secondo comma, c.c.), fermo restando che l'effetto sulla prescrizione sarà solamente interruttivo ma non sospensivo nel caso di estinzione del procedimento *ex* art. 2945, terzo comma, c.c. (così ancora **Sez. 3, n. 10808/2020, D'Arrigo, Rv. 658034-02**).

Nelle parentesi cognitive incidentali all'espropriazione, e segnatamente nelle opposizioni esecutive in cui si contesti la sussistenza o l'entità del credito per cui si agisce (o si minaccia di agire), sussiste litisconsorzio necessario tra creditore, debitore diretto e terzo proprietario (**Sez. 6-3, n. 12970/2020, De Stefano, non massimata**).

10. Opposizioni esecutive: profili comuni.

Frutto di una progressiva elaborazione in via pretoria (culminata nella basilare Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-01), è oramai *ius receptum* l'articolazione delle opposizioni esecutive (con tale locuzione intendendosi le opposizioni proposte dopo l'inizio della procedura esecutiva) in giudizi unitari a cadenza bifasica, scanditi

cioè da una preliminare e necessaria fase sommaria innanzi al giudice dell'esecuzione seguita da una meramente eventuale, fase di merito a cognizione piena.

Alla dettagliata definizione dello statuto di disciplina di detta bifasicità concorrono alcune pronunce dell'anno in disamina.

Anzitutto, concernenti l'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione a conclusione della fase sommaria: essa (disponga la prosecuzione innanzi a sé del procedimento di opposizione o la rimessione al giudice ritenuto competente) ha natura di atto ordinatorio di direzione del processo esecutivo e non ha contenuto decisorio (nemmeno implicito) sulla competenza, sicché avverso tale provvedimento non è esperibile il regolamento di competenza, tanto su impugnazione della parte (**Sez. 6-3, n. 12378/2020, Graziosi, Rv. 658029-01**) quanto su richiesta di ufficio (**Sez. 6-3, n. 08044/2020, D'Arrigo, Rv. 657580-01**).

Sul contenuto e sugli effetti di siffatta ordinanza è intervenuta inoltre **Sez. 3, n. 10806/2020, D'Arrigo, Rv. 658033-01**: ove il giudice, all'esito della fase sommaria, erroneamente assegni alle parti un termine per instaurare il giudizio di merito maggiore rispetto a quello di tre mesi previsto dall'art. 307, terzo comma, c.p.c., non incorre in decadenza la parte che promuova tale controversia oltre lo spirare dei tre mesi ma entro il termine in concreto assegnatogli, poiché la legge rimette al giudice di determinare un termine di decadenza entro un limite minimo e massimo, ma non fissa essa stessa un termine perentorio, sostitutivo di quello giudiziario.

La indefettibile sequenzialità tra i due momenti delle opposizioni esecutive postula la regolare instaurazione del contraddittorio sin dal primo segmento.

Premesso che il decreto con il quale il giudice dell'esecuzione fissa davanti a sé l'udienza per la fase sommaria non è soggetto a comunicazione, a cura della cancelleria, al ricorrente, **Sez. 3, n. 11291/2020, D'Arrigo, Rv. 658098-01** ha affermato che l'inosservanza del termine in tal guisa accordato al ricorrente per la notifica del ricorso introduttivo della prima fase importa la declaratoria di inammissibilità dell'opposizione (da pronunciarsi in sede di cognizione piena); nel caso, invece, di regolare notificazione del ricorso originario, la mancata comparizione delle parti all'udienza innanzi il giudice dell'esecuzione non incide sull'ammissibilità della domanda e non preclude la possibilità di pervenire ad una pronuncia nel merito all'esito della seconda fase del giudizio.

Altro elemento comune alle diverse tipologie di opposizioni esecutive è la non applicabilità dell'istituto della sospensione feriale dei termini processuali.

L'esonero dalla sospensione feriale dei giudizi oppositivi (operante anche se l'esecuzione sia iniziata in virtù di un titolo stragiudiziale di cui si chieda accertare l'invalidità: **Sez. 6-3, n. 03542/2020, Rossetti, Rv. 657017-01**) si estende alle domande, formulate nella medesima controversia, aventi carattere accessorio rispetto all'opposizione (quale l'istanza risarcitoria per responsabilità processuale aggravata *ex*

art. 96 c.p.c.: **Sez. 6-2, n. 10661/2020, Criscuolo, Rv. 657821-01**) oppure connesse per pregiudizialità alla stessa (quale la domanda di restituzione delle somme riscosse in sede di esecuzione: **Sez. 6-3, n. 15449/2020, Porreca, Rv. 658507-01**).

Circa il regime di impugnazione delle sentenze conclusive dei giudizi di opposizione, è stata ribadita l'esperibilità di distinti ed autonomi gravami avverso un'unica sentenza in ragione dei plurimi contenuti della stessa: appello per la parte riferibile ad opposizione all'esecuzione, ricorso per cassazione per la parte riferibile a opposizione agli atti (**Sez. 6-3, n. 03166/2020, Porreca, Rv. 656752-01**).

Al riguardo, è altresì pacifica l'affermazione del principio dell'apparenza, secondo cui ai fini predetti assume esclusivo rilievo la qualificazione data dal giudice *a quo* all'azione proposta (**Sez. 6-3, n. 18005/2020, De Stefano, non massimata**); da ciò discende che in caso di proposizione *uno actu* di opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. ed ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ove siano decisi solo i motivi di opposizione agli atti esecutivi, la denunzia di omessa pronunzia sugli altri motivi, integranti opposizione all'esecuzione, va sollevata mediante appello e non già con ricorso straordinario per cassazione (**Sez. 6-3, n. 03722/2020, Tatangelo, Rv. 657020-01**).

La richiamata diversità tra i rimedi impugnatori delle sentenze pronunciate nelle diverse tipologie di opposizioni esecutive rende non configurabile una conversione (o *translatio iudicii*) in ricorso per cassazione dell'appello erroneamente spiegato avverso una sentenza emessa all'esito di una controversia *ex* art. 617 c.p.c., siccome strumento processuale inidoneo, anche soltanto in astratto, a configurare l'instaurazione di un regolare rapporto processuale, vieppiù tenendo conto della radicale disomogeneità strutturale del ricorso di legittimità *ex* art. 111, settimo comma, Cost., integrante mezzo di impugnazione a critica vincolata (così **Sez. 6-3, n. 05712/2020, D'Arrigo, Rv. 657298-01**; conforme **Sez. 6-3, n. 10419/2020, De Stefano, non massimata**).

11. Opposizione all'esecuzione.

Non di rado questioni relative all'individuazione del giudice competente si pongono nelle opposizioni all'esecuzione proposte in via preventiva ai sensi dell'art. 615, primo comma, c.p.c. (usualmente chiamate opposizioni a precetto).

Sull'argomento vanno rimarcate:

- **Sez. 6-3, n. 21009/2020, Pellecchia, Rv. 659154-01**, a mente della quale l'opposizione a precetto *ex* art. 615 c.p.c. promossa dall'imprenditore *in bonis* che, in corso di giudizio, sia stato dichiarato fallito non rientra, ai sensi dell'art. 24 l.fall., nella competenza funzionale del tribunale fallimentare, trattandosi di un'azione inerente ad un diritto già esistente nel patrimonio del fallito anteriormente alla declaratoria della sua insolvenza, che si sottrae alle regole della concorsualità;

- **Sez. 6-3, n. 20356/2020, Tatangelo, Rv. 659089-01**, secondo cui il Comune nel quale il creditore abbia, con l'atto di precetto, dichiarato la propria residenza od eletto il suo domicilio, ai sensi dell'art. 480, terzo comma, c.p.c., deve ritenersi coincidente con quello in cui ha sede il giudice dell'esecuzione e, pertanto, vale a determinare la competenza territoriale sull'opposizione al precetto medesimo proposta prima dell'instaurazione del procedimento esecutivo (artt. 26 e 27 c.p.c.); l'eventuale contestazione di tale coincidenza (ad esempio, per non esservi in quel Comune beni appartenenti all'esecutando), può essere sollevata soltanto dall'opponente, al fine di invocare la competenza del diverso giudice del luogo ove è stato notificato il precetto, e non anche dallo stesso creditore, che resta vincolato alla suddetta dichiarazione od elezione.

La limitata estensione del *thema decidendum* dell'opposizione proposta avverso l'esecuzione minacciata (o intrapresa) in forza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale è nota: sono esclusi dal novero dei motivi deducibili i fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto a procedere anteriori alla formazione del titolo stesso (e segnatamente i fatti anteriori al maturarsi delle preclusioni processuali per la loro allegazione nel giudizio di cognizione che ha portato alla formazione del titolo: **Sez. 6-3, n. 03716/2020, Tatangelo, Rv. 657019-01**).

Tra i fatti impeditivi della pretesa esecutiva formulabili con il rimedio di cui all'art. 615 c.p.c., **Sez. 3, n. 09720/2020, Rossetti, Rv. 657769-01** ricomprende l'usucapione di un immobile maturata successivamente alla formazione del titolo giudiziale dedotta dal terzo nei cui confronti sia stata azionata la sentenza (*inter alios* resa) di condanna alla demolizione di opere edificate sul bene, precisando che il perfezionarsi della usucapione in epoca anteriore alla formazione del titolo integra invece ragione di opposizione di terzo ordinaria ai sensi dell'art. 404 del codice di rito.

L'operare dei principi del giudicato che copre il dedotto e il deducibile e dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame preclude l'allegazione in sede di opposizione *ex* art. 615 c.p.c. di doglianze inerenti al contenuto intrinseco del titolo giudiziale e dei vizi del procedimento di sua formazione, ferma restando la deducibilità di ragioni di inesistenza del titolo, quale, ad esempio, l'inesistenza della notificazione del decreto ingiuntivo (**Sez. 6-3, n. 09050/2020, Tatangelo, Rv. 657739-01**).

Non senza qualche oscillazione iniziale, la giurisprudenza di nomofilachia, sulla scia di Sez. U., n. 23225/2016, Charini, Rv. 641764-02 e Rv. 641764-03, è univoca nel ritenere sollevabile in sede di opposizione all'esecuzione l'eccezione di compensazione giudiziale avente ad oggetto un controcredito certo (perché definitivamente verificato giudizialmente o incontestato) oppure un credito illiquido di importo sicuramente superiore al credito fatto valere in via esecutiva (potendo la

entità del controcredito opposto essere accertata, senza dilazioni nella procedura esecutiva, nel merito del giudizio di opposizione).

La validità dell'assunto è stata ribadita da **Sez. 3, n. 09686/2020, Porreca, Rv. 657716-01** anche nell'ipotesi di espropriazione forzata promossa per la soddisfazione del credito al mantenimento del coniuge separato, ritenendo non applicabile la disposizione dell'art. 447, secondo comma, c.c., per la ontologica diversità di siffatto credito (avente fonte legale nel diritto all'assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nello stato di bisogno di una persona priva di autonomia economica) rispetto al credito alimentare.

L'ampliamento della materia del contendere nelle controversie di opposizione all'esecuzione può verificarsi per effetto di domande riconvenzionali formulate dal creditore opposto, ammissibili in quanto connesse, per l'oggetto e/o per il titolo, a quelle spiegate con l'opposizione: così **Sez. 3, n. 03697/2020, Tatangelo, Rv. 656728-01**, in un'opposizione *ex* art. 615 c.p.c. argomentata sull'esistenza di un vincolo di impignorabilità del bene espropriato derivante da un determinato atto negoziale, ha valutato ammissibile la domanda riconvenzionale dell'opposto diretta ad ottenere, ai sensi dell'art. 2901 c.c., la dichiarazione di inefficacia dell'atto negoziale posto a base dell'opposizione.

12. Opposizione agli atti esecutivi.

Rimedio di natura generale e sussidiaria, l'opposizione agli atti esecutivi ha ad oggetto il vaglio di regolarità formale di atti o provvedimenti dell'esecuzione per i quali non sia previsto altro strumento di reazione.

Con riferimento agli atti provenienti da organi *lato sensu* riconducibili all'ufficio esecutivo, l'impugnativa *ex* art. 617 c.p.c. è circoscritta agli atti ed ai provvedimenti riferibili al giudice dell'esecuzione, unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo, con derivante inammissibilità dell'opposizione spiegata avverso atti provenienti da ausiliari del giudice, quali l'ufficiale giudiziario (**Sez. 3, n. 08150/2020, Cricenti, non massimata**) e il professionista delegato al compimento delle operazioni di vendita (**Sez. 3, n. 14603/2020, Porreca, non massimata nella parte d'interesse**).

Caratteristica tipizzante l'opposizione agli atti, espressione della sua funzione di meccanismo di stabilizzazione degli effetti dell'esecuzione, è il rigoroso limite temporale previsto, a pena di decadenza, per l'esperibilità del rimedio, decorrente dalla conoscenza, legale o di fatto, dell'atto che si assume viziato oppure dalla conoscenza di un atto successivo che necessariamente lo presuppone (**Sez. 3, n. 27957/2020, Tatangelo, non massimata**).

Ma dalla proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi può sortire anche un'efficacia sanante del vizio dedotto dall'opponente, in applicazione del principio generale di sanatoria della nullità degli atti per raggiungimento dello scopo.

E' quanto si verifica per il vizio della notificazione dell'atto di pignoramento, di regola sanato dalla proposizione dell'opposizione *ex* art. 617 c.p.c. (indice dell'avvenuta conoscenza, ad opera del debitore, dell'avvio dell'esecuzione), salvo che l'opponente non deduca un concreto pregiudizio al diritto di difesa verificatosi prima che egli abbia avuto conoscenza dell'espropriazione forzata, oppure rilevi la radicale inesistenza della notificazione; diversamente, il vizio di notificazione dell'atto di precetto non è sanato dalla semplice proposizione dell'opposizione se, prima che l'intimato ne abbia avuto comunque conoscenza, il creditore abbia intrapreso l'esecuzione forzata (**Sez. 3, n. 11290/2020, D'Arrigo, Rv. 658097-01**).

13. Opposizione di terzo all'esecuzione.

Quantunque testualmente posta a tutela della proprietà o di altro diritto reale sui beni pignorati, l'opposizione di terzo *ex* art. 619 c.p.c. è strumento adoperabile dal soggetto, diverso dal terzo pignorato, per affermare la titolarità (e, quindi, contestare l'appartenenza al debitore esecutato) del credito staggito in una procedura di espropriazione presso terzi (così **Sez. 3, n. 02868/2020, Rubino, Rv. 656761-01**, negando la legittimazione a proporre opposizione agli atti esecutivi di detto terzo, in quanto non assoggettato direttamente all'esecuzione).

La struttura della procedura espropriativa presso terzi, conclusa dall'ordinanza di assegnazione del credito e mancante (a differenza dell'espropriazione mobiliare ed immobiliare) di una fase di distribuzione del ricavato successiva alla vendita esclude tuttavia, sempre ad avviso di **Sez. 3, n. 02868/2020, Rubino, Rv. 656761-02**, l'ammissibilità nell'espropriazione presso terzi di un'opposizione di terzo tardiva *ex* art. 620 c.p.c., proposta cioè dopo l'adozione dell'ordinanza di assegnazione.

14. Controversie in sede di distribuzione del ricavato.

Del *modus procedendi* delle controversie sorte in fase distributiva si è occupata **Sez. 6-3, n. 19122/2020, D'Arrigo, Rv. 658772-01**).

Dal rinvio all'art. 617, secondo comma, c.p.c. operato dall'art. 512 c.p.c. sulla base della sola natura della lite (e non delle ragioni di essa), si è desunto che tutte le controversie distributive vadano introdotte e trattate nelle forme dell'opposizione agli atti esecutivi, a prescindere dalla circostanza che la *causa petendi* sia costituita dalla denuncia di vizi formali del titolo esecutivo di uno dei creditori partecipanti alla distribuzione ovvero da ogni altra questione (anche relativa ai rapporti sostanziali) in

tale sede deducibile; il giudizio introdotto *ex* art. 512 c.p.c. (con l'impugnazione del provvedimento del giudice dell'esecuzione), pertanto, si conclude in ogni caso con sentenza non appellabile, ma impugnabile con ricorso straordinario per cassazione.

15. Stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata.

La irretrattabilità dei risultati dell'esecuzione forzata è principio immanente dell'ordinamento.

Volta a salvaguardare la funzionalità del sistema delle esecuzioni forzate, la stabilità dell'assetto di interessi delineato dal provvedimento finale delle procedure esecutive è il precipitato del complesso dei rimedi interni al procedimento (le varie tipologie di opposizioni ma anche le istanze di revoca o modifica), apprestati dall'ordinamento a tutela delle parti e degli altri soggetti coinvolti nel processo esecutivo lesi dagli atti dello stesso, rimedi il cui esperimento rappresenta una facoltà ma anche un onere, dacché strumentale a conseguire, con l'operare della preclusione, un esito sostanziale non più modificabile.

In altri termini, la conclusione del processo esecutivo non tollera, in linea tendenziale, la sopravvivenza di pretese di tutela dagli effetti pregiudizievoli dei suoi atti, nemmeno solo risarcitorie, ulteriori rispetto alle azioni tipiche a tanto destinate al suo interno.

Posto che il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur non avendo efficacia di giudicato, è caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicato col rispetto delle forme atte a garantire gli interessi delle parti ed incompatibile con ogni sua revocabilità, il soggetto espropriato non può dunque esperire, dopo la chiusura dell'esecuzione forzata e sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali della stessa, azione di ripetizione di indebito contro il creditore per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso. Come ha specificato **Sez. 3, n. 12127/2020, Cigna, Rv. 658174-01**, l'irretrattabilità del progetto di distribuzione della somma ricavata attiene al rapporto tra le parti del processo esecutivo (e cioè tra l'esecutato e il creditore) e non già al diverso rapporto tra il creditore ed il suo difensore antistatario.

La intangibilità dell'atto finale della procedura espropriativa per le descritte ragioni va comunque armonizzato, secondo quanto puntualizzato da **Sez. 3, n. 14601/2020, D'Arrigo, Rv. 658322-01**, con le regole che governano l'esecuzione condotta sulla base di titolo giudiziale non definitivo, cioè di un «*titolo solo provvisoriamente munito di forza esecutiva ed azionato a suo rischio dal creditore procedente*».

In detta ipotesi, la caducazione del titolo giudiziale avvenuta in un momento successivo alla conclusione del processo esecutivo, seppur non determinante la cessazione degli effetti degli atti della espropriazione, genera un distinto obbligo

restitutorio a carico del soggetto che abbia percepito somme, «*per l'attuazione del quale colui che voglia recuperare quanto gli è stato espropriato deve munirsi, a sua volta, di un titolo esecutivo*».

Si è così affermato il seguente principio di diritto: «*Nel caso di azione esecutiva intrapresa in forza di un titolo giudiziale provvisoriamente esecutivo, la caducazione dello stesso in epoca successiva alla fruttuosa conclusione dell'esecuzione forzata legittima il debitore che l'abbia subita a promuovere nei confronti del creditore procedente un autonomo giudizio per la ripetizione dell'indebito che, avendo ad oggetto un credito fondato su prova scritta, può assumere le forme del procedimento d'ingiunzione*».

16. Estinzione dell'esecuzione.

Chiarimenti sull'individuazione (non di rado motivo di contrasti esegetici) dei mezzi di impugnazione esperibili avverso i provvedimenti resi in sede di estinzione dell'esecuzione si rinvengono in **Sez. 6-3, n. 27614/2020, Tatangelo, Rv. 660055 - 01**.

Esclusa (per difetto di definitività) la praticabilità del ricorso straordinario per cassazione, la S.C. ha ritenuto esperibile il rimedio del reclamo al collegio *ex* art. 630, ultimo comma, c.p.c., contro l'ordinanza che dichiari l'estinzione nelle ipotesi tipiche previste dalla legge, estendendo il rimedio anche alla statuizione - in essa contenuta - regolante le spese del processo estinto; ha invece considerato suscettibili di opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c. i provvedimenti consequenziali all'estinzione, adottati dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 632, secondo comma, c.p.c. (quali la liquidazione - o il diniego di liquidazione - delle spese del processo emessa dopo la sua estinzione).

Nello stesso ordine di idee e con più esteso ambito operativo, **Sez. 3, n. 08404/2020, Tatangelo, Rv. 657602-01** ha affermato che i provvedimenti con cui viene dichiarata l'estinzione del processo esecutivo per ragioni diverse da quelle tipizzate dal codice (più propriamente denominati come provvedimenti di chiusura anticipata) sono impugnabili esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi e non già col reclamo di cui all'art. 630 c.p.c., il quale, ove proposto, deve essere dichiarato inammissibile, anche d'ufficio.

Regula iuris ribadita da **Sez. 3, n. 14604/2020, Porreca, Rv. 658325-01** con riguardo ad un'ordinanza di liquidazione delle spese a carico del debitore accessoria alla declaratoria di estinzione atipica di un procedimento per esecuzione di obblighi di fare e di non fare, ordinanza reputata impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi (quale strumento generale di contestazione dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione regolanti l'andamento del processo) e non già nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(di ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza. 2. Notificazione ed inefficacia del d.i. 3. La mediazione obbligatoria ed il tentativo di conciliazione. 4. Il giudizio di opposizione a d.i. 5. I poteri processuali dell'opponente. 6. Il giudizio di opposizione in ambito condominiale. 7. I rapporti con il fallimento. 8. L'opposizione tardiva a d.i. 9. L'esecutorietà del d.i. 10. La tutela cautelare. 11. Il sequestro giudiziario. 12. I procedimenti di istruzione preventiva. 13. Il procedimento sommario di cognizione: le preclusioni. 13.1. L'impugnazione dell'ordinanza conclusiva. 13.2. Alcuni procedimenti speciali. 14. I procedimenti in materia di famiglia. 14.1. I provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni. 14.2. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi. 15. I provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e di amministrazione di sostegno. 16. I procedimenti in camera di consiglio: il regime impugnatorio. 16.1. L'istruttoria e le spese. 16.2. La revocabilità dei provvedimenti.

1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza.

Sez. 6 - 2, n. 11796/2020, Abete, Rv. 658450 - 01, ha ribadito (n. 15052 del 2011, Rv. 618576 - 01) che l'art. 645 c.p.c., disponendo che l'opposizione a decreto ingiuntivo deve essere proposta dinanzi all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, ha stabilito una competenza funzionale e non derogabile, neanche per ragioni di continenza o di connessione. Ne consegue che, qualora nel corso del giudizio di opposizione sia stata formulata una domanda di garanzia impropria nei confronti di un'amministrazione dello Stato, domanda appartenente, ai sensi dell'art. 25 c.p.c., alla competenza territoriale inderogabile di altro giudice, il giudice dell'opposizione deve disporre la separazione delle cause, trattenendo il procedimento di opposizione e rimettendo l'altra al giudice territorialmente competente, salva la successiva applicazione, da parte di quest'ultimo, dei principi in materia di sospensione dei processi.

E' stato ritenuto, da **Sez. 6 - 3, n. 13426/2020, Rubino, Rv. 658502 - 01** (conf. n. 22297 del 2016, Rv. 641679-01), inammissibile il regolamento di competenza con il quale si deduca che il giudice, nel dichiarare la propria incompetenza, abbia omesso di revocare il decreto ingiuntivo opposto, sia perché la pronuncia di incompetenza contiene necessariamente, ancorché implicita, la declaratoria di invalidità e di revoca del decreto stesso, con conseguente carenza di interesse alla formulazione di una tale doglianza, sia in quanto quest'ultima non ricade tra quelle previste dall'art. 42 c.p.c., non integrando una questione di competenza.

Quest'ultima decisione sembra porsi in contrasto con la recente Sez. 6 - 2, n. 15579/2019, Orilia, Rv. 654344 - 01, secondo cui, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, il provvedimento recante la dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto monitorio non è una decisione soltanto sulla competenza, ma presenta un duplice contenuto, di accoglimento in rito dell'opposizione e di

caducazione, per nullità, del decreto. Viceversa, la stessa si porrebbe in linea con Sez. 6 - 3, n. 16089/2018, Graziosi, Rv. 649430 - 01, a tenore della quale la sentenza di primo grado che abbia dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo opposto in quanto emesso da giudice territorialmente incompetente avrebbe natura di decisione esclusivamente sulla competenza, essendo la dichiarazione di nullità un mero effetto di diritto di tale declaratoria. Tuttavia, in senso contrario, la pronuncia da ultimo menzionata ritiene che siffatta declaratoria sarebbe impugnabile solo con regolamento necessario di competenza, *ex* art. 42 c.p.c., e non mediante appello, la cui inammissibilità, se non dichiarata dal giudice di secondo grado, sarebbe rilevabile anche d'ufficio in sede di legittimità.

2. Notificazione ed inefficacia del d.i.

Sez. 1, n. 07917/2020, Falabella, Rv. 657608 - 01, ha colto l'occasione per chiarire che, qualora la società ricorrente si estingua in seguito al deposito del ricorso, ma anteriormente alla pubblicazione del decreto ingiuntivo, la notifica di questo a cura del difensore della creditrice ingiungente è da reputarsi valida in virtù dell'ultrattività del suo mandato. In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello, la quale aveva ritenuto che la notifica effettuata da parte del difensore della società cancellata dal registro delle imprese nelle more dell'emanazione del decreto monitorio invocato col ricorso fosse valida e idonea a far decorrere il termine perentorio per l'opposizione.

3. La mediazione obbligatoria ed il tentativo di conciliazione.

Molto attesa era la pronuncia con la quale le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 19596/2020, Cirillo F.M., Rv. 658634 - 01**), ponendo fine ad un contrasto di orientamenti, ha statuito che nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con richiesta di decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-*bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

Non è stato, quindi, condiviso l'indirizzo (propugnato da Sez. 3, n. 24629/2015, Vivaldi, Rv. 638006 - 01), secondo cui l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione graverebbe sulla parte opponente, indirizzo che era fondato sull'assunto per il quale l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 dovrebbe essere interpretato in conformità

alla sua "ratio" e, quindi, al principio della ragionevole durata del processo, sulla quale potrebbe incidere negativamente il giudizio di merito che l'opponente ha interesse ad introdurre.

Sez. U, n. 08240/2020, Rubino, Rv. 657614 - 01, hanno, a loro volta, precisato, in tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, che non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione, previsto dall'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997, chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con i procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito. In tal guisa statuendo, le Sezioni Unite si sono poste nel solco di n. 25611 del 2016, Rv. 642334 - 01.

4. Il giudizio di opposizione a d.i.

Sez. 1, n. 15224/2020, Scalia, Rv. 658261 - 01, ha confermato (n. 06421 del 2003, Rv. 562391 - 01) che l'opposizione al decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione teso all'accertamento dell'esistenza del diritto di credito azionato dal creditore con il ricorso, sicché la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda del creditore istante, rigettando conseguentemente l'opposizione, quante volte abbia a riscontrare che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non sussistenti al momento della proposizione del ricorso o della emissione del decreto, sussistono tuttavia in quello successivo della decisione. Ne consegue che l'opponente è privo di interesse a dolersi del fatto che la sentenza impugnata, nel rigettare l'opposizione, non abbia tenuto conto che difettava una delle condizioni originarie di ammissibilità del decreto ingiuntivo, quando tale condizione, in realtà, sia maturata immediatamente dopo e comunque prima della definizione del giudizio di opposizione. Ha, pertanto, dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione mediante il quale l'originario opponente si era limitato a contestare la sussistenza dei caratteri della liquidità ed esigibilità del credito all'epoca della proposizione della domanda monitoria.

Ciò in quanto il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si atteggia come un procedimento il cui oggetto non è ristretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto stesso, ma si estende all'accertamento, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza, dei fatti costitutivi del diritto in contestazione.

5. I poteri processuali dell'opponente.

Premesso che, come si è visto, l'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa fatta valere dall'opposto, che assume la posizione sostanziale di attore, mentre l'opponente, il quale assume la posizione sostanziale di convenuto, ha l'onere di contestare il diritto azionato con il ricorso, facendo valere l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda o l'esistenza di fatti estintivi o modificativi di tale diritto, **Sez. 2, n. 06091/2020, Varrone, Rv. 657127 - 02**, ha avallato l'orientamento secondo cui l'opponente può proporre domanda riconvenzionale, a fondamento della quale può anche dedurre un titolo non strettamente dipendente da quello posto a fondamento della ingiunzione, quando non si determini in tal modo spostamento di competenza e sia pur sempre ravvisabile un collegamento obiettivo tra il titolo fatto valere con l'ingiunzione e la domanda riconvenzionale, tale da rendere opportuna la celebrazione del "simultaneus processus".

Dal canto suo, **Sez. 6 - 2, n. 16336/2020, Scarpa, Rv. 658465 - 01**, ha nuovamente affermato il principio secondo cui , l'opponente che intenda chiamare in causa un terzo non può direttamente citarlo per la prima udienza, ma deve chiedere al giudice, nell'atto di opposizione, di essere a ciò autorizzato, perché in tale giudizio non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti e l'opponente conserva la veste di convenuto anche per quanto riguarda i poteri e le preclusioni processuali, fermo restando che, qualora quest'ultimo, pur avendo citato direttamente il terzo, abbia in via gradata tempestivamente richiesto l'autorizzazione di cui all'art. 269 c.p.c., rimane impedita la decadenza dalla chiamata, la quale deve, anzi, ritenersi implicitamente autorizzata, ove il giudice pronunci nel merito anche nei confronti del terzo. Sul punto, per Sez. 2, n. 21706/2019, Scarpa, Rv. 655233 - 01, già aveva affermato che il provvedimento con il quale il giudice autorizza o nega la chiamata in causa di un terzo ad istanza di parte, ove non si verta in ipotesi di litisconsorzio necessario *ex* art. 102 c.p.c., coinvolge valutazioni assolutamente discrezionali che, come tali, non possono formare oggetto di appello né di ricorso per cassazione.

6. Il giudizio di opposizione in ambito condominiale.

Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per contributi condominiali ha ad oggetto l'intera situazione giuridica controversa, sicché è al momento della decisione che occorre avere riguardo per la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione e dei presupposti di fatto e di diritto per l'accoglimento della domanda di condanna del debitore; ne consegue, per **Sez. 2, n. 18129/2020, Scarpa, Rv. 658949 - 01**, che l'annullamento della delibera di riparto, su cui era radicato il decreto ingiuntivo, non

preclude al giudice dell'opposizione di pronunciare sul merito della pretesa, emettendo una sentenza favorevole, ove l'amministratore dimostri che il credito azionato sussiste, è esigibile ed il condominio ne è titolare, ai sensi degli artt. 1123 e ss. c.c.

Sempre in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per crediti condominiali, **Sez. 6 - 2, n. 16340/2020, Scarpa, Rv. 658791 - 01**, ha chiarito che, in caso di cassazione con rinvio al giudice di appello, è onere del condominio appellante produrre o ripristinare in appello, se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali si basa il gravame, o comunque attivarsi perché tali documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, senza che gli stessi (nella specie, quelli relativi alla fase monitoria) possano, peraltro, qualificarsi come nuovi agli effetti dell'art. 345 c.p.c.

Da ultimo, **Sez. 6 - 2, n. 15696/2020, Scarpa, Rv. 658784 - 01**, ha ribadito (Cass. n. 07569 del 1994, Rv. 48778501) che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo concernente il pagamento di contributi per spese, il condominio soddisfa l'onere probatorio su esso gravante con la produzione del verbale di assemblea condominiale in cui sono state approvate le spese, nonché dei relativi documenti.

7. I rapporti con il fallimento.

In caso di interruzione per intervenuto fallimento dell'opponente del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, quest'ultimo rimane inopponibile alla massa, mentre è interesse e onere del debitore fallito riassumere il processo nei confronti del creditore opposto, onde evitare che il provvedimento monitorio consegua la definitiva esecutorietà per mancata o intempestiva riassunzione, divenendo opponibile nei suoi confronti una volta tornato *in bonis*. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 22047/2020, Falabella, Rv. 658984 - 01**, ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello di conferma della pronuncia di primo grado, che aveva dichiarato inammissibile l'opposizione a decreto ingiuntivo riassunta dal debitore dichiarato fallito.

Nell'ipotesi di dichiarazione di fallimento intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal debitore ingiunto poi fallito, la domanda è contrassegnata da improcedibilità rilevabile d'ufficio, senza che vada integrato il contraddittorio nei confronti della curatela fallimentare, in quanto il creditore opposto è tenuto a far accertare il proprio credito nell'ambito della verifica del passivo ai sensi degli artt. 92 e ss. l.fall., in concorso con gli altri creditori. In applicazione del principio, **Sez. 1, n. 06196/2020, Marulli, Rv. 657035 - 01**, ha rigettato il ricorso avverso la pronuncia con la quale erano stati condannati al

pagamento di somme i soli fideiussori dell'impresa debitrice poi fallita, escludendo che dovesse integrarsi il contraddittorio nei confronti della procedura concorsuale.

8. L'opposizione tardiva a d.i.

Sez. 2, n. 04448/2020, Carrato, Rv. 657112 - 01, ha ritenuto ammissibile l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo di cui all'art. 650 c.p.c., allorquando - per causa riconducibile ad un evento oggettivo e non prevedibile, successivo all'emissione del decreto monitorio, integrante un caso fortuito (nella specie, l'invio, per un mero disguido della cancelleria, del fascicolo monitorio ad un altro ufficio prima della scadenza del termine previsto dall'art. 641, comma 1, c.p.c., con la sua successiva restituzione oltre detto termine), secondo la portata assunta dalla citata norma a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 1976 - l'ingiunto non abbia potuto avere conoscenza, senza sua colpa, entro il termine di quaranta giorni dalla notificazione del decreto ingiuntivo dei documenti contenuti nel fascicolo monitorio (posti a fondamento del ricorso *ex* art. 633 c.p.c. e da restare depositati in cancelleria, unitamente all'originale del ricorso e dell'emesso decreto), così rimanendo impedita l'esercitabilità del suo pieno ed effettivo diritto di difesa, costituzionalmente garantito, ai fini della proposizione dell'opposizione al decreto ingiuntivo.

9. L'esecutorietà del d.i.

In tema di esecuzione forzata intrapresa sulla base di un decreto ingiuntivo, **Sez. 6 - 3, n. 09050/2020, Tatangelo, Rv. 657739 - 01**, ha distinto tra l'ipotesi di deduzione della inesistenza della relativa notificazione da quella in cui se ne deduce viceversa la nullità: nel primo caso è proponibile il rimedio dell'opposizione all'esecuzione a norma dell'art. 615 c.p.c.; nel secondo caso, invece, quello dell'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c., da esperirsi entro il termine di cui al terzo comma.

Qualora la sentenza di merito di accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sia cassata con rinvio, in caso di mancata riassunzione del processo nel termine prescritto non trova applicazione l'art. 653 c.p.c., secondo cui a seguito dell'estinzione del processo di opposizione il decreto che non ne sia munito acquista efficacia esecutiva, bensì il disposto dell'art. 393 c.p.c., alla stregua del quale all'omessa riassunzione consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, anche l'inefficacia del provvedimento monitorio; in tale ipotesi, secondo **Sez. 3, n. 08114/2020, Valle, Rv. 657598 - 01**, l'erroneità della declaratoria di esecutorietà del decreto ingiuntivo inefficace deve essere fatta valere con l'opposizione all'esecuzione e non con la revocazione *ex* art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c., strumento utilizzabile

quando il provvedimento revocando sia in contrasto col giudicato precedente e non con quello formatosi successivamente.

E' merito di **Sez. 6 - 2, n. 15457/2020, Casadonte, Rv. 658733 - 01**, l'aver chiarito che la richiesta di restituzione delle somme corrisposte in esecuzione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo poi riformato non costituisce domanda nuova, sicché incorre nell'omessa pronuncia il giudice che non provveda sulla stessa.

Sez. 3, n. 01928/2020, Rossetti, Rv. 656889 - 01, ha confermato (n. 06536 del 1987, Rv. 454790 - 01; n. 15316 del 2017, Rv. 644737 - 01; Sez. 1, n. 04705/2018, Falabella, Rv. 647433 - 01) che il precetto fondato su decreto ingiuntivo divenuto esecutivo per mancata opposizione non deve essere preceduto da un'ulteriore notifica del provvedimento monitorio, ma deve fare menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e dell'apposizione della formula esecutiva (*ex* art. 654, comma 2, c.p.c.), nonché della data di notifica dell'ingiunzione (*ex* art. 480, comma 2, c.p.c.). I suddetti elementi formali sono prescritti, a pena di nullità dell'atto di precetto, allo scopo di consentire all'intimato l'individuazione inequivoca dell'obbligazione da adempiere e del titolo esecutivo azionato, sicché la loro omissione (nella specie, dell'indicazione della data di notificazione del decreto ingiuntivo) non comporta l'invalidità dell'intimazione, qualora sia stato comunque raggiunto lo scopo dell'atto e, cioè, il debitore sia stato messo in condizione di conoscere con esattezza chi sia il creditore, quale sia il credito di cui si chiede conto e quale il titolo che lo sorregge.

In proposito va ricordato che, nell'espropriazione forzata minacciata *ex* art. 654 c.p.c. in virtù di decreto ingiuntivo esecutivo, la omessa menzione nell'atto di precetto del provvedimento di dichiarazione di esecutorietà del provvedimento monitorio comporta la nullità - deducibile con opposizione agli atti esecutivi - del precetto stesso, non potendo l'indicazione di tale provvedimento evincersi dalla menzione dell'apposizione della formula esecutiva (Sez. 3, n. 24226/2019, Porreca, Rv. 655175 - 01).

10. La tutela cautelare.

Con riferimento alla fase di instaurazione del giudizio, l'omessa rilevazione dell'incompetenza (derogabile od inderogabile) da parte del giudice o l'omessa proposizione della relativa eccezione ad opera delle parti nel procedimento cautelare *ante causam* non determina il definitivo consolidamento della competenza in capo all'ufficio adìto anche ai fini del successivo giudizio di merito, non operando nel giudizio cautelare il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza, stabilito dall'art. 38 c.p.c., in quanto applicabile esclusivamente al

giudizio a cognizione piena. In quest'ottica, per **Sez. 6 - 3, n. 12403/2020, D'Arrigo, Rv. 658063 - 01** (in ciò preceduta da n. 02505 del 2010, Rv. 611615 - 01), il giudizio proposto ai sensi degli artt. 669-*octies* e *novies* c.p.c., all'esito della fase cautelare *ante causam*, può essere validamente instaurato davanti al giudice competente, ancorché diverso da quello della cautela.

In ordine all'ampiezza del *thema decidendum* e all'ambito soggettivo, è consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte l'orientamento secondo cui, poiché il giudizio di merito è autonomo rispetto a quello cautelare, non solo nel primo possono essere formulate domande nuove rispetto a quanto dedotto nella fase cautelare, ma nemmeno vi è necessaria coincidenza soggettiva tra le parti del primo e quelle del secondo, con la conseguenza che nella fase di merito ben possono partecipare ulteriori soggetti, sia volontariamente in via adesiva o autonoma, sia a seguito di chiamata in causa, a condizione, sì come precisato da **Sez. 2, n. 28197/2020, Carrato, Rv. 659837 - 01,** che le loro pretese siano collegate al rapporto dedotto in giudizio (v., altresì, Cass. n. 22830/2010). Del resto, la procura alle liti conferita in termini ampi ed onnicomprensivi è idonea, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale attuativa dei principi di economia processuale, di tutela del diritto di azione, nonché di difesa della parte *ex* artt. 24 e 111 Cost., ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le iniziative atte a tutelare l'interesse del proprio assistito, ivi inclusa la chiamata del terzo al quale ritenga comune la causa (cfr. Cass. SU n. 4909/2016). Nel solco di questa impostazione, la citata **Sez. 2, n. 28197/2020,** ha affermato il principio di diritto in base al quale la procura alle liti conferisce al difensore il potere di proporre tutte le domande che non eccedano l'ambito della lite originaria, sicché in essa rientra anche la facoltà di chiamare un terzo in causa, quale corresponsabile o responsabile esclusivo dell'evento dannoso ovvero di altra situazione collegata con la domanda originaria nel suo ambito oggettivo.

L'estinzione del giudizio amministrativo per perenzione determina la caducazione automatica, a ogni effetto, del provvedimento cautelare eventualmente emesso nel suo ambito, in virtù di un principio generale del diritto processuale. E così, in una fattispecie relativa al caso di una psicologa equiparata ai medici psichiatri con provvedimento cautelare amministrativo emesso prima della privatizzazione del pubblico impiego, **Sez. L, n. 13629/2020, Marotta, Rv. 658483 - 01**, ha confermato la decisione del giudice del lavoro che, adito dopo l'estinzione del giudizio di merito amministrativo e in epoca successiva alla privatizzazione, aveva negato il diritto della lavoratrice a mantenere lo "status" giuridico ed economico derivante dall'equiparazione.

Quanto al regime impugnatorio, **Sez. 2, n. 28607/2020, Carrato, Rv. 659840 - 01**, ha sostenuto che, in tema di procedimento cautelare o equiparato (nella specie,

possessorio), avverso il provvedimento di condanna alle spese non è proponibile il ricorso per cassazione, ma trova applicazione l'art. 669 *septies*, comma 3, c.p.c., nella formulazione *ratione temporis* vigente (prima della modifica introdotta con l'art. 50, comma 1, della legge n. 69 del 2009), sicchè la condanna alle spese, anche se emessa all'esito del reclamo, è opponibile ai sensi degli artt. 645 e seguenti c.p.c., avendo tale norma una valenza generale, volta, com'è, a ricondurre al sistema oppositorio menzionato ogni statuizione sulle spese adottata in sede di procedimento cautelare.

11. Il sequestro giudiziario.

Sez. 6 - 2, n. 05709/2020, Tedesco, Rv. 657267 - 01, ha ribadito (n. 03127 del 1984, Rv. 435172 - 01) che il custode dei beni oggetto di sequestro giudiziario può stare in giudizio come attore o convenuto nelle controversie concernenti l'amministrazione dei beni, ma non in quelle che attengono alla proprietà od altro diritto reale degli stessi. Conseguentemente, il custode dei beni ereditari non ha legittimazione in controversia con la quale terze persone, assumendo la loro qualità di legittimari, facciano valere pretese sui beni stessi, incidendo siffatte pretese sulla titolarità di diritti reali, senza riferimento ai compiti di conservazione e di amministrazione del custode.

Del resto, per Sez. 2, n. 16057/2019, Casadonte, Rv. 654228 - 01, il custode di beni sottoposti a sequestro giudiziario, in quanto rappresentante di ufficio, nella sua qualità di ausiliario del giudice, di un patrimonio separato, costituente centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi, risponde direttamente degli atti compiuti in tale veste, anche se in esecuzione di provvedimenti del giudice ai sensi dell'art. 676 c.p.c., ed è pertanto legittimato a stare in giudizio, attivamente e passivamente, limitatamente alle azioni relative a tali rapporti, attinenti alla custodia ed amministrazione dei beni sequestrati.

12. I procedimenti di istruzione preventiva.

L'accertamento tecnico preventivo può essere chiesto prima dell'instaurazione della causa o in corso di essa. Se il provvedimento, a mezzo del quale è disposto, è emesso fuori dell'udienza, deve essere comunicato alle parti in modo che esse possano partecipare all'atto di istruzione preventiva e svolgere le proprie opportune difese; altrimenti nei loro confronti l'accertamento è nullo. Se, però, è disposto prima che il soggetto acquisti la qualità di parte del processo, come avviene quando egli non sia stato ancora chiamato in causa, l'accertamento, pienamente valido nel confronti delle parti, non è a lui opponibile (Cass. 4986/2012). Nel ribadire questo principio, **Sez. 3, n. 24981/2020, Fiecconi**, Rv. 659580 - 01, ne ha tratto l'ulteriore

conseguenza che, nel caso di accertamento disposto prima dell'inizio della causa, l'opponibilità del risultato probatorio presuppone che il soggetto nei cui confronti è utilizzato venga citato a partecipare.

Sez. 2, n. 08637/2020, Varrone, Rv. 657694 - 02, ha ribadito (n. 03357 del 2016, Rv. 638685 - 01) che l'accertamento tecnico preventivo rientra nella categoria dei giudizi conservativi e, pertanto, la notificazione del relativo ricorso con il pedissequo decreto giudiziale determina, ai sensi dell'art. 2943 c.c., l'interruzione della prescrizione, che si protrae fino alla conclusione del procedimento, ritualmente coincidente con il deposito della relazione del consulente nominato. Qualora il procedimento si prolunghi oltre tale termine con autorizzazione al successivo deposito di una relazione integrativa, esso si trasforma in un procedimento atipico, con la conseguenza che la permanenza dell'effetto interruttivo della prescrizione non è più applicabile.

A sua volta, **Sez. 6 - 2, n. 09735/2020, Giannaccari, Rv. 658013 - 01**, ha confermato (n. 14268 del 2017, Rv. 644644 - 01) che le spese dell'accertamento tecnico preventivo *ante causam* devono essere poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente, in virtù dell'onere di anticipazione e del principio di causalità, e devono essere prese in considerazione, nell'eventuale successivo giudizio di merito, come spese giudiziali, da regolare in base agli ordinari criteri di cui agli artt. 91 e 92 c.p.c.

13. Il procedimento sommario di cognizione: le preclusioni.

In tema di procedimento sommario di cognizione, **Sez. 3, n. 13879/2020, Scarano, Rv. 658308 - 01**, ha affermato che le **preclusioni maturate** nel corso dello stesso non si applicano al giudizio ordinario a cognizione piena che si instaura all'esito della conversione del rito, poiché l'art. 702-*bis* c.p.c. non dispone nulla al riguardo, mentre l'art. 702-*ter* c.p.c. prevede espressamente che il giudice, in seguito alla detta conversione, fissi l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., con conseguente necessità di osservare i termini *ex* artt. 163-*bis*, comma 1, c.p.c. e 166 c.p.c. a tutela del diritto di difesa del convenuto.

Qualora nel corso di un procedimento introdotto con il rito sommario di cognizione insorga una questione di pregiudizialità rispetto ad altra controversia, che imponga un provvedimento di sospensione necessaria ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (o venga invocata l'autorità di una sentenza resa in altro giudizio e tuttora impugnata, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c.), si determina la necessità di un'istruzione non sommaria e, quindi, il giudice non può adottare un provvedimento di sospensione, ma deve, a norma dell'art. 702-ter, comma 3, c.p.c., disporre il passaggio al rito della cognizione piena (Cass. n. 31801 del 07/12/2018): ne consegue che, secondo **Sez.**

Sez. 1, n. 25660/2020, L. Tricomi, Rv. 659892 - 01, risulta illegittima l'adozione del provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. o dell'art. 337, comma 2, c.p.c. (così anche Cass. n. 00003 del 2/1/2012; Cass. n. 22605 del 24/10/2014; Cass. n. 21914 del 27/10/2015; Cass. n. 02272 del 30/01/2017).

In questo contesto si inserisce la sentenza n. 253 del 26 novembre 2020, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 702-*ter*, comma 2, ultimo periodo, c.p.c., nella parte in cui consente di dichiarare inammissibile la domanda riconvenzionale soggetta a riserva di collegialità, quand'anche legata da un nesso di pregiudizialità-dipendenza "forte" con la domanda principale, senza garantire la trattazione unitaria, dovendo invece, in siffatta evenienza, il giudice adito disporre il mutamento del rito (come nell'ipotesi, prevista dal comma 3 dell'art. 702-ter c.p.c., in cui le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria) e fissare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. (così indirizzando la cognizione delle due domande congiuntamente nello stesso processo secondo il rito ordinario). In quest'ottica, anche se la parte convenuta nel procedimento sommario, che proponga una domanda riconvenzionale soggetta a riserva di collegialità, legata a quella principale da un nesso di pregiudizialità, non ha diritto al *simultaneus processus*, neppure quest'ultimo le può essere precluso dalla pronuncia di inammissibilità prevista dall'art. 702-*ter*, comma 2, ultimo periodo c.p.c.. La decisione della Consulta è chiaramente finalizzata ad evitare gli inconvenienti della trattazione separata della causa pregiudicata, con procedimento sommario, e della causa pregiudicante, con procedimento ordinario, fino, talora, all'estremo del conflitto di giudicati.

13.1. L'impugnazione dell'ordinanza conclusiva.

Per **Sez. 6 - 3, n. 06318/2020, Scrima, Rv. 657291 - 01**, l'impugnazione dell'ordinanza conclusiva del giudizio sommario di cui all'art. 702 ter c.p.c. può essere proposta esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, non essendo espressamente prevista dalla legge per il secondo grado di giudizio l'adozione del rito sommario quale modalità alternativa al rito ordinario; né è possibile, in caso di appello introdotto mediante ricorso, la salvezza degli effetti dell'impugnazione, mediante lo strumento del mutamento del rito previsto dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011.

La pronuncia si pone in contrasto con Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255 - 01, la quale, pur condividendo il primo assunto, ritiene che, ove l'appello sia stato introdotto con ricorso, la sanatoria è ammissibile solo se l'atto sia stato non solo depositato nella cancelleria del giudice competente, ma anche notificato alla controparte nel termine perentorio di cui all'art. 325 c.p.c.

Va, in proposito, ricordato che l'errato *nomen juris* di sentenza attribuito al provvedimento conclusivo di merito con cui viene accolta (o rigettata) una domanda proposta ai sensi degli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., all'esito di un giudizio interamente svoltosi secondo le regole del procedimento sommario di cognizione, senza che risulti una consapevole scelta del giudice di qualificare diversamente l'azione o di convertire il rito in ordinario, non comporta, secondo Sez. 2, n. 30850/2019, Scarpa, Rv. 656192 - 01, l'applicazione del termine d'impugnazione di sei mesi, previsto dall'art. 327 c.p.c., restando comunque l'appello soggetto al regime suo proprio di cui all'art. 702-*quater* c.p.c.

E' inammissibile per inosservanza del termine *ex* art. 702-*quater* c.p.c. l'appello proposto oltre il termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza impugnata, trattandosi di sanzione che risponde alle finalità di assicurare la certezza ai diritti e la buona amministrazione della giustizia, ove venga invocato l'errore scusabile in ordine ad accadimenti obiettivamente estranei al processo. In applicazione di questo principio, **Sez. 1, n. 14411/2020, Marulli, Rv. 658257 - 01**, a fronte della affermazione del nuovo difensore della parte appellante secondo cui il primo difensore non avrebbe dato corso al mandato difensivo di proporre tempestivamente l'appello avverso la decisione sfavorevole di primo grado, non ha ritenuto applicabile la rimessione in termini.

Sez. 3, n. 02467/2020, Olivieri, Rv. 656727 - 01, ha reputato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale - per asserita violazione degli artt. 24 e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 47 della Carta di Nizza e 6 della CEDU, quali norme interposte - dell'art. 702-*quater* c.p.c., nella parte in cui stabilisce che l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione è appellabile entro il termine breve di trenta giorni dalla sua comunicazione ad opera della cancelleria, trattandosi di schema procedimentale che, rispondendo allo scopo di garantire la stabilità delle decisioni non impugnate entro un determinato termine, ritenuto dall'ordinamento nazionale adeguato ai fini di una ponderata determinazione della parte interessata, non è incompatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

13.2. Alcuni procedimenti speciali.

In tema di liquidazione del compenso ai periti, **Sez. 6 - 2, n. 04735/2020, Criscuolo, Rv. 657263 - 01**, ha affermato che il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che abbia deciso sull'opposizione *ex* art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 può essere proposto entro il termine lungo *ex* art. 327 c.p.c., non trovando applicazione la previsione, relativa al procedimento sommario di cognizione, secondo la quale l'appello avverso l'ordinanza *ex* art. 702 ter c.p.c. deve essere proposto nel

termine di trenta giorni dalla sua comunicazione, ma la disciplina del ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost., venendo in rilievo un provvedimento non altrimenti impugnabile che incide con carattere di definitività su diritti soggettivi.

14. I procedimenti in materia di famiglia.

Sez. 1, n. 08432/2020, Mercolino, Rv. 657610 - 01, ha colto l'occasione per chiarire che, nel corso del giudizio di separazione personale dei coniugi, la corte d'appello adita in sede di reclamo avverso l'ordinanza emessa dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 708, comma 3, c.p.c., non deve statuire sulle spese del procedimento, poiché, trattandosi di provvedimento cautelare adottato in pendenza della lite, spetta al tribunale provvedere sulle spese, anche per la fase di reclamo, con la sentenza che conclude il giudizio.

14.1. I provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni.

In tema di rapporti con la prole, il diritto dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nelle forme indirette previste dall'art. 614-*bis* c.p.c., trattandosi di un "potere-funzione" che, non essendo sussumibile negli obblighi la cui violazione integra una grave inadempienza *ex* art. 709-*ter* c.p.c., è destinato a rimanere libero nel suo esercizio, quale esito di autonome scelte che rispondono anche all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 06471/2020, Scalia, Rv. 657421 - 01**, ha cassato il provvedimento del giudice di merito, che aveva condannato il genitore non collocatario al pagamento di una somma in favore dell'altro genitore, per ogni inadempimento all'obbligo di visitare il figlio minore.

14.2. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi.

Nei giudizi aventi ad oggetto le modifiche alle statuizioni consequenziali alla separazione personale ed al divorzio, in applicazione del principio *rebus sic stantibus*, possono essere proposte domande in corso di causa ove siano giustificate da sopravvenienze fattuali, ma nel rispetto del principio del contraddittorio, sicché risulta inammissibile la richiesta di un contributo per il mantenimento del figlio introdotta soltanto nelle note conclusive del giudizio di appello, senza alcuna possibilità di interlocuzione per la controparte. **Sez. 1, n. 19020/2020, Acierno, Rv. 658881 - 01**, ha espresso il principio in relazione alla domanda, tardivamente proposta dal marito, di gravare la moglie di un contributo per il mantenimento del figlio

maggiorenne ma non autosufficiente, il quale era andato a convivere con il padre nel corso del giudizio.

Sez. 1, n. 11636/2020, De Marzo, Rv. 657949 - 01, ha escluso che il procedimento di modifica delle condizioni di separazione dei coniugi, il cui *thema decidendum* è rappresentato dall'esistenza di rilevanti mutamenti di fatto delle condizioni poste a base della decisione, comporti anche un accertamento con efficacia di giudicato sull'assenza dell'avvenuta riconciliazione dei coniugi, ove la questione non sia stata posta da alcuna delle parti processuali.

Da ultimo, **Sez. 6 - 1, n. 15421/2020, Acierno, Rv. 658370 - 01**, ha ribadito (n. 25636 del 2016, Rv. 641906 - 01) che le controversie che hanno ad oggetto la revisione dei provvedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei minori, ancorché contenuti in una pronuncia di separazione personale o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, devono essere radicate nel luogo di residenza abituale dei minori, nel rispetto delle regole dettate dal diritto internazionale convenzionale e ribadite nel nostro ordinamento positivo dall'art. 709 ter c.p.c., suscettibile di interpretazione estensiva, essendo il nuovo regime derivante dalla riforma della filiazione introdotta dalla l. n. 219 del 2012 e dal d.lgs. n. 154 del 2013, teso ad assicurare l'uniformità di regolazione giuridica della responsabilità genitoriale in sede separativa, divorzile ed in relazione ai figli nati fuori dal matrimonio.

15. I provvedimenti di interdizione, di inabilitazione e di amministrazione di sostegno.

Sez. U, n. 04250/2020, Sambito, Rv. 657194 - 01, risolvendo un contrasto di vedute, ha definitivamente statuito che nei procedimenti di interdizione o inabilitazione, i parenti e gli affini dell'interdicendo o dell'inabilitando - i quali, a norma dell'art. 712 c.p.c., devono essere indicati nel ricorso introduttivo - non hanno qualità di parti in senso tecnico-giuridico, né sono litisconsorti, ma svolgono funzioni "consultive", essendo fonti di informazione per il giudice, sicchè la loro partecipazione al giudizio va inquadrata nell'ambito dell'intervento volontario a carattere necessariamente adesivo (delle ragioni dell'istante o del soggetto della cui capacità si discute); ne consegue che costoro, non essendo assimilabili al convenuto in giudizio, non sono legittimati ad eccepire il difetto di giurisdizione, e ciò in riferimento sia all'art. 11 della l. n. 218 del 1995 che alle disposizioni generali di cui all'art. 268 c.p.c.

D'altra parte, nel giudizio di interdizione, regolato - per quanto non derogato da norme speciali - dai principi propri del processo ordinario di cognizione, lo stesso interdicendo, convenuto in lite, può eccepire il difetto di giurisdizione *ex* art. 11 della l. n. 218 del 1995 soltanto ove non abbia espressamente o tacitamente accettato la

giurisdizione italiana. E così sempre **Sez. U, n. 04250/2020, Sambito, Rv. 657194 - 02**, ha ritenuto inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta da un interdicendo dopo che, nella comparsa di costituzione, si era difeso nel merito senza sollevare la questione.

Nel caso in cui il beneficiario dell'amministrazione di sostegno si trovi in stato di detenzione in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, la competenza territoriale va riconosciuta al giudice del luogo in cui il detenuto aveva la sua dimora abituale prima dell'inizio dello stato detentivo, non potendo trovare applicazione il criterio legale che individua la residenza (con la quale coincide, salva prova contraria, la dimora abituale) nel luogo in cui è posta la sede principale degl'interessi e degli affari della persona, dal momento che tale criterio, implicando il carattere volontario dello stabilimento, postula un elemento soggettivo la cui sussistenza resta esclusa per definizione nel caso in cui l'interessato, essendo sottoposto a pena detentiva, non possa fissare liberamente la propria dimora. In applicazione di questo principio, in una fattispecie relativa al reclamo proposto dal detenuto contro il provvedimento di cessazione dell'amministrazione di sostegno, **Sez. 6 - 1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558 - 02**, ha regolato la competenza in base alla residenza anteriore all'inizio della detenzione, non risultando il mutamento della sede principale degli affari e interessi per effetto della detenzione e, in particolare, per il trasferimento del ricorrente, intervenuto nel frattempo, ad altra casa di reclusione.

Sempre in tema di amministrazione di sostegno, ancora **Sez. 6 - 1, n. 07241/2020, Mercolino, Rv. 657558 - 01**, ha confermato (n. 06861 del 2013, Rv. 625625 - 01) che l'istanza di regolamento di competenza può essere sottoscritta anche dalla parte personalmente, atteso che il relativo procedimento, a differenza di quelli d'interdizione o inabilitazione, non richiede il ministero di un difensore, almeno nelle ipotesi, corrispondenti al modello legale tipico, in cui l'emanando provvedimento abbia ad oggetto esclusivamente l'individuazione di singoli atti, o categorie di essi, in relazione ai quali è richiesto l'intervento dell'amministratore e non incida sui diritti fondamentali della persona attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze analoghi a quelli previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o per l'inabilitato.

Infine, in tema di reclamo contro il provvedimento di chiusura dell'amministrazione di sostegno, sempre **Sez. 6 - 1, n. 07241/2020, Rv. 657558 - 03**, ha avuto modo di chiarire che, ai fini dell'instaurazione del rapporto processuale, deve considerarsi irrilevante la mancata notificazione del ricorso al P.M. presso il giudice *a quo*, avendo l'impugnazione ad oggetto un provvedimento emesso all'esito di un procedimento unilaterale in cui l'unica parte necessaria è il beneficiario dell'amministrazione, con la conseguenza che la mancata partecipazione del P.M. non comporta la pretermissione di un litisconsorte necessario, costituendo tale notificazione un requisito di ammissibilità dell'impugnazione esclusivamente per i

giudizi contenziosi o, comunque, per i procedimenti con pluralità di parti, e non è estensibile al procedimento in esame, nel quale non è individuabile un interesse diverso da quello del soggetto istante, dal momento che in tal caso non esiste una controparte cui notificare il ricorso, non potendosi legittimamente qualificare come parte il P.M.

16. I procedimenti in camera di consiglio: il regime impugnatorio.

L'impugnazione proposta davanti al giudice incompetente, anche nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione, non è inammissibile, in quanto comunque idonea ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*; ne consegue che, avverso il provvedimento che erroneamente dichiari l'inammissibilità dell'impugnazione, è esperibile il rimedio del regolamento necessario di competenza. Nell'enunciare il principio, in una fattispecie in cui il provvedimento di rigetto dell'istanza di dilazione per l'accettazione dell'eredità era stato reclamato non già davanti al tribunale in composizione collegiale *ex* art. 749, comma 3, c.p.c., ma alla corte d'appello, che lo aveva dichiarato inammissibile, **Sez. 6 - 2, n. 15463/2020, Abete, Rv. 658735 - 01**, investita con regolamento di competenza, ha censurato la decisione nella parte relativa all'inammissibilità, rimettendo le parti davanti al giudice competente. Così statuendo, si è posta in linea con n. 08155 del 2018, Rv. 648698 - 01, e, ancor prima, con Sezioni Unite n. 18121 del 2016, Rv. 641081 - 01, ma in contrasto con Sez. 6 - 1, n. 05092/2018, Scaldaferri, Rv. 649140 - 01, secondo cui l'appello erroneamente proposto ad un giudice diverso da quello legittimato a riceverlo esula dalla nozione di competenza dettata dal codice di procedura civile per il giudizio di primo grado, sicchè l'ipotesi non è riconducibile all'art. 50 c.p.c. e alla regola della *translatio udicii*, ponendosi, l'erronea individuazione del giudice dell'impugnazione, come questione attinente non ai poteri cognitivi dell'organo giudicante adito, bensì alla mera valutazione delle condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame che, pertanto, va dichiarato precluso se prospettato ad un giudice diverso da quello individuato per legge.

Sez. 6 - 1, n. 02414/2020, M. Di Marzio, Rv. 656985 - 01, ha ribadito (n. 14731 del 2016, Rv. 640717 - 01) che, nei procedimenti di impugnazione che si svolgono con rito camerale, il gravame è ritualmente proposto con il tempestivo deposito del ricorso in cancelleria, mentre la notifica dello stesso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza risponde esclusivamente alla finalità di assicurare l'instaurazione del contraddittorio, sicché la scadenza del termine all'uopo fissato, non preceduta dalla notifica o dalla presentazione di un'istanza di proroga, non comporta alcuna preclusione, ma implica soltanto la necessità di fissare un nuovo

termine per notificare, a meno che la controparte non si sia costituita in giudizio sanando ogni vizio con efficacia *ex tunc*.

Secondo **Sez. 6 - 2, n. 05990/2020, Criscuolo, Rv. 657576 - 01**, l'ordinanza del tribunale che abbia deciso sull'opposizione avverso il decreto di liquidazione dei compensi spettanti al c.t.u. incide con carattere di definitività su diritti soggettivi; non essendo altrimenti impugnabile, anche in virtù del disposto di cui all'art. 14, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, essa è soggetta a ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., il cui termine breve di proposizione decorre, a norma dell'art. 739 c.p.c., dalla notificazione dell'ordinanza; in assenza di tale notificazione, deve reputarsi applicabile il termine lungo d'impugnazione di cui all'art. 327 c.p.c.

16.1. L'istruttoria e le spese.

In tema di protezione internazionale (per una cui analisi a 360° si rinvia alla parte prima, cap. III, § 1), nel procedimento camerale di cui all'art. 35-*bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, connotato dalle medesime esigenze di celerità e sommarietà delle indagini proprie del procedimento camerale applicato a diritti soggettivi, trova applicazione il principio generale immanente al rito ordinario secondo cui un giudice può essere delegato dal collegio alla raccolta di elementi probatori o ad altri incombenti da sottoporre, successivamente, alla piena valutazione dell'organo collegiale. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 18787/2020, Varrone, Rv. 659121 - 01**, ha ritenuto legittima l'audizione del richiedente da parte del giudice relatore su delega del collegio.

Sez. 1, n. 16736/2020, Iofrida, Rv. 658967 - 01, ha precisato che l'art. 96 c.p.c., nei suoi due commi, disciplina la responsabilità per i danni causati dall'attività di parte in qualsiasi tipo di processo e, quindi, non soltanto nei processi cognitivi, cautelari ed esecutivi, ma anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione.

16.2. La revocabilità dei provvedimenti.

In tema di condominio negli edifici, **Sez. 6 - 2, n. 15995/2020, Scarpa, Rv. 658464 - 01**, ha ritenuto non ammissibile il ricorso straordinario per cassazione contro il decreto della Corte di appello che, in sede di reclamo, abbia provveduto sulla domanda di revoca dell'amministratore, al fine di proporre, sotto forma di vizi "in iudicando" o "in procedendo", censure che rimettano in discussione la sussistenza o meno di gravi irregolarità nella gestione (nella specie, riconducibili alla mancata convocazione dell'assemblea), perché tale statuizione, adottata all'esito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è priva di efficacia decisoria e non incide su situazioni sostanziali di diritti o "status", potendo invece il decreto essere

impugnato davanti al giudice di legittimità limitatamente alla statuizione sulle spese di giudizio, concernente posizioni giuridiche soggettive di debito e credito, che discendono da un autonomo rapporto obbligatorio.

A ben vedere, già in precedenza Sez. 6 - 2, n. 07623/2019, Scarpa, Rv. 653375 - 01, aveva evidenziato che il decreto con il quale la corte di appello provvede sul reclamo in ordine alla domanda di revoca dell'amministratore di condominio non è ricorribile in cassazione *ex* art. 111 Cost., perché privo dei caratteri di definitività e decisorietà; ai sensi dell'art. 742 c.p.c., tuttavia, può essere revocato o modificato dalla stessa corte di appello per preesistenti vizi di legittimità o per un ripensamento sulle ragioni che indussero ad adottarlo, mentre resta attribuita al tribunale, quale giudice di primo grado, la competenza a disporne la revisione sulla base di fatti sopravvenuti.

CAPITOLO XX

L'ARBITRATO

(di FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione, *potestas iudicandi* e suoi limiti. - 3. (segue) Contratto ad effetti processuali: autonomia e contratto preliminare. - 4. Rapporti con statuto di società di persone, *potestas iudicandi* e limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità. - 5. La clausola compromissoria tra indisponibilità del diritto controverso e inderogabilità delle norme. - 6. Arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale e assicurazione contro i danni. - 7. Pubblica Amministrazione e arbitrato (irrituale e rituale) nella materia dell'appalto di opere pubbliche. - 8. Anticipazione delle spese ed arbitrato amministrato *ex* art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006. - 9. Arbitrato irrituale in materia di lavoro privato. - 10. Rapporti tra *potestas iudicandi*, verifica del Giudice dell'impugnazione e sindacato di legittimità. - 11. L'impugnazione delle deliberazioni di aumento del capitale sociale. - 12. Ordine pubblico e regole di diritto sostanziale nella decisione degli arbitri. - 13. Impugnazione per nullità. - 14. (segue) Natura e conseguenze. - 15. L'interesse ad impugnare nella violazione del contraddittorio e la fase rescissoria nel difetto *della potestas iudicandi*. - 16. Il termine per impugnare. - 17. L'impugnazione immediata del lodo parziale. - 18. Questioni di giurisdizione e di merito, rapporti con il G.A., regolamento di competenza e poteri della S.C. - 19. Il riconoscimento del lodo arbitrale estero.

1. Premessa.

Nel corso del 2020, anche argomentando dalla natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario propria degli arbitri rituali, sono state emesse dalla S.C. numerose decisioni in ordine all'interpretazione del patto compromissorio ed alla relativa portata, alla validità della convenzione di arbitrato ed al c.d. "arbitrato societario", ed all'impugnazione delle delibere di aumento del capitale sociale.

Sono stati altresì diversi i principi sanciti e confermati in merito ai rapporti con l'appalto di opere pubbliche, con l'autorità giudiziaria ordinaria, con il G.A. nonché in tema di procedimento arbitrale, di impugnabilità del lodo per errori di diritto oltre che di riconoscimento di lodo arbitrale estero.

2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione, *potestas iudicandi* e suoi limiti, vessatorietà e collegamento negoziale.

L'art. 808-*quater* c.p.c., in materia di interpretazione della convenzione d'arbitrato, dispone che, nel dubbio, essa debba essere interpretata nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

Sicché, per **Sez. 6-3, n. 03523/2020, Scoditti, Rv. 657294-01,** ove tale clausola sia stata inserita nell'atto di cessione ad una società delle quote di capitale di una s.r.l., in seguito sottoposte a sequestro nell'ambito di una misura di prevenzione, spetta all'Autorità giudiziaria e non agli arbitri la cognizione della controversia, relativa al

successivo accordo con il quale i precedenti titolari delle quote in questione e l'Amministrazione giudiziaria interessata hanno assunto, in favore delle due società coinvolte nel menzionato atto, un obbligo di garanzia di alcuni crediti specificamente indicati. In particolare, è esclusa l'esistenza di una fonte legale di responsabilità dei venditori delle dette quote poiché anche nella società semplice l'art. 2290 c.c., nel prevedere una siffatta responsabilità verso i terzi per le obbligazioni sociali anteriori alla cessione, non la estende nei confronti della società o dei cessionari, salvo che una simile garanzia non sia stata pattuita.

La S.C. fa esplicita applicazione della costante giurisprudenza di legittimità per la quale la clausola compromissoria, che si riferisce genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui inerisce, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro *causa petendi* nel contratto medesimo. Essa chiarisce che, in ragione della circostanza per la quale il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria, la clausola compromissoria deve essere espressa in modo chiaro ed univoco con riguardo alla precisa determinazione dell'oggetto delle future controversie e, in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statuale. Deve peraltro escludersi che, tramite la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola. In tal senso si veda altresì la precedente Sez. 3, n. 00941/2017, Cirillo, Rv. 642703-01, in fattispecie di collegamento di un contratto di sublocazione ad uno di locazione al quale ineriva la convenzione di arbitrato, che ha concluso in termini sostanzialmente conformi a Sez. I, n. 02598/2006, Ceccherini, Rv. 586803-01.

La citata statuizione del 2020, peraltro, è in linea con la precedente Sez. 1, n. 03795/2019, Lamorgese, Rv. 652416-01, che ha ribadito il principio per il quale la clausola compromissoria, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere agli arbitri tutte le controversie (civili o commerciali) attinenti a diritti disponibili nascenti dal contratto cui essa accede, quindi inerenti pretese aventi *causa petendi* in esso, sicché, anche quelle (controversie) riferibili al periodo antecedente alla stipulazione della convenzione d'arbitrato. La fattispecie era caratterizzata da clausola rimettente alla decisione degli arbitri "tutte le questioni che potessero sorgere durante la concessione o successivamente sulla validità, interpretazione ed esecuzione" della stessa convenzione e la Suprema Corte ha chiarito che, correttamente, l'interpretazione della clausola compromissoria da

parte del Giudice dell'impugnazione del lodo non fosse stata soggetta alle restrizioni valevoli per le interpretazioni delle altre clausole contrattuali, trattandosi di circoscrivere la stessa *potestas iudicandi* degli arbitri.

In argomento, con particolare riferimento a rapporti tra clausola compromissoria e collegamento negoziale, **Sez. 1, n. 29332/2020, Terrusi, Rv. 660187 - 02**, ribadisce che la deroga alla competenza del giudice ordinario non può essere affermata tramite la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto ove si tratti di controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al principale cui accede la clausola (in merito si veda, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 00941/2017, Cirillo, Rv. 642703-01).

Tuttavia, prosegue **Sez. 1, n. 29332/2020,** quanto innanzi non opera con riferimento alle pattuizioni aggiuntive o modificative del contratto originario enucleabili nel contesto di un medesimo programma negoziale. In tali casi, ove si discuta cioè di atti aggiuntivi finalizzati a meri adeguamenti progettuali, non può sostenersi che la clausola compromissoria non si estenda alle controversie così insorte (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 05371/2001, Cafiero, Rv. 545821-01) ove la clausola contempli tutte le controversie originate dal contratto al quale lo stesso atto aggiuntivo funzionalmente accede; circostanza, quest'ultima, da valutarsi all'esito di una interpretazione funzionale (art. 1363 c.c.) tesa all'individuazione della concreta comune intenzione delle parti *ex* art. 1362 c.c. (previa indagine, nella specie, sul significato della *relatio* tra le prestazioni, quella dell'atto aggiuntivo e quella prevista dalla convenzione originaria).

In tema di rapporti tra vessatorietà della clausola compromissoria per arbitrato rituale (nella specie sottoscritta dal solo conduttore nella locazione ultranovennale e non anche dal locatore), specifica approvazione per iscritto *ex* art. 1342 c.c. ed art. 829 c.p.c., **Sez. 1, n. 02730/2020, Iofrida, non massimata**, applica un consolidato principio in tema di clausole vessatorie (sul quale si veda, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 06753/2018, Carrato, Rv. 647858-01). Possono difatti qualificarsi come contratti "per adesione", rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che esplichi attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti, come quello di cui alla fattispecie, predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti. La citata

ordinanza del 2020 esclude comunque che l'usufruttuario dell'immobile subentrato all'originario locatore nel rapporto di locazione possa far valere la mancata specifica sottoscrizione della clausola compromissoria da parte del locatore predisponente il contratto. Ciò, in applicazione del principio per il quale in tema di condizioni generali di contratto, essendo la specifica approvazione per iscritto delle clausole cosiddette vessatorie, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., requisito per l'opponibilità delle clausole medesime al contraente aderente, quest'ultimo è il solo legittimato a farne valere l'eventuale mancanza, sicché la nullità di una clausola onerosa senza specifica approvazione scritta dell'aderente non può essere invocata dal predisponente (*ex plurimis*, Sez. 2, n. 20205/2017, Proto, Rv. 645230-01; in senso difforme, pero, Sez. 3, n. 16394/2009, Filadoro, 609141-01). Quanto da ultimo è stato però statuito dalla S.C. dopo aver esplicitamente escluso che, nella specie, il motivo di ricorso per cassazione investisse la questione della successione a titolo particolare nel rapporto di locazione di Enpam con il conseguente trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria che impegnava le parti originarie a deferire ad arbitri rituali ogni e qualsiasi controversia tra loro insorta circa l'attuazione, l'interpretazione e la risoluzione del contratto.

3. (segue) Contratto ad effetti processuali: autonomia e contratto preliminare.

La clausola compromissoria contenuta in un preliminare di compravendita sopravvive alla sua mancata riproduzione nel contratto definitivo, trattandosi di negozio autonomo ad effetti processuali, avente funzione distinta dal contratto preliminare cui accede; ne consegue che le parti possono porla nel nulla solo mediante una manifestazione di volontà specificamente diretta a tale effetto.

Sez. 6-2, n. 01439/2020, Fortunato, Rv. 656867-01, ribadisce in particolare che la clausola compromissoria costituisce un contratto ad effetti processuali a sé stante, sia rispetto al contratto in cui sia inserita sia rispetto al contratto successivo che costituisca attuazione degli obblighi assunti con il primo negozio (in merito si vedano *ex plurimis*: Sez. 1, n. 17711/2014, De Marzo, Rv. 632468-01).

Tale principio trova conferma nell'art. 808, comma 3, c.p.c. (come novellato dalla l. n. 25 del 1994), per il quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale essa si riferisce (*ex plurimis*: Sez. 3, n. 04842/2000, Segreto, Rv. 535697-01; Sez. 1, n. 09162/1995, Rordorf, Rv. 493811-01). Sicché, proprio in ragione di tale autonomia, "la clausola contenuta nel preliminare non viene meno per effetto della … conclusione del definitivo", a prescindere dalla sua mancata riproduzione in tale ultimo contratto, rilevando, ai fini della sua operatività, che la specifica controversia rientri tra quelle che le parti abbiano inteso rimettere al giudizio degli arbitri.

La citata statuizione del 2020 non ritiene invece risolutivo il richiamo all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il contratto definitivo, una volta stipulato, costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni assunte dalle parti, poiché ciò vale per il rapporto sostanziale (nella specie di compravendita), ossia per l'assetto che le parti abbiano dato ai propri interessi mediante il definitivo, non anche per il distinto rapporto scaturente dal negozio compromissorio (in questi esatti termini, anche Sez. 1, n. 22608/2011, Scaldaferri, Rv. 620462-01). Diversamente, l'efficacia della clausola compromissoria verrebbe posta automaticamente nel nulla alla stipula definitivo, in pregiudizio della sua autonomia, potendo invece le parti porla nel nulla solo mediante una manifestazione di volontà specificamente diretta a tale effetto.

4. Rapporti con statuto di società di persone, *potestas iudicandi* e limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità.

La clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di persone, che preveda la nomina di un arbitro unico ad opera dei soci e, nel caso di disaccordo, ad opera del presidente del tribunale su ricorso della parte più diligente, è affetta, sin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, da nullità sopravvenuta rilevabile d'ufficio - ove non fatta valere altra e diversa causa di illegittimità in via d'azione - con la conseguenza che la clausola non produce effetti e la controversia può essere introdotta solo davanti al giudice ordinario.

Argomentando nei termini di cui innanzi **Sez. 1, n. 16556/2020, Lamorgese, Rv. 658602-02**, ha escluso la rilevabilità d'ufficio della predetta nullità in quanto il ricorrente aveva infondatamente denunciato, nel giudizio impugnatorio, una diversa causa di inesistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri, dunque di illegittimità o inoperatività della clausola, in relazione al profilo del difetto di legittimazione degli eredi ad avvalersene (in senso conforme, *ex plurimis*, la precedente Sez. 1, n. 10132/2006, Del Core, Rv. 589466-01).

5. La clausola compromissoria tra indisponibilità del diritto controverso e inderogabilità delle norme.

In tema di arbitrato, non può e non deve confondersi l'area della inderogabilità delle norme, che gli arbitri devono applicare per risolvere la controversia, con l'area dell'indisponibilità del diritto controverso.

Ne consegue, che la validità ed efficacia della clausola compromissoria non è esclusa dalla natura inderogabile delle norme che regolano il rapporto giuridico che ne integra l'oggetto, ove i diritti delle parti abbiano natura disponibile, determinandosi esclusivamente l'effetto di ampliare il sindacato giurisdizionale sul

lodo anche all'*error in iudicando*. Così potendo, come statuito nella specie da **Sez. 6-1, n. 20462/2020, Terrusi, Rv. 659145-01**, costituire oggetto di clausola compromissoria il pagamento degli oneri consortili.

6. Arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale e assicurazione contro i danni.

Nell'assicurazione contro i danni, la previsione della perizia contrattuale, rendendo inesigibile il diritto all'indennizzo fino alla conclusione delle operazioni peritali, sospende fino a tale momento la decorrenza del relativo termine di prescrizione *ex* art. 2952, comma 2, c.c., sempre che, tuttavia, il sinistro sia stato denunciato all'assicuratore entro il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo, decorrente dal giorno in cui si è verificato, in questo modo potendosi attivare la procedura di accertamento del diritto ed evitandosi che la richiesta del menzionato indennizzo sia dilazionata all'infinito (Sez. 3, n. 03961/2012, Lanzillo, Rv. 621404-01).

Proprio in applicazione del detto principio, **Sez. 6-3, n. 08973/2020**, Iannello, Rv. 657936-01, ha cassato la pronuncia di merito che, nonostante il sinistro fosse stato denunciato entro il termine - *ratione temporis* vigente - di un anno dalla relativa verificazione, aveva ritenuto prescritto il diritto all'indennizzo sul presupposto che la dichiarazione di volersi avvalere della procedura arbitrale fosse stata fatta dall'assicurato oltre un anno dopo la suddetta denuncia, senza tener conto dell'effetto sospensivo determinato dalla previsione della perizia contrattuale.

Sovviene dunque la tradizionale distinzione tra arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.

Con la clausola di arbitraggio, inserita in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla. Il terzo arbitratore, a meno che le parti si siano affidate al suo "mero arbitrio", deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco.

Pertanto l'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta. Ciò si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore.

Costituisce fonte di integrazione contrattuale anche la perizia contrattuale. Essa ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. La perizia contrattuale si distingue però dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico, secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere.

La distinzione nei termini di cui innanzi è propria di Sez. 3, n. 13954/2005, Preden, Rv. 582573-01, la quale ne ha fatto conseguire, peraltro, l'esclusione, nel caso di perizia contrattuale, della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito.

Si ha invece arbitrato irrituale quando le parti conferiscono all'arbitro il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possano insorgere tra loro in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole riconducibile alla loro volontà. Per converso, si ha perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva. L'inquadramento del mandato conferito agli arbitri nell'una o nell'altra fattispecie non incide sul regime impugnatorio delle relative decisioni, restando nell'un caso e nell'altro la decisione degli arbitri sottratta all'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 828 c.p.c. (Sez. 1, n. 10705/2007, Luccioli, Rv. 596994-01).

Sicché, circa i rapporti con il giudizio di legittimità, come ribadito da Sez. 1, n. 07198/2019, Campese, Rv. 653224-01, al fine di qualificare l'arbitrato come rituale o irrituale, la Corte di cassazione opera come giudice del fatto ed ha, dunque, il potere di accertare direttamente, attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria, in quanto la relativa qualificazione incide sull'ammissibilità dell'impugnazione della decisione arbitrale.

Nell'esercizio di tale attività di accertamento, peraltro, il criterio discretivo tra le due figure consiste nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con le regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo

strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà.

In questi ultimi termini ha statuito la citata Sez. 1, n. 07198/2019, oltre che la precedente Sez. 1, n. 24558/2015, De Marzo, Rv. 637984-01, per la quale ne consegue che ha natura di arbitrato irrituale quello previsto da una clausola compromissoria che enunci l'impegno delle parti di considerare il carattere definitivo e vincolante del lodo, al pari del negozio concluso e quindi come espressione della propria personale volontà. Per converso restano di contro irrilevanti sia la previsione della vincolatività della decisione, anche se firmata solo dalla maggioranza degli arbitri (dato che pure l'arbitrato libero ammette tale modalità), sia la previsione di una decisione secondo diritto, senza il rispetto delle forme del codice di rito, ma nel rispetto del contraddittorio, attesa la sua compatibilità con l'arbitrato libero e il necessario rispetto anche in quest'ultimo del principio del contraddittorio, in ragione dello stretto collegamento tra l'art. 101 c.p.c. e gli artt. 2, 3 e 24 Cost. ed in linea con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Nel sintetizzato solco interpretativo si era già inserita Sez. 3, n. 28511/2018, Gianniti, Rv. 651576-01.

Per essa, infatti, nel caso in cui le parti di un contratto di assicurazione affidino ad un terzo l'incarico di esprimere una valutazione tecnica sull'entità delle conseguenze di un evento, al quale è collegata l'erogazione dell'indennizzo, impegnandosi a considerare tale valutazione come reciprocamente vincolante ed escludendo dai poteri del terzo la soluzione delle questioni attinenti alla validità ed efficacia della garanzia assicurativa, il relativo patto esula sia dall'arbitraggio che dall'arbitrato (rituale od irrituale) ed integra piuttosto una perizia contrattuale.

Nella fattispecie di cui innanzi, infatti, viene negozialmente conferito al terzo non già il compito di definire le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine al rapporto giuridico ma la semplice formulazione di un apprezzamento tecnico che esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva. Ne consegue la non applicabilità delle norme relative all'arbitrato, restando impugnabile la perizia contrattuale per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale (errore, dolo, violenza, incapacità delle parti).

7. Pubblica Amministrazione e arbitrato (irrituale e rituale) nella materia dell'appalto di opere pubbliche.

La P.A. non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati (nella specie, transazione relativa a contratto di affitto agrario), dell'arbitrato irrituale (o libero) poiché, in tal modo, il componimento della

vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) che, oltre ad essere individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta, sarebbero pure destinati ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle dette garanzie.

Sez. 3, n. 07759/2020, Cigna, Rv. 657509-01, in particolare ribadisce che benché la P.A., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, poiché l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico cui il suo agire deve in ogni caso ispirarsi. A tale riguardo si vedano, *ex plurimis*, Sez. U, n. 08987/2009, Rordorf, Rv. 607501-01, e, tra le successive conformi, Sez. 6-1, n. 28533/2018, Mercolino, Rv. 651499-01, per la quale è valida la clausola compromissoria di deferimento ad arbitri della soluzione della controversia riguardante contratti stipulati tra la P.A. e terzi purché si verta in tema di diritti disponibili e non di interessi legittimi, l'arbitrato abbia carattere rituale e sia escluso il potere di decidere secondo equità.

In applicazione del principio la citata statuizione del 2020 ritiene invalida l'apposta clausola di arbitrato in quanto, nella specie, irrituale, essendo stata agli arbitri affidata la soluzione della controversia unicamente su base negoziale, mediante una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si sono impegnate a considerare la decisione arbitrale come espressione della loro Volontà. L'arbitrato rituale, invece, poggia anch'esso su un'originaria manifestazione di volontà negoziale delle parti, ed ha perciò anch'esso natura privata, ma è destinato a svolgersi con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, e comporta che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti previsti dal codice di rito.

In tema di appalto di opere pubbliche, ogni qualvolta si faccia questione della risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltante (o, in generale, dell'invalidità del contratto o della sua estinzione), la relativa domanda, arbitrale (o giudiziaria), non è soggetta alla decadenza prevista per l'inosservanza dell'onere della riserva, sussistente solo con riferimento alle pretese dell'appaltatore che si riflettono sul corrispettivo a lui dovuto.

Quanto innanzi, tuttavia, ribadisce **Sez. 3, n. 08517/2020, Valle, Rv. 657781**, non esclude che - ove il prospettato inadempimento consista nell'illegittima disposizione o protrazione della sospensione dei lavori - assuma rilievo la mancata contestazione, da parte dell'appaltatore, dei presupposti giustificativi del provvedimento nel verbale di sospensione ovvero di ripresa dei lavori (a seconda del carattere originario o sopravvenuto delle ragioni di illegittimità e del tempo in cui l'appaltatore ha potuto averne consapevolezza), ai fini della verifica (non già della

decadenza, bensì) della gravità dell'inadempimento del committente, che deve essere tale da giustificare la risoluzione del contratto (in senso conforme anche Sez. 1, n. 00388/2006, Salvato, Rv. 586521-01).

Sez. 6-3, n. 24641/2020, Guizzi, Rv. 659917 - 01, interviene in merito alle clausole contenute in contratti pubblici stipulati in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, chiarendo che la loro inefficacia sopravvenuta, per mancanza della preventiva autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, diversamente dalla nullità che può essere rilevata anche d'ufficio, deve formare oggetto di tempestiva deduzione, non potendo essere dedotta con successive difese, allorché venga eccepito il difetto di competenza in favore di collegio arbitrale.

In merito già Sez. 6-1, n. 29255/2017, Mercolino, Rv. 647024-01, aveva evidenziato che la clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, pur restando valida, è colpita da inefficacia sopravvenuta per mancanza della previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A., introdotta dall'art. 1, comma 19, della predetta legge, la quale tuttavia non esclude la possibilità del ricorso all'arbitrato, ove la predetta autorizzazione - comunque non desumibile da atti o comportamenti concludenti di organi o soggetti diversi, inidonei, in quanto tali, ad esprimere le ragioni della scelta di derogare alla giurisdizione ordinaria - intervenga successivamente. In applicazione del principio. la S.C. aveva ritenuto l'eccezione di incompetenza, sollevata dal difensore dell'ente pubblico, insufficiente a giustificare il superamento dell'inefficacia della clausola compromissoria, in quanto atto imputabile a soggetto diverso dagli organi competenti a manifestare la volontà dell'ente e non implicante un'apposita determinazione di questi.

Sez. 6-1, n. 28871/2020, Scotti, Rv. 659899-01, ribadisce che in tema di arbitrato cd. amministrato di lavori pubblici, la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone, quanto alla disciplina dell'arbitrato di cui agli artt. 241, 242 e 243 del medesimo codice dei contratti pubblici, la salvezza delle clausole compromissorie e delle procedure arbitrali antecedenti alla sua entrata in vigore, nei soli casi ivi specificamente previsti ed alla condizione che i collegi arbitrali risultino già costituiti entro tale data. Ne consegue l'immediata applicabilità delle nuove disposizioni, aventi carattere inderogabile, riguardo ai collegi arbitrali relativi ad appalti non ricadenti nel d.P.R. n. 1063 del 1962. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione dei giudici d'appello che aveva trascurato la tardività dell'impugnazione, ancorché l'abrogazione dell'art. 15, comma 6, del d.lgs. n. 53 del 2010, ad opera del d.l. n. 40 del 2010, comportasse l'applicabilità all'impugnazione dei lodi pronunciati successivamente all'eliminazione della disciplina transitoria dei termini previsti dall'art. 241, comma 15-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006. In termini

sostanzialmente conformi si veda Sez. 1, n. 04719/2018, Mucci, Rv. 647630-02, che, nella specie, ha condiviso la decisione della Corte di Appello di ritenere legittima la nomina del terzo arbitro, in funzione di presidente del collegio arbitrale, da parte della camera arbitrale e non del Presidente del Tribunale.

8. Anticipazione delle spese ed arbitrato amministrato *ex* art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006.

All'arbitrato amministrato in materia di controversie su diritti soggettivi derivati dall'esecuzione dei contratti pubblici (previsto dall'art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006) è applicabile l'art. 816 *septies*, comma 2, c.p.c., in tema di inefficacia della convenzione nel caso in cui le parti non provvedano all'anticipazione delle spese nel termine fissato, non in via analogica ma in forza del diretto richiamo contenuto nel citato art. 241 che, al comma 2, stabilisce che *«ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile»,* quali sono quelle pertinenti in tema di arbitrato con il solo limite delle eventuali disposizioni incompatibili *(«salvo quanto disposto dal presente codice»)* che, tuttavia, non sussistono.

Nel predetto codice degli appalti infatti, prosegue **Sez. 6-1, n. 29192/2020, Lamorgese, Rv. 660148 - 01,** non si ravvisano disposizioni incompatibili con la (o che precludano l'operatività della) citata disposizione processualcivilistica concernente l'inefficacia della convenzione arbitrale nel caso in cui le parti non provvedano ad effettuare il deposito delle somme dovute a norma dell'art. 243, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006. Tale non è, in particolare, la previsione secondo cui l'anticipazione dell'acconto cui si riferisce il sesto comma citato è disposta da un organo amministrativo (la camera arbitrale), diversamente dall'art. 816 *septies* c.p.c. che prevede che l'anticipazione sia disposta dagli arbitri, non giustificandosi nei due casi conseguenze radicalmente diverse per l'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di anticipazione. Per la citata ordinanza del 2002, peraltro, il riferimento all'applicabilità delle disposizioni del codice di procedura civile non è tale da intendersi rivolto alle sole norme del *«giudizio arbitrale»* inteso come procedimento validamente in corso, atteso che per *«giudizio arbitrale»* deve considerarsi anche quello che non è in grado di proseguire il suo corso per effetto della sopravvenuta causa di inefficacia della convenzione arbitrale che diviene non più *«vincolante»* per le parti.

Per gli appalti stipulati da enti pubblici diversi dallo Stato, il d.P.R. n. 1063 del 1962 non ha valore normativo vincolante; esso può trovare applicazione soltanto per effetto di un espresso rinvio formulato dalle parti ai fini della disciplina del singolo rapporto contrattuale, ovvero in virtù di una specifica disposizione di legge che ne estenda espressamente l'applicazione all'ente o al contratto in questione (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 00812/2016, Di Virgilio, Rv. 638482-01).

Ribadito il principio di cui innanzi, **Sez. 1, n. 29332/2020, Terrusi, Rv. 660187 - 01**, ritiene che la mancata previa ricognizione dell'alternativa fonte di ordine convenzionale o legale a ciò legittimante rende nella specie ingiustificata l'affermazione della Corte territoriale circa l'applicabilità delle norme del capitolato generale di appalto, essendosi in presenza di un contratto stipulato da ente pubblico (il Consorzio) dotato di propria autonomia. Trattandosi di contratto concluso da un ente diverso dallo Stato, pur considerando Corte cost. n. 152 del 1996 (che ha reso facoltativo l'arbitrato dichiarando incostituzionale l'art. 47 del d.P.R. n. 1063 del 1962, nel testo sostituito dall'art. 16 della I. n. 741 del 1981), per valutare l'applicabilità della clausola compromissoria occorreva nella specie esaminare il tenore esatto del contratto e della clausola, sotto un duplice profilo: per stabilire, innanzi tutto, se ci fosse stato il richiamo al capitolato generale e poi per stabilire se, attraverso tale richiamo, le parti avessero voluto limitarsi a identificare la disciplina legale concretamente applicabile oppure avessero inteso recepire il contenuto della normativa generale relativa agli appalti dello Stato, conferendo alla stessa un valore negoziale tale da renderla insensibile alle modifiche normative intervenute successivamente alla stipulazione (**Sez. 1, n. 29332/2020,** cit.; in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 26007/2018, Mercolino, Rv. 651299-01).

9. Arbitrato irrituale in materia di lavoro privato.

Nelle procedure di arbitrato irrituale in materia di lavoro privato, il lodo non è impugnabile nelle forme e nei modi ordinari ma, ai sensi dell'art. 412-*quater* c.p.c., in unico grado innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro, la cui sentenza è ricorribile in cassazione. Ne consegue l'inammissibilità dell'eventuale impugnazione in appello e, trattandosi di incompetenza per grado, la non operatività del principio in forza del quale la decadenza dalla impugnazione è impedita dalla proposizione del gravame ad un giudice incompetente.

Nei termini di cui innanzi, sostanzialmente ribadendo Sez. L, n. 19182/2013, Tria, Rv. 628337-01, statuisce **Sez. L, n. 10988/2020, Amendola, Rv. 657925-01,** dopo aver premesso che la differenza tra l'arbitrato rituale e quello irrituale - aventi entrambi natura privata - va ravvisata nel fatto che nell'arbitrato rituale, le parti mirano a pervenire ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri

come espressione della loro volontà (*ex plurimis*, Sez. L, n. 19182/2013, Tria, Rv. 628337-01).

10. Rapporti tra *potestas iudicandi*, verifica del Giudice dell'impugnazione e sindacato di legittimità.

Il difetto di *potestas iudicandi* del collegio decidente, comportando un vizio insanabile del lodo, può essere rilevato di ufficio nel giudizio di impugnazione, anche in sede di legittimità, con il solo limite del giudicato, indipendentemente dalla sua precedente deduzione nella fase arbitrale (soltanto) qualora derivi dalla nullità del compromesso o della clausola compromissoria.

Sez. 1, n. 16556/2020, Lamorgese, 658602-02, in particolare, dopo aver fatto riferimento alla rilevabilità d'ufficio del difetto della detta *potestas* in fase di impugnazione ed in sede di legittimità, ha ulteriormente chiarito che è comunque precluso al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio la nullità negoziale, la cui validità sia stata, anche implicitamente, statuita nel processo con efficacia di giudicato (in senso conforme Sez. 1, n. 10132/2006, del Core, Rv. 589466-01).

Sempre in tema di rapporti tra impugnazione del lodo e giudizio di legittimità, **Sez. 6-1, n. 15820/2020, Terrusi, Rv. 658711-01,** ha chiarito che, il ricorrente, ove censuri la statuizione di inammissibilità dell'impugnazione del lodo arbitrale per difetto di specificità, ha l'onere di precisare nel ricorso per cassazione le ragioni dell'assunta erroneità della statuizione e della specificità, invece, del motivo di gravame sottoposto al giudice d'appello, non potendo limitarsi a rinviare all'atto di gravame ma dovendo piuttosto riportarne il contenuto nella misura necessaria ad evidenziarne la pretesa specificità.

11. L'impugnazione delle deliberazioni di aumento del capitale sociale.

La controversia avente ad oggetto l'esecuzione della delibera di aumento del capitale sociale di una società è compromettibile in arbitri, ai sensi dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 5 del 2003, poiché, come ribadito da **Sez. 6-1, n. 04956/2020, Dolmetta, Rv. 657009-01,** relativa a diritti inerenti al rapporto sociale inscindibilmente correlati alla partecipazione del socio. Sicché, nel caso di fallimento della società, la clausola compromissoria statutaria resta opponibile al curatore fallimentare che agisca per l'esecuzione dell'aumento deliberato. In senso conforme si è espressa la precedente Sez. 1, n. 24444/2019, Terrusi, Rv. 655346-01, riconoscendo la competenza arbitrale nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso su richiesta del curatore dal giudice delegato, *ex* art. 150 l.fall., nei confronti di un socio della fallita per i versamenti ancora dovuti.

In tema di c.d. "arbitrato societario", quindi, la citata statuizione del 2020 si pone nel solco interpretativo della precedente giurisprudenza di legittimità per la quale le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, tipicamente riguardanti i soci e la società in relazione ai rapporti sociali, sono compromettibili in arbitri ai sensi dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, qualora abbiano ad oggetto diritti disponibili (*ex plurimis*, Sez. 6-1, n. 17283/2015, Cristiano, Rv. 636505-01, che, nella specie, aveva riconosciuto la competenza arbitrale in relazione ad una controversia avente ad oggetto l'impugnativa di una delibera assembleare di aumento di capitale e la conseguente domanda di risarcimento del danno).

12. Ordine pubblico e regole di diritto sostanziale e processuale nella decisione degli arbitri.

Non costituisce causa di nullità del lodo per contrasto con l'ordine pubblico la circostanza che l'arbitro abbia statuito circa il risarcimento del danno derivante da un contratto di mediazione concluso con un soggetto non iscritto al ruolo dei mediatori. La nozione di ordine pubblico cui rinvia l'art. 829, comma 3, c.p.c., precisa **Sez. 2, n. 21850/2020, Besso Marcheis, Rv. 659325-01**, coincide con le norme fondamentali dell'ordinamento, tra cui non rientra la regola organizzativa posta dall'art. 6 della l. n. 39 del 1989.

Preclusa, ai sensi dell'art. 829, comma 2, ultima parte, c.p.c., è l'impugnazione per nullità del lodo di equità per violazione delle norme diritto sostanziale, o, in generale, per *errores in iudicando*, che non si traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso (**Sez. 1, n. 16553/2020, Parise, Rv. 658802-01**).

L'inammissibilità dell'impugnazione del lodo arbitrale per inosservanza di regole di diritto, ai sensi dell'art 829, comma 2, c.p.c., nel caso in cui le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità, sussiste, peraltro, come ribadito dalla citata **Sez. 1, n. 16553/2020, Parise, Rv. 658802-02,** anche qualora gli arbitri abbiano in concreto applicato norme di legge, ritenendole corrispondenti alla soluzione equitativa della controversia, non risultando, per questo, trasformato l'arbitrato di equità in arbitrato di diritto (in senso conforme anche, *ex plurimis*: Sez. 1, n. 23544/2013, Macioce, Rv. 628290-01; Sez. 1, n. 01183/2006, Del Core, Rv. 586053-01).

La denuncia di nullità del lodo per inosservanza delle regole di diritto *in iudicando* è comunque ammissibile solo se circoscritta entro i medesimi confini della violazione di legge opponibile con il ricorso per cassazione *ex* art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., come ribadito da **Sez. 1, n. 16559/2020, Nazzicone, Rv. 658604-01** (in senso

conforme anche, *ex plurimi,* Sez. 1, n. 21802/2006, Schirò, Rv. 594366-01). Tale denuncia, peraltro, in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, postula l'allegazione esplicita dell'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a detti elementi, e non è, pertanto, proponibile in collegamento con la mera deduzione di lacune d'indagine e di motivazione, che potrebbero evidenziare l'inosservanza di legge solo all'esito del riscontro dell'omesso o inadeguato esame di circostanze di carattere decisivo (Sez. 1, n. 05633/1999, Graziadei, Rv. 527193-01).

Con riferimento alle regole di diritto processuale, invece, **Sez. 1, n. 28189/2020, Fidanzia, Rv. 660043 - 01**, ribadisce che nell'arbitrato rituale, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare le iniziali domande, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c. civ., salvo il rispetto del principio del contraddittorio (conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 02717/2007, De Chiara, Rv. 596369-01). Con la conseguenza, prosegue la citata ordinanza del 2020, che è loro interdetta soltanto una vera e propria modifica dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, tale da introdurre nel processo un tema di indagine e di decisione nuovo e da disorientare la controparte, così vulnerandone il diritto di difesa. Né la circostanza che il collegio arbitrale conceda un termine per il solo deposito di memorie istruttorie - come sarebbe avvenuto nel caso di specie - appare comunque inidonea a disconoscere il diritto di una parte a precisare e modificare comunque le proprie domande, ove tale modifica, in difetto di un provvedimento che la vieti espressamente, avvenga in tempi e con modalità che non determinano una lesione del principio del contraddittorio.

13. Impugnazione per nullità.

Il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale ha ad oggetto unicamente la verifica della legittimità della decisione resa dagli arbitri, non il riesame delle questioni di merito ad essi sottoposte, sicché, l'accertamento in fatto compiuto dagli arbitri, qual è quello concernente l'interpretazione del contratto oggetto del contendere, non è censurabile nel giudizio di impugnazione del lodo, salvo che la motivazione sul punto sia completamente mancate od assolutamente carente (**Sez. 1, n. 19602/2020, Scotti, Rv. 659021-01,** in senso conforme la precedente Sez. 1, n. 13511/2007, Del Core, Rv. 600401-01).

Per **Sez. 1, n. 16553/2020, Parise, Rv. 658802-03**, la valutazione dei fatti dedotti dalle parti nel giudizio arbitrale e delle prove acquisite nel corso del procedimento non può essere contestata per mezzo della detta impugnazione, in quanto rimessa alla competenza istituzionale degli arbitri. Sul punto si vedano, in senso conforme, Sez. 1, n. 13968/2011, Campanile, Rv. 618515-01*,* e Sez. 1, n. 17097/2013, Forte, Rv.

627222-01. Per quest'ultima statuizione, peraltro, non è preclusa l'impugnazione del lodo per nullità con riguardo all'errore di diritto (nella specie, circa la qualificazione di un disciplinare come contratto c.d. quadro) concernente l'esistenza e gli effetti di un contratto per prestazioni professionali per le quali si nega il pagamento. Per la stessa *ratio* è stata altresì ritenuta non contestabile a mezzo dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale la mancata ammissione, da parte degli arbitri, di determinati mezzi di prova per la ritenuta inidoneità probatoria o superfluità di particolari fatti e circostanze per come articolati dal deducente, trattandosi di una valutazione negozialmente rimessa alla competenza istituzionale degli arbitri medesimi (Sez. 1, n. 23597/2006, Giusti, Rv. 592718-01).

Il mero decorso del termine per la pronuncia del lodo, anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 40 del 2006, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 6 c.p.c., non è, di per sé sufficiente a determinare la nullità, essendo necessaria, ai sensi dell'art. 821 c.p.c., una manifestazione della volontà diretta a far valere la decadenza la quale costituisce oggetto di un vero e proprio onere posto a carico della parte interessata il cui adempimento non si risolve in una mera eccezione da proporsi nell'ambito del procedimento arbitrale trattandosi, invece, di un atto di disposizione in merito alla nullità, in difetto del quale quest'ultima non può essere fatta valere (**Sez. 6-1, n. 27364/2020, Mercolino, Rv. 659897-01;** in merito si veda anche Sez. 1, n. 00089/2012, Campanile, Rv. 621142-01).

Nel giudizio, a critica vincolata e proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 c.p.c., di impugnazione per nullità del lodo arbitrale vige la regola della specificità della formulazione dei motivi, attesa la sua natura rescindente e la necessità di consentire al giudice, ed alla controparte, di verificare se le contestazioni proposte corrispondano esattamente a quelle formulabili alla stregua della suddetta norma.

Così statuendo **Sez. 1, n. 27321/2020, Iofrida, Rv. 659749-01**, si inserisce sostanzialmente nel solco di Sez. 1, n. 23675/2013, Salvago, Rv. 627973-01. Quest'ultima prosegue chiarendo che, in sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza conclusiva di quel giudizio, il sindacato di legittimità, diretto a controllarne l'adeguata e corretta sua giustificazione in relazione ai motivi di impugnazione del lodo, va condotto soltanto attraverso il riscontro della conformità a legge e della congruità della motivazione stessa. Pertanto, le censure proposte in cassazione non possono esaurirsi nel richiamo a principi di diritto, con invito a controllarne l'osservanza da parte degli arbitri e della corte territoriale, ma esigono un pertinente riferimento ai fatti ritenuti dagli arbitri, per rendere autosufficiente ed intellegibile la tesi per cui le conseguenze tratte da quei fatti violerebbero i principi medesimi, nonché l'esposizione di argomentazioni chiare ed esaurienti, illustrative delle dedotte inosservanze di norme o principi di diritto, che precisino come abbia avuto luogo la violazione ascritta alla pronuncia di merito.

Nell'impugnativa per nullità, ai sensi degli artt. 828 e ss. c.p.c., la Corte di appello non può altresì rilevare di ufficio motivi non dedotti con l'atto di impugnazione - salvo la nullità del compromesso e della clausola compromissoria - trattandosi di un gravame rigorosamente limitato e vincolato, nell'effetto devolutivo al giudice che ne è investito, sia in astratto, dalla tipicità dei vizi deducibili, sia in concreto, da quelli espressamente e specificamente dedotti (**Sez. 1, n. 28191/2020, Fidanzia, Rv. 659751-01,** sostanzialmente conforme a Sez. 1, n. 02307/2000, Felicetti, Rv. 534518-01)

14. (segue) Natura e conseguenze.

L'impugnazione per nullità del lodo non introduce un giudizio di primo grado sul rapporto, bensì un giudizio di impugnazione avverso un provvedimento avente natura giurisdizionale, sicché la competenza, stante il disposto di cui all'art. 828, comma 1, c.p.c., spetta al giudice entro il cui ambito territoriale opera l'arbitro che abbia emesso la decisione di primo grado, restando irrilevante la materia oggetto del contendere devoluta all'organo arbitrale.

In applicazione del principio, **Sez. 6-1, n. 19993/2020, Di Marzio, Rv. 659004-01,** ha respinto la tesi per la quale la Corte d'appello competente avrebbe dovuto essere individuata in quella ove aveva sede la sezione specializzata in materia di imprese, avendo la controversia ad oggetto una materia devoluta alla sua cognizione, affermando invece la competenza della Corte territoriale nel cui distretto aveva sede il collegio arbitrale.

Il percorso logico-giuridico muove dall'art. 828, comma 1, c.p.c. ai sensi del quale *«L'impugnazione per nullità si propone... davanti alla Code d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato»*. La *ratio* di questa previsione risiede in ciò, che l'impugnazione per nullità non introduce un giudizio di primo grado sul rapporto, bensì un giudizio di impugnazione avverso un provvedimento avente natura giurisdizionale (v. art. 824-*bis* c.p.c.), di guisa che la competenza al riguardo non può che spettare - secondo una logica ed un conseguente congegno sovrapponibili a quelli dettati dall'articolo 341 c.p.c. per l'appello - al giudice entro il cui ambito territoriale opera l'organo della giurisdizione, l'arbitro o il collegio arbitrale, che abbia emesso la decisione di primo grado: senza che tale criterio di radicamento della competenza, attesa l'univocità del dato normativo, possa rimanere influenzato, tra l'altro, dalla materia oggetto del contendere.

15. L'interesse ad impugnare nella violazione del contraddittorio e la fase rescissoria nel difetto *della potestas iudicandi.*

La giurisprudenza di legittimità a più riprese ha chiarito il diverso modo di atteggiarsi del contraddittorio nel procedimento arbitrale rispetto al giudizio innanzi al giudice ordinario.

Gli approdi di legittimità in tema di contraddittorio arbitrale necessitano però di essere letti alla luce del diritto di difesa, del principio del giusto processo, anche in termini di sua ragionevole durata (art. 111 Cost.), oltre che del corollario costituito dall'interesse, attuale ed effettivo, ad impugnare.

La questione della violazione del contraddittorio deve difatti essere esaminata non sotto il profilo formale ma nell'ambito di una ricerca volta all'accertamento di una effettiva lesione della possibilità di dedurre e contraddire, onde verificare se l'atto abbia egualmente raggiunto lo scopo di instaurare un regolare contraddittorio e se, comunque, l'inosservanza non abbia causato pregiudizio alla parte.

Per **Sez. 1, n. 18600/2020, Parise, Rv. 658811-01**, consegue dunque che la nullità del lodo e del procedimento devono essere dichiarate solo ove nell'impugnazione, alla denuncia del vizio idoneo a determinarle, segua l'indicazione dello specifico pregiudizio che esso abbia arrecato al diritto di difesa.

Nel giudizio arbitrale, difatti, al pari di quanto avviene in quello ordinario, l'omessa osservanza del contraddittorio - il cui principio si riferisce non solo agli atti ma a tutte quelle attività del processo che devono svolgersi su un piano di paritaria difesa delle parti - non è difatti un vizio formale ma di attività; sicché la nullità che ne scaturisce *ex* art. 829, n. 9, c.p.c., e che determina, con l'invalidità dell'intero giudizio, quella derivata della pronuncia definitiva, origina da una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale, soggiacendo, inoltre, alla regola della sanatoria per raggiungimento dello scopo (Sez. 1, n. 02201/2007, Del Core, Rv. 594915-01).

Quanto al modo d'atteggiarsi della dei rapporti tra difetto di *potestas decidendi* e fase rescissoria, la Suprema Corte ha chiarito che in caso di inesistenza del lodo arbitrale, per mancanza del compromesso o della clausola compromissoria, ovvero perché la materia affidata alla decisione degli arbitri è estranea a quelle suscettibili di formare oggetto di compromesso, alla Corte d'appello è precluso il passaggio alla fase rescissoria, mancando in radice la *potestas decidendi* degli arbitri, mentre le eventuali difformità dai requisiti e dalle forme del giudizio arbitrale possono provocare la dichiarazione di nullità del lodo, con la conseguenza che il giudice dell'impugnazione è tenuto a pronunciare nel merito, senza possibilità di distinguere tra le varie ipotesi che abbiano dato luogo alla rilevata censura.

Così statuendo **Sez. 1, n. 19604/2020, Scotti, Rv. 659022-01,** ha sostanzialmente confermato l'orientamento consolidato in materia (*ex plurimis*, sez., 1, n. 22083/2009, Cultrera, Rv. 610314-01), anche per il caso di nullità del lodo per violazione di norme inderogabili sulla composizione del collegio arbitrale, non potendo seguire a quella rescissoria la fase rescindente presupponendo la competenza in merito un lodo emesso da arbitri investiti effettivamente di *potestas iudicandi* (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 21355/2018, Lamorgese, Rv. 650399-01, e Sez. 1, n. 20128/2013, Mercolino, Rv. 627741-01). Ove detto presupposto manchi, come nel caso di avvenuta declinatoria della competenza arbitrale, all'esito della dichiarazione di illegittimità costituzionale (nella specie dell'art. 16 della legge n. 741 del 1981 ad opera di Corte cost. n. 152 del 1996), il lodo deve difatti considerarsi privo di qualsiasi efficacia ed alla dichiarazione di nullità di siffatta pronuncia non può far seguito la fase rescissoria (Sez. 1, n. 16977/2006, Luccioli, Rv. 591432-01). Parimenti, la clausola compromissoria che stabilisca un modo di nomina degli arbitri di impossibile attuazione pratica, nulla ai sensi dell'art. 809, commi 2 e 3, c.p.c., non comporta l'inesistenza del lodo arbitrale con la conseguente sussistenza della detta *potestas decidendi* ed esclusione di ipotesi di usurpazione di potere (Sez. 1, n. 19994/2004, Salvago, Rv. 577559-01). In presenza di una volontà compromissoria validamente espressa, peraltro, salva diversa volontà contraria di tutte le parti, *ex* art. 830 c.p.c. la Corte d'appello, dichiarata la nullità del lodo, è tenuta a pronunciare sul merito (Sez. 1, n. 19025/2003, Proto, Rv. 568821-01).

16. Il termine per impugnare.

Su sollecitazione di **Sez. 1, n. 20104/2020, Scotti, non massimata,** è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione di massima di particolare importanza con la quale ci si chiede, in tema di impugnazione per nullità del lodo, se il termine c.d. «lungo» di un anno, di cui all'art. 828, comma 2, c.p.c., nel testo applicabile *ratione temporis* (successivo alla riforma del 1994 ma le considerazioni non cambierebbero con riferimento a quello successivo alla novella del 2006) debba decorrere non dall'ultima sottoscrizione dell'atto bensì dalla comunicazione alle parti della sua intervenuta sottoscrizione.

Per la citata ordinanza interlocutoria la questione in oggetto sembrerebbe suscettibile di una pluralità di soluzioni, dall'incostituzionalità della norma, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. (non sussistendo un *dies a quo* facilmente conoscibile dalle parti), alla possibile lettura costituzionalmente orientata (intendendo il termine come decorrente dalla comunicazione del lodo alle parti) ovvero ad una tesi intermedia tra l'incompatibilità costituzionale e la perfetta aderenza ai dettami della Costituzione, decurtando dal termine annuale decorrente

dall'ultima sottoscrizione arbitrale i dieci giorni concessi dalla legge - art. 825 c.p.c. ante riforme del 2006 e art, 824 post riforma del 2006 - agli arbitri per la comunicazione del lodo alle parti.

17. L'impugnazione immediata del lodo parziale.

Il lodo parziale è immediatamente impugnabile, ai sensi dell'art. 827, comma 3, c.p.c., solo nel caso in cui, decidendo su una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad esse, attesa l'esecutività che il lodo stesso può assumere in questa ipotesi; viceversa, l'immediata impugnabilità deve essere esclusa quando il lodo abbia deciso questioni preliminari di merito senza definire il giudizio (**Sez. 1, n. 28190/2020, Fidanzia, Rv. 660044 - 01**; conforme a Sez. 2, 16963/2014, Migliucci, Rv. 631855-01, fattispecie nella quale si trattava di decisione di mero rigetto di eccezione di prescrizione senza definizione del giudizio).

Al fine di stabilire se si versi o meno in ipotesi di lodo che decide parzialmente il merito della controversia, occorre avere riguardo alla verifica dell'esaurimento della funzione giurisdizionale dinanzi agli arbitri, di guisa che, con riguardo all'immediata impugnabilità, deve essere considerato un lodo parziale, nonostante la formulazione della norma di cui all'art. 827, comma 3, c.p.c., anche quello che, pur senza pervenire allo scrutinio del merito del giudizio, abbia comunque in parte esaurito la funzione decisoria devoluta al collegio arbitrale.

In applicazione del principio di cui innanzi, **Sez. 6-1, n. 18507/2020, Di Marzio, Rv. 658835-01**, in linea con quanto statuito da Sez. U, n. 23463/2016, Nappi, Rv. 641625-01, ha confermato la decisione d'inammissibilità dell'impugnazione del lodo in quanto, con esso, gli arbitri si erano limitati a pronunziare sulle questioni pregiudiziali e preliminari, senza definire neppure in parte la controversia. Le citate Sezioni Unite, difatti, avevano già chiarito che alla stregua dell'art. 827, comma 3, c.p.c., è immediatamente impugnabile, perché parzialmente decisorio del merito della controversia, il lodo recante una condanna generica, *ex* art. 278 c.p.c., o che decida una o alcune domande proposte senza definire l'intero giudizio, ma non quello che decida questioni pregiudiziali (nella specie la validità della convenzione arbitrale) o preliminari.

18. Questioni di giurisdizione e di merito, rapporti con il G.A., regolamento di competenza e poteri della S.C.

La non deferibilità della controversia al giudizio arbitrale, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo, non dà luogo ad una questione di giurisdizione in senso tecnico, bensì ad una questione

di merito attinente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria, nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 829, n. 1, c.p.c.

Sicché, ribadisce **Sez. 1, n. 07405/2020, Scalia, Rv. 657493-01**, ponendosi la questione di giurisdizione solo in funzione di tale accertamento, essa non può essere sollevata in ogni stato e grado del processo con il solo limite del giudicato interno, esplicito o implicito, ma, trattandosi di una questione di merito, può essere sottoposta all'esame del giudice di legittimità solo se sia stata dibattuta e decisa come motivo di nullità del lodo (si vedano, *ex plurimis*: Sez. U, n. 17205/2003, Vitrone, Rv. 568168-01; Sez. U, n. 09070/2003, Proto, Rv. 563981-01).

In detta materia, **Sez. 6-3, n. 08660/2020, Rubino, Rv. 657830-01** ribadisce che il potere della Corte di cassazione di dichiarare d'ufficio che l'azione non poteva essere proposta, previsto dall'art. 382, comma 3, secondo inciso, c.p.c., può essere esercitato anche in sede di regolamento di competenza, ove la declaratoria di competenza di uno dei giudici di merito determinerebbe un inutile ritardo nella definizione del giudizio, inevitabilmente destinato a concludersi con una successiva pronuncia d'inammissibilità (in senso conforme Sez. 6-3, n. 27305/2013, Frasca, Rv. 629323-01).

La statuizione di cui innanzi muove dall'assunto per il quale la Sezioni Unite hanno stabilito il principio secondo cui l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n. 5 del 1994 e dal d.lgs. n. 40 del 2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza (Sez. U, n. 24153/2013, Segreto, Rv. 627786-01). Trattasi di principio enunciato in conformità all'indirizzo fatto proprio dalla Corte costituzionale (*Corte cost., n.* 223 *del* 2013) secondo cui sia dalla giurisprudenza costituzionale sia dalla disciplina positiva dell'arbitrato risultante dalla riforma del 2006, si desume che il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, ha strutturato l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale (in tal senso già *Corte cost., n.* 376 *del* 2001). Ne consegue, nel caso di specie di cui alla citata statuizione del 2020, che avverso la sentenza del Tribunale declinatoria della propria competenza a favore degli arbitri rituali, poiché l'attività di questi ultimi ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, avrebbe dovuto essere proposto il regolamento di competenza e non, come è avvenuto, l'appello (si veda in merito anche Sez. 1, n. 17908/2014, Didone, Rv. 632217-01).

L'ordinanza del 2020 in considerazione conclude poi ritenendo di non poter giungere a diversa conclusione allorché, come nella specie, si sia contestata la natura del procedimento arbitrale previsto nel contratto e quindi la validità della clausola

contrattuale: il primo e diretto oggetto di contestazione era pur sempre la declinatoria di competenza conseguente alla affermazione della competenza degli arbitri.

In tema di concessioni di pubblici servizi, per Sez. U, n. 33691/2019, Lamorgese, Rv. 657657-01 le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti ed alle relative conseguenze indennitarie (nella specie, le domande aventi ad oggetto il pagamento delle indennità e dei corrispettivi per la gestione del servizio e la risoluzione per eccessiva onerosità della convenzione), sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, venendo in discussione il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio e non già l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, sicché possono essere compromesse in arbitrato rituale con conseguente validità della relativa clausola compromissoria.

Sez. U, n. 23418/2020, Vincenti, Rv. 659285-02, ha statuito che, in tema di concessioni per l'esercizio di scommesse ippiche, la controversia introdotta per ottenere la condanna della P.A. concedente al risarcimento del danno derivato ai concessionari dal sopravvenuto mutamento delle condizioni economiche poste a base della convenzione (per il venir meno di fatto della riserva esclusiva pubblica della relativa gestione a seguito dell'ingresso illegale nel mercato di operatori esteri), nonché dalla mancata attivazione di sistemi di accettazione di scommesse a quota fissa e per via telefonica e telematica, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. In tale ipotesi, difatti, ci controverte in merito alla fase di attuazione del rapporto concessorio e vengono in considerazione profili che attengono, non già all'esercizio di poteri autoritativi incidenti sul momento funzionale dello stesso rapporto, ma all'accertamento dell'inadempimento, da parte della P.A. concedente, alle obbligazioni sostanzianti il rapporto giuridico convenzionale a carattere paritetico, con la conseguente compromettibilità in arbitrato rituale.

La citata **Sez. U, n. 23418/2020, Vincenti, Rv. 659285-01** in esame ha altresì ribadito che l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n.25 del 1994 e dal d.lgs. n.40 del 2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione. Ne consegue che la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione che, ove venga in rilievo, il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto ad esaminare e decidere anche d'ufficio.

Per converso, l'eccezione di devoluzione della controversia agli arbitri rituali, configurandosi tale devoluzione (anche nel regime previgente al d.lgs. n. 40 del 2006) come rinuncia alla giurisdizione dello Stato attraverso la scelta di una soluzione della controversia con uno strumento di natura privatistica, deve ritenersi propria od in senso stretto, in quanto avente ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale, con la conseguenza che va proposta dalle parti nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio.

Tuttavia, ha proseguito **Sez. 1, n. 19823/2020, Scotti, Rv. 659114-01**, la proposizione dell'eccezione contestualmente alla domanda riconvenzionale nella comparsa di risposta non implica la necessità di subordinare espressamente la seconda al rigetto della prima, onde evitare che essa sia ritenuta rinunciata, in quanto l'esame della domanda riconvenzionale è ontologicamente condizionato al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso (in senso conforme Sez. 1, n. 12684/2007, Felicetti, 596871-01).

L'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia sia stata deferita ad arbitri, pone una questione che attiene al merito, e non alla giurisdizione o alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, e l'effetto della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria. Ne consegue che, ancorché formulata in termini di accoglimento o rigetto di una eccezione di incompetenza, la decisione con cui il giudice, in presenza di una eccezione di compromesso, risolvendo la questione così posta, chiude o non chiude il processo davanti a sé, va considerata come decisione pronunciata su questione preliminare di merito, in quanto attinente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria (**Sez. 2, n. 26696/2020, Oliva, Rv. 659723-01**; in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 24681/2006, Mazziotti Di Celso, Rv. 593910-01)

19. Il riconoscimento del lodo arbitrale estero.

In tema di riconoscimento del lodo arbitrale estero, la produzione del compromesso, in originale o in copia autentica, contestualmente alla proposizione della domanda, prescritta dall'art. 4 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 (resa esecutiva con la l. n. 62 del 1968) e dall'art. 839 c.p.c., configura non già una condizione dell'azione ma un presupposto processuale necessario per la valida instaurazione del giudizio che deve pertanto sussistere, quale requisito formale di procedibilità della domanda al momento dell'instaurazione del procedimento, e deve essere rilevato d'ufficio dal giudice.

In applicazione del principio, **Sez. 1, n. 16701/2020, Mercolino, Rv. 658611-01,** ha cassato la sentenza impugnata che in mancanza della produzione del compromesso aveva ritenuto sufficiente il richiamo ai ricorsi proposti *ex* art. 839 c.p.c. ove si dava atto della produzione di copia conforme dei contratti di vendita stipulati tra le parti.

L'orientamento di cui innanzi si pone nel solco segnato da Sez. 1, n. 17291/2009, Tavassi, Rv. 609415-01 che, argomentando sempre dalla natura di presupposto processuale necessario riconosciuta alla produzione del compromesso (in originale o in copia autentica), aveva già chiarito che la produzione di cui innanzi non sarebbe stata integrabile mediante il deposito del documento nel giudizio di opposizione al decreto emesso dal presidente della Corte d'appello, non essendo soggetta alla disciplina dettata dall'art. 184 c.p.c. per la produzione di documenti. In applicazione di tale principio, la Suprema Corte, in particolare, cassò la sentenza impugnata, che aveva rigettato l'opposizione al decreto, in quanto la Corte d'appello, rilevato che al ricorso era stata allegata una copia del compromesso recante una certificazione di conformità all'originale proveniente da persona non identificabile, aveva rimesso la causa in istruttoria, per consentire all'opposto la produzione dell'originale o di una copia conforme.

Sempre in argomento, **Sez. 1, n. 27322/2020, Iofrida, Rv. 659832-01,** ha chiarito che in forza degli articoli 4 e 5 della Convenzione di New York del 1958 la parte richiedente la delibazione del lodo ha soltanto l'onere di produrre, in originale o in copia autentica, la decisione arbitrale straniera delibanda e la convenzione scritta contenente l'assunzione dell'obbligo di deferire agli arbitri la risoluzione della controversia, mentre incombe alla parte nei cui confronti il lodo viene invocato l'onere di provare, fra l'altro, l'eventuale invalidità della nomina degli arbitri o l'impossibilità di far valere le proprie difese e, in particolare, ove deduca l'inidoneità del mezzo di comunicazione usato, di dimostrare che questo, per sé o in ragione delle concrete modalità di impiego, non gli ha consentito di venire tempestivamente a conoscenza del procedimento arbitrale o dei momenti essenziali del suo sviluppo. Le relative indagini svolte dal giudice della delibazione, peraltro, costituiscono accertamenti di fatto non suscettibili di sindacato in sede di legittimità, se congruamente motivati.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Approfondimenti tematici

VOLUME IV

Anno 2020

Approfondimenti tematici

Anno 2020

DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Acierno*
COORDINATORE: *Paola D'Ovidio*

hanno collaborato alla redazione

Fabio Antezza, Giovanni Maria Armone, Dario Cavallari, Gian Andrea Chiesi, Marina Cirese, Milena D'Oriano, Giuseppe Fichera, Vincenzo Galati, Luigi La Battaglia, Laura Mancini, Andrea Penta, Paolo Spaziani.

INDICE

VOLUME IV

APPROFONDIMENTI TEMATICI

(coordinato da Paola D'Ovidio)

SEZIONE I
QUESTIONI PROCESSUALI

I) IL PROCESSO CIVILE ITALIANO DI FRONTE ALLA PANDEMIA DEL 2020
(DI GIUSEPPE FICHERA)

1. Introduzione. 1287
2. La cd. "prima fase". 1289
   2.1. (Segue). Il rinvio delle udienze. 1290
   2.2. (Segue). Le udienze sottratte al rinvio. 1291
   2.3. (Segue). La sospensione dei termini processuali. 1298
   2.4. (Segue). Le altre misure processuali. 1300
   2.5. (Segue). La sospensione dei termini sostanziali. 1302
3. La cd. "seconda fase". Le misure previste. 1307
4. La cd. "terza fase". L'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020. 1310
5. La cd. "quarta fase". L'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020. 1312
6. L'udienza a porte chiuse. 1315
7. L'udienza telematica. 1316
8. L'udienza cartolare. 1319
9. La camera di consiglio da remoto. 1323
10. I depositi telematici degli atti processuali. 1326
11. La mediazione a distanza. 1329
12. La nuova procura speciale. 1330

Sezione II
DIRITTI DELLA PERSONA

II) IL PRINCIPO DI LAICITÀ DELLO STATO E LA LIBERTÀ DI RELIGIONE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, EUROPEA E DI LEGITTIMITÀ: IL DIRITTO VIVENTE AL PASSO DEI TEMPI.
(DI MILENA D'ORIANO)

1. Premessa. 1333
2. Il principio di laicità dello Stato e la libertà di religione. 1334
   2.1 L'evoluzione storica: dalle origini all'avvento della Costituzione. 1335
3. Genesi ed evoluzione del principio nella giurisprudenza costituzionale. 1337
4. Laicità e libertà di religione in Europa. 1344
   4.1. La giurisprudenza delle Corti europee. 1344
      4.1.1 La giurisprudenza della Corte EDU. 1345
      4.1.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. 1351
5. Il principio di laicità nella giurisprudenza di legittimità. 1354
6. Conclusioni. 1366

III) TRATTAMENTO SANITARIO TRA DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE, LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL CREDO RELIGIOSO ED OBBLIGHI PROFESSIONALI DEL MEDICO: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALLA SUPREMA CORTE
(di Fabio Antezza)

1. Le ragioni dell'intervento nomofilattico: fattispecie, questione e principio di diritto. 1369
2. Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte. 1369
3. Spunti di riflessione: il difficile dialogo tra autodeterminazione sanitaria, libertà del credo religioso ed obblighi professionali del medico. 1373

IV) IDENTITÀ DI GENERE, TRANSESSUALISMO E DIRITTO AL NOME.
(di Marina Cirese)

1. Premessa. 1379
2. L'identità di genere. 1379
3. Il transessualismo. 1381
4. L'identità di genere nel diritto internazionale. 1382
5. La disciplina nazionale del mutamento di sesso. 1384
6. L'evoluzione della giurisprudenza. 1386
7. Il diritto al nome. 1389
8. Problemi aperti. 1390

V) SULLA NATURA E SULLA CAPACITÀ ESPANSIVA DELLA TUTELA DELL'IMMAGINE DELLA PERSONA NEL DIRITTO VIVENTE
(di Paolo Spaziani)

1. La sentenza del 13 maggio 2020, n. 8880 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione. 1393
2. Il diritto all'immagine e la sua disciplina positiva. 1394
3. Contenuto e natura del diritto. 1395
4. L'estensione del diritto all'immagine: a) le limitazioni derivanti dall'autonomia privata. Il consenso dell'avente diritto. 1396
5. *(Segue)*: b) le limitazioni derivanti dalla legge. 1399
6. La capacità espansiva del diritto all'immagine nell'ordinamento "vivente". La rilevanza di Cass. civ., Sez. 3, n. 8880 del 2020. 1401
7. Riflessi sulla tutela giudiziaria del diritto. 1404
8. Postilla. 1408

SEZIONE III
DIRITTI REALI E CONDOMINIO

VI) I RAPPORTI TRA I DIRITTI REALI ED IL CONDOMINIO
(di Andrea Penta)

1. Premessa. 1411
2. La deroga alla presunzione di condominialità di cui all'art. 1117 c.c. 1412
   2.1. La trasformazione di un'area cortilizia in autorimesse. 1413
3. I sistemi centralizzati per l'accesso ai flussi informativi. 1414
4. Le deroghe al principio di accessione. 1416
   4.1. La costruzione realizzata da uno dei comunisti sull'area comune: i due orientamenti. 1417
   4.2. Le critiche mosse all'orientamento prevalente. 1419
   4.3. Il titolo di proprietà. 1421
   4.4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 3873 del 2018. 1422
   4.5. L'elemento comune alle ipotesi di accessione regolate dal codice civile. 1423
   4.6. Il regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri. 1424
   4.7. I residui profili problematici. 1425
5. Le deroghe all'accessione. 1425
   5.1. La decisione n. 8434/2020 delle Sezioni Unite. 1426
   5.2. I "titoli" in deroga al principio di accessione. 1428

5.3. Il possibile tenore di una clausola in deroga. 1428
5.4. Una concessione con effetti meramente obbligatori o necessariamente reali? I riflessi sul regime giuridico applicabile. 1429
5.5. L'inquadramento giuridico della fattispecie. 1430
5.6. Il contratto ad effetti obbligatori: la disciplina applicabile. 1431
5.7. I poteri del singolo condomino. 1434
6. I rapporti tra l'uso della cosa comune ed il diritto di servitù. 1434
7. Conclusioni. Il principio *superficie solo cedit*. 1435
7.1. L'opera realizzata da un terzo. 1436
7.2. I parametri per l'inquadramento giuridico della fattispecie. 1437
7.3. La titolarità dell'opera. 1437

VII) ANCHE IL CONDOMINIO HA IL SUO "DECALOGO"
(di Gian Andrea Chiesi)

1. Premessa. 1439
2. La legittimazione passiva nel giudizio concernente la delibera di approvazione (e revisione) delle tabelle millesimali. 1439
3. Il regime proprietario della parte dell'impianto di riscaldamento ricompresa nell'unità immobiliare in proprietà esclusiva. 1441
4. Oneri condominiali e sinallagmaticità rispetto al funzionamento dei servizi comuni. 1444
5. La legittimazione ad impugnare l'assemblea per omessa convocazione di taluno degli aventi diritto. 1446
6. Le maggioranze necessarie all'approvazione (ed alla revisione) delle tabelle millesimali. 1448
7. Il criterio di calcolo delle spese di riscaldamento: la superficie radiante. 1450
8. L'efficacia non retroattiva delle tabelle di formazione giudiziale. 1453
9. Una postilla sul risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della (com)proprietà. 1454

SEZIONE IV
OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

VIII) GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE
(di Luigi La Battaglia)

1. Gli obblighi di protezione: inquadramento della fattispecie. 1457
2. Gli obblighi di protezione accessori alla prestazione contrattuale. 1460
2.1. Obblighi preordinati alla protezione di interessi non patrimoniali. 1460
2.2. Obblighi preordinati alla protezione di interessi patrimoniali. 1461
3. Gli obblighi di protezione senza prestazione. 1463
4. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi. 1467
5. La "dimensione protettiva" della prestazione sanitaria. 1468
5.1. Gli obblighi di protezione nei confronti dei pazienti "deboli". 1471
5.2. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi in ambito sanitario. 1474
5.3. I limiti della fattispecie: la sentenza n. 14258/2020. 1475
6. Gli obblighi di protezione di interessi patrimoniali dei terzi. 1478

IX) DANNO CONTRATTUALE E DANNI CONSEQUENZIALI
(di Laura Mancini)

1. I modelli teorici del danno giuridicamente rilevante. 1481
2. Il danno come categoria unitaria. 1484
3. Il risarcimento nella teoria dell'obbligazione. 1487
4. La tesi dell'autonomia del danno contrattuale. 1491
5. La semplificazione probatoria nel risarcimento del danno contrattuale. 1494
6. I c.d. danni consequenziali. 1496
7. Il lucro cessante tra danno meramente patrimoniale e danno consequenziale. 1497
8. Prevedibilità del danno risarcibile e causa concreta del contratto. 1499
9. Il danno contrattuale nella giurisprudenza di legittimità. 1500

X) GLI INTEREST RATE SWAP E LE SEZIONI UNITE N. 8770/2020 PRIME RIFLESSIONI.
(di Dario Cavallari)

1. Premessa. 1505
2. Le caratteristiche di base dell'IRS. 1505
3. L'IRS in una prospettiva storica. 1507
4. La causa dell'IRS. 1510
5. Gli IRS dei privati e quelli dei Comuni: una prima comparazione. 1512
6. L'*upfront* e gli IRS conclusi dai Comuni 1513

SEZIONE V
DIRITTO DEL LAVORO

XI) I PRINCIPALI INTERVENTI IN MATERIA DI RAPPORTO DI LAVORO NELLA NORMATIVA EMERGENZIALE IN TEMPO DI PANDEMIA
(di Vincenzo Galati)

1. Le linee di intervento del legislatore dell'emergenza 1523
2. Le fonti normative 1525
3. Il lavoro agile 1526
4. La proroga dei contratti a termine 1533
5. Il divieto di licenziamento 1534

XII) LA TUTELA DEL DANNO ALLA SALUTE DEL LAVORATORE TRA INDENNIZZO INAIL E RISARCIMENTO DEL DANNO; DUE RIMEDI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DA COVID-19.
(di Milena d'Oriano)

1. Premessa. 1543
2. Indennizzo e risarcimento: una difficile coesistenza 1544
3. Esonero, danno differenziale, regresso: le disarmonie ormai composte 1547
   3.1. La natura non integralmente satisfattiva dell'indennizzo sociale. 1547
   3.2. Gli oneri di allegazione nell'azione per il danno differenziale. 1548
4. L'esonero: ambito applicativo, superamento e conseguenze. 1549
   4.1. I criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato. 1551
5. I criteri di calcolo del danno differenziale e del regresso. 1556
   5.1 La legge 30 dicembre 2018 n. 145: una novella di breve durata. 1558
6. I danni complementari. 1560
7. Il presupposto del risarcimento: la responsabilità ex art. 2087 c.c. 1564
8. La tutela della salute del lavoratore ai tempi del COVID 19 1569

XIII) TRASFERIMENTO D'AZIENDA E TUTELA DEI LAVORATORI
(di Giovanni Maria Armone)

1. La vicenda Alitalia-*Etihad Airways* 1575
2. Licenziamenti collettivi, accordi sindacali e trasferimento d'azienda: gli interventi della Suprema Corte. 1578
3. Le questioni ancora aperte. 1581
4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema dei diritti dei lavoratori in caso di cessione d'azienda. 1584
5. Le nuove regole del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. 1587

VOLUME IV
APPROFONDIMENTI TEMATICI
(coordinato da Paola D'Ovidio)

SEZIONE I

QUESTIONI PROCESSUALI

I) IL PROCESSO CIVILE ITALIANO DI FRONTE ALLA PANDEMIA DEL 2020

(DI GIUSEPPE FICHERA)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La cd. "prima fase". L'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020. - 2.1. (Segue). Il rinvio delle udienze. - 2.2. (Segue). Le udienze sottratte al rinvio. - 2.3. (Segue). La sospensione dei termini processuali. - 2.4. (Segue). Le altre misure processuali. - 2.5. (Segue). La sospensione dei termini sostanziali. - 3. La cd. "seconda fase". Le misure previste. - 4. La cd. "terza fase". L'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020. - 5. La cd. "quarta fase". L'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020. - 6. L'udienza a porte chiuse. - 7. L'udienza telematica. - 8. L'udienza cartolare. - 9. La camera di consiglio da remoto. - 10. I depositi telematici degli atti processuali. - 11. La mediazione a distanza. - 12. La nuova procura speciale.

1. Introduzione.

Com'è a tutti noto, nel marzo del 2020 la scelta del Governo italiano per affrontare sul piano giudiziario l'emergenza epidemiologica da covid-19 che ancora purtroppo ci affligge, è stata chiaramente guidata dalla volontà di operare un inedito intervento di tipo bifasico: in prima battuta è stata quindi disposta la sospensione fino ad una certa data di udienze, attività e termini processuali (la cd. "prima fase"); cessato il periodo di sospensione generalizzata, è stato attribuito ai dirigenti degli uffici giudiziari il compito e la responsabilità di adottare misure organizzative, anche incidenti sulle modalità trattazione dei procedimenti, caso per caso valutate necessarie sulla scorta delle emergenze epidemiologiche certificate nel territorio di riferimento (la cd. "seconda fase").

L'intera disciplina degli istituti processuali speciali che hanno trovato applicazione durante le due fasi, sia nei giudizi civili che in quelli penali, è stata racchiusa nell'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID*-19, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, come poi modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70.

È parimenti cosa nota che l'efficacia di tutte le disposizioni processuali contenute nell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, è definitivamente cessata - dopo un certo "ondeggiamento" mostrato dal legislatore urgente[1] - il giorno 30 giugno 2020.

A partire quindi dal primo luglio 2020, nonostante il Governo non avesse ancora disposto la cessazione dello stato di emergenza[2], nella trattazione dei procedimenti civili davanti agli uffici giudiziari italiani hanno ripreso efficacia le norme processuali ordinarie, come in precedenza derogate dalle disposizioni contenute nel citato art. 83 del d.l. n. 18 del 2020.

E tuttavia, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (avvenuta il 18 luglio 2020) dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione con modificazioni del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID*-19, sono entrate in vigore - il 19 luglio 2020[3] - tutte le disposizioni contenute nell'art. 221 del detto decreto-legge, come introdotte appunto in sede di sua conversione, e, in particolare, quelle dettate dai nuovi commi da 3 a 10. Da questo momento può dirsi avviata per i processi civili quella che chiameremo, per convenzione, la cd. "terza fase".

Con l'aggravarsi della pandemia, infine, il Governo ha deciso di intervenire nuovamente sui procedimenti civili e penali, dettando nuove disposizioni, tese a richiamare in vita taluni istituti già sperimentati nelle prime due fasi dell'emergenza epidemiologica.

Con l'art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 recante Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19[4], convertito con

---

[1] Per effetto della legge n. 70 del 2020, di conversione del d.l. n. 28 del 2020, che ha soppresso la lett. i) del comma 1 dell'art. 3 del ridetto decreto-legge, che aveva inizialmente prorogato il termine di efficacia delle misure, disposte dall'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, al 31 luglio 2020.

[2] Con delibera del Consiglio dei ministri adottata il 31 gennaio 2020, è stato dichiarato lo "stato di emergenza" in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili per il periodo di "sei mesi", quindi fino al 31 luglio 2020; successivamente lo stato di emergenza è stato prorogato – con deliberazione del c.d.m. assunta il 29 luglio 2020 – fino al 15 ottobre 2020 e con deliberazione del 7 ottobre 2020, fino al 31 gennaio 2021. Da ultimo, il d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, ha già disposto la proroga dello stato di emergenza fino al 30 aprile 2021.

[3] Ai sensi dell'art. 15, comma 5, della legge 23 agosto 1988, n. 400, le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione «*hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente*».

[4] Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 ottobre 2020 ed entrato in vigore il giorno successivo.

modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, è attualmente in corso un regime processuale che definiremo della cd. "quarta fase".

2. La cd. "prima fase".

Nel solo mese di marzo del 2020 il legislatore è intervenuto sulla disciplina dei processi civili in via di urgenza in tre diverse occasioni: dapprima con il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, recante *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID*-19, con il quale, nell'ambito di un intervento più articolato, mirato ad impedire la diffusione del contagio da covid-19 nelle cd. "zone rosse", sono state introdotte talune misure, quali il rinvio di ufficio delle udienze e la sospensione di tutti i termini per il compimento delle attività processuali dal 3 al 31 marzo 2020 - salvo talune espresse eccezioni -, relativamente ai procedimenti, civili e penali, pendenti presso gli uffici giudiziari dei circondari dei tribunali e dei distretti di corte d'appello cui appartenevano i comuni elencati nell'allegato 1 del d.p.c.m. 1 marzo 2020[1]. L'art. 10, comma 3, del d.l. n. 9 del 2020, inoltre stabiliva un rinvio d'ufficio, sempre oltre il 31 marzo 2020, per «*i procedimenti pendenti presso tutti gli altri uffici giudiziari, ovunque collocati, nel caso in cui le parti o i difensori siano provenienti dai predetti comuni*».

Questo decreto, tuttavia, venne integralmente abrogato dall'art. 1, comma 2, della legge 29 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. n. 18 del 2020; ovviamente con la formula consueta, a tenore della quale restavano validi gli atti ed i provvedimenti adottati ed erano fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo decreto-legge abrogato.

Successivamente, in considerazione dell'aggravamento del quadro epidemiologico, venne adottato il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, recante *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID*-19 *e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*, che introdusse disposizioni generali, relative allo svolgimento dell'attività giudiziaria su tutto il territorio nazionale, pur facendo salve quelle di cui al d.l. n. 9 del 2020[2].

Anche questo decreto risulta integralmente abrogato, sempre dall'art. 1, comma 2, della legge 29 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. n. 18 del 2020.

---

[1] Si tratta di undici comuni, di cui dieci ricadenti in Lombardia (Bertonico; Casalpusterlengo; Castelgerundo; Castiglione D'Adda, Codogno, Fombio, Maleo, San Fiorano, Somaglia e Terranova dei Passerini) e uno in Veneto (Vo').

[2] L'art. 1, comma 3, del d.l. n. 11 del 2020, oggi abrogato, stabiliva infatti che «Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 10 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9».

Con il d.l. n. 18 del 2020*,* invece, venne finalmente realizzato un intervento normativo più articolato; il chiaro intento del legislatore è stato quello di concentrare l'intera disciplina temporanea del processo civile nell'art. 83 del detto decreto, che infatti risulta essere stato oggetto di modifiche per effetto di successivi interventi legislativi nei mesi seguenti.

Ad aprile del 2020, prima l'art. 36, comma 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 recante Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, incise sui soli termini fissati dai commi 1 e 2 dell'art. 83 citato, attraverso una "proroga" secca.

Nello stesso mese, l'art. 3, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, intervenne operando una diretta novella di taluni commi del ridetto art. 83 del d.l. n. 18 del 2020.

2.1. (Segue). Il rinvio delle udienze.

La prima e più importante misura adottata durante la cd. "prima fase" dal legislatore urgente, con l'art. 83, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020, fu il rinvio generalizzato delle udienze: «*dal* 9 *marzo* 2020 *al* 15 *aprile* 2020 *le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al* 15 *aprile* 2020». Detto termine risultò poi "prorogato", per effetto dell'art. 36, comma 1, del d.l. n. 23 del 2020, convertito dalla legge n. 40 del 2020, al giorno 11 maggio 2020.

Al riguardo, già nei primi commenti furono sollevati taluni dubbi[1], da chi evidenziò come la legge n. 27 del 2020 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il giorno 29 aprile ed entrata in vigore il 30 aprile), di conversione del d.l. n. 18 del 2020, pure essendo successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 23 del 2020 (pubblicato in Gazzetta

[1] G. COSTANTINO, *La giustizia da remoto: adelante con … juicio (seconda parte)*, su *GiustiziaInsieme.it*, 2020, p. 2, 3; S. LEUZZI, A. AULETTA, *I processi civili nell' evoluzione della normativa emergenziale*, su *InExecutivis.it*, 2020, p. 3.

Ufficiale il giorno 8 aprile ed entrato in vigore il 9 aprile) avesse mantenuto ferma l'originaria data di cessazione della sospensione dei termini processuali (al 15 aprile), come fissata in origine dal decreto convertito; il risultato, davvero paradossale, sarebbe stato che - a partire dal giorno 30 aprile 2020 - si sarebbe dovuto prendere atto che la sospensione dei termini processuali era venuta meno il precedente 15 aprile e non più il successivo 11 maggio.

In realtà, va considerato che ai sensi dell'art. 15, comma 5, della legge 23 agosto 1988, n. 440, solo le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione (salvo che quest'ultima non disponga diversamente), mentre le norme del decreto-legge non modificate in sede di conversione sono efficaci dalla data indicata nel medesimo (di solito il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale); queste norme, quindi, ben possono essere modificate da successivi atti, aventi eguale forza di legge, come esattamente avvenuto nel caso che ci occupa.

In altre parole, se il Parlamento ha inteso lasciare immutati i termini di cui all'art. 83, commi 1 e 2, del d.l. n. 18 nel corso del procedimento di conversione, il Governo aveva comunque facoltà di intervenire - con un atto avente forza di legge, che naturalmente dovrà essere convertito ai sensi dell'art. 77 Cost. - sugli effetti giuridici prodotti dal decreto-legge, "prorogandone", anche prima della sua conversione, la durata, com'è esattamente avvenuto nella vicenda in discussione.

Dunque, nella prima fase il Governo, con l'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, ha disposto un mero rinvio *ex lege* e non una sospensione dei processi, sicché non ha trovato applicazione l'art. 298, primo comma, c.p.c., a tenore del quale «*durante la sospensione non possono essere compiuti atti del procedimento*»[1].

2.2. (Segue). Le udienze sottratte al rinvio.

Sul modello della disciplina in tema di sospensione feriale, il rinvio d'ufficio per tutte le udienze previste nel periodo qui considerato contemplò talune precise eccezioni, in relazione a quelle controversie reputate "urgenti" dal legislatore.

Invece di ricorrere al tradizionale catalogo delle materie sottratte alla sospensione feriale, di cui all'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941, sia nel soppresso d.l. n. 11 che nel d.l. n. 18, si preferì varare un nuovo elenco, assai più ristretto rispetto a

[1] C. D'ARRIGO, G. COSTANTINO, G. FANTICINI e S. SAIJA, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, su *InExecutivis.it*, 2020, p. 19.

quello "classico" della feriale[1], solo in parte mutuato da quello previsto originariamente per la cd. "zona rossa" dal d.l. n. 9 del 2020[2], il quale a sua volta si ispirava chiaramente all'elencazione prevista dai provvedimenti emergenziali adottati, sempre solo limitatamente ad alcuni territori, in occasioni di altre calamità naturali[3].

L'art. 83, comma 2, lett. a), del d.l. 18 del 2020, con le modifiche apportate in sede di conversione dalla legge n. 27 del 2020 e le ulteriori solo marginali correzioni introdotte dal d.l. n. 28 del 2020 convertito dalla legge n. 70 del 2020, eccettuò dal rinvio d'ufficio le seguenti tipologie di controversie civili:

i) le cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati e ai minori allontanati dalla famiglia, quando dal ritardo può derivare un grave pregiudizio e, in genere, procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona;

---

[1] Rispetto alle materie sottratte alla sospensione feriale, spicca l'assenza delle cause in materia di lavoro e previdenza e di quelle fallimentari.

[2] L'art. 10, comma 1, del d.l. n. 9 del 2020, escludeva il differimento per le «udienze nelle cause di competenza del tribunale per i minorenni, nelle cause relative ad alimenti, nei procedimenti cautelari, nei procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, nei procedimenti di convalida del trattamento sanitario obbligatorio, nei procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, nei procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea, in quelli di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile e in genere nelle cause rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti».

[3] Si veda l'art. 49, comma 1, del d.l. 17 ottobre 2016, n. 189 *recante Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016*, convertito con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, che disponeva la sospensione di tutte le udienze, ad eccezione «*delle cause di competenza del tribunale per i minorenni, delle cause relative ad alimenti, ai procedimenti cautelari, ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, ai procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, a quelli di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile e in genere delle cause rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti*». Disposizioni di uguale tenore si ritrovano nell'art. 6, comma 1, del d.l. 6 giugno 2012, n. 74 recante *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012*", convertito con modificazioni dalla legge 1 agosto 2012, n. 122; e nell'art. 5, comma 1, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39 recante *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*, convertito con modificazioni dalla legge 24 giugno 2009, n. 77.

ii) le cause relative alla tutela dei minori, ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali;

iii) i procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona;

iv) i procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità, incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori, e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute;

v) i procedimenti relativi agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale e tutela giurisdizionale ex art. 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833;

vi) i procedimenti relativi all'interruzione di gravidanza ex art. 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194;

vii) i procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari;

viii) i procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea;

ix) i procedimenti di cui agli artt. 283 (provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello), 351 c.p.c. (provvedimenti sull'esecuzione provvisoria) e 373 c.p.c. (sospensione dell'esecuzione);

x) i procedimenti elettorali di cui agli artt. 22, 23 e 24 del d.lgs. primo settembre 2011, n. 150;

xi) tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti.

Ora l'individuazione delle cause che rientrano nel detto elenco ha assunto subito rilevanza sotto un triplice profilo, al fine di individuare le liti:

1) sottratte al rinvio *ex lege* nella cd. "prima fase";

2) sottratte a rinvii che il capo dell'ufficio avrebbe potuto disporre nella cd. "seconda fase";

3) escluse dalla sospensione di tutti i termini processuali nella cd. "prima fase" e (in parte) anche di quelli sostanziali nella cd. "seconda fase".

E allora, anzitutto, rientravano nell'elenco di cui discute un primo consistente gruppo di procedimenti, tutti accomunati dalla natura, anche solo *lato sensu*, cautelare: si pensi ai procedimenti cautelari (sub iii), ai provvedimenti indifferibili che riguardano l'interdicendo, l'inabilitando, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno (sub iv), ai procedimenti in tema di interruzione della gravidanza (sub. vi),

quelli relativi agli ordini di protezione contro gli abusi familiari (sub vii), i provvedimenti sull'inibitoria delle sentenze rese dai giudici di merito (sub ix),

Per quanto riguarda le cause sub i) e sub viii), si trattava di un contenzioso che *ratione materiae* è riservato, l'uno, al tribunale per i minorenni e, l'altro, alla sezione specializzata in materia di immigrazione e protezione internazionale di cui al d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, recante *Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*, convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017, n. 46.

Il riferimento al tribunale per i minorenni non vale certo ad escludere che solo le cause ivi pendenti siano state sottratte al rinvio, dovendosi al contrario ritenere che, anche nei successivi gradi di giudizio, possano ipotizzarsi situazioni che coinvolgono minori in cui è urgente evitare situazioni di grave pregiudizio.

Deve allora ritenersi che tutti i procedimenti aventi per oggetto la dichiarazione di adottabilità di un minore, quelli che riguardano i minori stranieri non accompagnati, ovvero i minori allontanati dalla famiglia, non siano stati soggetti a differimento anche nei gradi successivi.

Come è stato osservato[1], peraltro, l'elenco delle materie che per legge andavano trattate nonostante la sospensione, è apparso sul punto subito privo di coerenza: infatti le cause relative "ai minori allontanati dalla famiglia" non sono soltanto quelle di competenza del tribunale per i minorenni, poiché, quando esse siano state proposte in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio, restano attribuite alla competenza del tribunale ordinario in base al cd. "criterio della prevenzione"[2].

Va soggiunto che in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020 furono notevolmente ristretti i casi sottratti al rinvio, stabilendosi la necessaria trattazione davanti al tribunale per i minorenni, soltanto per quei procedimenti in cui «*dal ritardo può derivare un grave pregiudizio*»; rimase tuttavia la formula generale che ammetteva sempre la trattazione dei procedimenti di competenza del tribunale per i minorenni, quando «*è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona*».

È comunque ben plausibile, anche alla luce del testo novellato in sede di conversione, che potessero farsi rientrare tra le cause - sempre di competenza del tribunale per i minorenni - sottratte al rinvio *ex lege*, anche quelle previste dall'art. 31, comma terzo, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286-*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, considerato che li si

[1] C. D'ARRIGO, G. COSTANTINO, G. FANTICINI e S. SAIJA, *Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari*, *cit.*, p. 14.

[2] Cass. Sez. 6-1, 23/01/2019, n. 1866 (Rv. 652675 - 01).

discute di «*gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore*», i quali giustificano il rilascio di un permesso di soggiorno al genitore.

Quanto ai procedimenti in materia di immigrazione (sub viii), certamente non furono sottratte al rinvio le controversie, pure di competenza delle citate sezioni specializzate, aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti in tema di protezione internazionale o speciale, le controversie in materia di diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare, permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché relative agli altri provvedimenti in materia di cd. "diritto all'unità familiare", ovvero in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana. E ciò nonostante l'art. 35-*bis*, comma 14, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, come inserito dall'art. 6 del d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017, n. 46, oggi escluda espressamente per i detti procedimenti la sospensione dei termini processuali.

Rimasero invece espressamente esclusi dal rinvio, i provvedimenti di convalida dei provvedimenti relativi all'attuazione dei decreti di espulsione, quelli di allontanamento dal territorio nazionale e trattenimento negli appositi centri, di cittadini stranieri anche dell'Unione europea i cui al d.lgs. n. 286 del 1998.

Le materie che fin dall'adozione del decreto-legge in esame hanno suscitato maggiori dubbi, furono senz'altro quelle indicate sub ii).

Invero, tra le cause relative ad «*alimenti o ad obbligazioni alimentari*» derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, a stretto rigore dovrebbero ritenersi incluse solo quelle di cui agli artt. 433 e 448-*bis* c.p.c., comprese le cause relative alla determinazione dell'assegno provvisorio ex art. 446 c.p.c.

Non sarebbero state sottratte al differimento, quindi, le udienze presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c. e le cause di separazione e divorzio, anche in considerazione della mancanza di un richiamo alle cause di cui agli artt. 337-*ter* e 155 ss. c.c.[1].

Tuttavia, occorre segnalare che la relazione illustrativa al decreto-legge in esame, affermava testualmente che la formula utilizzata nell'art. 83 ricalca quella di cui all'art. 1 del Reg. 4/1999/CE del Consiglio[2], al dichiarato scopo di evitare

[1] Così il parere ex art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, reso dal Consiglio Superiore della Magistratura nel *plenum* del 25 marzo 2020.

[2] Il Reg. CE n. 4/2009 del Consiglio adottato il 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, si applica estensivamente, ai sensi dell'art. 1, comma 1, «*alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità*».

interpretazioni riduttive: in questo modo restavano sottratte al differimento, tutte le cause nella quali è controverso un obbligo alimentare tra coniugi o conviventi o verso i figli, come quelle di cui ai citati artt. 337-*ter* e 155 c.c.

In definitiva, aderendo ad una interpretazione conforme alla relazione illustrativa, occorreva ricomprendere nelle materie sottratte tutte le cause - e non sono certo un numero trascurabile - di separazione o divorzio, nelle quali si controverte sull'assegno di mantenimento in favore dei figli, dove l'aspetto assistenziale è *in re ipsa*, ovvero anche sulle pretese economiche del solo coniuge o dell'ex coniuge, quando questo onere abbia profili esclusivamente alimentari.

Non va comunque trascurato che la S.C. ha sempre costantemente affermato che il carattere di eccezionalità della norma dettata dall'art. 3 della legge n. 742 del 1969, il quale ponendo una precisa deroga per i soli procedimenti indicati nell'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941, al principio generale di sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale, comporta che non possa esserne estesa l'applicazione a tipologie di controversie diverse da quelle espressamente richiamate. Pertanto, la deroga alla predetta sospensione nel periodo che va oggi dal 1 al 31 agosto, prevista per le «*cause civili relative ad alimenti*», non si estende alle diverse controversie concernenti la misura dell'assegno di mantenimento in favore dei figli, in regime di separazione dei coniugi, nonché a quelle relative all'assegno divorzile[1].

Peraltro, con l'inequivoco obiettivo di ridurre grandemente la portata della deroga al rinvio, in sede di conversione del d.l. n. 18, fu previsto che tutte le cause "alimentari" fossero sottratte al differimento «*nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali*»: in questo modo si ricondusse la trattazione dei ricorsi nella detta materia, esclusivamente a quelle situazioni in cui, in definitiva, erano in gioco "diritti primari" delle parti in lite, sempre che potessero subire un nocumento per effetto del differimento dell'udienza.

Con l'art. 3 del d.l. n. 28 del 2020, novellando l'art. 83 in commento, si precisò che anche i procedimenti celebrati innanzi al tribunale ordinario, che avessero per oggetto la «*tutela dei minori*» (si pensi alla cd. "volontaria giurisdizione" riferita a persone minori di età), erano sottratti al differimento, purché naturalmente incombesse un pregiudizio per i bisogni essenziali dei medesimi.

---

[1] Cass. Sez. 1, 23/01/2019, n. 1874 (Rv. 652681 - 01); Cass. Sez. 1, 30/07/2009, n. 17750 (Rv. 609412 - 01); Cass. Sez. 1, 27/03/1997, n. 2731 del (Rv. 503325 - 01); Cass. Sez. 1, 20/04/1995, n. 4456 (Rv. 491936 - 01); Cass. Sez. 1, 07/03/1990, n. 1800 (Rv. 465714 - 01); Cass. Sez. 1, 19/03/1980, n. 1819 (Rv. 405423 - 01); Cass. Sez. 1, 21/07/1978, n. 3614 (Rv. 393115 - 01).

In occasione della conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020, il Senato introdusse tra le materie sottratte al rinvio quella elettorale (sub x)[1], prevedendo espressamente che le azioni popolari e in genere le controversie concernenti l'eleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità dei candidati nelle elezioni comunali provinciali e regionali (art. 22 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150) e in quelle per il parlamento europeo (art. 23), nonché tutte le cause in tema di elettorato attivo (art. 24), non erano soggette al rinvio *ex lege*; la precisazione venne reputata certamente opportuna[2], considerato che le cennate norme prevedono che le relative controversie, ancorchè non inserite tra quelle espressamente soggette alla sospensione feriale dei termini ai sensi della legge n. 742 del 1969, sono sempre trattate «*in ogni grado in via di urgenza*»[3].

Come nell'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941 e in tutte le altre norme che hanno previsto il rinvio delle udienze in occasione di eventi calamitosi, anche nell'art. 83, comma 3, lett. a) del d.l. n. 18 del 2020, fu introdotta una clausola di salvaguardia, che consentiva di integrare *ope iudicis* l'elenco delle cause sottratte, quando la «*ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti*» (sub xi).

Il procedimento per la dichiarazione d'urgenza su iniziativa del giudice, secondo il modello tradizionale, prevede un provvedimento del capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, un provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile.

---

[1] Per un banale errore del legislatore, nel testo del comma 2, lett. a), dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, uscito all'esito della sua conversione in legge, dopo il richiamo ai procedimenti elettorali sottratti al rinvio, seguiva la frase «*In quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile*». Come nota A. MENGALI, *La sospensione speciale dei processi civili nell'emergenza Covid19: (non è) tutto chiaro*, su *Judicium.it*, 2020, p. 6, con l'art. 3, comma 1, lett. a), n. 1), del d.l. n. 28 del 2020 si è posto rimedio all'errore.

[2] Peraltro l'art. 1 del d.l. 20 aprile 2020, n. 26-*Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020* ha differito tutte le elezioni per i consigli comunali e regionali nella seconda metà del corrente anno, stabilendo altresì che eventuali elezioni suppletive per i seggi che si dovessero rendere vacanti nel Parlamento italiano entro il 31 luglio 2020, siano celebrate entro duecentoquaranta giorni dalla relativa vacanza, anziché entro gli ordinari novanta giorni.

[3] E infatti possono essere trattate nel periodo feriale: Cass. Sez. 1, 29/11/2007, n. 25005 (Rv. 600726 - 01).

2.3. (Segue). La sospensione dei termini processuali.

L'art. 83, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020 dispose poi che «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali».

Come anticipato, con l'art. 36 del d.l. n. 23 del 2020, il termine finale venne "prorogato" al giorno 11 maggio 2020.

Mentre il soppresso art. 1, comma 2, del d.l. n. 11 del 2020, semplicemente enunciava che erano «*sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma* 1»[1] - utilizzando la medesima formula prevista dall'art. 1 della legge n. 742 del 1969 - il comma 2 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, precisò in maniera opportuna che si intendevano sospesi tutti i termini:

i) per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione;

ii) per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi;

iii) per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali;

iv) compresi quelli c.d. "a ritroso".

La sospensione dei termini operava poi per tutti gli atti processuali, compresi quelli necessari per avviare un giudizio di cognizione o esecutivo (atto di citazione o ricorso, ovvero atto di precetto), come per quelli di impugnazione (appello o ricorso per cassazione).

Venne così espressamente confermato l'orientamento della S.C., a tenore del quale la nozione di "termine processuale" secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, essendo espressione di un principio immanente nel nostro ordinamento, non può ritenersi limitata all'ambito del compimento degli atti

[1] L'infelice formula utilizzata, nel d.l. n. 11 del 2020, dal legislatore, aveva già sollevato i primi dubbi tra chi riteneva che soltanto i termini dei procedimenti rinviati ai sensi del comma 1 dell'art. 1, fossero quelli effettivamente soggetti alla sospensione ivi prevista. La relazione illustrativa al decreto-legge, peraltro, aveva subito mostrato di accogliere la tesi largheggiante: «*con disposizione di portata generale, riferita a tutti i procedimenti e processi civili e penali pendenti, anche quando non sia fissata udienza nel periodo interessato, dispone la sospensione di tutti i termini per il compimento di qualsiasi attività processuale, ivi inclusi gli atti di impugnazione*».

successivi all'introduzione del processo, dovendo invece estendersi anche ai termini entro i quali lo stesso deve essere instaurato, purché la proposizione della domanda costituisca l'unico rimedio per la tutela del diritto che si assume leso[1].

Opportunamente, il legislatore urgente del d.l. n. 18 del 2020 stabilì che del periodo compreso tra il giorno 9 marzo e il 30 giugno, non si tenesse conto ai fini dell'equa riparazione di cui all'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (la cd. "legge Pinto"), per tutti i procedimenti in cui vi fosse stato un rinvio dell'udienza già fissata. In precedenza, invece, il comma 5 dell'art. 2 del d.l. n. 11 del 2020, escludeva dal computo soltanto il periodo intercorso tra una udienza e l'altra, con un limite massimo di tre mesi da conteggiare a partire dal 31 maggio 2020.

Per completezza va ricordato che gli effetti sospensivi - dal 9 marzo fino al 11 maggio - valevano anche in relazione ai termini accordati per lo svolgimento di qualunque attività, sia nei procedimenti di mediazione previsti dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti.

Il comma 20 dell'art. 83 del decreto-legge in commento, come modificato in sede di conversione in legge, stabilì che la sospensione dei termini si producesse a condizione che «*i predetti procedimenti siano stati introdotti o risultino già pendenti a far data dal* 9 *marzo fino al* 15 *aprile* 2020».

Ora, considerato che le disposizioni dell'art. 36, comma 1, del d.l. n. 23 del 2020, che hanno prorogato al giorno 11 maggio il termine precedentemente fissato al 15 aprile, si applicano «*in quanto compatibili*» ai procedimenti di cui al comma 20, dovrebbe ritenersi che anche per le mediazioni la sospensione *ex lege* sia stata estesa a tutti i procedimenti comunque promossi fino al giorno 11 maggio 2020. Opportunamente, l'art. 3, comma 1, lett. h), del d.l. n. 28 del 2020, convertito dalla legge n. 70 del 2020, per fugare ogni residuo dubbio, ha espressamente disposto la sostituzione del termine del 15 aprile con quello del 11 maggio all'interno del detto comma.

Per i termini a ritroso, infine, il comma 2, seconda parte, dell'art. 83, in maniera sicuramente innovativa, stabilì che quando il detto termine ricadeva, in tutto o in

[1] Cass. Sez. 6-1, 14/01/2016, n. 442 (Rv. 638255 - 01); Cass. Sez. 1, 11/11/2011, n. 23638 (Rv. 620391 - 01); Cass. Sez. 1, 25/10/2007, n. 22366 (Rv. 600186 - 01).

parte nel periodo di sospensione, doveva essere differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine, in modo da consentirne il pieno rispetto.

Il termine cui ha riguardo il legislatore è dunque l'intero termine a difesa, calcolato a ritroso dalla data d'udienza, che deve tutto decorrere successivamente al venir meno della sospensione; se ci fosse stata anche sola una sua frazione che risultava essere decorsa nel periodo di sospensione, le udienze dovevano essere rinviate[1].

La scelta del legislatore si è mostrata parzialmente diversa rispetto all'opzione ermeneutica fatta propria in passato dalla S.C., che, appunto in tema di sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale, aveva affermato che siffatta sospensione comporta semplicemente la sottrazione del medesimo periodo dal relativo computo[2]; come è stato osservato, peraltro, mentre nel caso di sospensione feriale le parti sanno già in anticipo il periodo in cui i termini saranno sospesi, nel caso della eccezionale sospensione dei termini intervenuta nel corso dell'anno 2020, i difensori si sono trovati di fronte ad una situazione del tutto imprevedibile[3].

Resta infine da ribadire che la sospensione di tutti termini, siano essi processuali o sostanziali, non poteva essere invocata per tutte quelle controversie che rientravano nell'elencazione di cui si è trattato in precedenza, prevista dall'art. 83, comma 3, lett. a), del d.l. n. 18 del 2020.

2.4. (Segue). Le altre misure processuali.

Nel corso della conversione in legge del d.l. n. 18, il Parlamento introdusse alcune norme sparse, tese ad assicurare la sospensione non di singoli termini processuali ma dell'esecuzione di taluni provvedimenti, ovvero addirittura di una intera procedura. Così l'art. 54-*ter* del d.l. n. 18 ha stabilito la sospensione di ogni

---

[1] M. DE CRISTOFARO, *Termini a ritroso e "sospensione per pandemia"*, su *GiustiziaInsieme.it*, p. 5.

[2] Cass. Sez. 2, 17/05/2010, n. 12044 (Rv. 613325 - 01). In quel caso si è affermato che ai fini della costituzione del convenuto in primo grado, il termine di venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione, il cui rispetto è necessario per la proposizione della domanda riconvenzionale, va calcolato, ove sia indicata un'udienza per una data successiva al compimento del periodo feriale ma tale che il termine di venti giorni ricada in detto periodo, mediante un conteggio a ritroso che in detta frazione temporale incontra una parentesi oltre la quale il conteggio stesso deve proseguire fino ad esaurimento.

[3] M. DE CRISTOFARO, *Termini a ritroso e "sospensione per pandemia"*, cit., 6; D. GRAMAGLIA, *Chiusura uffici giudiziari e sospensione dei termini nel processo civile. Primo commento sulla disposizione che riguarda i termini "a ritroso"*, su *Judicium.it*, 2020, p. 3.

«*procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare*» sulla prima casa del debitore, a decorrere dal 30 aprile 2020 e per un intero semestre[1].

Successivamente, l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 137 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176 del 2020, ha prorogato detto termine fino al 31 dicembre 2020, dichiarando altresì «*inefficace*» ogni procedura esecutiva promossa, nelle more dell'entrata in vigore della detta legge di conversione, sull'abitazione principale del debitore.

E ancora, l'art. 13, comma 14, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, recante Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea, in corso di conversione, ha prorogato l'originario termine, previsto dall'art. 54-ter del d.l. n. 18, fino al 30 giugno 2021.

Già, a sua volta, l'originario art. 103, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, prevedeva la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili anche ad uso non abitativo; il termine, fissato in origine nel testo del decreto-legge fino al 30 giugno 2020, è stato prolungato fino al 1 settembre 2020 in sede di conversione in legge e, poi, dall'art. 17-*bis*, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 2020, fino al 31 dicembre 2020.

Di nuovo, il cennato d.l. n. 183 del 2020, attraverso il comma 13 dell'art. 13, ha prorogato detta sospensione dell'esecuzione fino al 30 giugno 2021, limitandola peraltro ai soli provvedimenti di rilascio spiccati per mancato pagamento del canone locativo e a quelli conseguenti al trasferimento - a seguito di vendita forzata - di immobili abitati dal debitore esecutato o da suoi familiari.

Infine, l'art. 117, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, ha stabilito che nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale «*non possono essere intraprese o proseguite azioni esecutive*», restando addirittura privi di effetti i pignoramenti effettuati prima della data di entrata del medesimo decreto-legge (19 maggio 2020); il descritto blocco delle azioni esecutive, inizialmente fissato fino al 31 dicembre 2020, risulta ora prorogato fino al 31 dicembre 2021 per effetto di quanto disposto dall'art. 3, comma 8, del d.l. n. 183 del 2020, ancora in corso di conversione.

[1] Per approfondimenti, S. LEUZZI, R. ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*, su *Ilcaso.it*, 2020.

Vanno poi segnalate ulteriori disposizioni intervenute, senza alcuna apparente sistematicità, su taluni termini processuali nell'ambito delle sole procedure concorsuali[1].

Così, l'art. 9 del d.l. n. 23 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 40 del 2020, ha stabilito che i termini per l'adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione già omologati, aventi scadenza nel periodo tra il 23 febbraio 2020 e il 31 dicembre 2021, sono prorogati di sei mesi. Per le procedure di concordato in cui è ancora pendente la fase di omologazione è prevista la concessione di ulteriori termini per proporre una nuova proposta ovvero anche soltanto per modificarla; eccezionalmente è altresì prevista la possibilità nella fase del concordato preventivo con riserva di ottenere un ulteriore termine di novanta giorni - oltre a quelli accordati dall'art. 161, comma sesto, l.fall. - per il deposito della proposta e del piano.

Inoltre, l'art. 10 del ridetto d.l. n. 23 del 2020 ha imposto *tout court* una dichiarazione di "improcedibilità" per le istanze di fallimento e per quelle tese alla dichiarazione dello stato di insolvenza delle società soggette a liquidazione coatta amministrativa, che siano state depositate nelle cancellerie dei tribunali italiani nel periodo compreso tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020.

Restavano sottratte alla detta improcedibilità, come ha chiarito il comma 2 del detto art. 10, modificato in sede di conversione:

i) le istanze di fallimento presentate dall'imprenditore in proprio, quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di covid-19;

ii) le istanze formulate da chiunque in pendenza di una procedura di concordato preventivo;

iii) le richieste presentate dal P.M., purché accompagnate dall'istanza di misure cautelari o in presenza dei presupposti (pendenza di un procedimento penale, ovvero fuga, irreperibilità o latitanza dell'imprenditore, chiusura dei locali, etc.) di cui all'art. 7, n. 1), l.fall.

2.5. (Segue). La sospensione dei termini sostanziali.

Quanto ai termini di natura sostanziale, va subito ricordato che il d.l. n. 9 del 2020, limitatamente a soggetti residenti negli undici comuni situati nella cd. "zona rossa", stabilì che «*il decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e*

[1] Per tutti, si veda D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, su *Il fallimentarista.it*, 2020.

processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 *febbraio* 2020 *fino al* 31 *marzo* 2020 *e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione*».

Al contrario, nulla sulla sospensione dei detti termini era scritto nell'ormai abrogato d.l. n. 11 del 2020.

L'art. 83, comma 8, del d.l. n. 18 del 2020, come novellato in maniera del tutto marginale in sede di conversione[1], ha previsto invece espressamente che «*per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma* 7 *che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi*».

La norma in parola, tuttavia, non è affatto perspicua e si presta a qualche considerazione critica[2].

Il riferimento testuale a "prescrizione e decadenza" richiama quei termini di natura extraprocessuale relativi all'instaurazione del processo, che non possono essere interrotti da una diffida o da altro atto stragiudiziale, ma richiedono necessariamente la proposizione della domanda giudiziale.

Si pensi, ad esempio, ai termini di decadenza previsti dall'art. 1137, comma secondo, c.c., e dall'art. 2377, comma sesto, c.c. per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari condominiali e delle società per azioni, a quelli indicati dall'art. 2287, comma secondo, c.c. per l'opposizione all'esclusione del socio di società di persone, dall'art. 2479-*ter*, comma primo, c.c. per l'impugnazione delle decisioni dei soci di società a responsabilità limitata, dagli artt. 2503, comma secondo, e 2506-*ter*, comma quinto, c.c. per l'opposizione alla fusione e alla scissione da parte dei creditori, dall'art. 244, commi primo e secondo, c.c. per la proposizione dell'azione di disconoscimento di paternità, e dall'art. 6, della legge 15 luglio 1966, n. 604 per l'impugnazione dei licenziamenti individuali[3]; ovvero al termine di prescrizione dell'azione revocatoria che, secondo un orientamento giurisprudenziale

---

[1] All'originario riferimento ai provvedimenti del capo dell'ufficio «*di cui ai commi 5 e 6*» è stato opportunamente sostituito il richiamo ai provvedimenti «*di cui al comma 7*», dove sono compendiate tutte le misure che spettano ai capi degli uffici.

[2] Cfr. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, su *GiustiziaCivile.com*, 2020.

[3] L'elenco è tratto da F. SANTAGADA, *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale Covid-19*, su *Judicium.it*, 2020, p. 3.

ormai consolidato, può essere interrotto soltanto con la proposizione della domanda giudiziale[1].

Invero, a differenza di quanto scritto nel d.l. n. 9 del 2020, il comma 8 dell'art. 83 non dispone seccamente la sospensione *ex lege* dei termini sostanziali comportanti "prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto", come sarebbe stato logico, ma in maniera difficilmente comprensibile aggancia la sospensione dei ridetti termini a due condizioni: a) che siano stati adottati i provvedimenti organizzativi che spettano ai capi degli uffici (e solo durante il periodo di loro efficacia); b) che si tratti di diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento di attività processuali precluse.

Dunque, secondo questa interpretazione letterale, la prescrizione e la decadenza resterebbero sospese, dal 9 marzo fino al 30 giugno, solo a condizione che siano stati assunti provvedimenti organizzatori da parte dei capi degli uffici e per la durata dei detti provvedimenti.

Nei primi commenti è stata addirittura ipotizzato che, poiché l'art. 83, comma 2, del d.l. n. 18, nel disporre espressamente la sospensione dei soli termini "processuali" non richiama mai quelli "sostanziali", di prescrizione e di decadenza, una siffatta sospensione potrebbe riguardare soltanto quei termini - appunto sostanziali - che decorrono tra il giorno 12 maggio e il 30 giugno del 2020[2].

Per la cd. "prima fase", allora, si dovrebbe arrivare alla inevitabile conclusione che, in difetto di una espressa disposizione, i termini sostanziali di prescrizione e decadenza non risultano mai sospesi, anche perché né il decreto-legge in commento e neppure le altre misure aventi rango di legge adottate a causa dell'emergenza epidemiologica, precludono in maniera assoluta l'esercizio del diritto di agire in giudizio con la necessaria difesa tecnica[3].

In particolare, si è evidenziato come, pure in costanza della sospensione processuale dei termini, rimane consentito alle parti impedire le decadenze ed interrompere le prescrizioni, perche dinanzi ai tribunali ed alle corti di appello la proposizione della domanda può compiersi anche per via telematica - anzi, è obbligatorio il deposito telematico anche degli atti processuali introduttivi -, mentre davanti alla Corte di cassazione non è mai preclusa la proposizione del ricorso (e,

[1] Cass. Sez. 1, 12/09/2019, n. 22827 (Rv. 655301 - 01); Cass. Sez. 1, 26/07/2012, n. 13302 (Rv. 623392 - 01); Cass. Sez. 2, 15/02/2007, n. 3379 (Rv. 594734 - 01).

[2] A. SCARPA, *Covid-19 e sospensione dei termini sostanziali*, su *GiustiziaInsieme.it*, 2020, p. 5, 6.

[3] A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 5.

dunque, l'esercizio del diritto di impugnazione), ma, eventualmente, solo il suo successivo deposito. La norma in esame, in sostanza, sarebbe sostanzialmente inutile, alla luce del dato fattuale che in nessun ufficio giudiziario italiano è stata disposta la serrata dei locali, rimanendo sempre comunque garantito il compimento degli atti urgenti[1].

Siffatte conclusioni, tuttavia, non appaiono persuasive: anzitutto sul piano sistematico appare difficile immaginare come dotata della necessaria ragionevolezza, una disciplina che sospenda la decorrenza dei termini sostanziali soltanto nella cd. "seconda fase", quando pacificamente i termini processuali non sono più sospesi, mentre farebbe addirittura decorrere tutti indiscriminatamente i termini sostanziali nella cd. "prima fase", cioè durante la sospensione di tutti quelli processuali[2].

Va soggiunto che non è esatto affermare che l'art. 83, comma 8, si riferisce espressamente soltanto alla cd. "seconda fase", perché taluni tra i provvedimenti organizzativi previsti dal comma 7 dell'art. 83, cui rinvia la disposizione di cui si discute, possono essere assunti dai capi degli uffici, ai sensi del comma 5 dell'art. 83, anche «*nel periodo di sospensione dei termini e limitatamente all'attività giudiziaria non sospesa*».

È vero, poi, che nella cd. "prima fase" ai difensori delle parti non è stato precluso il compimento di quegli atti processuali che determinano l'interruzione della prescrizione ed evitano le decadenze, ma allora dovrebbe dubitarsi della stessa ragion d'essere di una disposizione (quella appunto contenuta nel comma 2 dell'art. 83), che invece sospende indiscriminatamente i termini per il compimento di tutti gli atti processuali di qualsivoglia natura, salve le eccezioni viste per le materie sottratte.

Neppure può essere trascurato del tutto il dato che emerge dalla relazione illustrativa, dove a proposito del secondo comma dell'art. 83, si legge che il legislatore urgente ha inteso espressamente dilatare gli effetti della disposta sospensione dei termini processuali «*oltre i confini della "pendenza del procedimento"* », al fine di «*neutralizzare ogni effetto negativo che il massivo differimento delle attività processuali avrebbe potuto dispiegare sulla tutela dei diritti per effetto del sostanziale decorso dei termini processuali*».

---

[1] A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, cit., p. 6.

[2] F. SANTAGADA, *La sorte dei termini di prescrizione e decadenza nella legislazione emergenziale Covid-19*, cit., p. 4, 5.

Pare allora più persuasivo sostenere che la sospensione dei termini sostanziali, di prescrizione e decadenza, deve restare ferma quando l'atto processuale sia comunque strumento indefettibile per evitare prescrizioni e decadenze nella fase di sospensione *ex lege* di tutti i termini processuali (quella che va dal 9 marzo al 11 maggio), perché a prescindere dalla astratta possibilità di compiere un atto processuale, quello che conta è che l'atto - per ragioni legate all'attuale emergenza epidemiologica - non è esigibile.

Mentre, a partire dal 12 maggio e fino al 30 giugno, la sospensione dei medesimi termini sostanziali potrà essere invocata, da chi ne abbia interesse, in presenza delle condizioni sopra esposte: vale a dire soltanto quando i capi degli uffici giudiziari abbiano assunto misure organizzative che precludano, appunto, il compimento di quegli atti che necessariamente occorre compiere per interrompere la prescrizione o la decadenza.

Si tratta naturalmente di una soluzione, quella sopra esposta, che presta il fianco a dubbi e incertezze, assai pericolosi in una materia come quella relativa a prescrizioni e decadenze.

Va soggiunto che il quadro normativo è vieppiù complicato dalla circostanza che, sia nel testo iniziale del d.l. n. 18 che in quello risultante all'esito del procedimento di conversione in legge, furono introdotte una serie di disposizioni che sospendono *ad hoc* i termini di prescrizione o decadenza, in relazione a talune fattispecie peculiari e per periodi neppure coincidenti con quelli fissati nell'art. 83.

Così l'art. 34 del d.l. n. 18 del 2020 ha sospeso, a decorrere dal 23 febbraio 2020 ma soltanto fino al primo giugno 2020, il decorso dei termini di decadenza e di prescrizione relativi alle prestazioni previdenziali, assistenziali e assicurative erogate dall'INPS e dall'INAIL; l'art. 42, per il medesimo periodo, ha sospeso il decorso dei termini di decadenza e prescrizione «*relativi alle richieste di prestazioni erogate dall'INAIL*».

E ancora, il comma 6-*bis* dell'art. 103 del d.l. n. 18 stabilì che il termine di prescrizione quinquennale per le sanzioni amministrative in materia di lavoro e della legislazione sociale, era da ritenersi sospeso dal 23 febbraio 2020 al 31 maggio 2020. Per il medesimo periodo venne sospeso anche il termine ex art. 14 della legge n. 689 del 1981 - che decorre dall'accertamento -, entro cui la violazione amministrativa deve essere notificata agli interessati (di novanta giorni per i residenti in Italia e di trecentosessanta giorni per quelli residenti all'estero).

Il comma 1 dell'art. 108 del d.l. n. 18 del 2020, poi, come modificato dall'art. 46, comma 1, lettera a), numeri 1), 2) e 3) del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, fissò talune modalità di notifica degli atti giudiziari a mezzo posta nel periodo compreso tra il 17 marzo 2020 e fino al 31

luglio 2020, stabilendo in particolare che l'agente postale potesse omettere di raccogliere la firma del destinatario.

Il comma 1-*bis* del detto art. 108, inserito all'atto della conversione in legge, dispose, da un lato, che per le dette notifiche già eseguite, la cd. "compiuta giacenza" iniziava a decorrere soltanto a decorrere dal 30 aprile 2020 e, dall'altro, che «*i termini sostanziali di decadenza e prescrizione di cui alle raccomandate con ricevuta di ritorno inviate nel periodo in esame sono sospesi sino alla cessazione dello stato di emergenza*». Questa disposizione, peraltro, risulta integralmente abrogata dall'art. 46, comma 1, lettera b), del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020.

Infine, merita di essere ricordato che l'art. 11, comma 1, del d.l. n. 23 del 2020, come modificato in sede di conversione e successivamente sostituito dall'art. 76, comma 1, lettera a), del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126, ha sospeso i termini di scadenza, maturati durante il periodo che va dal 9 marzo al 31 agosto 2020, relativamente ai vaglia cambiari, alle cambiali, agli altri titoli di credito e, in genere, ad «*ogni altro atto avente efficacia esecutiva*», purché si sia trattato di titoli emessi prima del 9 aprile 2020, data di entrata in vigore del medesimo decreto-legge.

A sua volta, il comma 3 del ridetto art. 11, ha disposto che i protesti levati dal 9 marzo 2020 fino al 31 agosto 2020, non dovevano essere trasmessi dai pubblici ufficiali alle camere di commercio e, ove già pubblicati, queste ultime avrebbero dovuto provvedere d'ufficio alla loro cancellazione.

3. La cd. "seconda fase". Le misure previste.

Soppresse quindi tutte le udienze civili nel periodo oggetto di sospensione *ex lege*, il legislatore ha poi immaginato una "seconda fase", nella quale era consentita una attività processuale, purché si fosse tenuto conto delle due principali finalità esplicitate nel comma 6 dell'art. 83: «*contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*», nonché «*evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone*»[1].

Ai sensi del combinato disposto dell'art. 83, comma 2, del ridetto d.l. n. 18 e dell'art. 36, comma 1, del d.l. n. 23, la cd. "seconda fase" prese avvio dal giorno 12 maggio e si è protratta fino al 30 giugno 2020.

Come ricordato in precedenza, l'inedita scelta del legislatore urgente del 2020, sia nel soppresso d.l. n. 11 del 2020 che nel successivo d.l. n. 18 del 2020, è stata

[1] Così l'art. 83, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020.

quella di affidare ai capi degli uffici giudiziari il compito di adottare una serie di misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, che risultavano di volta in volta ritenute più idonee ad affrontare i rischi derivanti dal contagio epidemiologico in atto.

In particolare, tutti i capi degli uffici giudiziari italiani sono stati chiamati ad adottare una o più tra le misure offerte nel *tabloid* governativo, dopo avere acquisito il parere dell'autorità sanitaria regionale - per il tramite del presidente della giunta della regione - e del consiglio dell'ordine degli avvocati competente per territorio, d'intesa con il presidente della corte d'appello e con il procuratore generale della Repubblica.

Per assicurare il raggiungimento delle finalità di cui al comma 6 dell'art. 83, a norma del successivo comma 7, i dirigenti degli uffici giudiziari potevano adottare le seguenti misure organizzative:

a) restrizioni degli accessi del pubblico;

b) limitazioni dell'orario di apertura degli uffici ovvero, in via residuale e solo per

gli uffici che non erogano servizi urgenti, la chiusura al pubblico;

c) regolamentazione dell'accesso ai servizi, previa prenotazione, curando che gli utenti siano scaglionati con convocazioni per orari fissi;

d) adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze;

e) celebrazione delle udienze a porte chiuse, nei processi civili e penali;

f) trattazione da remoto delle udienze civili, quando non sia richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, mediante collegamenti telematici conformi ai provvedimenti adottati dalla D.G.S.I.A. (è la cd. "udienza telematica");

g) rinvio a data successiva al 30 giugno 2020 delle udienze dei procedimenti civili e penali, con esclusione di quelle relative ai procedimenti di cui al comma 3 dell'art. 83;

h) celebrazione delle udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, mediante scambio documentale e deposito del provvedimento fuori udienza (si tratta della cd. "udienza cartolare");

h-*bis*) svolgimento dell'attività degli ausiliari del giudice con collegamenti da remoto, tali da salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti[1].

Va soggiunto che nel medesimo art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, come successivamente interpolato, prima in sede di conversione in legge e poi con il d.l. n. 28 del 2020, il legislatore introdusse talune ulteriori misure processuali tese a favorire il distanziamento sociale e in particolare:

1) l'obbligatorietà del deposito telematico, nei soli uffici in cui era operante il processo civile telematico, anche degli atti introduttivi e dei provvedimenti giurisdizionali (art. 83, commi 11 e 11.1);

2) la possibilità, nei soli procedimenti civili pendenti innanzi alla Corte di cassazione, di depositare atti e i documenti di parte in modalità telematica, previo provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. (art. 83, comma 11-*bis*);

3) la possibilità di tenere le camere di consiglio mediante collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. (art. 83, comma 12-*quinquies*).

Proprio al fine di indirizzare i capi degli uffici giudiziari italiani, su come esercitare il potere previsto dai commi 5 e 6 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, con delibera del 26 marzo 2020, il Consiglio Superiore della Magistratura stabilì apposite "*Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID* 19".

Nelle dette linee guida il CSM segnalò ai capi degli uffici, almeno per il settore civile, l'opportunità di invitare i magistrati in servizio presso gli uffici giudiziari a:

i) disporre i rinvii delle udienze civili con provvedimenti telematici e non cartacei;

ii) rinviare le udienze già differite *ex lege* comunque a date successive al 30 giugno 2020, salvo comprovate ragioni di urgenza;

iii) emettere la "dichiarazione di urgenza", in relazione ai procedimenti civili «la *cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti*», ex art. 83, comma 3, lett. a), del d.l. n. 18 del 2020, tenendo conto della necessità di contemperare l'interesse delle parti, in relazione al pregiudizio specificamente rappresentato, e quello della salvaguardia del bene primario della salute pubblica;

iv) valutare, anche per i procedimenti indicati nell'art. 83, comma 3, lett. a), il rinvio dell'udienza ove, in presenza di diritti disponibili, siano le parti medesime a richiederlo;

---

[1] Lettera aggiunta in sede di conversione dalla legge n. 27 del 2020.

v) incentivare il deposito in via telematica delle istanze che le parti intendano formulare, e, altresì, la trattazione in via telematica delle stesse da parte dei magistrati.

Il C.S.M., infine, sempre nelle ricordate linee guida, invitò poi direttamente i capi degli uffici a promuovere:

i) per le udienze civili che non possono essere differite, ai sensi dell'art. 83, comma 3, del d.l. n. 18 del 2020, lo svolgimento mediante collegamenti da remoto;

ii) per le altre udienze civili che non verranno differite, il ricorso alle modalità della trattazione scritta;

iii) la stipula di protocolli con i consigli dell'ordine degli avvocati locali, per individuare modalità condivise di partecipazione da remoto di tutti i soggetti del processo, ovvero modalità condivise della gestione dell'udienza a cd. "trattazione scritta";

iv) lo svolgimento anche delle camere di consiglio, mediante collegamento dei giudici da remoto.

4. La cd. "terza fase". L'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020.

Come si è anticipato, a partire dal primo luglio 2020, nonostante il Governo non avesse ancora disposto la cessazione dello stato di emergenza, nella trattazione dei procedimenti civili davanti agli uffici giudiziari italiani hanno ripreso efficacia le norme processuali ordinarie, come in precedenza derogate dalle disposizioni contenute nel citato art. 83 del d.l. n. 18 del 2020.

E tuttavia, a partire dal 19 luglio 2020, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (avvenuta il giorno prima) dalla legge n. 77 del 2020, di conversione con modificazioni del d.l. n. 34 del 2020, sono entrate in vigore tutte le disposizioni contenute nell'art. 221 del detto decreto-legge, come introdotte appunto in sede di sua conversione, e, in particolare, quelle dettate dai nuovi commi da 3 a 10.

Più in dettaglio, la detta normativa, preso atto dell'intervenuta cessazione degli effetti delle disposizioni contenute nell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, ha disposto relativamente ai procedimenti civili:

i) l'obbligatorietà del deposito degli atti introduttivi con modalità telematiche «*Negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico*» (art. 221, comma 3). Siamo di fronte ad una disposizione che di fatto proroga l'obbligatorietà già prevista dall'art. 83, comma 11, del d.l. n. 18 del 2020;

ii) la facoltà del giudice di stabilire che l'udienza, quando non sia prevista la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, sia sostituita dal «*deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni*» (art. 221, comma 4). Si tratta

della medesima udienza "cartolare", già disciplinata dall'art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. n. 18 del 2020;

iii) la possibilità, nei soli procedimenti civili pendenti innanzi alla Corte di cassazione, che gli atti e i documenti dei difensori siano depositati in modalità telematica, previo provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. (art. 221, comma 5). È la medesima disposizione già contenuta nell'art. 83, comma 11-*bis*, del d.l. n. 18 del 2020[1];

iv) la possibilità che «l'udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice», si svolga «mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia»[2] (art. 221, commi 6 e 7). È la c.d. "udienza civile telematica", già prevista dall'art. 83, comma 7, lett. f), del d.l. n. 18 del 2020;

v) la facoltà di sostituire il giuramento reso dal c.t.u. in apposita udienza, con «*una dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico*» (art. 221, comma 8).

Quanto all'efficacia temporale delle descritte norme processuali, il comma 2 dell'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, ne fissava il termine ultimo «*al* 31 *ottobre* 2020»; successivamente l'art. 1, comma 3, lett. a) e lett. b), n. 7), del d.l. 7 ottobre 2020, n.

---

[1] Con provvedimento del Direttore generale D.G.S.I.A. datato 27 gennaio 2021, è stata accertata, a decorrere dal 31 marzo 2021, presso la Corte di cassazione l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche nonché la funzionalità dei servizi di comunicazione del settore civile, per il deposito telematico degli atti processuali e dei documenti da parte dei difensori delle parti.

[2] I primi provvedimenti del Direttore generale D.G.S.I.A. datati 10 marzo 2020 e 20 marzo 2020, stabilivano entrambi, all'art. 2, che nei casi previsti, rispettivamente, dal d.l. n. 11 del 2020 e dal d.l. n. 18 del 2020, le udienze civili potevano svolgersi «*mediante collegamenti da remoto organizzati dal giudice utilizzando i seguenti programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione: Skype for Business; Teams*». Successivamente prima il provvedimento del 21 maggio 2020, a seguito della conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020, e poi il provvedimento del 2 novembre 2020, per effetto dell'entrata in vigore del d.l. n. 137 del 2020, sostituendo le precedenti misure hanno disposto, all'art. 5, che «*Le attività di cui al comma 12-quinquies dell'art. 83 del decreto legge 17 maggio 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ed ulteriormente modificato dal decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, si svolgono utilizzando uno dei collegamenti di cui alle lettere c) e d) dell'art. 2 del presente provvedimento*». La lett. c) dell'art. 2 individua un canale di collegamento denominato "MVC2" criptato su rete telematica pubblica utilizzabile sia dall'interno sia dall'esterno della Rete Unitaria Giustizia, senza sala regia, e in grado di assicurare il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 9 di essi (la cd. piattaforma "*Microsoft Teams*"); mentre la lett. d) dell'art. 2, descrive un canale di collegamento denominato "MVC3", che assicura il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 5 di essi (la cd. piattaforma "*Microsoft skype for business*").

125 recante *Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE)* 2020/739 *del* 3 *giugno* 2020, convertito con modificazioni dalla legge 27 novembre 2020, n. 159, ha prorogato detto termine fino al 31 dicembre 2020, attraverso una singolare tecnica di novellazione, fondata sulla sostituzione nell'art. 1, comma 3, del d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni, dalla legge 25 settembre 2020, n. 124, delle parole «15 *ottobre* 2020 » con le parole «31 *dicembre* 2020», nonché sulla modifica attraverso l'aggiunta del suo n. 33-*bis* (contenente il richiamo all'art. 221 in parola), dell'Allegato 1 del d.l. n. 83 del 2020, cui appunto rinvia il suo richiamato art. 1, comma 3.

Ma, come si dirà meglio nel proseguo della trattazione, anche il termine del 31 dicembre 2020 risulta attualmente superato.

5. La cd. "quarta fase". L'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020.

Con l'aggravarsi della pandemia, il Governo ha preso la decisione di intervenire nuovamente sui processi civili e penali, dettando ulteriori disposizioni, tese a richiamare in vita taluni istituti già sperimentati nelle prime due fasi dell'emergenza epidemiologica.

L'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176 del 2020, da un lato, ha introdotto nuovi "istituti processuali" cercando di recuperare in buona misura l'esperienza positiva maturata con l'applicazione di quelli disciplinati dall'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 e, tuttavia, ormai privati di ogni efficacia giuridica e, dall'altro, ha mantenuto fermi quelli già operativi e contenuti nell'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020.

Per esaminare meglio le ricadute dell'art. 23 del d.l. n. 137 del 2020 sui procedimenti civili e penali, occorre considerare che, come ricorda la relazione di accompagnamento al decreto-legge, l'intervento in esame «*non sostituisce, ma si coordina con quello previsto dall'articolo* 221*, comma* 2*, del decreto-legge* 19 *maggio* 2020*, n.* 34»; ciò significa che nel verificare in concreto l'impatto della normativa processuale da ultimo sopravvenuta, appare imprescindibile operare una valutazione "sincretica" delle discipline eccezionali contenute in entrambi i due decreti-legge, pure tenendo conto delle deroghe espresse e delle abrogazioni che il d.l. n. 137 apporta al d.l. n. 34.

Occorre poi tenere a mente che, nonostante l'art. 23 del d.l. n. 137 come già in precedenza l'art. 221 del d.l. n. 34, non prevedano più espressamente la facoltà per i dirigenti degli uffici giudiziari di adottare «*linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze*», come invece stabiliva l'art. 83, comma 7, lett. d), del d.l. n. 18 del 2020, il Consiglio Superiore della Magistratura ha ritenuto opportuno dettare

tempestivamente nuove "*linee guida agli uffici giudiziari*"[1], nelle quali - tra le altre raccomandazioni - si invitano i capi degli uffici giudiziari, nell'esercizio dei poteri organizzativi conferiti dalla legge, a sollecitare i magistrati ad un sempre maggiore ricorso alle udienze cartolari ovvero a quelle da remoto, nonché al deposito esclusivamente in via telematica di tutti gli atti processuali.

Passando all'esame delle singole misure contenute nell'art. 23 in commento, può ricordarsi che:

a) le udienze civili «*alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse*», ai sensi dell'art. 128 c.p.c. (art 23, comma 3). Si tratta della medesima disposizione contenuta nell'art. 83, comma 7, lett. e), del d.l. n. 18 del 2020;

b) nei procedimenti civili e penali le camere di consiglio possono essere tenute mediante collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. (art. 23, comma 9)[2]. È la cd. "camera di consiglio telematica" già disciplinata dal precedente art. 83, comma 12-*quinquies*, del d.l. n. 18 del 2020;

c) le udienze dedicate alla comparizione dei coniugi in sede di separazione consensuale (art. 707 c.p.c.) o di divorzio congiunto (art. 4, comma 7, legge primo dicembre 1970, n. 898), possono essere espressamente celebrate con la modalità cd. "cartolare" prevista dall'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020 (art. 23, comma 6);

d) in deroga alla prescrizione contenuta nell'art. 221, comma 7, del d.l. n. 34 del 2007, il magistrato potrà partecipare alle c.d. "udienze civili telematiche" collegandosi anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario (art. 23, comma 7)[3];

---

[1] Si veda la delibera C.S.M. n. 585/VV/2020 del 4 novembre 2020.

[2] Il provvedimento del Direttore generale D.G.S.I.A. del 2 novembre 2020 ha disposto, all'art. 5, che le attività di cui al comma 9 dell'art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, *«si svolgono utilizzando uno dei collegamenti di cui alle lettere c) e d) dell'art. 2 del presente provvedimento»*. Ora, la lett. c) dell'art. 2 individua un canale di collegamento denominato "MVC2" criptato su rete telematica pubblica utilizzabile sia dall'interno sia dall'esterno della Rete Unitaria Giustizia, senza sala regia, e in grado di assicurare il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 9 di essi (la cd. piattaforma "*Microsoft Teams*"); mentre la lett. d) dell'art. 2, descrive un canale di collegamento denominato "MVC3", che assicura il collegamento audiovisivo a distanza sino ad un massimo di 250 partecipanti e con la visibilità contemporanea di 5 di essi (la cd. piattaforma "*Microsoft skype for business*").

[3] In una bozza del decreto-legge, stesa prima della sua approvazione in Consiglio dei ministri, il comma 7 dell'art. 23, consentiva soltanto al giudice «*che si trovi in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19*» di partecipare all'udienza telematica da luogo diverso dall'ufficio giudiziario.

e) anche per i ricorsi da trattare in udienza pubblica davanti alla Corte di cassazione si procede in camera di consiglio mediante udienza cd. "cartolare", senza l'intervento del P.G. e dei difensori (art. 23, comma 8-*bis*);

f) la copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali, ex art. 475 c.p.c., può essere rilasciata dal cancelliere in forma di documento informatico, previa istanza telematica della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento. La copia esecutiva dovrà essere sottoscritta digitalmente dal cancelliere, mentre il difensore potrà estrarre dal fascicolo informatico il duplicato e la copia analogica o informatica della copia esecutiva in forma di documento informatico (art. 23, comma 9-*bis*);

g) tutte le disposizioni processuali civili contenute nell'art. 23 del d.l. n. 137, come pure quelle elencate nell'art. 221 del d.l. n. 34, si applicano, in quanto compatibili, anche all'arbitrato rituale (art. 23, comma 10).

Infine, sull'efficacia temporale delle nuove disposizioni, va ricordato che esse trovano applicazione dalla data di entrata in vigore del decreto legge (29 ottobre 2020) e fino alla scadenza del termine dello stato di emergenza come indicato nell'art. 1, comma 1, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID*-19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

Siffatto termine - inizialmente fissato al 31 luglio 2020 - è stato prima modificato dal d.l. n. 83 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 124 del 2020 (che lo prorogò al 15 ottobre 2020) e poi dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 125 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 159 del 2020 (che lo prorogò al 31 gennaio 2021); da ultimo, l'art. 1, comma 1, del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, recante *Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID*-19 *e di svolgimento delle elezioni per l'anno* 2021, ancora in corso di conversione, ha prorogato il medesimo termine fino al «*al* 30 *aprile* 2021*, termine dello stato di emergenza*».

Ora, il comma 1 dell'art. 23 in esame, nel testo originario si preoccupava di precisare che «Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 221 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 ove non espressamente derogate dalle disposizioni del presente articolo».

Siffatta disposizione, già nei primissimi commenti ha suscitato il dubbio che il termine di efficacia delle misure contenute nell'art. 221 del d.l. n. 34 potesse essere stato "agganciato" a quello, più esteso, previsto dall'art. 23 del d.l. n. 137, valorizzando in sostanza - al di la del dato letterale che, invece, milita chiaramente per una efficacia temporale sfalsata - l'esigenza di applicare "in contemporanea"

tutto il pacchetto delle disposizioni processuali finalizzate ad affrontare l'emergenza pandemica in atto[1].

Assai opportunamente, in sede di conversione del d.l. n. 137, il comma 1 dell'art. 23 è stato novellato mediante un preciso rinvio all'efficacia temporale nelle misure contenute nel medesimo decreto («*Resta ferma fino alla scadenza del medesimo termine l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo* 221»); inoltre, a scanso di ulteriori equivoci, il comma 10-*bis* del medesimo art. 23, introdotto sempre in sede di conversione, ha soppresso il numero 33-*bis* dell'allegato 1 al d.l. n. 83 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 124 del 2020, come in precedenza introdotto dal d.l. n. 125 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 159 del 2020.

6. L'udienza a porte chiuse.

Il comma 7, lett. e), dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020, con riguardo alle sole udienze pubbliche civili, ha disposto che il capo dell'ufficio potesse stabilirne la celebrazione a porte chiuse, ai sensi dell'art. 128 c.p.c., norma quest'ultima che in effetti fa genericamente riferimento a ragioni di sicurezza, ordine pubblico e buon costume, tra le quali probabilmente possono farsi rientrare a buon diritto anche quelle sanitarie[2].

Oggi l'art. 221, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020, ribadisce la possibilità di celebrare le udienze a porte chiuse, ma la nuova disciplina - a differenza di quella contenuta nell'art. 83 del d.l. n. 18 - non individua il soggetto al quale compete il potere di disporre detta misura; deve allora concludersi che sarà «*il giudice che la dirige*», come si esprime l'art. 128 c.p.c., cioè il presidente del collegio, ovvero il giudice monocratico, a decidere discrezionalmente - e nell'immediatezza dell'inizio della sua celebrazione - se all'udienza debba o no essere ammesso il pubblico.

7. L'udienza telematica.

L'art. 83, comma 7, lett. f), del d.l. n. 18 del 2020, disposizione in gran parte ripresa dall'art. 223, commi 6 e 7, del d.l. n. 34 del 2020, è certamente la norma che ha suscitato più interesse nell'interprete.

---

[1] F. CAROLEO, *Decreto-legge ristori. Cosa cambia nei processi civili*, su *Giustiziainsieme.it*, 2020.

[2] Più chiaramente già l'art. 472, comma 3, c.p.p. prevede che il dibattimento si possa celebrare a porte chiuse, quando «*la pubblicità può nuocere alla pubblica igiene*»

Essa ha introdotto in via normativa, per la prima volta nel processo civile[1], la facoltà di svolgere le udienze civili «*che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti e dagli ausiliari del giudice*», anche se finalizzate all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, «*mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia*».

L'art. 3, comma 1, lett. c), del d.l. n. 28 del 2020, novellando direttamente l'art. 83, comma 7, lett. f), del d.l. n. 18, introdusse - inopinatamente - la previsione che «*lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario*».

Questa disposizione, sulla cui *ratio* la relazione illustrativa al decreto-legge tace del tutto[2], è stata oggetto di dure critiche nelle prime letture soprattutto a opera della c.d. "dottrina giudiziaria"[3].

---

[1] In realtà, la prima disciplina che ha introdotto la possibilità di una udienza telematica si rinviene negli artt. 95, comma 3, e 163, comma 2-*bis*, l.fall. – come novellati entrambi dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla legge 30 giugno 2016, n. 119 –, che in relazione all'udienza per la verifica dello stato passivo e all'adunanza dei creditori nel concordato preventivo, accorda al giudice il potere di stabilire che l'udienza o l'adunanza siano svolte «*in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura da soggetti terzi*»". Successivamente l'art. 16, comma 4, del d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136, in tema di giustizia tributaria ha stabilito che la partecipazione delle parti all'udienza pubblica innanzi alla commissione tributaria può avvenire a distanza, su apposita richiesta formulata da almeno una delle parti nel ricorso o nel primo atto difensivo, «*mediante un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo del domicilio indicato dal contribuente, dal difensore, dall'ufficio impositore o dai soggetti della riscossione con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto. Il luogo dove la parte processuale si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza*».

[2] Essa, peraltro, neppure sembrerebbe trovare la sua giustificazione in alcuni ordini del giorno approvati dalla Camera in occasione della conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020, considerato che il Parlamento con gli ordini del giorno VAZIO (9/2463/37), ANNIBALI (9/2463/251) e COSTA (9/2463/325), impegnò il Governo "*a prevedere, nel prossimo provvedimento utile, che il ricorso a strumenti telematici - processo da remoto - così come previsto dal Decreto di cui in premessa non si applichi alle udienze di discussione e a quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti salvo diverso accordo tra le parti*", quindi con riferimento esclusivo ai procedimenti penali e non certo a quelli civili.

[3] A. PENTA, *Una previsione insensata. Il nuovo art. 83 e il processo civile*, su *Unicost.eu*, 2020; E IANNELLO, *Le adunanze camerali in Cassazione nella Fase 2 dell'emergenza sanitaria. A proposito di alcuni dubbi posti dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 28 del 2020*, su *GiustiziaInsieme.it*, 2020; S. LEUZZI A. AULETTA, *I processi civili nell' evoluzione della normativa emergenziale*, cit., p. 3.

In particolare, alcuni autori[1] hanno giudicato irragionevole una disciplina che, da un lato, impone la presenza fisica in ufficio del solo giudice ordinario civile - visto che la disposizione non si estende espressamente alle udienze telematiche nel settore penale - e, dall'altro, con riferimento all'udienza telematica che si celebra davanti al giudice amministrativo, stabilisce seccamente che «*il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge*»[2], lasciando sostanzialmente a tutti i protagonisti del processo la libertà di scegliere il luogo da dove connettersi con la necessaria strumentazione digitale.

Sulla stessa direttrice, anche l'art. 221, comma 7, del d.l. n. 34 del 2020, continuava a prevedere che l'udienza telematica potesse essere celebrata sempre «*con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario*».

E sulla presenza necessaria del giudice nell'ufficio giudiziario, è stato pure chiamato a pronunciarsi il Giudice delle leggi, che ha però respinto tutte le censure con una dichiarazione di manifesta inammissibilità[3].

A questo punto, nell'insoddisfazione generale, il legislatore urgente ha mostrato di volere ritornare su suoi passi; e con il d.l. n. 137 del 2020 ha stabilito, in deroga al detto comma 7 dell'art. 221, che il magistrato potrà partecipare alle udienze civili cd. "telematiche" collegandosi anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario[4].

A differenza del testo dell'art. 83, comma 7, lett. f) del d.l. n. 18, l'attuale disciplina dell'udienza telematica prevede che essa possa essere disposta sia su istanza di una parte che d'ufficio dal giudice; in quest'ultimo caso, tuttavia, sarà necessario acquisire - in via preventiva - il consenso di tutte le parti.

---

[1] G. COSTANTINO, *La giustizia da remoto: adelante con … juicio (seconda parte)*, su *GiustiziaInsieme.it*, p. 4.

[2] Così l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 28 del 2020.

[3] Trib. Mantova 19/05/2020 e Trib. Pavia 25/05/2020, avevano sottoposto al Giudice delle leggi, la questione di costituzionalità dell'art. 83, comma 7, lett. f), del d.l. n. 18 del 2020, nella parte in cu prevede l'obbligatoria presenza del giudice nell'ufficio giudiziario, ritenendola contraria al principio di ragionevolezza, essendo peraltro prevista soltanto per i giudizi civili e non per quelli penali, ovvero per i processi celebrati innanzi ai giudici speciali. La Corte costituzionale, con ordinanza 11/12/2020, n. 269, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Mantova, per difetto di rilevanza e ordinato la restituzione degli atti per altra questione sollevata sempre dal Tribunale di Mantova e di Pavia, per valutare la rilevanza della questione alla luce della disciplina sopravvenuta.

[4] In una bozza del decreto-legge, stesa prima della sua approvazione in Consiglio dei ministri, il comma 7 dell'art. 23, consentiva soltanto al giudice «*che si trovi in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19*» di partecipare all'udienza telematica da luogo diverso dall'ufficio giudiziario.

Inoltre, l'udienza a distanza potrà tenersi anche con la presenza di alcune soltanto delle parti del processo collegate da remoto, cosicché il giudice e le altre parti si ritroveranno in presenza nell'aula di udienza e, attraverso le necessarie apparecchiature informatiche, saranno soltanto taluni tra i difensori a partecipare da remoto.

Quanto alle modalità concrete di celebrazione dell'udienza a distanza, ammonisce il legislatore - direi senza che ve ne fosse davvero bisogno -, che la stessa deve comunque svolgersi con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti.

Prima dell'udienza il presidente del collegio ovvero il giudice istruttore, avrà cura di fare comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, giorno, ora e modalità del collegamento con i mezzi informatici messi a disposizione dall'infrastruttura ministeriale[1].

All'udienza telematica, poi, il presidente dovrà dare atto a verbale anche delle modalità prescelte per accertare l'identità dei difensori delle parti che sono collegati da remoto; considerato che i programmi ministeriali prevedono collegamenti audiovisivi, mediante invito a collegarsi tramite indirizzo *e.mail*, è plausibile ritenere che l'identificazione dei difensori potrà presumersi dalla corrispondenza dell'indirizzo di posta elettronica.

8. L'udienza cartolare.

Tra le altre misure organizzative affidate alla scelta del capo dell'ufficio, l'art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. n. 18 del 2020, sciorinava le udienze svolte «*mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice*».

[1] Nella proposta di protocollo per le udienze civili tramite collegamento da remoto, predisposta dal CSM in collaborazione con il CNF, è previsto che prima dell'udienza il giudice emetterà un provvedimento che farà comunicare con congruo preavviso, preferibilmente non inferiore a 7 giorni salvo improrogabili ragioni di urgenza, dalla cancelleria ai procuratori delle parti ed al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, con indicazione di giorno, ora e modalità di collegamento tramite li*n*k inserito nel provvedimento stesso; il provvedimento conterrà l'espressa indicazione che, previa verifica della sua regolare comunicazione a cura della cancelleria alle parti costituite, potranno essere adottati i provvedimenti previsti dalla normativa vigente per la mancata comparizione delle parti.; i procuratori delle parti depositeranno nel fascicolo una nota contenente un recapito telefonico e un indirizzo mail attraverso i quali potranno essere contattati dal cancelliere in caso di malfunzionamento dell'applicativo utilizzato; il giudice avrà cura di fissare le udienze da remoto ad orari distinti e congruamente distanziati; la cancelleria provvederà a comunicare il provvedimento ai difensori delle parti costituite.

Ora, questa modalità di celebrazione delle udienze, riproposta oggi dall'art. 221, comma 4, del d.l. n. 137 del 2020, è stata subito battezzata nei primi commenti come la cd. "udienza cartolare".

Essa sembrerebbe utilizzabile, anzitutto, nei soli processi in cui sia applicabile la disciplina sui depositi telematici degli atti processuali (il cd. PCT), come regolamentata attualmente dal d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, successivamente novellato dal d.m. 15 ottobre 2012, n. 209 e dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48.

E tuttavia, una peculiare ipotesi di udienza cartolare è stata introdotta in sede di conversione del d.l. n. 137, con il comma 8-*bis* dell'art. 23, in relazione alle udienze pubbliche in Cassazione, dove pacificamente all'attualità non è ancora in funzione il deposito telematico degli atti processuale.

L'udienza cartolare, poi, non è utilizzabile quando sia prevista la presenza necessaria di soggetti «*diversi dai difensori delle parti*»; e però l'art. 23, comma 6, del d.l. n. 137 del 2020, consente oggi la cartolarizzazione, su richiesta concorde di tutte le parti, delle udienze destinate alla comparizione personale dei coniugi davanti al presidente del tribunale in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto. La rinuncia alla partecipazione, in questo caso, dovrà essere depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, accompagnata da una dichiarazione di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza e di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, non avendo ovviamente in animo di conciliarsi.

Sono dunque escluse dalla trattazione "cartolare", trattandosi di udienze in cui è necessaria la partecipazione personale della parte, quelle finalizzate all'esperimento dell'interrogatorio formale o del giuramento e, in linea generale, tutte le udienze istruttorie, comprese quelle dedicate all'escussione dei testimoni.

Non sembra, invece, che possa ragionevolmente costituire ostacolo alla celebrazioni di udienze "cartolari", nelle cause in cui sia prevista la partecipazione necessaria del Pubblico Ministero, ovvero vi sia stato un suo intervento volontario, la circostanza che l'art. 221, comma 4, non menziona questa parte processuale - a differenza del comma 7 in relazione alle udienze da remoto -, in quanto non vi sarebbe alcuna plausibile ragione per differenziare il trattamento del P.M. rispetto a quello riservato alle altre parti e, peraltro, solo per questa forma di celebrazione delle udienze[1]. Del resto, la cartolarizzazione dell'udienza pubblica in Cassazione,

[1] Il dubbio è sollevato nel parere approvato dal CSM nel *plenum* del 26 marzo 2020.

rimuove oggi ogni dubbio sulla possibilità di utilizzare detta formalità nei procedimenti in cui è prevista appunto la presenza necessaria del P.M.

Le conclusioni finali delle parti dovranno compendiare - con auspicabile "sobrietà"[1] - quella che sarebbe stata la discussione orale affidata al difensore; né le ridette conclusioni scritte potrebbero essere utilizzate come strumento per ottenere una indebita rimessione in termini della parte, la quale per sua colpa abbia fatto decorrere eventuali termini per il deposito di scritti difensivi. Insomma, non è possibile utilizzare l'udienza cartolare per depositare atti processuali come quelli previsti dall'art. 183, comma 6, c.p.c. o come le comparse conclusionali e le memorie di replica indicate dall'art. 190 c.p.c. ovvero ancora le "comparse e memorie" previste ed autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 170, comma 4, c.p.c.[2]

Mentre la norma sull'udienza cartolare contenuta nell'art. 83, comma 7, lett. h), del d.l. n. 18 del 2020, nulla precisava sui termini per depositare le istanze e conclusioni scritte, dovendosi quindi ritenere come termine ultimo la data e l'ora fissata per la celebrazione dell'udienza[3], nel nuovo art. 221, comma 4, del d.l. n. 34 del 2020, è stabilito chiaramente che il giudice comunica la decisione di svolgere l'udienza cartolare alle parti almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza e, altresì, deve assegnare alle parti un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito delle note scritte.

In Corte di cassazione, invece, le conclusioni del P.G. sono trasmesse quindici giorni prima dell'udienza alla cancelleria a mezzo PEC e da quest'ultima - con lo stesso mezzo - comunicate ai difensori delle parti che, entro cinque giorni prima dell'udienza, possono depositare memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c. a mezzo PEC.

È chiaro poi che attraverso queste modalità l'udienza in concreto non viene celebrata; sembra escluso, dunque, che debba essere redatto il relativo verbale, ai

---

[1] È bene ricordare che l'art. 117 disp. att. c.p.c., ancora oggi dispone che i difensori delle parti «debbono leggere davanti al collegio le loro conclusioni e possono svolgere sobriamente le ragioni che le sorreggono».

[2] C. MANCUSO, in A DIDONE-F. DE SANCTIS (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Milano, 2020, p. 78.

[3] Nella proposta di protocollo per udienze civili tramite trattazione scritta, predisposta dal CSM in collaborazione con il CNF, è stabilito che il giudice dovrà assegnare congruo termine, eventualmente differenziato per ciascuna parte, per il deposito telematico delle note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni; la cancelleria provvederà a comunicare il provvedimento di assegnazione dei termini per le note ai difensori; il giudice potrà mantenere la data di udienza già fissata, stabilire una data di udienza anticipata o differita rispetto a quella originaria oppure fissare una data *ex novo*; l'udienza comunque fissata costituirà, sia per le parti che per il giudice, il momento a partire dal quale dovrà essere adottato il provvedimento del giudice.

sensi dell'art. 126 c.p.c., che com'è noto, presuppone la presenza fisica delle parti davanti ad un giudice in un'aula d'udienza e serve, appunto, a documentare esattamente quanto ivi accaduto[1].

Quanto al mancato deposito delle note scritte entro il termine stabilito dal giudice, mentre nella vigenza dell'art. 83 del d.l. n. 18 era discussa l'applicabilità del combinato disposto degli artt. 181 e 309 c.p.c.[2], nessun dubbio residua oggi con la nuova formula dell'art. 221, comma 4, laddove stabilisce seccamente l'applicabilità del primo comma dell'art. 181 c.p.c. nel caso di omesso deposito delle note da parte di tutte le parti.

Sulla possibilità di sostituire l'udienza pubblica con il descritto scambio "cartolare", sono state sollevate dagli interpreti talune perplessità, avuto riguardo, per un verso, al venire meno della necessaria pubblicità dell'udienza e, per altro verso, alla inevitabile strozzatura che la discussione orale rischia di subire, una volta sostituita *tout court* da "istanze e conclusioni".

Al riguardo, va segnalato un arresto del Consiglio di Stato, che - sia pure nel diverso regime dettato dall'art. 84, comma 5, del d.l. 18 del 2020[3] - ha dubitato della conformità a Costituzione di un "contraddittorio cartolare coatto", cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti, che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, configurandosi addirittura una deviazione irragionevole rispetto ai principi del giusto processo[4].

Non va trascurato, poi, che per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale, il Presidente della Consulta ha stabilito che durante l'emergenza epidemiologica le udienze pubbliche siano differita ad altra data, salvo che tutte le parti chiedano -

---

[1] Secondo C. MANCUSO in A. DIDONE-F. DE SANCTIS (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, *cit.*, 80, il verbale dovrebbe essere redatto in ogni caso quando l'udienza cartolare è quella fissata per la decisione della causa ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c.

[2] Sull'applicabilità dell'art. 309 all'udienza figurata, vedi F. CAROLEO, R. IONTA, *L'udienza civile al tempo del coronavirus*, su *GiustiziaInsieme.it*, 2020, p. 10. Il parere reso dal CSM in data 26 marzo 2020, esclude comunque che sia invocabile la mancata comparizione delle parti per disporre la cancellazione della causa dal ruolo la conseguente estinzione del giudizio.

[3] La norma dispone che «in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati», soggiungendo che «le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione».

[4] Cons.St. Sez. VI, 21/04/2020, n. 2539.

tramite una PEC - che la questione passi in decisione in camera di consiglio, rinunciando sostanzialmente alla discussione orale[1].

Dunque, almeno con riferimento all'udienza pubblica di discussione della causa nel processo civile, anche alla luce della speciale disciplina introdotta per il rito emergenziale davanti al giudice amministrativo, merita sicura attenzione il suggerimento di chi ha evidenziato l'opportunità di assicurare sempre un previo confronto tra le parti e il giudice - sul modello previsto dagli artt. 190, comma secondo, 275, comma secondo e 352, comma secondo, c.p.c. -, per individuare quali siano le forme più adatte per celebrare il processo[2].

E in proposito, a differenza che nel regime previgente, l'art. 221, comma 4, del d.l. n. 34, stabilisce oggi che ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento. Innanzi alla Corte di cassazione, poi, se una delle parti o il procuratore generale fa richiesta di discussione orale - mediante PEC da inviare almeno venticinque giorni liberi dell'udienza - il presidente del collegio dovrà senz'altro rinviare l'udienza.

Ora, è vero che la norma in esame si limita ad affermare che, se vi è richiesta di trattazione orale, il giudice «*provvede entro i successivi cinque giorni*», restando in dubbio se la decisione di fissare udienza nelle forme tradizionali sia necessitata o invece affidata ad una valutazione discrezionale del decidente.

Considerato tuttavia che la richiesta della parte non è subordinata a qualsivoglia presupposto e che nelle ipotesi di trattazione cartolare innanzi alla Corte di cassazione, come visto, è sempre necessario il consenso delle parti per la celebrazione dell'udienza nella forma solo documentale, sembra preferibile la tesi a tenore della quale il giudice sia sempre vincolato a fissare la trattazione *in praesentia*, se vi è richiesta di almeno una delle parti.

9. La camera di consiglio da remoto.

Le prime disposizioni emergenziali contenute nel soppresso d.l. n. 11 del 2020, nulla dicevano sulle modalità di partecipazione dei giudici alle udienze, siano esse pubbliche o in camera di consiglio, e neppure sulle forme di tenuta delle camere di consiglio nel processo civile.

---

[1] Si veda il provvedimento del Presidente della Corte Costituzionale del 24 marzo 2020.

[2] G. COSTANTINO, *La giustizia da remoto: adelante con … juicio (seconda parte)*, su *GiustiziaInsieme.it*, p. 5.

Pure il testo originario del d.l. n. 18 del 2020 taceva sulle misure da adottare, per assicurare il distanziamento tra i giudici nelle camere di consiglio celebrate durante la fase emergenziale.

L'art. 84, comma 6, del ridetto d.l. n. 18 del 2020, invece, con disposizione inopinatamente riferita soltanto alla speciale disciplina dettata per i processi innanzi al giudice amministrativo, stabiliva che «*Il giudice delibera in camera di consiglio, se necessario avvalendosi di collegamenti da remoto. Il luogo da cui si collegano i magistrati e il personale addetto è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*»; e siffatta norma, per l'espresso richiamo contenuto nell'art. 85 del citato decreto-legge, trovava applicazione anche nei giudizi che si celebravano davanti al giudice contabile.

Ora, nessuno può seriamente dubitare che una disposizione di tale tenore - priva peraltro di una precisa limitazione quanto alla sua efficacia temporale -, avrebbe dovuto trovare collocazione in una cornice normativa riferita a tutti i riti processuali, non rinvenendosi ragione di sorta per giustificare un collegamento da remoto dei componenti del collegio giudicante nell'ambito del processo amministrativo o contabile, con esclusione invece di quello civile, degli arbitrati rituali, nonché dei giudizi celebrati innanzi alle commissioni tributarie provinciali e regionali[1].

Più ragionevole, a chi scrive, sembra la tesi secondo cui la norma in discussione già doveva ritenersi applicabile anche al processo civile, ricorrendo al canone della *analogia legis*, ovvero semplicemente quale espressione di un principio di libertà delle forme in tema di modalità di tenuta delle camere di consiglio[2].

---

[1] L'art. 83, comma 21, del D.L. n. 18 del 2020, come modificato in sede di conversione dalla L. n. 27 del 2020, stabilisce che le norme previste per i giudizi civili e penali si applicano, in quanto compatibili, anche ai procedimenti «*relativi alle giurisdizioni speciali non contemplate dal presente decreto-legge, agli arbitrati rituali, alle commissioni tributarie e alla magistratura militare*». Con riferimento alla camera di consiglio innanzi ai giudici tributari occorre evidenziare che l'art. 135 del D.L. 19/05/2020, n. 34 recante *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19,* in corso di conversione, novellando l'art. 16 del D.L. 23/10/2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla L. 17/12/2018, n. 136, stabilisce che la partecipazione alle udienze pubbliche e camerali «*può avvenire a distanza mediante collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo del collegamento da remoto del contribuente, del difensore, dell'ufficio impositore e dei soggetti della riscossione, nonché dei giudici tributari e del personale amministrativo delle Commissioni tributarie, tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e di udire quanto viene detto. Il luogo dove avviene il collegamento da remoto è equiparato all'aula di udienza*».

[2] G. FICHERA, in A DIDONE-F. DE SANCTIS (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, cit., p. 90; A. PEPE, *La giustizia civile ai tempi del "coronavirus"*, su *GiustiziaInsieme.it*, 2020, p. 6.

Del resto, il Consiglio Superiore della Magistratura, nell'adottare le richiamate "*Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID* 19", aveva espressamente invitato i capi degli uffici a consentire le camere di consiglio da remoto per i magistrati, mentre è utile ricordare che anche la Corte Costituzionale, con provvedimento del suo presidente, aveva disposto misure per lo svolgimento dei giudizi davanti alla Corte durante l'emergenza epidemiologica da covid-19, che prevedono chiaramente la partecipazione dei giudici alla camera di consiglio mediante collegamento da remoto[1].

In ogni caso, a troncare ogni ulteriore discussione sul punto, intervenne la legge n. 27 del 2020, di conversione del d.l. n. 18 del 2020, che introdusse nell'art. 83 il comma 12-*quinquies*, a tenore del quale «*dal* 9 *marzo* 2020 *al* 30 *giugno, nei procedimenti civili e penali non sospesi, le deliberazioni collegiali in camera dì consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia*»[2].

Cessata l'efficacia dell'art. 83 del d.l. n. 18, nell'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, non ritroviamo alcuna disposizione riferita espressamente alle modalità di tenuta della camera di consiglio, mentre oggi l'art. 23, comma 9, del d.l. n. 137 del 2020, riproduce pressoché pedissequamente il testo del comma 12-*quinquies* dell'art. 83, consentendo così la tenuta delle camere di consiglio a distanza fino alla fine dello stato di emergenza.

Orbene, suscita anzitutto perplessità l'imposizione di una limitazione temporale a tale *modus operandi* - che non si rinviene per gli altri riti processuali -, come se la camera di consiglio telematica non potesse essere utilizzata, dai soli giudici ordinari, italiani dopo la fine dell'attuale situazione emergenziale.

Con riferimento, poi, ai procedimenti penali, sia l'art. 83, comma 12-*quinquies* del d.l. n. 18, che l'art. 23, comma 9, del d.l. n. 137, precisano che «*dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o l'ordinanza e il provvedimento è depositato in cancelleria ai fini dell'inserimento nel fascicolo il prima possibile e, in ogni caso, immediatamente dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria*».

Al riguardo, pure consapevoli della straordinarietà della disciplina in esame, non può che suscitare perplessità la prescrizione dell'onere di depositare in cancelleria i provvedimenti giudiziari con una tempistica inedita ("il prima possibile"), almeno

[1] Si veda il citato provvedimento del Presidente della Corte costituzionale del 24/03/2020.

[2] Si veda la nota 47.

per una norma di legge, che si presta a facili considerazioni critiche per l'estrema vaghezza del comando.

Come già stabilito a proposito della camera di consiglio dei giudici amministrativi, la norma in commento soggiunge che «*Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge*»; ciò significa che nelle intenzioni del legislatore la camera di consiglio si estende, virtualmente, agli ambienti dove i singoli magistrati si trovano fisicamente in collegamento audio video, nei quali dunque ciascun componente del collegio dovrà assicurare che sia rispettata la fondamentale esigenza di segretezza, mentre il presidente dovrà continuare a svolgere i suoi compiti di "direzione"[1] e di "sorveglianza" [2].

In proposito, nulla la norma in commento soggiunge sulle regole operative da applicare per assicurare che la camera di consiglio da remoto si svolga nel rispetto della cennata regola di segretezza; nel silenzio del legislatore civilistico, anche attingendo all'esperienza della camera di consiglio nei processi amministrativi che oggi risulta minuziosamente regolata[3], deve ritenersi che il presidente del collegio debba assicurare che ciascun componente si trovi da solo nell'ambiente da cui si collega, che non sia avviata alcuna registrazione dei lavori e che non sia utilizzato il sistema di scambio di messaggistica istantanea; tutte soluzioni informatiche che, consentendo di formare una documentazione duratura delle attività svolte in seno alla camera di consiglio, devono evidentemente ritenersi non utilizzabili al fine di preservare la segretezza dei lavori.

---

[1] Il secondo comma dell'art. 276 c.p.c. precisa che la direzione dei lavori della camera di consiglio spetta al presidente, che mette ai voti le soluzioni alternative, vota per ultimo così assumendosi la responsabilità di essere decisivo, scrive il dispositivo e decide se stendere la motivazione del provvedimento, ovvero affidarne la stesura ad un componente del collegio diverso dal relatore.

[2] L'art. 15 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511 (la legge sulle guarentigie della magistratura) precisa, a fini esclusivamente disciplinari, che il presidente del collegio esercita «*la sorveglianza durante le deliberazioni sui magistrati che vi prendono parte*». Sui profili disciplinari e deontologici della camera di consiglio, si veda da ultimo M. MOCCI, *Il principio di collegialità alla prova del covid-19*, su *Ildirittovivente.it*, 2020, p. 5, 6.

[3] L'art. 2, comma 11, del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 maggio 2020, recante Regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico, nonché per la sperimentazione e la graduale applicazione dei relativi aggiornamenti, stabilisce che «è vietata la registrazione, con ogni strumento e da parte di chiunque, delle udienze pubbliche e camerali, nonché della camera di consiglio da remoto tenuta dai soli magistrati per la decisione degli affari. È in ogni caso vietato l'uso della messaggistica istantanea interna agli applicativi utilizzati per la videoconferenza e, comunque, di altri strumenti o funzioni idonei a conservare nella memoria del sistema traccia delle dichiarazioni e delle opinioni espresse dai partecipanti all'udienza o alla camera di consiglio».

In ogni caso occorre tenere a mente che per assicurare la massima riservatezza delle comunicazioni tra i componenti della camera di consiglio, l'art. 9 del provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A. del 2 novembre 2020, nell'individuare gli strumenti di partecipazione a distanza per lo svolgimento delle udienze civili e penali e degli atti di indagini preliminari, stabilisce che gli applicativi ministeriali utilizzati per la camera di consiglio da remoto (si tratta dei noti applicativi "*Microsoft Teams*" e "*Microsoft Skype for Business*"), utilizzano esclusivamente canali di collegamento criptati, elencando poi in dettaglio gli unici dati tecnici che sono oggetto di conservazione (*«orario di inizio e fine sessione, identificativo utente, durata, sistema operativo del dispositivo utilizzato, indirizzo IP, nome dispositivo e CPU*»); tutte informazioni, all'evidenza, tali da non pregiudicare la segretezza delle conversazioni tra i componenti della camera di consiglio.

10. I depositi telematici degli atti processuali.

Per evitare assembramenti degli avvocati italiani nelle cancellerie degli uffici giudiziari, prima l'art. 2, comma 6, del soppresso d.l. n. 11 del 2020 e poi anche l'art. 83, comma 11, del d.l. n. 18 del 2020, come novellato dall'art. 36 del d.l. n. 23 del 2020, stabilirono che dal 9 marzo 2020 e fino al 30 giugno 2020, negli uffici che avevano la disponibilità del «*servizio di deposito telematico*», anche «*gli atti e documenti di cui all'art.* 16-*bis, comma* 1-*bis, del d.l.* 18 *ottobre* 2012*, n.* 179», convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, fossero depositati esclusivamente con le modalità della trasmissione telematica.

Orbene, gli atti e i documenti di cui al comma 1-*bis* sono individuati per esclusione, trattandosi di «*ogni atto diverso da quelli previsti dal comma* 1 *e dei documenti che si offrono in comunicazione*»; vi rientrano quindi gli atti cd. "introduttivi" del giudizio (atto di citazione, ricorso o comparsa di costituzione), per la decisiva considerazione che quelli previsti dal comma 1 dell'art. 16-*bis*, sono appunto soltanto gli atti cd. "endoprocedimentali", cioè tutti quelli depositati dai «*difensori delle parti precedentemente costituite*».

In sostanza, il legislatore urgente del 2020 ha imposto l'obbligatorietà del deposito telematico di tutti gli atti processuali di parte, nei giudizi civili che si celebrano in tutti i tribunali e in tutte le corti d'appello italiane, dove ai sensi dell'art. 16-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, del ridetto d.l. n. 179 del 2012, come novellato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, d.l. n. 179 del 2012, già il deposito telematico degli atti c.d. "endoprocedimentali" è ormai da tempo obbligatorio.

Inoltre, in sede di conversione del d.l. n. 18, è stato introdotto il comma 11.1. dell'art. 83 che ha imposto dal 9 marzo 2020 e fino al 31 luglio 2020, nei

procedimenti civili, contenziosi o di volontaria giurisdizione «*pendenti innanzi al tribunale e alla corte di appello*», il deposito degli atti del magistrato esclusivamente con modalità telematiche.

Soltanto la disposizione contenuta nel comma 11 dell'art. 83 del d.l. n. 18, è stata riconfermata dall'art. 221, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020; in forza della proroga disposta prima con la conversione del d.l. n. 137 del 2020 e oggi dal d.l. n. 2 del 2021, il deposito telematico di tutti gli atti di parte (sia introduttivi che endoprocedimentali) è ancora oggi obbligatorio fino alla fine dello stato di emergenza, vale a dire - attualmente - fino al 30 aprile 2021.

A chiusura del sistema, l'art. 221, comma 3, ricorda che quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e «*sussiste un'indifferibile urgenza, il capo dell'ufficio autorizza il deposito con modalità non telematica*»; si tratta della medesima disposizione già prevista dal comma 4 dell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012, riferita però al solo procedimento monitorio[1].

Tutte le disposizioni in commento, tuttavia, ad oggi non possono ancora applicarsi agli atti processuali da depositare innanzi a quegli uffici giudiziari - la Corte di cassazione e il Giudice di pace -, dove non vi è attualmente la possibilità di alcun deposito telematico degli atti di parte, neppure cioè di quelli c.d. "endoprocedimentali".

Al riguardo, va ricordato che con la legge n. 27 del 2020, di conversione del d.l. n. 18 del 2020, venne introdotto il comma 11-*bis* dell'art. 83; detta norma, ancora una volta con efficacia temporale singolarmente limitata solo fino al 30 giugno 2020, stabilì che innanzi alla Corte di cassazione il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati «*può avvenire in modalità telematica nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. L'attivazione del servizio è preceduta da un provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia che accerta l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici*»[2].

---

[1] Va ricordato, peraltro, che ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 8 del d.l. n. 179 del 2012, il giudice può sempre autorizzare il deposito degli atti processuali e dei documenti di cui ai commi che precedono con modalità non telematiche «*quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti*».

[2] Il comma 11-*bis* dell'art. 83 si preoccupa di indicare nel dettaglio le modalità di adempimento degli obblighi di pagamento del contributo unificato di cui all'art. 14 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, nonché dell'anticipazione forfettaria di cui all'art. 30 del medesimo decreto, stabilendo il

Successivamente, il comma 5 dell'art. 221 del d.l. n. 34 del 2020, ha reintrodotto la medesima disposizione, con efficacia temporale estesa prima fino al 31 gennaio 2021 e attualmente - in forza del d.l. n. 2 del 2021 - fino al 30 aprile 2021.

Dunque, almeno fino alla predetta data, apparentemente, sembra derogata la procedura prevista dall'art. 16-*bis*, comma 6, del d.l. n. 179 del 2012, come novellato dal d.l. n. 90 del 2014, che ancora oggi dispone che negli uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti d'appello - compresa quindi la Corte di cassazione -, il deposito degli atti "endoprocedimentali" in modalità telematica diviene obbligatorio soltanto a «*decorrere dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti, aventi natura non regolamentare, con i quali il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalità dei servizi di comunicazione*».

In realtà, il comma 5 dell'art. 221, come in precedenza il comma 11-*bis* dell'art. 83, sono norme sostanzialmente inutili, perché già oggi l'art. 35 del d.m. 18 febbraio 2011, n. 44-*Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, come novellato dall'art. 7, comma 1, del d.m. 15 ottobre 2012, n. 209, stabilisce che «*L'attivazione della trasmissione dei documenti informatici è preceduta da un decreto dirigenziale che accerta l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici da parte dei soggetti abilitati esterni nel singolo ufficio*».

È vero che ai sensi del cennato comma 1-*bis* dell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012, come inserito dal d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, nei tribunali e nelle corti d'appello, il deposito degli atti introduttivi, prima dell'attuale emergenza epidemiologica, era ammesso - in via facoltativa e non obbligatoria - senza necessità di alcun provvedimento del dirigente della D.G.S.I.A.; ma la disposizione in parola trova una chiara giustificazione nell'obbligatorietà - anch'essa ormai dettata dalla legge - del deposito di tutti gli atti endoprocedimentali: in altre parole, se per legge è obbligatorio il deposito telematico degli atti successivi alla costituzione in giudizio, non occorre certo un provvedimento ministeriale per rendere facoltativo il deposito di quelli introduttivi, perché è già stata *aliunde* accertata "l'idoneità delle attrezzature informatiche e la funzionalità dei servizi": insomma, come si sul dire, l'infrastruttura "regge" di *default*.

---

ricorso a sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica di cui all'articolo 5, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (il CAD-Codice dell'amministrazione digitale).

In Cassazione, allora, dov'è non c'è alcuna obbligatorietà della trasmissione in modalità telematica, né per gli atti "introduttivi" né per quelli "endoprocedimentali", deve ritenersi che il deposito facoltativo degli atti di parte, quale che ne sia la loro natura, dipenda ancora oggi dal provvedimento del direttore generale della D.G.S.I.A., mentre per rendere il deposito obbligatorio (e peraltro, una volta cessato lo stato di emergenza, solo quelli "endoprocedimentali"), occorrerà pur sempre un decreto del Ministro della Giustizia, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati ai sensi del ridetto art. 16-*bis*, comma 6, del d.l. n. 179 del 2012.

11. La mediazione a distanza.

Come ricordato in precedenza, gli effetti sospensivi durante la cd. "prima fase" furono estesi dal comma 20 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 anche in relazione ai termini accordati per lo svolgimento di qualunque attività, sia nei procedimenti di mediazione previsti dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che in quelli di negoziazione assistita ai sensi del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti.

In sede di conversione in legge del detto decreto-legge, poi, è stato introdotto il comma 20-*bis* dell'art. 83, che ha consentito comunque lo svolgimento degli incontri di mediazione, per tutto il periodo che va dal 9 marzo al 30 giugno 2020, a condizione che detti incontri fossero stati fissati in via telematica e con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento.

Con disposizione destinata a restare sempre utilizzabile a regime, poi, sempre il comma 20-*bis* dell'art. 83, ha stabilito che dopo il 30 giugno 2020, gli incontri potranno essere svolti in via telematica, purché sussista il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del d.lgs. n. 28 del 2010.

Inoltre, quando la mediazione viene svolta con modalità telematica, il difensore della parte potrà dichiarare l'autografia della sottoscrizione del proprio cliente - che sia collegato da remoto - apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione. In questo modo viene riconosciuta all'avvocato un potere di "autentica" della firma apposta al proprio assistito sul processo verbale, che di norma, ai sensi dell'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2010, spetta invece esclusivamente al mediatore.

Il verbale relativo al procedimento di mediazione svoltosi in modalità telematica, infine, deve essere sottoscritto, sia dal mediatore che dagli avvocati delle parti, esclusivamente con firma digitale.

12. La nuova procura speciale.

In sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, su iniziativa parlamentare è stato introdotto il comma 20-*ter* dell'art. 83, che introduce una nuova forma di rilascio della procura alle liti.

È noto che ai sensi dell'art. 83, comma secondo, c.p.c., come novellato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, quando la procura speciale sia stata rilasciata su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce telematicamente, trasmette all'ufficio giudiziario «*una copia informatica autenticata con firma digitale*».

Secondo la norma in commento, invece, a causa dell'emergenza epidemiologica in atto, a partire dal 29 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 18 del 2020), la sottoscrizione della procura alle liti - evidentemente solo di quella speciale - potrà essere apposta dalla parte «*anche su un documento analogico trasmesso al difensore, anche in copia informatica per immagine, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, anche a mezzo di strumenti di comunicazione elettronica*». Quindi è sufficiente che la parte sottoscriva la procura, fotografi il documento cartaceo e lo trasmetta per posta elettronica ordinaria al suo difensore, così rispettando in pieno le regole sul distanziamento sociale.

L'aspetto davvero singolare della disciplina in esame è che, anche in questo caso, come nell'ipotesi ordinaria disciplinata dall'art. 83 c.p.c., il difensore «*certifica l'autografia mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica della procura*». Dunque, pure avendo la parte trasmesso al proprio difensore una fotografia dell'originale, sulla quale ha apposto la propria firma - evidentemente non certo alla presenza del difensore -, quest'ultimo dovrà certificarne la provenienza dalla persona che ha trasmesso via *e.mail* la copia informatica, unitamente al proprio documento di identità.

Riproducendo esattamente il testo dell'art. 83, secondo comma, c.p.c., anche il comma 20-*ter* dell'art. 83 del d.l. n. 18, chiarisce che la procura si considera apposta in calce, soltanto se è congiunta all'atto cui si riferisce mediante gli strumenti informatici individuati con decreto del Ministero della giustizia[1].

[1] Art. 18, comma 5, del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, come sostituito dal d.m. 3 aprile 2013, n. 48: «La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce quando è rilasciata su documento informatico separato allegato al messaggio di posta elettronica certificata mediante il quale l'atto è notificato. La disposizione di cui al periodo precedente si applica anche quando la procura alle liti è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine».

Infine, va ricordato che questo speciale regime di certificazione affidata alla fotografia della sottoscrizione trasmessa dalla parte, è destinato a durare «*fino alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale in materia di prevenzione del contagio da COVID*-19»; e non v'è chi non veda come si tratti di un *dies ad quem* di incerta collocazione.

Se si ritiene che la cessazione delle misure di distanziamento coincida con la cessazione dello stato di emergenza, *id est* con la scadenza del termine di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 19 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 35 del 2020, allora può plausibilmente affermarsi che detta disciplina speciale - allo stato - troverà applicazione almeno fino al 30 aprile 2021, termine appunto dello stato di emergenza nazionale.

SEZIONE II

DIRITTI DELLA PERSONA

II) IL PRINCIPO DI LAICITÀ DELLO STATO E LA LIBERTÀ DI RELIGIONE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, EUROPEA E DI LEGITTIMITÀ: IL DIRITTO VIVENTE AL PASSO DEI TEMPI.

(DI MILENA D'ORIANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il principio di laicità dello Stato e la libertà di religione. - 2.1 L'evoluzione storica: dalle origini all'avvento della Costituzione. - 3. Genesi ed evoluzione del principio nella giurisprudenza costituzionale. - 4. Laicità e libertà di religione in Europa. - 4.1. La giurisprudenza delle Corti europee. - 4.1.1 La giurisprudenza della Corte EDU. - 4.1.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. - 5. Il principio di laicità nella giurisprudenza di legittimità. - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Il tema della religione impatta quotidianamente temi controversi, cruciali per le coscienze religiosamente orientate ma analogamente per quelle che rifuggono ogni fede invocando le sole regole della propria coscienza.

Religione e coscienza orientano le scelte sulle questioni bioetiche in senso stretto, ove il bios è la vita che nasce, finisce e nelle more può essere migliorata, manipolata o curata, sulle questioni relative all'estensione di diritti civili del singolo, in coppia o in comunità, sulle questioni legate alla regolazione della convivenza multiculturale, segnata da gravi discriminazioni e violazioni di diritti fondamentali.

Il fenomeno religioso ha sempre avuto una forte influenza nella società anche perché, per propria natura, si esprime attraverso la costituzione di organizzazioni confessionali che operano all'interno dell'ordinamento giuridico.

La tensione che inevitabilmente ne deriva è stata affrontata con soluzioni molto diverse, che spaziano dal modello del mondo antico, che si realizzava con la identificazione fra potere religioso e potere civile, a quello dello Stato moderno, fondato sul principio della distinzione fra sfera religiosa e sfera civile, dotate ciascuna di una propria autonomia e di un proprio intrinseco valore.

Il principio di laicità lambisce e si interseca con altre libertà, principi e diritti fondamentali, ormai riconosciuti in tutte le moderne democrazie, come la libertà di religione, la libertà di manifestazione del pensiero, il principio di uguaglianza e di dignità, il principio di solidarietà.

Costituisce pensiero condiviso che uno Stato democratico, per definirsi tale, debba riservare a tutti gli individui lo stesso trattamento, non solo in merito alla fede professata, ma anche in relazione ad ogni altra esplicazione della sua personalità;

rilevante poi il nesso tra la laicità e l'identità, intesa nel senso di radici comuni, di un popolo che si fa Nazione.

2. Il principio di laicità dello Stato e la libertà di religione.

Lo Stato laico è uno dei profili imprescindibili della forma dello Stato democratico-costituzionale ed il contenuto e la funzione del principio supremo di laicità hanno un inscindibile legame con l'eguaglianza e le libertà.

La separazione tra le organizzazioni confessionali e le istituzioni civili costituisce l'essenza del principio di laicità dello Stato che attribuisce a quest'ultimo il compito di governare gli individui senza alcun vincolo che possa derivare da un ideale religioso.

A tale limitazione negativa si aggiunge una declinazione positiva del principio, secondo cui lo Stato, che è libero da coinvolgimenti di tipo confessionale o religioso, e quindi laico, accorda uguale libertà davanti alla legge a tutte le confessioni religiose che restano in una posizione di equidistanza rispetto ad esso; lo Stato riconosce tutti i consociati come uguali, indipendentemente dal loro identificarsi o meno in una religione, fede o confessione, tutelando anche il diritto di non avere una fede, al pari di quello di sceglierne una liberamente.

Dovendosi distinguere la sfera privata dalla sfera pubblica, come in passato evidenziato da **Sez. U, n. 05924/2011, Segreto, Rv. 616554-01,** il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto (laicità per addizione), che consente ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione) che impone l'assenza di ogni connotazione religiosa negli ambiti istituzionali.

Ognuna delle due opzioni presuppone che siano valutati una pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta di un bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo o del non credente, nonché tra la garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili; valutazioni delicate che richiederebbero un intervento legislativo da sempre mancante.

Premessa la difficoltà di individuare una nozione univoca di Stato laico, i suoi caratteri essenziali si potrebbero riconoscere nell'autonomia e nell'indipendenza dell'autorità civile (stato-potere) rispetto all'autorità religiosa, nella aconfessionalità e neutralità dell'ordinamento (stato-istituzione) in materia religiosa e filosofica, nella temporalità, intesa come competenza della comunità statale (stato-comunità) a proporre ai suoi componenti solo i valori sociali attinenti alla condizione terrena e non trascendente dell'individuo.

La laicità, nel senso più tradizionale, è stata definita sia come separazione tra ordine civile e ordine religioso e come "indipendenza di giurisdizione tra chiesa e stato" fondata sull'autonomia reciproca e sulla neutralità (sul piano delle opzioni spirituali) delle istituzioni pubbliche, sia come principio regolatore dei rapporti tra società politica e sfera religiosa, improntato ad una dissociazione tra cittadinanza e appartenenza religiosa, che ha la precisa funzione di tutelare la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, i quali in nessun modo possono subire discriminazioni o acquisire privilegi sulla base della loro appartenenza confessionale.

Coniugando libertà ed eguaglianza si evince che la costruzione dei rapporti tra Stato e fattore religioso non ha nulla di astratto, ma è destinata a conformare in concreto i rapporti sociali fondati sul libero esercizio da parte dei singoli della loro libertà di coscienza, in un contesto di eguale rispetto di ogni scelta individuale.

È innegabile che nella situazione italiana sussista una criticità, immutata negli anni, imputabile al ruolo centrale che il cattolicesimo come religione, e la Chiesa cattolica come sua espressione istituzionale, rivestono nel nostro Stato apparato-comunità.

Da tempo ci si domanda se l'enorme spazio concesso ai riti, al culto ed ai pensieri cattolici nella vita civile, sia e resti pienamente giustificato dal fatto che quella cattolica costituisca la religione praticata dalla maggioranza dei cittadini italiani, sino al punto da poter affermare che i principi del cattolicesimo fanno ormai parte del patrimonio storico e culturale del popolo italiano, o se in una moderna democrazia liberale europea sia difficile mantenere uno stato di fatto che determina condizioni di deviazione dal principio di laicità e rischia di ostacolare la realizzazione di una libertà fondamentale di ogni individuo, quale è senza dubbio la libertà di religione.

La risposta non può che essere rinvenuta nel modello di Stato delineato dalla Costituzione, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, i cui punti di forza vanno individuati nella capacità di contemperare il superamento del passato confessionismo con il riconoscimento della rilevanza sociale del fenomeno religioso, nell'affermazione del principio di uguaglianza coniugato con la tutela della differenza, nella promozione della libertà religiosa in un regime di pluralismo.

2.1 L'evoluzione storica: dalle origini all'avvento della Costituzione.

Nel mondo occidentale la separazione tra Stato e religione non è mai stata netta; di fatto l'evoluzione del principio di laicità è avvenuta secondo modalità diverse nei vari Stati, ciascuno dei quali ne ha dato un inquadramento ed una interpretazione diversa.

Oltreoceano il modello di laicità si afferma più agevolmente, in un contesto che nasce di per sé pluriconfessionale; in Europa il principio sorge contestualmente alla nascita e alla teorizzazione delle nuove categorie etiche e politiche dell'Illuminismo, in contrapposizione con il sistema di Ancien Règime, ove aveva conosciuto il suo apice l'alleanza tra potere religioso e potere politico dello Stato.

La Rivoluzione francese getta le basi concettuali di una nuova società politica fondata sui principi della rappresentanza elettiva e del primato della legge, come espressione della volontà generale, conferendo a questi istituti un tale carattere di assolutezza che l'uomo in sé perde ogni considerazione ed al suo posto si afferma il cittadino, non più suddito dell'autorità sovrana ma partecipe della sua volontà che si esprime attraverso la legge, da cui dipende ogni suo diritto e libertà.

In Francia la "laicità", inserita come caratteristica della forma di Stato dalla Costituzione della IV e poi della V Repubblica (1946 e 1958), costituisce un concetto operativo, distinto dalla libertà religiosa e di coscienza, nato all'esito di politiche volte innanzitutto a sottrarre alla Chiesa il pervasivo controllo sulla società che le forze conservatrici e della reazione le avevano attribuito fino all'avvento della III Repubblica nel 1870; esso fissa per lo Stato un obbligo di neutralità, espungendo qualsiasi politica pubblica su temi "religiosamente sensibili" che possa incidere sulla libertà di coscienza individuale e sulla parità tra i culti e i loro membri."

Al contrario l'Italia nasce di fatto come Stato confessionale: lo Statuto Albertino, divenuto nel 1861 la Carta fondamentale dell'Italia unita, dichiarava la religione cattolica "religione di Stato" (art. 1), lasciando alle altre solo un regime di tolleranza.

Mentre nel periodo del Risorgimento l'atteggiamento dello Stato italiano nei confronti della Chiesa cattolica assume i caratteri tipici di uno stato agnostico, dopo la prima guerra mondiale, con l'avvento del regime totalitario fascista si realizza una inversione di tendenza con la "riconfessionalizzazione", consacrata nel 1929 dai Patti Lateranensi, e quindi dal Concordato.

Con la transizione alla democrazia parlamentare il principio di laicità non è però proclamato nella Costituzione quale elemento fondante della Repubblica italiana.

In un'ottica compromissoria la questione religiosa è regolata dagli artt. 3, 7, 8, 19, 20, che rispettivamente esprimono:

- il principio della non discriminazione per la dimensione religiosa (art. 3 Cost.);
- il principio di uguale libertà tra le confessioni religiose (art. 8 Cost.);
- la libertà di culto (art. 19 Cost.);
- il principio di autonomia delle confessioni religiose (artt. 8 e 20 Cost.);
- il metodo pattizio come strumento per regolare i rapporti fra Stato e Chiese (artt. 7 e 8 Cost.).

Interessano indirettamente la libertà religiosa l'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (fra cui rientra quindi la libertà religiosa e di credo) e gli

artt. 17, 18 e 21 che garantiscono la libertà di espressione, di assemblea e di riunione e di organizzare associazioni religiose.

Infine una disposizione di rilievo è contenuta nell'art. 117, comma 2, lett. c), che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la materia dei rapporti con le confessioni religiose.

Dopo decenni caratterizzati da incisivi interventi legislativi che coinvolgono istituti giuridici influenzati dalla sensibilità religiosa, si pensi alla riforma del diritto di famiglia del 1975, alle leggi sul divorzio e sull'aborto, gli "accordi di Villa Madama" del 1984 revisionano il Concordato del 1929.

Il principio di laicità emerge in Italia per la prima volta per via giurisprudenziale; la Corte costituzionale, attraverso la sentenza n. 203 del 12 aprile 1989, supplisce al citato silenzio della Costituzione e lo deduce dal sistema di democrazia pluralista previsto dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Carta stessa.

In Italia una legge sulla laicità dello Stato e sulla libertà di religione, che fornisca una base giuridica comune per tutti i culti, non è mai stata approvata; numerosi i disegni di legge presentati, ma tutte le proposte hanno sempre suscitato accesi dibattiti politici, alimentato polemiche e contrapposizioni, incontrato difficoltà in Parlamento e sono quindi immancabilmente decadute.

Con l'avvento della Costituzione si sono comunque poste le basi di un sistema articolato, volto a correggere le forzature della soluzione concordataria ed ispirato alla garanzia della libertà religiosa, intesa come diritto fondamentale, e fondato sull'estensione alle confessioni diverse dalla cattolica di forme di regolamentazione bilaterale dei rapporti con lo Stato; in tale contesto ha trovato spazio una giurisprudenza costituzionale sempre più incisiva e determinata.

3. Genesi ed evoluzione del principio nella giurisprudenza costituzionale.

Il principio di laicità dello Stato italiano è stato forgiato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 203 del 1989, all'atto in cui è stata chiamata ad affrontare il primo contenzioso costituzionale sul cd "nuovo concordato" del 1984 che, considerando «non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano» (art. 1 del Protocollo addizionale), aveva determinato il formale superamento del principio del confessionismo di Stato, senza tuttavia chiarire quale sarebbe stata per il futuro la natura dei rapporti tra lo Stato ed i fenomeni religiosi.

La Corte costituzionale avverte la necessità di fornire una accezione del principio di laicità conforme al nuovo assetto costituzionale ed al peculiare contesto culturale italiano e colma il vuoto residuato dalle nuove intese elaborando il

principio della "laicità positiva", attiva/propositiva e non distaccata/indifferente rispetto al fenomeno religioso.

Nello storico accesso la Corte afferma per la prima volta l'operatività nel nostro ordinamento del supremo principio di laicità dello Stato, qualificandolo espressamente come "uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica" dotato di "una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale"; inoltre, senza aderire ad una concezione del fenomeno religioso come elemento strettamente legato alla sfera privata, ne enfatizza la natura composita individuandone le fondamenta in altre norme costituzionali che concorrono alla sua determinazione complessiva e lo pongono al vertice dei valori che ispirano la disciplina costituzionale del fattore religioso nel nostro ordinamento.

Ne consegue l'ammissibilità e quindi legittimità costituzionale degli interventi "in positivo", cioè a sostegno delle attività religiose, che corrispondono ad un bisogno/interesse dei cittadini meritevole di tutela.

Secondo la Corte "il principio di laicità, quale emerge dagli articoli 2, 3, 7, 8, 19, 20 della Costituzione implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale"

Nella sentenza del 1989 si esalta non solo la forte correlazione della laicità con il principio democratico, ma anche il forte legame con la libertà di coscienza; si coniuga la funzione di salvaguardia del pluralismo confessionale e culturale con la finalità promozionale, che richiede un impegno positivo e di attenzione dei pubblici poteri nei confronti delle istanze religiose, nella misura in cui risultano espressione di reali esigenze e necessità avvertite dai cittadini.

Il principio di laicità ha dunque un doppio profilo: quello garantista impone la protezione da parte dell'ordinamento della coscienza individuale, della libertà di autodeterminarsi (nello specifico rispetto alla sfera religiosa ed in generale rispetto ai modelli culturali o ai comportamenti concreti che risultino incompatibili con i convincimenti personali), e comporta un divieto di imporre ai cittadini determinati comportamenti, che incidano sulla sfera religiosa o confessionale ovvero di recepire norme ed istituti che possano condizionare la libertà di coscienza dei singoli.

Quello promozionale si esprime nella disponibilità dell'ordinamento ad accogliere e promuovere gli orientamenti e le istanze dei cittadini in materia religiosa, con un atteggiamento che non è di astensione e di non interferenza, ma teso a favorire interventi che rendano effettivo e accessibile, a tutti, l'esercizio della libertà religiosa.

Materia del contendere era la delicata questione dell'insegnamento della religione cattolica e della libertà di coscienza di coloro che decidono di non

frequentare l'ora di religione; con una sentenza interpretativa di rigetto la Consulta ritiene giustificato l'impegno statale di garantire, anche nel nuovo Concordato, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, sia pur con modalità rispettose della libertà di coscienza individuale di genitori e alunni, stante l'abbandono dell'istituto dell'esonero da una materia obbligatoria, sostituito dalla scelta di una materia facoltativa, ma obbligatoriamente offerta dalla scuola pubblica.

Per la Corte «il *genus* ('valore della cultura religiosa') e la *species* ('principi del cattolicesimo nel patrimonio storico del popolo italiano') concorrono a descrivere l'attitudine laica dello Stato-comunità, che risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini».

La sentenza esalta la «logica strumentale propria dello Stato-comunità che accoglie e garantisce l'autodeterminazione dei cittadini, mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo di scelta se avvalersi o non avvalersi del predisposto insegnamento della religione cattolica».

Come osservato da attenta dottrina, la Consulta non si è limitata a delineare uno spazio "minimo" della libertà di religione, inclusa la libertà negativa di non professare la propria fede, che, in forza del principio di laicità, deve essere garantito a tutti i cittadini, ma ha precisato che il principio di laicità implica anche "non indifferenza" dello Stato dinnanzi alle religioni e garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale.

Il carattere laico dell'ordinamento risulta qualcosa di più rispetto al mero divieto di discriminazione per motivi di religione, già stabilito dall'art. 3 Cost., come confermato dall'attribuzione del carattere di supremo, e quindi immodificabile.

Il principio di laicità, quale principio ulteriore rispetto al principio di eguaglianza formale e sostanziale, già di per sé appartenente a tale categoria, presuppone un contenuto diverso, o comunque più ampio, rispetto al mero divieto di discriminazione per motivi religiosi; sebbene utilizzato spesso quale strumento unicamente rafforzativo delle decisioni in tema di libertà di religione, avergli riconosciuto autonomo valore come parametro di costituzionalità, rispetto agli altri parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost. già sufficienti a costituire il nucleo essenziale della libertà di religione, non può non avere conseguenze sul piano della legittimità costituzionale e dei vincoli da esso derivanti nei confronti del legislatore.

Tali ulteriori conseguenze vanno collegate al diverso contenuto della laicità rispetto alla più semplice libertà di religione, individuato dalla Corte nella necessaria non indifferenza di fronte al pluralismo religioso, che rende l'ordinamento italiano

uno Stato non semplicemente laico ma uno Stato laico sociale, che ha scelto di valorizzare il carattere sociale e il valore storico della religione e delle confessioni religiose.

Nella giurisprudenza successiva, non adeguata in termini numerici alla rilevanza e delicatezza del tema, la Corte costituzionale ha di fatto confermato gli orientamenti della sentenza del 1989, fornendo ulteriori precisazioni ed ampliando contenuti e funzioni del principio; con pronunce diacroniche da un lato ha ribadito che il principio di laicità non comporta un atteggiamento di indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, dall'altro ha posto in rilievo l'importanza di assicurare la neutralità dello Stato in materia religiosa.

Semplificando è possibile individuare diversi filoni, che efficacemente la dottrina riconduce a quattro obbligazioni fondamentali dello Stato:

- l'obbligo di salvaguardare la libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale;

- l'obbligo di assumere un atteggiamento "di equidistanza e imparzialità nei confronti di tutte le confessioni religiose", ferma restando la possibilità di regolare bilateralmente e quindi in modo differenziato, nella loro specificità, i rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica tramite lo strumento concordatario e con le confessioni diverse da quella cattolica tramite intese;

- l'obbligo di fornire pari protezione alla coscienza di ciascuna persona che si riconosca in una fede quale che sia la confessione di appartenenza;

- l'obbligo di operare la distinzione tra" ordine delle questioni civili" e" ordine delle questioni religiose".

Il tema del pluralismo e della parità di trattamento delle confessioni religiose viene arricchito dall'esigenza di assicurare ai singoli l'effettivo godimento del diritto ad una libertà di fede e di culto; l'eguale libertà delle confessioni religiose va garantita anche perché è preordinata alla soddisfazione dei bisogni religiosi dei cittadini, e quindi in funzione di un effettivo godimento del diritto di libertà religiosa, sussistendo il medesimo diritto di tutti gli appartenenti alle diverse fedi e confessioni religiose di fruire delle eventuali facilitazioni disposte in via generale dalla disciplina comune dettata dallo Stato perché ciascuno possa in concreto, più agevolmente, esercitare il culto della propria fede religiosa. (Corte cost. sentenza n. 346 del 16 luglio 2002 e ordinanza n. 195 del 4 giugno 2003)-

In altre pronunce si insiste sul vincolo di "equidistanza ed imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose" quale riflesso del principio di laicità che caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale devono convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse. (Corte cost. sentenze n. 440 del 18 ottobre 1995; n. 329 del 14 novembre 1997; n. 508 del

20 novembre 2000; n. 327 del 9 luglio 2002; n. 168 del 18 aprile 2005), ferma restando la possibilità di rapporti bilaterali differenziati ex artt. 7 e 8 Cost.

Filone significativo è quello in cui la Consulta sottolinea come il principio di laicità sia caratterizzato dalla distinzione degli ordini civile e religioso, in forza della quale la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine, cosa che comporta per lo Stato e per le sue istituzioni "il divieto di ricorrere ad obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l'efficacia dei propri precetti». (Corte cost. sentenza n. 334 del 8 ottobre 1996).

Il principio di distinzione degli ordini, sancito all'art. 7, comma 1, Cost per i rapporti tra Stato e Chiesa, viene differenziato rispetto a quello di autonomia delle confessioni religiose, espresso all'art. 8, comma 2, e lo si ritiene riferibile a tutte le confessioni religiose in quanto "caratterizza nell'essenziale il fondamentale o supremo principio costituzionale di laicità o non confessionismo dello Stato."

Interessanti per le ricadute applicative le decisioni in cui si afferma «l'irrilevanza del criterio numerico nelle valutazioni costituzionali in nome dell'uguaglianza di religione»; la Corte, che pur all'inizio aveva dato credito all'argomento "quantitativo" della preminenza al cattolicesimo in quanto religione della «quasi totalità dei cittadini», successivamente lo abbandona nettamente affermando che nemmeno per giustificare le differenziazioni si deve fare riferimento alla maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese (il cd. criterio sociologico, utilizzato, congiuntamente a quello quantitativo); infatti «il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale, se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato là dove la Costituzione, nell'art. 3, comma 1, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione. La protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella sua interezza e tale dunque da riguardare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla confessione religiosa» (Corte cost. sentenze n. 925 del 28 luglio 1988; n. 440 del 1995; n. 329 del 1997 n. 508 del 2000.)

In altre pronunce si insiste sui contenuti promozionali o positivi della laicità statuale; nella maggioranza dei casi si tratta di rigetti di questioni di costituzionalità avverso norme pattizie e di diritto comune rivolte al sostegno o alla protezione di interessi religiosi; a tal proposito sono richiamabili le sentenze n. 13 del 14 gennaio 1991 sull'insegnamento della religione nelle scuole; n. 195 del 27 aprile 1993 sugli edifici di culto; n. 421 del 29 novembre 1993 sulla riserva di giurisdizione dei tribunali ecclesiastici sul matrimonio concordatario.

Venendo a tempi più recenti, il 2016 è stato caratterizzato da due pronunce simili, anche se su casi differenti ed esiti opposti, relative all'annoso tema della libertà di religione per le confessioni diverse da quella cattolica, pur prive dell'intesa prevista dal terzo comma dell'art. 8 della Costituzione.

La sentenza n. 52 del 10 marzo 2016 risolve un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in particolare tra Consiglio dei Ministri e Corte di cassazione, annullando la sentenza di quest'ultima che affermava la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera del Consiglio dei Ministri che negava all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, comma 3, Cost.; connotato il provvedimento come atto discrezionale, meramente politico, non vincolato da alcun parametro costituzionale, dal quale derivava una responsabilità esclusivamente politica del Governo, la Consulta ha di conseguenza escluso l'esistenza di una pretesa soggettiva tutelabile all'avvio delle trattative.

Al contrario **Sez. U, n. 16305/2013, D'Ascola, Rv. 626751-01** aveva affermato che la deliberazione del Consiglio dei Ministri che, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. l), della l. n. 400 del 1988, rifiuti l'apertura della trattativa, negando la qualifica confessionale e religiosa dell'associazione richiedente, non avesse natura di atto politico e fosse, quindi, sindacabile dal giudice amministrativo, in considerazione del fatto che l'interesse fatto valere dall'istante si fondava sui diritti di libertà religiosa, per cui negare la sindacabilità del diniego di trattativa sarebbe equivalso a privare di tutela il soggetto richiedente, aprendo la strada ad una discrezionalità foriera di discriminazioni.

Con la sentenza n. 63 del 24 marzo 2016, invece, il giudizio di legittimità costituzionale in via principale proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti di alcune disposizioni della l.r. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, si è concluso con una dichiarazione di incostituzionalità delle norme scrutinate, conforme ai precedenti in tema di edilizia di culto, censurando le discriminazioni presenti nella legislazione lombarda che richiedeva requisiti specifici e più stringenti, ai fini della costruzione di edifici di culto, per le sole confessioni prive di intesa.

In entrambe le decisioni i giudici della Consulta muovono dal presupposto che il carattere laico dell'ordinamento costituzionale, da cui deriva una necessaria imparzialità ed equidistanza rispetto a ciascuna confessione religiosa, non permetterebbe alcuna limitazione della libertà di religione, sia nel senso di libertà collettiva, in riferimento, dunque, alla confessione in quanto tale, sia nel senso di libertà individuale, in riferimento ai singoli fedeli nel libero esercizio anche collettivo del proprio culto.

Nella sentenza n. 67 del 7 aprile 2017 l'art. 2 della l.r. Veneto 12 aprile 2016 n. 12, che consentiva all'amministrazione di esigere, tra i requisiti per la stipulazione delle convenzioni urbanistiche per la realizzazione di attrezzature di interesse

comune per servizi religiosi, l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività ivi svolte che non strettamente connesse alle pratiche di culto, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima non per violazione della libertà di religione, in quanto prendeva in considerazione tutte le diverse possibili forme di confessione religiosa, ma perché palesemente irragionevole ed eccentrico rispetto alle finalità perseguite dalla norma.

Infine, per la seconda volta in poco più di tre anni, la Corte è tornata a censurare per violazione degli artt. 2, 3 e 19 Cost. alcune disposizioni relative all'edilizia religiosa della l.r. Lombardia n. 12 del 2005, come novellata dalla l.r. n. 2 del 5 febbraio 2015, che, modificando gli artt. 70-72, rendevano più gravosa la costruzione o la semplice apertura di luoghi di culto per le confessioni religiose prive di intese con lo Stato ex art. 8, comma 3, Cost., stabilendo l'obbligatoria adozione da parte dei Comuni del Piano Attrezzature Religiose congiuntamente al Piano di Governo del Territorio per consentire l'installazione di nuove attrezzature religiose.

Con la sentenza n. 254 del 5 dicembre 2019 la Corte ha ribadito la rilevanza pubblica del fenomeno religioso, riaffermando l'obbligo dello Stato di favorire l'apertura di luoghi di culto destinati alle diverse comunità religiose, costituendo il libero esercizio del culto, ed il conseguente diritto di disporre di spazi adeguati per poterlo concretamente esercitare, un aspetto essenziale della libertà religiosa, garantito specificamente dall'art. 19 Cost., ed ha precisato che il compito delle autorità locali è esclusivamente quello di perseguire finalità urbanistiche e non di selezionare le comunità religiose che possono liberamente esercitare il loro culto.

Riassumendo, dalla disamina che precede emergono delle linee di tendenza stabili che sottolineano tanto il lato "positivo" della laicità, nel senso di un atteggiamento di "apertura" nei confronti del fenomeno religioso e della legittimità, sia pure in termini non discriminanti, di interventi a favore dei bisogni dei credenti e delle confessioni, quanto l'esigenza di una piena tutela della libertà di coscienza del singolo e quindi del pluralismo religioso.

In particolare la Corte ha:

- confermato e consolidato il ripudio dell'argomento numerico e di quello sociologico, correlando il concetto di sentimento religioso con la libertà di religione, da cui la necessità di «abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria», e sottolineando che il superamento di questa soglia, attraverso valutazioni e apprezzamenti legislativi differenziati e differenziatori, che determinino diverse intensità di tutela, inciderebbe sulla pari dignità della persona e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato;

-valutato sempre con particolare rigore le differenziazioni tra le confessioni, sia tra credenti di religioni diverse sia tra questi, gli atei e gli agnostici;

- esaltato i valori dell'equidistanza e dell'imparzialità e della distinzione tra "ordini".

4. Laicità e libertà di religione in Europa.

Il principio della laicità costituisce il prodotto più maturo della storia delle istituzioni europee nate proprio al fine di perseguire l'unità nella differenza e la capacità di dialogo tra popoli che per lingue, etnie, tradizioni appartengono a identità diverse, ma che si saldano grazie a principi-valori condivisi.

Seppure un modello di laicità europea sia ancora in divenire ed in continua evoluzione, la normazione europea converge da tempo sull'importanza del principio comune della libertà religiosa e sulla necessità che esso sia preservato da ogni forma di negazione e discriminazione.

4.1. La giurisprudenza delle Corti europee.

Il sistema CEDU ed il diritto dell'Unione operano sulla base di scopi, obiettivi, competenze e finalità notoriamente diverse; in tema di libertà di religione non deve pertanto meravigliare né la diversità di approccio e di scala valoriale dei diritti presi in considerazione, né l'apparente contraddittorietà di esito delle decisioni.

Alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è attribuito il compito di garantire una protezione effettiva ai diritti e alle libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di violazioni o restrizioni illegittime perpetrate dagli Stati membri; i giudici della Corte EDU sono chiamati a valutare il comportamento dello Stato citato in giudizio, alla luce dei parametri previsti dalla Convenzione stessa, su ricorso di chi, ritenendo di essere vittima di una violazione a uno o più dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione che non hanno trovato soddisfazione nelle giurisdizioni interne, già adite, ha la possibilità di rivolgersi al giudice sovranazionale.

Partendo dalla considerazione che ciascuno Stato membro, in quanto più vicino alla sensibilità ed alla coscienza morale e civile della società che è chiamato ad amministrare, di cui è comunque l'espressione politica, sia maggiormente in grado rispetto ad un tribunale internazionale di percepirne i bisogni e di risolverne i conflitti, è la Convenzione stessa a prevedere la possibilità di ingerenze legittime degli Stati nei diritti da essa protetti e quindi a lasciare spazio a diverse discipline nazionali.

L'operazione più delicata e creativa della giurisprudenza CEDU attiene proprio all'accertamento che il comportamento dello Stato, posto in asserita violazione di un diritto, sia sorretto da uno tra gli "scopi legittimi" espressamente previsti dagli

articoli della Convenzione, e inoltre rispetti il principio di proporzionalità, vale a dire sia necessario per la costruzione o il mantenimento di una "società democratica".

Nel sistema dell'Unione, invece, la tutela dei diritti, assicurata inizialmente nelle sole ipotesi di una loro riconducibilità nell'ambito della categoria innominata dei principi generali o delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si è implementata solo con la riformulazione dell'art. 6 del TUE, di cui al Trattato di Lisbona, che ha determinato da un lato l'assimilazione ai Trattati della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'altro l'esplicita qualificazione come principi generali dell'Unione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e di quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.

I diritti garantiti nelle due Carte, la Convenzione e la CDFUE, presentano una struttura pressoché identica nella parte definitoria, diversa invece quella relativa alla previsione dei limiti che, nel caso della Convenzione EDU sono rivolti agli Stati, al fine di limitarne il margine di apprezzamento, mentre nel caso della Carta di Nizza operano all'interno del diritto dell'Unione, obbligando in prima battuta gli organi dell'Unione e quindi gli Stati membri che, nei soli casi in cui si trovino a dare attuazione al diritto dell'Unione (art. 51 della Carta).

Questa diversità di finalità e di prospettiva spiega perché per lungo tempo le sentenze della Corte di Giustizia che fanno diretta applicazione del diritto alla libertà di religione siano state poche e tendenzialmente neutrali, e perché anche negli anni successivi, ove la giurisprudenza unionale si è mostrata via via sempre più sensibile alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, sempre limitate alle materie di competenza dell'Unione ed ai soli casi in cui l'applicazione del diritto unionale avrebbe potuto portarne la lesione come conseguenza indiretta di condotte discriminatorie.

4.1.1 La giurisprudenza della Corte EDU.

Anche sul diritto di libertà di pensiero, di coscienza e di religione tutelato dall'art. 9 della Convenzione la Corte EDU ripete sistematicamente che, date le sostanziali differenze esistenti negli ordinamenti nazionali, condizionati dalle specifiche tradizioni storico-culturali e dalle diverse presenze e consistenze religiose, deve essere riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento.

La Corte, in quanto giudice dei diritti e non dei principi, non impone agli Stati di essere o diventare laici o aconfessionali; il principio di laicità entra nella giurisprudenza di Strasburgo non come principio o valore proprio della Convenzione ma come scopo perseguito da singole politiche statali di cui di volta in volta viene valutata la legittimità attraverso il cd test di proporzionalità.

Lo Stato compatibile con la Convenzione europea è uno Stato democratico e pluralista nel quale possono convivere idee, fedi, convinzioni, culture diverse, che gode di un ampio margine di apprezzamento in materia ma non così ampio da smettere di essere democratico e pluralista.

Allo Stato membro si richiede di rispettare il diritto di libertà religiosa di tutti e, quindi, di comportarsi come arbitro imparziale rispetto a tutte le fedi e a tutte le convinzioni, anche quelle degli atei, degli agnostici, degli scettici e degli indifferenti, e quindi a titolo esemplificativo, di non prendere posizione né a favore né contro nessuna religione o ideologia, di non indottrinare gli studenti delle scuole pubbliche in nessun modo, neppure attraverso l'inserimento di corsi obbligatori di contenuto confessionale nei programmi scolastici, di non obbligare nessuno a rivelare la propria appartenenza confessionale, di non discriminare i gruppi religiosi nel godimento delle facoltà inerenti il diritto di libertà religiosa, di non rendere irragionevolmente difficile agli stessi l'apertura di luoghi di culto, e ancora di non ingerirsi nella loro organizzazione interna.

Gran parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa individuale degli ultimi decenni si è occupata di casi che riguardavano la libertà di indossare sul corpo simboli con significato religioso, quali capi di abbigliamento (copricapi, veli, tuniche ecc.) o monili (crocifissi, catenine ecc.).

Sebbene le pronunce abbiano nella maggior parte dei casi avuto un esito favorevole gli Stati, la tendenza della giurisprudenza della Corte EDU è stata quella di assicurare un crescente riconoscimento alla pretesa dei ricorrenti d'indossare i simboli, quale parte integrante dell'esercizio del culto e dell'identità religiosa dei singoli, e quindi come comportamento tutelato dell'art. 9 della Convenzione, dando sempre maggiore importanza nel giudizio di bilanciamento alla necessarietà della misura restrittiva.

All'esito di tale percorso, emblematico di una evoluzione generalizzata rispetto al tema della libertà di religione, si collocano ben due pronunce di condanna degli Stati citati in giudizio (la Bosnia Erzegovina nel 2017 e il Belgio nel 2018) per violazione dell'art. 9 della Convenzione.

Tra gli scopi legittimi utilizzati dalla Corte per giustificare la restrizione alla libertà religiosa prevale quello dell'ordine pubblico, nella sua accezione ideale, che impone il rispetto del principio della neutralità dello spazio pubblico, e nella sua accezione materiale, collegata alle esigenze di sicurezza pubblica; anche in riferimento alle finalità legittime si riscontra una tendenza ad espandere gli spazi di tutela grazie ad una interpretazione delle stesse sempre più restrittiva.

Nel caso X c. Regno Unito del 12 luglio 1978 alcuni motociclisti appartenenti alla religione sikh lamentavano la violazione del proprio diritto di indossare il turbante a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo di indossare il casco, mentre nel

caso Karaduman c. Turchia del 3 maggio 1993 a una studentessa musulmana era stato negato il rilascio del certificato di laurea a seguito del suo rifiuto di produrre una fotografia senza indossare il velo.

In queste decisioni viene esclusa la rilevanza dell'art. 9 della Convenzione, ed i ricorsi sono rigettati, dando preminenza nel giudizio di bilanciamento alla tutela della salute e della sicurezza, in relazione all'obbligo di utilizzo del casco per i motociclisti, ed alla tutela della sicurezza, per l'obbligo di riconoscimento all'ingresso degli aeroporti o sulle fotografie dei documenti.

Nel caso Dahlab c. Svizzera del 15 febbraio 2001, in cui un'insegnante delle scuole elementari, in ragione della sua appartenenza religiosa, pretendeva d'indossare il velo islamico durante l'orario di lavoro, nonostante il divieto posto dall'ordinamento svizzero, supportato dalla necessaria neutralità delle istituzioni scolastiche e, più in generale, dal principio di laicità dello Stato, la Corte per la prima volta riconduce la decisione d'indossare il velo islamico all'ambito dell'art. 9 della Convenzione come pratica di culto, ma dichiara comunque irricevibile il ricorso, dando prevalenza al divieto d'indottrinamento delle coscienze ancora molto influenzabili dei bambini.

I casi diventano più complessi e delicati quando la Corte è chiamata a decidere della denunciata violazione del diritto di libertà religiosa da parte degli Stati che hanno introdotto disposizioni 'antivelo' o 'antiburqa.'

La più nota di queste pronunce è quella del caso Sahin c. Turchia del 10 novembre 2005 in cui una studentessa universitaria lamentava la violazione del proprio diritto alla libertà religiosa e all'istruzione a seguito dell'interdizione a partecipare alle lezioni universitarie indossando il velo islamico.

In questo caso il rigetto sopraggiunge all'esito di una articolata operazione di bilanciamento con la necessarietà della misura rispetto al principio di laicità dello Stato, irrinunciabile nel contesto dello Stato turco ove si impone una rigorosa neutralità dello spazio pubblico per gli scopi legittimi della tutela dell'ordine pubblico e dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte nelle successive sentenze inizia un processo di restringimento dei confini di operatività dello scopo legittimo dell'ordine pubblico in senso astratto e, nel caso Arslan e altri c Turchia dell'11 febbraio 2010, per la prima volta condanna uno Stato per violazione dell'art. 9 in relazione al divieto di indossare abbigliamento religioso nelle pubbliche strade.

Nel caso di alcuni fedeli musulmani che camminavano nelle vie di Ankara, di ritorno da un rito religioso, abbigliati con tuniche e altri capi di vestiario dal chiaro significato religioso, la Corte chiarisce che il principio della neutralità dello spazio pubblico è invocabile al fine di legittimare la misura restrittiva alla libertà religiosa solo quando si tratti di spazio pubblico 'istituzionale' (scuola, università, tribunale,

ospedali pubblici, ecc.), o di persone che ricoprono un ruolo 'istituzionale' (insegnanti, giudici, pubblici ufficiali, dipendenti pubblici ecc.), ma non può legittimare un divieto generalizzato all'utilizzo di simboli o capi di abbigliamento religiosamente orientati.

La tendenza restrittiva è confermata nella successiva sentenza S.A.S c. Francia della Grande Camera del 1 luglio 2014, ove la Corte è chiamata a pronunciarsi sul ricorso di una donna musulmana che chiedeva di indossare il velo integrale nelle pubbliche vie, in violazione della legge francese del 2010 che vieta e sanziona penalmente l'utilizzo di qualsiasi indumento idoneo a coprire il volto in ogni spazio pubblico, comprese pubbliche vie o piazze.

Nel rigettare comunque il ricorso, la Corte non utilizza lo scopo legittimo dell'ordine pubblico inteso come sicurezza pubblica, in quanto ritiene che l'obbligo di riconoscimento non operi in tutte le situazioni come obbligo generalizzato e perdurante, ma possa essere legittimato solo in presenza di concreti elementi di rischio, nella specie non sussistenti, e ripiega su un altro scopo legittimo, quello dei "diritti degli altri", che declina nel senso che la necessità di 'guardarsi' e d'interagire costituisce una condizione essenziale del "*vivre ensemble*".

L'evoluzione arriva a compimento nel caso Lachiri c. Belgio del 18 dicembre 2018, che riguardava una donna musulmana che si era rifiutata il togliere il velo all'interno del tribunale di Bruxelles ove si trovava per assistere a un'udienza; la Corte, preso atto che la ricorrente con il suo comportamento non aveva messo a rischio lo svolgimento dell'udienza, ha condannato il Belgio per violazione dell'art. 9 della Convenzione.

Nello stesso senso aveva già deciso con la sentenza Hamidovic c. Bosnia Ervegovina del 5 dicembre 2017, nel caso di un testimone in un processo penale che, nonostante il divieto di utilizzo di simboli religiosi, aveva rifiutato di togliersi il copricapo attestante la sua appartenenza religiosa; in questo caso la condanna dello Stato è motivata dal fatto che il ricorrente non intendesse in alcun modo incitare i presenti a opporsi ai valori laici e democratici o creare turbamenti, ma semplicemente conformarsi ai dettami della propria fede religiosa.

L'Italia è stata protagonista della questione relativa alla presenza del crocefisso nelle aule scolastiche; la storia processuale del crocefisso esposto nelle aule della scuola media statale di Abano Terme ha trovato la parola fine solo innanzi alla Corte EDU ove, a seguito dell'insuccesso dei rimedi esperiti nell'ambito dell'ordinamento interno, la signora Lautsi aveva deciso di rivolgersi lamentando la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione, nella parte in cui sancisce il diritto di ciascun genitore a garantire ai figli un'istruzione e un insegnamento conformi alle sue convinzioni religiose e filosofiche, nonché dell'art. 9 CEDU, che tutela la libertà di pensiero e di religione.

In prima istanza la Seconda Sezione della Corte europea si era pronunciata a favore della ricorrente con la sentenza del 3 novembre 2009.

I giudici di Strasburgo, circoscritto l'oggetto della pronuncia all'esposizione del crocefisso in un luogo pubblico specifico, ossia la scuola, la cui specificità è data dal fatto di essere frequentata da persone di giovane età, prive di quella «*critical capacity*» necessaria per valutare le scelte preferenziali dello Stato in materia religiosa, sono entrati nel merito della compatibilità tra tale fenomeno e le norme convenzionali invocate mettendo in rilievo la percezione che la ricorrente aveva avuto in ordine alla violazione del diritto suo e dei suoi figli a non professare la religione cattolica.

La Corte ha ritenuto all'unanimità che l'ostensione del crocifisso (e di altri simboli ad esso equiparabili) presupponesse una violazione del "diritto dei genitori ad educare i propri figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche" in riferimento alla "libertà religiosa" di quest'ultimi.

In particolare, la Sezione ha affermato che l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1 doveva essere letto in combinato disposto con l'art. 9 della Convenzione, poiché "è sul diritto fondamentale all'istruzione che si innesta il diritto dei genitori al rispetto delle loro convinzioni religiose e filosofiche", e ciò affinché sia salvaguardata "la possibilità di un pluralismo educativo, essenziale alla conservazione della società democratica come la concepisce la Convenzione".

Lo Stato, quindi, sarebbe tenuto alla "neutralità confessionale nel quadro dell'educazione pubblica" per cui "il rispetto per le convinzioni religiose dei genitori e delle credenze dei bambini implica il diritto di credere in una religione o di non credere in nessuna religione (cd libertà negativa)"

Questa libertà negativa "si estende alle pratiche ed ai simboli che esprimono in particolare o in generale, una credenza, una religione, o l'ateismo. Questo diritto negativo merita una tutela particolare se è lo Stato che esprime una credenza e se la persona è messa in una situazione in cui non può liberarsi o può farlo soltanto con sforzi e con sacrifici sproporzionati"

Secondo i giudici europei il crocifisso reca con sé una pluralità di significati, ma è indubbio che tra i tanti "*la signification religieuse est prédominante*", e la sua carica religiosa nel contesto di un luogo deputato all'istruzione pubblica lo rende un "segno esteriore forte", così come lo sono altri simboli ad esso equiparati, e la sua presenza obbligatoria non può passare inosservata, avendo un evidente impatto nello sviluppo degli alunni, specie per quelli di altre religioni o per coloro che non ne professano alcuna, tenendo anche in debito conto l'età di questi ultimi; inoltre, l'ostensione del crocifisso "non può essere giustificata né dalla richiesta di altri genitori che desiderano un'istruzione religiosa conforme alle loro convinzioni, né […] dalla necessità di un compromesso necessario con le componenti di ispirazione cristiana"

A seguito di questa sentenza il Governo italiano ha deciso di ricorrere alla Grande Chambre della Corte che, con la pronuncia del 18 marzo 2011, ha ribaltato la precedente decisione, assolvendo l'Italia dall'accusa di violazione dei diritti umani per l'ostensione del crocifisso nelle aule scolastiche; contrariamente alla Seconda Sezione, secondo cui costituiva un "potente simbolo esteriore", per la Grande Chambre il crocifisso è un "simbolo religioso essenzialmente passivo" incapace di costituire "*une forme d'endoctrinement"* e di rappresentare offesa alla libertà negativa di religione degli alunni e della loro madre, così come garantita dalla Convenzione ed interpretata dalla Corte.

In tale decisione si demoliscono i tre capisaldi della prima decisione, ovvero:

1) la vulnerabilità degli studenti rispetto all'esposizione di simboli religiosi nelle aule scolastiche, ritenendo che non vi fossero prove che l'esposizione di un simbolo religioso sulle pareti dell'aula potesse influire sugli studenti e, quindi, sulle loro convinzioni in una fase ancora di formazione;

2) la rilevanza della percezione soggettiva della ricorrente quanto alla violazione dei diritti suoi e dei suoi figli in materia di libertà religiosa, che non è ritenuta sufficiente a integrare una violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU;

3) la qualificazione del crocefisso come "simbolo esteriore potente", degradato a simbolo essenzialmente passivo, dal quale non può discendere una influenza sugli allievi paragonabile a quella esercitata da un discorso didattico o dalla partecipazione ad attività religiosa.

La Grande Chambre, pur ribadendo che è compito della Corte europea vigilare affinché siano garantiti i diritti in materia religiosa, riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli, sottolineando che tali diritti non sono derogabili nemmeno in forza di consolidate tradizioni proprie degli Stati membri, chiarisce che in merito alla presenza dei simboli religiosi nelle aule delle scuole pubbliche gli Stati contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento sicché compito della Corte è solo quello di censurare quelle pratiche statali che introducono forme di indottrinamento, contrarie alla Convenzione europea.

Pur dando atto che la normativa italiana, rendendo obbligatoria la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, attribuisce alla religione maggioritaria del Paese una visibilità preponderante nell'ambiente scolastico, la Corte ritiene che gli effetti della grande visibilità che la presenza del crocifisso attribuisce al cristianesimo debbano essere ridimensionati valorizzando che in Italia:

1) la presenza del crocefisso nelle aule non è associato all'obbligatorietà dell'insegnamento religioso;

2) le autorità non sono intolleranti nei confronti degli alunni che credono in altre religioni o non hanno alcuna convinzione religiosa;

3) non è mai stato incoraggiato nelle scuole lo sviluppo di pratiche di insegnamento con una tendenza al proselitismo.

L'inversione di tendenza della sentenza della Grande Camera rispetto a quella della Seconda Sezione è fondata principalmente sulla diversa interpretazione del "margine di apprezzamento" riconosciuto alle autorità nazionali; la Corte ritiene che tema di protezione della libertà religiosa, gli Stati contraenti godono di un ampio margine di discrezionalità, e che tale discrezionalità è accentuata in tema di esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche per il fatto che su tale materia non vi è un "consenso europeo" unanime, ma pratiche diversificate nei vari Stati.

La Corte, premesso che non spetta ai giudici europei pronunciarsi sulla conciliabilità della presenza dei crocifissi nelle aule scolastiche con il principio di laicità sancito dal diritto italiano, conclude che le autorità hanno agito entro i limiti dei poteri di cui dispone l'Italia nel quadro del suo obbligo di rispettare, nell'esercizio delle proprie funzioni in materia di educazione e d'insegnamento, il diritto dei genitori di garantire tale istruzione secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche, senza alcuna violazione delle norme convenzionali.

4.1.2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

Negli ultimi anni un maggiore interesse per le questioni religiose da parte della giurisprudenza dell'Unione è conseguito all'applicazione della direttiva del Consiglio 2000/78/CE che persegue la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

La libertà religiosa è stata presa in considerazione come aspetto astrattamente idoneo a realizzare una discriminazione tra credenti e non credenti, o tra credenti di diversi culti, nell'ambito lavorativo.

È noto che il principio della parità di trattamento, che concreta l'esigenza che venga assicurata una forma di uguaglianza la cui violazione integra la discriminazione, trova il suo fondamento in un rapporto relazionale tra due soggetti, ovverosia in una comparazione tra gli stessi, la quale evidenzi che uno di essi è stato, è, o sarà avvantaggiato rispetto all'altro, sia per effetto di una condotta posta in essere direttamente per creare la discriminazione, sia in conseguenza di un comportamento - in apparenza neutro - ma che abbia comunque una ricaduta negativa per i seguaci di una religione diversa da quella professata dai soggetti favoriti o che non seguano nessuna religione.

La Corte di Giustizia in due sentenze del 2017 ha osservato che, nel Considerando 1 della Direttiva n. 78/2000 «il legislatore dell'Unione ha [...] fatto riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione. Ebbene, tra i diritti risultanti da tali

tradizioni comuni e che sono stati riaffermati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] vi è il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta. Conformemente a tale disposizione, tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». (CGUE, Grande Sezione, 14/03/2017, sentenze ADDH/Micropole SA, C- 188/15, e Achbita/G4S Secure Solutions, C. 157/15).

In entrambi i giudizi era in discussione il divieto di portare simboli religiosi nei luoghi di lavoro privato, che trovava origine in un caso dalla policy aziendale, che imponeva ai dipendenti un'immagine di neutralità che non rivelasse i propri convincimenti più intimi, nell'altro caso dalle pressanti richieste in tal senso dei clienti dell'azienda; due dipendenti, rispettivamente una receptionist e una consulente, entrambe di religione musulmana, che avevano insistito nell'indossare il velo durante l'orario di lavoro nonostante i numerosi inviti contrari dei datori di lavoro, erano state licenziate in conseguenza dei reiterati rifiuti.

Chiamata a decidere se il divieto imposto dalle aziende costituisse un'illegittima discriminazione indiretta a danno delle fedeli musulmane, ovvero, essendo giustificato dalla libertà di impresa, potesse ritenersi una previsione legittima nell'ottica della direttiva antidiscriminazione, la Corte ritiene adeguato il "perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti" a fungere da finalità legittima per una restrizione della libertà religiosa delle dipendenti, in quanto tale intenzione rientra nell'ambito della libertà d'impresa, riconosciuta dalla Carta e, senza dare altra indicazione concreta sui criteri da applicare nel giudizio di bilanciamento, lascia al giudice del rinvio di valutare "che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari."

In due successive sentenze del 2018 la Corte si pronuncia sulla possibilità, per i giudici nazionali, di sindacare le determinazioni delle organizzazioni di tendenza religiosa in relazione ai requisiti indispensabili che i dipendenti devono possedere per farne parte. (CGUE sentenze 17 aprile 2018 C-414/16 Egenberg/Evangelischese e 11 settembre 2018 C-68/17 IR/JQ)

In un caso un ente religioso aveva rifiutato di prendere in considerazione la candidatura di una signora che nel suo curriculum aveva dichiarato di essere atea; nel secondo un ospedale cattolico aveva licenziato un primario di fede cattolica, sposato con rito religioso, che aveva divorziato e si era risposato con matrimonio civile.

In entrambe le pronunce la questione vedeva la contrapposizione tra la libertà religiosa collettiva del gruppo, che pretende di stabilire le condizioni di accesso e di

permanenza nella struttura di tendenza, con la libertà religiosa del singolo che chiede di non essere discriminato nel trattamento in ragione della sua appartenenza o non appartenenza religiosa; in entrambi i giudizi lo spazio della libertà religiosa del singolo è arretrata di fronte all'essenzialità della condizione richiesta ai fini dello svolgimento del rapporto di lavoro.

La Corte di Giustizia UE ha interpretato l'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78/CE, nel senso che nel caso di attività professionali di Chiese, o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata su tali fattori non costituisce discriminazione laddove questi ultimi rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione.

La Corte ha altresì affermato che, nel caso in cui la disparità di trattamento per motivi religiosi non possa essere giustificata in base ai criteri posti dalla direttiva 2000/78, la tutela effettiva del divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o convinzione personale potrà comunque essere invocato direttamente dai singoli sulla base degli articoli 21 e 47 della CDFUE, che sanciscono, rispettivamente, il divieto di discriminazione per motivi religiosi e il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, in quanto tali diritti sono idonei a produrre effetti diretti e non necessitano di essere precisati mediante disposizioni di diritto dell'Unione o del diritto nazionale.

Da ultimo la sentenza 22 gennaio 2019, Cresco Investigation/Markus Achatzi, C-193/17, si è occupata del trattamento ricevuto in Austria dagli appartenenti ad alcuni gruppi religiosi che godevano di un giorno di festività in più, anche retribuito in aggiunta, rispetto agli appartenenti ad altre fedi religiose o ai non credenti.

La CGUE in questo caso ha ritenuto che una normativa nazionale in virtù della quale il Venerdì santo sia un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane e solo tali lavoratori abbiano diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, ad un'indennità complementare alla retribuzione percepita per le prestazioni svolte in tale giorno, costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione, in quanto tale previsione non costituisce una misura necessaria alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'art. 2, par. 5, della direttiva, né una misura specifica destinata a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'art. 7, par. 1.

5. Il principio di laicità nella giurisprudenza di legittimità.

Inizialmente l'elaborazione del principio di laicità ad opera del Giudice delle leggi non aveva determinato un incremento di aspettative verso la soluzione giudiziaria dei conflitti imperniati sul fattore religioso; nel tempo l'affermarsi del

pluralismo religioso e del multiculturalismo hanno alimentato il bisogno di investire l'autorità giudiziaria di questioni sempre nuove, cui la Suprema Corte non ha mancato di fornire soluzioni adeguate all'evoluzione sociale e culturale del nostro paese.

All'esito della svolta con cui la Consulta ha collocato il principio di laicità al vertice della gerarchia sostanziale dei principi costituzionali, il ruolo della giurisprudenza ha assunto un ruolo centrale dal momento che l'intero corpo legislativo che regolava la materia religiosa, sia unilaterale che di derivazione pattizia, risultava antecedente al "disvelamento", circostanza che rendeva indispensabile una sua integrale rivisitazione a mezzo di una interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata.

Questa esigenza immediata si è inevitabilmente protratta a causa di una perdurante inerzia del legislatore nell'attuazione costituzionale sia del principio di nuovo conio sia di quelli già esplicitati, assenza che ha costretto la giurisprudenza a cimentarsi continuamente nell'interpretazione conforme della disciplina vigente e a svolgere un vero e proprio compito di supplenza di vuoti normativi ancora oggi rimasti tali.

Benché il principio fosse stato da poco enunciato, **Sez. U, n. 00482/1989, Tondo, Rv. 463653-01** ha sollevato questione di legittimità costituzionale di numerose disposizioni del r.d. n. 1731 del 1930 (che dettava la disciplina, unilaterale, delle Comunità israelitiche e dell'Unione delle comunità), ipotizzandone il contrasto con il principio supremo di laicità dello Stato ritenuto idoneo a fungere quale diretto ed immediato parametro della legittimità costituzionale di quella normativa.

Ad avviso della S.C. le norme che qualificavano ente pubblico non economico una comunità israelitica, chiamata in giudizio in qualità di datore di lavoro, e la conseguente devoluzione delle controversie sui rapporti di lavoro, ritenuti di pubblico impiego, alla cognizione del g.a., violavano non solo l'autonomia istituzionale delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, garantita dall'art. 8, comma 2, Cost., ma costituivano un'ipotesi eccezionale di ingerenza nell'organizzazione delle medesime che si poneva in contrasto con il principio di laicità.

Accolta la questione dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 259 del 25 maggio 1990, **Sez. U, n. 08028/1991, Giustiniani, Rv 473226-01**, ha conseguentemente statuito che i rapporti di lavoro tra dipendenti e comunità hanno natura privatistica, e sono pertanto soggetti alla cognizione del giudice ordinario.

Sez. U, n. 11432/1997, Bibolini, Rv. 510071-01 affronta il delicato e complesso tema del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli studenti delle scuole pubbliche, cd "non avvalentisi", ossia gli studenti che nell'esercizio del "diritto di

scegliere se avvalersi o non avvalersi" dell'insegnamento della religione cattolica optano per la seconda alternativa.

In applicazione delle sentenze della Corte cost. n. 203 del 1989, che aveva confermato la legittimità della previsione facoltativa dell'insegnamento della religione cattolica - rispetto alla quale residua, per chi non intenda avvalersene, la facoltà di scegliere se svolgere diverse attività didattiche e formative, o attività di studio e di ricerca con assistenza di personale docente, o, ancora, nessuna attività, senza assistenza di personale docente ed anche con l'allontanamento dalla scuola -, e n. 13 del 14 gennaio 1991, che aveva ritenuto non contestabile la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla situazione giuridica soggettiva di avvalersi o meno dell'insegnamento della religione, vertendosi in materia di diritti soggettivi, la decisione ha affermato che la cognizione di eventuali discriminazioni, che discendano dall'obbligo di un *facere* in capo a chi risponda negativamente alla proposta di un insegnamento a carattere religioso, spetta, anche per gli eventuali profili risarcitori, alla giurisdizione del giudice ordinario.

A composizione di un contrasto sulla valutazione della convivenza coniugale successiva alla celebrazione del matrimonio concordatario quale limite generale d'ordine pubblico alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, **Sez. U, n. 16379/2014, Di Palma, Rv. 631798-01**, conforme **Sez. 1 n. 01494/2015, Acierno, Rv. 633982-01**, ha riconosciuto che la convivenza "come coniugi", quale elemento essenziale del "matrimonio-rapporto", ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, integra una situazione giuridica di "ordine pubblico italiano", la cui inderogabile tutela trova fondamento nei principi supremi di sovranità e di laicità dello Stato, come affermato dalla Corte cost., ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico del "matrimonio-atto".

Altro interessante campo di applicazione del principio di laicità si rinviene nell'ambito del diritto di famiglia; in un giudizio di opposizione ex art. 250 c.c. presentata da una madre italiana, al riconoscimento quale figlio naturale da parte del padre tunisino, fondata unicamente sull'etnia e la confessione religiosa del padre arabo e di religione musulmana e sul conseguente timore che la figlia, acquisendo la cittadinanza tunisina potesse avere un grave danno sia dalla sottoposizione all'ordinamento tunisino, fondato su di una concezione unitaria della religione e dello Stato, sia dalla deteriore condizione della donna rispetto all'uomo nonché dall'integralismo religioso e politico dei musulmani, la S. C. ha rigettato il ricorso ricordando che "il principio di laicità di cui all'art. 8 Cost. impedisce che ogni confessione religiosa possa essere in sé anteposta o posposta alle altre" e che "in tema di autorizzazione al riconoscimento di figlio naturale, la mera diversità

culturale, di origini, di etnia e di religione non può di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'esclusione dell'interesse del minore all'acquisizione della doppia genitorialità" non dimenticando però di precisare che il fanatismo religioso può assumere rilievo dirimente qualora si traduca in indebita compressione dei diritti di libertà del minore o in un pericolo per la sua crescita secondo i canoni generalmente riconosciuti dalle società civili. (**Sez. 1 n. 12077/1999, Criscuolo, Rv. 530808-01,** conforme **Sez. 1 n. 02475/2004, Forte, Rv. 570014-01)**

Negli ultimi anni le istanze di tutela della libertà di religione sono sensibilmente aumentate e con esse le fattispecie in cui il principio di laicità è stato invocato e ha trovato pratica applicazione.

In un caso in cui si lamentava la responsabilità per lesione del diritto individuale di libertà religiosa in capo all'ente organizzatore di una manifestazione artistica per aver ospitato, al proprio interno, uno spettacolo ritenuto contrario ai principi della religione cattolica, **Sez. 1, n. 07468/2017, Sambito, Rv. 644823-01** ha escluso che l'organizzazione di un singolo spettacolo artistico potesse, di per sé sola, costituire violazione del personale sentimento religioso di un unico cittadino, ed essere sanzionata dall'ordinamento con il riconoscimento di un credito risarcitorio, non solo per l'insussistente collegamento oggettivo tra la prima ed il secondo, ma anche perché non è ravvisabile il requisito del danno ingiusto, essendo la programmazione di una manifestazione artistica espressione di una libertà garantita dalla Costituzione.

Nella pronuncia Sez. 1, n. 24084/2017, Novik, non massimata, la Cassazione penale è stata chiamata a decidere il ricorso proposto da un indiano Sikh avverso la sentenza del Tribunale di Mantova che lo condannava al pagamento di un'ammenda per il reato di porto di armi od oggetti atti a offendere (di cui all'art. 4 della l. n. 110 del 1975), perché circolava portando con sé un pugnale sacro, il Kirpan, che aveva rifiutato di consegnare per motivi religiosi; la Corte ha rigettato il ricorso dando la prevalenza all'esigenza di tutelare valori di stampo generale e collettivo, rispetto alle singole esigenze religiose e culturali, sul presupposto che "La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti a offendere"

Sez. 1, n. 21916/2019, Bisogni, Rv. 655166-01 in tema di affidamento dei figli minori, affronta un caso di conflitto genitoriale sull'educazione religiosa del minore.

Premesso che il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissarne le relative modalità di esercizio è quello del superiore interesse della prole, atteso il diritto preminente dei figli ad una crescita sana ed equilibrata, la S.C. ha cassato la

decisione di merito, che aveva inibito alla madre, convertitasi alla fede geovista, d'impartire al figlio insegnamenti contrastanti con quelli della religione cattolica, basando il giudizio solo su astratte valutazioni delle due religioni e dando rilievo all'iniziale trasmissione al figlio, da parte di entrambi i genitori, della fede cattolica come religione comune della famiglia, affermando che possono essere adottati anche provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori, purché intervengano all'esito di un accertamento in concreto, basato sull'osservazione e sull'ascolto del minore, dell'effettiva possibilità che l'esercizio di tali diritti possa compromettere la salute psico-fisica o lo sviluppo dei figli minori.

In tema di protezione sussidiaria, richiesta a tutela della libertà religiosa da un cittadino senegalese di religione cristiana, che aveva dedotto di essere esposto, in caso di ritorno in Senegal, al pericolo di essere ucciso per aver rifiutato di diventare sacerdote della religione tribale professata dal padre il quale, morendo, gli aveva lasciato tale incarico secondo la tradizione, **Sez. 1, n. 26823/2019, Federico, Rv. 655628-01** ha statuito che il diritto a tale forma di protezione non può essere escluso dalla circostanza che il danno grave possa essere provocato da soggetti privati, qualora nel Paese d'origine non vi sia un'autorità statale in grado di fornire adeguata ed effettiva tutela, con conseguente dovere del giudice di effettuare una verifica officiosa sull'attuale situazione di quel Paese.

Tema da sempre complesso quello del rifiuto di sottoporsi a trattamenti sanitari per motivi religiosi, ove convergono sia il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente che quello al libero esercizio della propria fede religiosa.

In un caso di un paziente testimone di Geova, portatore di forti convinzioni etico-religiose contrarie ai trattamenti trasfusionali, **Sez. 3, n. 23676/2008, Travaglino, Rv. 604908-01** ha ritenuto insufficiente che egli recasse con sé al momento del ricovero il cartellino recante la scritta "niente sangue" ed indispensabile, ai fini del dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche per l'ipotesi in cui si fosse trovato in stato di incapacità naturale, il conferimento ad un terzo di una procura "ad hoc" o la manifestazione, attraverso una dichiarazione scritta, puntuale ed inequivoca, del rifiuto delle cure quand'anche si fosse venuto a trovare in pericolo di vita.

Premesso che al consenso informato è correlata la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche quella di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, in quanto nel diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione, si realizza il valore fondamentale della dignità umana, sancito dall'art. 32 Cost., dagli art. 2, 3 e 35 CEDU e dalle convenzioni internazionali, e che tale facoltà assume connotati ancora più forti, degni di tutela e garanzia, laddove il rifiuto del trattamento sanitario rientri e sia connesso

all'espressione di una fede religiosa il cui libero esercizio è sancito dall'art. 19 Cost., **Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-02**, ha cassato la decisione di merito che aveva rigettato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno che l'interessato, aderente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, aveva preventivamente designato, anche allo scopo di far valere la sua irrevocabile volontà di non essere sottoposto, neanche in ipotesi di morte certa ed imminente, a trasfusioni a base di emoderivati.

Sempre valorizzando il diritto all'autodeterminazione **Sez. 3, n. 00515/2020, Gorgoni, Rv. 656809-01** ha affermato che la vittima di un sinistro stradale, deceduta in seguito al rifiuto di ricevere delle trasfusioni di sangue per ragioni religiose, non può essere considerata corresponsabile della propria morte, con l'effetto di vedere ridotto il risarcimento dovuto dal danneggiante per il solo fatto di essere salita su una vettura ed avere così accettato, in maniera volontaria ed imprudente, il rischio della circolazione benché fosse consapevole di non potersi sottoporre a determinate cure mediche.

La libertà di religione, nell'espressione della libertà di propaganda in materia religiosa, è infine protagonista della vicenda giudiziaria che ha trovato soluzione nell'ordinanza **Sez. 1, n. 07893/2020, Valitutti, Rv. 657708-01 e 02**

L'Unione atei agnostici razionalisti-UAAR - già nota per essere stata causa di un conflitto di attribuzione tra il Governo e la Corte di cassazione risolto dalla Corte cost. con la sentenza n. 52 del 2016 - ricorreva avverso la pronuncia della Corte d'Appello che le aveva negato il diritto all'affissione di un manifesto recante la parola "Dio" con la "D" in stampatello barrato, le altre lettere in corsivo e sotto la dicitura "10 milioni di italiani vivono bene senza Dio e quando sono discriminati l'U.A.A.R. è al loro fianco."

La S.C. ha cassato questa pronuncia con una importante decisione che trova fondamento nel principio supremo di laicità dello Stato, declinato nell'ordinamento italiano come neutralità e non ingerenza imposta ai poteri pubblici dalla loro incompetenza nella materia spirituale riservata alle scelte esclusive dei singoli, principio che garantisce la pari libertà di coscienza di ciascuna persona che si riconosca in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza, ed anche in un credo ateo o agnostico, di professarla liberamente e di farne propaganda nelle forme ritenute più opportune, attesa la previsione aperta e generale dell'art. 19 Cost.

La Corte ricorda:

- che la tutela della c.d. «libertà di coscienza» dei non credenti rientra nella più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19 Cost. e dall'art. 21 Cost. (libertà di opinione religiosa del non credente intesa quale manifestazione del pensiero), da intendersi anche in senso negativo, in quanto il nostro ordinamento costituzionale esclude ogni differenziazione di tutela della libera esplicazione sia

della fede religiosa sia dell'ateismo e tutela allo stesso modo sia il rifiuto di una qualsiasi confessione religiosa (cd pensiero religioso «negativo»), sia il credo religioso «positivo», che si sostanzia nell'adesione ad una determinata confessione religiosa;

- che sul piano del diritto comunitario ed internazionale la libertà di coscienza, in essa ricompresa la libertà di non avere alcun credo religioso, trova una tutela piena e incondizionata nell'art. 10 della CDFUE, nell'art. 9 della CEDU e nella giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU;

- che i diritti costituzionali succitati non possono essere esercitati senza limiti, il primo dei quali è costituito dal rispetto degli altri diritti egualmente tutelati a livello costituzionale, per cui, nel rispetto del pluralismo religioso, ciascuna categoria di soggetti non può svolgere attività che si risolvano in un pregiudizio per la sensibilità religiosa dell'altra; un tale limite non può essere ravvisato in qualsiasi contegno che si contrapponga al credo religioso professato da una parte, anche maggioritaria, dei cittadini, dovendo tradursi in una offesa chiara, diretta e grave, come tale anch'essa costituzionalmente rilevante (artt. 2 e 19 Cost.), all'eguale diritto di questi ultimi;

- che l'esercizio del diritto di propaganda e diffusione del proprio credo religioso non si deve tradurre nel vilipendio della fede da altri professata, secondo un accertamento che il giudice di merito è tenuto ad effettuare con rigorosa valutazione delle modalità con le quali si esplica la propaganda o la diffusione, denegandole solo quando si traducano in un'aggressione o in una denigrazione della diversa fede da altri professata;

- che il principio della parità di trattamento delle confessioni religiose, sancito dagli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE e degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, impone che venga assicurata una forma di uguaglianza tra tutte le forme di religiosità, in essa compreso il credo ateo o agnostico, e la sua violazione integra una discriminazione vietata, che si verifica quando, nella comparazione tra due o più soggetti, non necessariamente nello stesso contesto temporale, uno di essi è stato, o sarebbe avvantaggiato rispetto all'altro, sia per effetto di una condotta posta in essere direttamente dall'autorità o da privati, sia in conseguenza di un comportamento, in apparenza neutro, ma che abbia comunque una ricaduta negativa per i seguaci della religione discriminata.

Protagonista di varie decisioni che hanno coinvolto la giurisdizione ordinaria, sia civile che penale, e la giurisdizione amministrativa, è stata infine la questione dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

La S.C. si è occupata per la prima volta del tema in ambito penale, in una vicenda processuale sorta dal rifiuto, da parte di un soggetto, di compiere l'ufficio di scrutatore durante le consultazioni elettorali, rifiuto motivato dalla presenza del crocefisso nelle aule scolastiche adibite a seggi elettorali.

Il giudice di merito aveva condannato il soggetto per il reato di cui all'art. 108 del d.P.R. n. 361 del 1957; **Sez. 4, n. 04273/2000, Colaianni, Rv. 215623-01** ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna, ritenendo che si fosse verificato "un conflitto tra la personale adesione al principio supremo di laicità dello Stato e l'adempimento dell'incarico a causa dell'organizzazione elettorale in relazione alla presenza nella dotazione obbligatoria di arredi dei locali destinati ai seggi elettorali, pur se causalmente non di quello di specifica designazione, del crocefisso o di altre immagini religiose"

In tale arresto, esaltato da buona parte della dottrina quale prima applicazione giurisprudenziale dei principi affermati dalla Corte cost. a partire dalla sentenza n. 203 del 1989, la Corte richiama il principio di laicità dello Stato, connettendolo al regime di pluralismo confessionale e culturale ed inserendolo nel contesto sociale che vede la coesistenza "di una pluralità di sistemi di senso o di valore, di scelte personali riferibili allo spirito o al pensiero, che sono dotati di pari dignità e, si potrebbe dire, nobiltà" ed esclude di poter leggere nel crocefisso "il valore simbolico di un'intera civiltà o della coscienza etica collettiva", come al contrario aveva in precedenza affermato il Consiglio di Stato nel parere n. 63 del 1988, a favore invece di una concezione della laicità volta a neutralizzare il fattore religioso e a confinarlo fuori dall'ordinamento.

Tutto ciò non in un quadro di indifferenza, ma di laicità positiva o attiva, che viene precisata come «compito dello Stato di svolgere interventi per rimuovere ostacoli ed impedimenti…in modo da "uniformarsi"» alla «distinzione tra "ordini" distinti», sul presupposto che la laicità non esclude «dalla sfera pubblica gli atti di valenza religiosa e non modifica, quindi, né riduce il tasso del pluralismo, ma all'opposto, va nel senso» di non fissare «il quadro dei valori di riferimento»

A questa decisione si ispira la prima decisione di merito assunta all'onore delle cronache (l'ordinanza del Tribunale dell'Aquila del 22 ottobre 2003) in cui il giudice, a seguito di un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c., dispose la rimozione, in via cautelare, del simbolo dalle pareti delle aule della scuola materna ed elementare di Ofena.

Il caso viene definito da **Sez. U, n. 15614/2006, Luccioli, Rv. 589903-01** secondo cui la contestazione della legittimità dell'affissione del Crocifisso nelle aule scolastiche, avvenuta pur in mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'Amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, essendo attuativi

di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità.

Le S.U. escludono che l'attuazione concreta delle disposizioni regolamentari - presupposto dell'affissione del crocifisso - leda nel caso specifico un diritto assoluto dei ricorrenti, a differenza di quanto avevano ammesso per la imposizione di un insegnamento alternativo alla religione cattolica ove, con riguardo al diritto dei "non avvalentisi" a non subire discriminazioni in relazione alla gestione amministrativa dell'ora di religione avevano parlato di "diritti assoluti primari, costituzionalmente garantiti, in quanto tali incomprimibili e non degradabili dalla p.a. ad interessi protetti"

Il *petitum* sostanziale, dato dalla richiesta di una statuizione di carattere inibitorio (l'ordine di rimozione del crocifisso dall'aula), investe per la Corte "in via diretta ed immediata il potere dell'Amministrazione in ordine all'organizzazione ed alle modalità di prestazione del servizio scolastico", poiché i regolamenti e le circolari ministeriali applicati dall'autorità scolastica sono riconducibili alla potestà organizzatoria della P.A.

Nella chiosa finale si evoca l'attuale «contesto storico» come "suscettibile di evoluzione sul piano legislativo in ragione delle sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo".

È ambientato nelle aule giudiziarie e non in quelle scolastiche, il caso deciso da **Sez. U, n. 05924/2011, Segreto, Rv. 616554-01 c**he, chiamata a pronunziarsi in relazione ad una sentenza della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, ha confermato la legittimità della rimozione dal servizio irrogata ad un magistrato che si era rifiutato di tenere udienza in un'aula che esponeva il crocifisso, asserendo che tale ostensione fosse lesiva del suo diritto alla libertà religiosa, di coscienza e di opinione, e dopo che gli era stata messa a disposizione un'aula priva del crocefisso, lesiva del principio della laicità dello Stato e dei diritti di libertà religiosa degli altri cittadini.

Le S.U., premesso che il rifiuto del lavoratore allo svolgimento della prestazione lavorativa a cui è tenuto, a fronte di inadempimenti del datore di lavoro lesivi di diritti fondamentali, è consentito ove venga in rilievo un diritto proprio del lavoratore od altrui purché nel primo caso, il comportamento del prestatore sia idoneo ed adeguato ad impedire la lesione - non altrimenti evitabile ovvero evitabile in modo eccessivamente oneroso - del diritto oggettivamente minacciato e, nel secondo, la minaccia, avente ad oggetto un'offesa ingiusta, abbia i caratteri della concretezza e dell'attualità e il titolare del diritto inviolabile non abbia prestato, nei limiti della disponibilità del diritto, il proprio libero e legittimo consenso, anche in

via implicita, hanno rigettato il ricorso escludendo che potesse addursi a giustificazione del rifiuto delle funzioni giurisdizionali la circostanza che nelle altre aule del Paese vi fossero crocifissi, dopo che era stato comunicato al magistrato il permesso di esercitare le funzioni in un'aula priva di simboli religiosi.

In questa decisione la Corte valuta che "nel nostro ordinamento costituzionale la laicità dello Stato costituisce un principio supremo idoneo a risolvere talune questioni di legittimità costituzionale. Trattasi di un principio che sebbene non sia proclamato *espressis verbis* dalla Carta fondamentale assume comunque rilevanza giuridica potendo evincersi dalle norme fondamentali del nostro ordinamento" e prosegue nel senso che "sul piano teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto che consenta ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso. Tale scelta legislativa, però, presuppone che siano valutati una pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta ed il bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa da parte degli utenti di un luogo pubblico con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo e del non credente, nonché il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra pluralità di identità religiose tra loro incompatibili".

Pur ponendosi il problema della presenza del crocefisso rispetto al principio di laicità dello Stato ed alla libertà religiosa, di coscienza e di opinione del singolo individuo, la Corte osserva come il magistrato rimosso non potesse lamentare una lesione di un proprio diritto, atteso che la messa a disposizione di un'aula, priva di segni religiosi ed aperta a tutti, valeva a far ritenere soddisfatta ogni sua aspettativa personale, di modo che la sola ragione che avrebbe potuto giustificare il rifiuto di svolgere le proprie funzioni finiva per rintracciarsi nella pretesa di vedere rimossi tutti i crocifissi presenti nelle aule di giustizia italiane, laddove la "tutela in forma extragiudiziale è ammessa solo allorché il diritto altrui sia minacciato da un'offesa ingiusta", mentre la "presenza di un crocefisso può non costituire necessariamente minaccia ai propri diritti di libertà religiosa per tutti quelli che frequentano un'aula di giustizia per i più svariati motivi e non solo necessariamente per essere tali utenti dei cristiani".

Infine ritiene di non dover prendere posizione sulla delicata questione del crocifisso pur ricordando che nella precedente Sez. 6, n. 28482/2009, Milo, Rv. 244413-01, con cui lo stesso magistrato era stato definitivamente assolto per la stessa condotta dal reato di omissione di atti d'ufficio, la Cassazione penale aveva evidenziato che la circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 29 maggio 1926, che imponeva l'ostensione del crocifisso nelle aule d'udienza, è un atto che "appare privo di fondamento normativo e quindi in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa" e soprattutto "non più in linea con il principio

costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia della libertà di coscienza e di religione" e che "occorre individuare l'eventuale sussistenza di una effettiva interazione tra il significato, inteso come valore identitario, della presenza del crocifisso nelle aule di giustizia e la libertà di coscienza e di religione, intesa non solo in senso positivo, come tutela della fede professata dal credente, ma anche in senso negativo, come tutela del credente di diversa fede che rifiuta di avere una fede".

Il tema è tornato di grande attualità in quanto **Sez. L, n. 19618/2020, Di Paolantonio, non massimata**, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un docente di lettere avverso la sanzione disciplinare della sospensione dall'insegnamento per trenta giorni, inflittagli per aver sistematicamente rimosso il simbolo del crocifisso dalle pareti dell'aula prima dell'inizio della sua lezione, contravvenendo alle disposizioni impartite dal Dirigente scolastico che aveva imposto a tutti i docenti di attenersi al deliberato dell'assemblea degli studenti che si era espresso a favore dell'affissione del crocifisso durante lo svolgimento delle lezioni, ha ritenuto che la decisione del caso presupponesse la soluzione di questioni di "massima e particolare importanza" e ne ha disposto la rimessione al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c.

Nell'ordinanza interlocutoria si evidenzia che una pronuncia sul bilanciamento, e sui modi di risoluzione di un eventuale conflitto in ambito scolastico, fra le libertà ed i diritti tutelati dagli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 297 del 1994 che, rispettivamente, garantiscono la libertà di insegnamento, intesa come autonomia didattica e libera espressione culturale del docente (art. 1), ed il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni (art. 2), coinvolge temi più generali, su cui si registrano posizioni diverse espresse dalla giurisprudenza di legittimità, dalla giurisprudenza amministrativa, dal Giudice delle leggi, dalle Corti europee, "in relazione al significato del simbolo, al principio di laicità dello Stato, alla tutela della libertà religiosa, al carattere discriminatorio di atti o comportamenti del datore di lavoro che, in ragione del credo, pongano un lavoratore in posizione di svantaggio rispetto agli altri".

Premesso che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non è imposta da disposizioni di legge ma solo da risalenti regolamenti (per le scuole medie inferiori l'art. 118 del r.d. n. 965 del 1924; per le scuole elementari l'art. 119 del r.d. n. 1297 del 1928 che rimanda alla allegata tabella C), richiamati da più recenti atti amministrativi (direttiva MIUR n. 2667 del 3-10-2002), quanto al valore del simbolo si osserva:

- che il Consiglio di Stato, dapprima in sede consultiva e poi in sede giurisdizionale (C.d.S. II parere n. 63/1988; C.d.S. VI n. 556/2006), ha escluso che l'esposizione del crocifisso possa assumere un significato discriminatorio sotto il profilo religioso e che la decisione delle autorità scolastiche di tenere esposto il

simbolo si ponga in contrasto con il principio della necessaria laicità dello Stato, sul presupposto che, potendo assumere significati diversi a seconda del luogo nel quale è esposto, possa svolgere in ambito scolastico una funzione simbolica educativa nei confronti degli alunni, credenti e non credenti, perché richiama valori laici, quantunque di origine religiosa, quali la tolleranza, il rispetto reciproco, la valorizzazione della persona;

- che, diversamente, la Corte di legittimità, in merito all'utilizzo dell'aula scolastica per lo svolgimento delle operazioni elettorali, evidenziata la natura esclusivamente religiosa del simbolo, ha ritenuto impossibile giustificare, attraverso il richiamo alla coscienza sociale, una scelta che si pone in contrasto con l'art. 3 Cost, in quanto, disponendo l'esposizione del solo crocifisso, viola il divieto di «discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione» (Vedi Sez. 4, n. 04273/2000 già cit.);

- che le Sezioni Unite non hanno dubitato del valore escatologico e di simbolo fondamentale della religione cristiana del crocifisso, sia allorché si sono pronunciate in sede di regolamento di giurisdizione (Sez. U. n. 15614/2006 già cit.), sia quando, nell'affrontare la diversa questione dell'esposizione del simbolo nelle aule giudiziarie, hanno escluso che fosse stata lesa la libertà religiosa del magistrato, non perché in assoluto non si potesse ravvisare nell'ostensione una lesione di diritti soggettivi inviolabili ed una violazione del principio di laicità dello Stato, ma perché in quella fattispecie veniva contestato un rifiuto opposto nonostante fosse stata messa a disposizione del magistrato un'aula priva del simbolo (Sez. U. n. 05924/2011 già cit.);

- che la Corte EDU, nella sentenza Grande Camera del 18.3.2011, Lautsi c/o Italia, pur dando atto del valore religioso del simbolo, ha escluso che fosse configurabile una violazione dell'art. 9 della Convenzione ritenendo che dalla sola esposizione di un «simbolo essenzialmente passivo» non deriva la violazione del principio di neutralità dello Stato, e che all'ostensione non possa essere riconosciuta un'influenza sull'educazione degli allievi, paragonabile a quella di un discorso didattico o della partecipazione ad attività religiose, allorquando lo Stato non assuma un comportamento intollerante nei confronti di alunni che aderiscano ad altri credi religiosi.

La S.C., stigmatizza le peculiarità della vicenda evidenziando che:

- a differenza della fattispecie disciplinare esaminata dalle Sezioni Unite, il docente non aveva rifiutato la prestazione bensì, ritenendo di esercitare un legittimo potere di autotutela, fondato sulla lesione del suo diritto di libertà religiosa, aveva momentaneamente rimosso il simbolo dall'aula nella quale era chiamato a svolgere la sua attività di insegnamento;

- a differenza della fattispecie sottoposta al vaglio della Corte EDU, il valore del simbolo non veniva in rilievo in relazione all'utente del servizio, bensì al soggetto chiamato a svolgere la funzione educativa, per cui, qualora all'esposizione del simbolo si attribuisse il significato di evidenziare uno stretto collegamento fra la funzione esercitata ed i valori fondanti il credo religioso che quel simbolo richiama, si potrebbe dubitare del suo "ruolo passivo" ed il docente della scuola pubblica, non confessionale, potrebbe fondatamente sostenere che quel collegamento si pone in contrasto con il principio di laicità dello Stato e ravvisare nell'ostensione una lesione della sua libertà di coscienza e di religione.

Ulteriore questione posta dal ricorso è quella della violazione della disciplina in tema di discriminazioni di cui al d.lgs. n. 216 del 2003, emanato in attuazione della direttiva 2000/78/CE, esclusa dalla Corte territoriale sul presupposto che gli atti adottati dal dirigente scolastico fossero riferiti indistintamente a tutti i docenti.

Sul punto l'ordinanza in commento rileva come la sentenza impugnata abbia omesso di esaminare la questione della configurabilità nella fattispecie di una forma di discriminazione indiretta che, secondo i principi affermati nelle sentenze della GGUE del 14.3.2017, cause C-157/15, Achbita, e C- 188/15, Buougnaoui, in relazione al divieto imposto dal datore di lavoro di indossare simboli identificativi dell'adesione ad un credo religioso, potrebbe essere integrata da atti che determinano «un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia» rispetto ai lavoratori che a detta religione o ideologia non aderiscono, con la precisazione che una restrizione della libertà religiosa può essere giustificata solo ove ricorra una finalità legittima ed i mezzi impiegati per il perseguimento di detta finalità siano appropriati e necessari.

Nella vicenda de quo si potrebbe sostenere che l'esposizione del crocifisso, qualora gli si attribuisca il particolare significato di simbolo religioso, ponga il docente non credente, o aderente ad un credo religioso diverso da quello cattolico, in una situazione di svantaggio rispetto all'insegnante che a quel credo aderisce, costringendolo a svolgere l'attività di insegnamento in nome di valori non condivisi, con conseguente lesione di quella libertà di coscienza che il datore di lavoro è tenuto a salvaguardare ogniqualvolta la prestazione possa essere utilmente resa con modalità diverse che invece garantiscano quella libertà.

Si impone quindi valutare la sussistenza o meno di una finalità legittima che giustifichi la compressione del diritto di libertà religiosa del docente, interrogandosi sulla possibilità di limitare il diritto dell'insegnante valorizzando la volontà manifestata dall'assemblea di classe, dando prevalenza al rispetto della coscienza degli alunni, espressamente tutelata dall'art. 2 del d.lgs. n. 297 del 1994, come già sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa (TAR Brescia n. 603/2006), o previsto dalla legge bavarese del 23.12.1995 che, all'art. 7, ha ritenuto di valorizzare,

quanto all'esposizione di simboli religiosi, la volontà espressa dalla maggioranza degli alunni, dei genitori e del personale docente.

In senso contrario rilevano, tuttavia, i principi affermati dalla Corte costituzionale, secondo cui in materia di religione non può assumere rilevanza il criterio quantitativo, imponendosi «pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza», con la conseguenza che il conflitto fra la volontà espressa dagli alunni e quella del docente che nel simbolo non si riconosce, andrebbe risolto valorizzando il principio della laicità dello Stato, senza operare discriminazioni fra le diverse fedi e fra credenti e non credenti.

Osserva infine la S.C. che, ai fini dell'indagine richiesta dal diritto antidiscriminatorio sull'appropriatezza del mezzo utilizzato rispetto alla finalità perseguita, occorrerebbe anche valutare se, a fronte della volontà manifestata dalla maggioranza degli alunni e dell'opposta esigenza del docente, l'esposizione del simbolo fosse comunque necessaria o se invece si sarebbe potuta realizzare una mediazione fra le libertà in conflitto, consentendo, in nome del pluralismo, proprio la condotta sanzionata della rimozione momentanea del simbolo quale legittimo esercizio del potere di autotutela.

6. Conclusioni.

Il tema della laicità dello Stato, come evidenzia la disamina che precede, è oggetto di studi e approfondimenti in vari settori giuridici, dal diritto ecclesiastico al diritto costituzionale, dalla storia del diritto alla filosofia, dal diritto privato al diritto del lavoro, sino ad essere al centro di riflessioni, più generali, di stampo politico, filosofico e sociologico.

Il discorso giuridico sulla laicità non può essere limitato ad una compagine dell'ordinamento statale, ma investe i fondamenti stessi dello Stato democratico, di cui definisce la struttura essenziale in relazione ai temi dell'eguaglianza, della libertà, del pluralismo e della tutela delle minoranze, condizionando dalle fondamenta il sistema delle fonti del diritto.

Come ricordato dalla Consulta, la libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. è un diritto inviolabile tutelato «al massimo grado» dalla Costituzione; la garanzia costituzionale ha valenza anche "positiva", giacché il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è «da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità»

La possibilità prevista dalla Costituzione agli artt. 7 e 8, che lo Stato regoli bilateralmente, e dunque in modo differenziato, i rapporti con le singole confessioni religiose, per il soddisfacimento di esigenze specifiche, ovvero per concedere particolari vantaggi o imporre particolari limitazioni, o ancora per dare rilevanza, nell'ordinamento dello Stato, a specifici atti propri della confessione religiosa, non deve interferire con la tutela del diritto individuale, fondamentale ed inviolabile, avendo più volte la Corte affermato che «altro è la libertà religiosa, garantita a tutti senza distinzioni».

Posto che lo Stato italiano, rispetto al fenomeno religioso, può correttamente essere qualificato come pluralista, il riconoscimento del valore oggettivo della cultura religiosa o del dato di fatto che i principi del cattolicesimo costituiscano un patrimonio storico del popolo italiano, non deve ostacolare l'attuazione di un generale ed ampio principio costituzionale di libertà religiosa per tutte le fedi possibili, ed anche della libertà di non avere nessuna fede, in ogni forma di manifestazione della personalità dell'individuo sia in pubblico che in privato.

I valori della libertà religiosa, tutelati dagli artt. 3 e 19 Cost. vengono in rilievo "nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione".

L'esistenza nella società, e maggiormente in quella globale e multietnica dei nostri tempi, di una pluralità di scale di valori, di scelte personali riferibili alla sfera intima o al pensiero, dotati di pari dignità, impone una pari tutela della libertà di religione, anche negativa nella forma della professione di ateismo o di agnosticismo, della libertà di coscienza, comunque orientata, della libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici.

Nell'attesa del pronunciamento delle Sezioni Unite sul problematico caso del crocefisso, con i suoi più recenti arresti la S.C. ha già mostrato di tenere il passo con il trend europeo a favore della massima espansione dei diritti fondamentali, tra i quali rientra a pieno titolo la libertà di religione quale riflesso del principio di laicità dello Stato, di cui sempre con maggiore consapevolezza ed incisività ha intrapreso la via della tutela antidiscriminatoria.

Dal principio di laicità discende che ogni violazione della parità di trattamento tra credenti e non credenti, sia sul piano della tutela individuale che di quella collettiva delle organizzazioni attraverso cui si esprime la libertà di religione e di coscienza, configura un atto discriminatorio; anche un concetto di laicità positiva, quale è quello che caratterizza l'ordinamento italiano, richiede accanto alla tutela ed al sostegno del pluralismo, la tutela non discriminatoria ma pluralistica di tutte le religioni, e non, che caratterizzano la comunità nazionale, nella quale convivono fedi, culture e tradizioni diverse, tutte parimenti garantite dalla Costituzione.

III) TRATTAMENTO SANITARIO TRA DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE, LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL CREDO RELIGIOSO ED OBBLIGHI PROFESSIONALI DEL MEDICO: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALLA SUPREMA CORTE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Le ragioni dell'intervento nomofilattico: fattispecie, questione e principio di diritto. - 2. Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte. - 3. Spunti di riflessione: il difficile dialogo tra autodeterminazione sanitaria, libertà del credo religioso ed obblighi professionali del medico.

1. Le ragioni dell'intervento nomofilattico: fattispecie, questione e principio di diritto.

In fattispecie caratterizzata da esecuzione (nel 2005) di intervento di laparotomia esplorativa, eseguito previo consenso informato al trattamento sanitario e dissenso preventivo all'emotrasfusione per motivi religiosi, la Corte territoriale rigetta la richiesta di risarcimento danni proposta, nei confronti della struttura sanitaria, da Testimone di Geova in relazione alle trasfusioni di sangue eseguite in suo favore e causalmente ricollegate al medesimo trattamento sanitario.

La *ratio decidendi* della statuizione di merito si fonda sull'impossibilità di considerare un espresso, inequivoco ed attuale dissenso preventivo all'emotrasfusione, implicando il consenso informato relativo all'intervento di laparotomia esplorativa anche l'accettazione di tutte le sue fasi, ivi compresa la necessità della trasfusione per il caso di pericolo di vita.

Sez. 3, n. 29469 del 2020, Scoditti, Rv. 660087-01, in accoglimento del ricorso, cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte territoriale per l'applicazione del seguente principio di diritto. *«Il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita».*

2. Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte.

L'iter logico-giuridico seguito dalla Suprema Corte muove dall'assunto per il quale i fatti di causa risalgono al 2005, per cui non può trovare applicazione la legge 22 dicembre 2017, n. 219 («norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») bensì la norma ordinaria di riferimento.

L'art. 33, comma 1, della l. n. 833 del 1978, in particolare, nell'ambito della disciplina sul trattamento sanitario obbligatorio, prevede che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari», così richiamando il principio costituzionale di cui all'art. 32, comma 2, Cost., in base al quale «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

A fronte della carenza di una specifica fattispecie legale nella quale sussumere il caso concreto, in ragione dell'inapplicabilità, *ratione temporis*, della l. n. 219 del 2017, spetta quindi al giudice ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali (sul punto si richiamano Corte cost. n. 11 del 1998 e Corte cost. n. 347 del 1998), venendo così in rilievo la giurisdizione per principi costituzionali.

Il fatto, come puntualmente esplicitato nel ricorso, è quello della sottoposizione di Testimone di Geova a trasfusione di sangue, contraria al proprio credo religioso (sul punto si veda Sez. 3, n. 04211 del 2007, Varrone, Rv. 594993-01). Con riferimento al detto fatto la ricorrente fa valere sia il diritto di autodeterminazione con riferimento al trattamento sanitario che la libertà di manifestazione del proprio credo religioso.

I principi costituzionali che dunque entrano in gioco sono riconducibili, per un verso, all'autodeterminazione sanitaria e, per l'altro, alla libertà religiosa. Con riferimento al primo, come ribadito da Sez. 3, n. 28985 del 2019, Olivieri, Rv. 656134-01, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost. Si tratta, per la Suprema Corte, di affermazione coerente con quanto già chiarito dalla giurisprudenza costituzionale per la quale «il consenso informato in quanto espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la "libertà personale è inviolabile" e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"» (il riferimento è a Corte cost., n. 00438 del 2008).

Quanto al profilo della libertà religiosa, **Sez. 3, n. 29469 del 2020** dichiaratamente dà continuità alla giurisprudenza di legittimità nel porre in evidenza il collegamento del diritto di rifiutare il trattamento sanitario all'art. 19 Cost. in relazione a casi inerenti pazienti Testimoni di Geova (il riferimento è a Sez. 1, n. 14158 del 2017, Acierno, Rv. 644450-01, ed a Sez. 1, n. 12998 del 2019, Caiazzo, Rv.

653917-01, quest'ultima richiamata anche da Sez. 3, n. 00515 del 2020, Graziosi, Rv. 656809-03).

Per la definizione della libertà religiosa, invece, la Suprema Corte fa propria la recente sintesi della giurisprudenza costituzionale offerta da Corte cost., n. 254 del 2019 (relativa all'edificazione di edifici di culto in controversia concernente un caso di confessione religiosa mussulmana). «La libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. è un diritto inviolabile (sentenze n. 334 del 1996, n. 195 del 1993 e n. 203 del 1989), tutelato al massimo grado (sentenza n. 52 del 2016) dalla Costituzione. La garanzia costituzionale ha valenza anche "positiva" giacché il principio di lealtà che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è "da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze nn. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo i criteri di imparzialità" (sentenza n. 67 del 2017)».

A sostegno del diritto di rifiutare l'emotrasfusione vi è il complesso concorso di principi rappresentato da quello dell'autodeterminazione in materia di trattamento sanitario e quello di libertà religiosa. Tale osmosi di principi costituzionali non incontra nel caso di specie (per come accertato dal giudice di merito) principi di segno contrario suscettibili di bilanciamento ed evidenzia esclusivamente la circostanza della necessità dell'emotrasfusione per il mantenimento in vita della paziente. Da tale circostanza emerge la tutela della salute quale diritto dell'individuo, sancito dall'art. 32 Cost., e dunque in termini di principio nuovamente riconducibile alla posizione soggettiva della ricorrente e non ad un bene-interesse contrapposto a tale posizione (non potendosi ritenere il riferimento nella norma costituzionale all'interesse della collettività alla salute dell'individuo in contraddizione al principio di autodeterminazione enunciato nella medesima norma). La circostanza della necessità dell'emotrasfusione è inoltre priva di rilievo ai fini dell'insorgenza di un principio da contrapporre a quello dell'autodeterminazione e della libertà religiosa (con riferimento alla circostanza in discorso opera difatti esclusivamente il principio di cui all'art. 19 Cost.).

Il complesso dei principi evidenziati non incontra perciò principi costituzionali di segno opposto tali da imporne un bilanciamento ed è quindi tale da trovare piena e diretta attuazione non essendovi in materia necessità di ponderazione.

La regola di giudizio che la Suprema Corte trae dall'identificata osmosi di principi costituzionali, con riferimento alle circostanze del caso, è quella per la quale il Testimone di Geova ha diritto di rifiutare l'emotrasfusione. Sulla base della fonte costituzionale, avente qui efficacia orizzontale, sorge difatti uno specifico rapporto giuridico contrassegnato dall'obbligazione negativa del sanitario di non ledere la

sfera giuridica vantata dal Testimone di Geova, cui spetta la titolarità attiva del rapporto.

In base all'evidenziata regola di giudizio, quindi, il Testimone di Geova, sotto la copertura del complesso dei principi costituzionali evidenziati, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione anche con dichiarazione formulata prima del trattamento sanitario e, nella specie, l'accettazione dell'intervento di laparotomia esplorativa non ha implicato l'accettazione anche dell'emotrasfusione. La dichiarazione anticipata di dissenso all'emotrasfusione, che possa essere richiesta da un'eventuale emorragia causata dal trattamento sanitario, non può dunque essere neutralizzata dal consenso prestato a quest'ultimo.

Restano naturalmente, per il dissenso espresso prima del trattamento sanitario, le condizioni fissate da Sez. 3, n. 23676 del 2008, Travaglino, Rv. 604907-01 e cioè un'articolata, puntuale, espressa ed attuale dichiarazione dalla quale inequivocabilmente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita.

Sez. 3, n. 29469 del 2020, cit., sente altresì doveroso aggiungere con lo sguardo alla l. n. 219 del 2017, non applicabile alla fattispecie *ratione temporis* e, dunque, quale dichiarato *obiter dictum*, che la posizione del medico non è esente da garanzie in circostanze come quella del caso di specie.

Prevede difatti l'art. 1, comma 6, della citata legge, non solo che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale», ma anche che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali».

Premesso quanto innanzi, la Corte conclude nel senso che il consenso ad un intervento chirurgico, al quale è consustanziale il rischio emorragico, con l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale; sicché, a fronte di tale determinazione del paziente il medico non ha obblighi professionali (ex art. 1 della l. n. 219 del 2017).

3. Spunti di riflessione: il difficile dialogo tra autodeterminazione sanitaria, libertà del credo religioso ed obblighi professionali del medico.

La Suprema Corte risolve la questione di diritto, enunciando il principio massimato da questo Ufficio nei termini innanzi riportati (par. n. 1), inserendosi, dichiaratamente, nel solco interpretativo già tracciato dalla stessa giurisprudenza di

legittimità, anche in considerazione di diversi interventi della Consulta, ma specificandolo ulteriormente proprio in relazione al modo d'atteggiarsi dei rapporti tra diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario e libertà di manifestazione del proprio credo religioso mediante dissenso anticipato. La dichiarazione anticipata di dissenso all'emotrasfusione, che possa essere richiesta da un'eventuale emorragia causata dal trattamento sanitario, non può dunque essere neutralizzata dal consenso prestato a quest'ultimo.

La sentenza in argomento getta altresì le basi, ancorché in un (dichiarato) *obiter dictum,* per l'interpretazione dell'articolo 1 della l. n. 219 del 2017 proprio circa i rapporti tra diritto di autodeterminazione in materia sanitaria, libertà di manifestazione del proprio credo religioso (mediante dissenso anticipato) e limiti degli obblighi professionali del medico.

Circa il primo dei due aspetti ed in merito al fondamento del «consenso informato» ed alla possibilità di un dissenso, anche anticipato, per motivi religiosi (argomentato dall'art. 19 Cost.), alla ricostruzione operata dal **Sez. 3, n. 29469 del 2020** non vi è motivo di aggiungere alcunché se non che, oltre ai richiamati parametri costituzionali (artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.), all'art. 33 della l. n. 833 del 1978 ed alla successiva legge n. 219 del 2017, la necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da ulteriori leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche, tra le quali l'art. 6 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Numerose norme internazionali prevedono inoltre la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici. In particolare, anche in questo caso senza pretesa di esaustività, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo (firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina (firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con l. 28 marzo 2001, n. 145, ma con strumento di ratifica non ancora depositato), e l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000). All'elencazione di cui innanzi non sfugge il codice deontologico di categoria che risulta permeato dal principio del consenso informato (il codice attualmente in vigore è stato adottato nel 2014 e più volte modificato negli anni 2016, 2017 e 2020).

Il fondamento diretto nei detti principi costituzionali implica però che la circostanza dell'espressa previsione del diritto al consenso informato nelle citate fonti eurounitarie ed internazionali solo successivamente al trattamento terapeutico praticato non possa essere invocata per sostenere l'inesistenza, in epoca antecedente, dello specifico obbligo del medico di informare correttamente il paziente della tipologia e modalità delle cure, dei benefici conseguibili, dei possibili

effetti indesiderati e del rischio di complicanze anche peggiorative dello stato di salute (in termini, Sez. 3, n. 28985 del 2019, Olivieri, Rv. 656134-01)[1].

In merito all'interpretazione dell'articolo 1 della l. n. 219 del 2017, con riferimento ai rapporti tra «consenso informato», libertà di manifestazione del proprio credo religioso (mediante dissenso anticipato) e limiti degli obblighi professionali del medico, la statuizione in oggetto è fonte di spunti di riflessione, vista anche la portata che essa potrebbe avere al di là del preventivo «dissenso per motivi religiosi».

Per **Sez. 3, n. 29469 del 2020**, cit., nel caso di specie, ex art. 1 della l. n. 219 del 2017, comunque non applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, la posizione del medico non sarebbe stata esente da garanzie. Il citato art. 1 prevede, difatti, non solo che «il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale», ma anche che «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Sicché, conclude la Suprema Corte, il consenso ad un intervento chirurgico, al quale è consustanziale il rischio emorragico, con l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale, con la conseguenza che, a fronte di tale determinazione del paziente, «il medico non ha obblighi professionali».

L'affermazione del principio di cui innanzi evidenzia la necessità di individuare il punto d'incontro dialogico tra autodeterminazione e libertà del paziente religioso, da un lato, ed obblighi professionali del medico, dall'altro. Essa è sentitamente avvertita in situazioni nelle quali, spesso, si assiste ad azioni risarcitorie intentate dal paziente, in quanto sottoposto a trattamento trasfusionale nonostante il sul dissenso (anche preventivo), ovvero dai suoi prossimi congiunti, per le conseguenze dannose causalmente ricollegate all'omessa trasfusione ed in ragione di un dissenso rispetto

[1] Per approfondimenti circa il «consenso informato» in materia sanitaria, il modo d'atteggiarsi dei rapporti tra diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario e libertà di manifestazione del proprio credo religioso mediante dissenso anticipato e per la struttura dell'illecito da violazione del consenso informato si veda F. ANTEZZA, *Responsabilità sanitaria,* in Di Marzio (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2017, pag. 269 e ss. ed in particolare pag. 311 e ss.

ad esse che sovente si prospetta come essere non informato, effettivo o comunque non più attuale.

In ragione della fattispecie concreta, però, l'interpretazione in oggetto emerge da un dichiarato *obiter dictum* così non consentendo alla Corte, nella specie, di chiarire ulteriormente portata e contorni applicativi del principio, con riferimento ai quali la statuizione ha anche il pregio di sollecitare diversi spunti di riflessione, tanto agli interpreti quanto al Legislatore.

Se per assenza di «obblighi professionali» in capo al medico, in fattispecie come quella di cui innanzi, dovesse intendersi, come sembrerebbe, non l'assenza del dovere/obbligo di adottare la dovuta diligenza nell'esecuzione del trattamento sanitario ma l'assenza dell'obbligo professionale di eseguire il trattamento, si rischierebbe di privare di sostanza l'esercizio della libertà costituzionale di manifestazione del proprio credo religioso (art. 19 Cost.) mediante dissenso anticipato. Il religioso, in altri termini, si troverebbe di fronte all'alternativa di non esercitare la detta libertà, così sottoponendosi al trattamento sanitario implicante trasfusioni salvavita, ovvero di esercitare la detta libertà, mediante dissenso, e di non ricevere la prestazione sanitaria, in ipotesi salvavita.

Ciò, peraltro, in un contesto tale per cui qualsiasi medico non avrebbe l'obbligo professionale di eseguire il trattamento e l'assenza di obbligo professionale di fatto finirebbe nel concretizzarsi in un divieto di esecuzione in capo al sanitario.

Per la Corte, difatti, «l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale». Un trattamento sanitario di tal guisa, cioè contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale, difficilmente potrebbe ritenersi semplicemente come non oggetto di obbligo professionale.

In maniera non dissimile potrebbero atteggiarsi i rapporti tra esercizio della libertà religiosa, mediante anticipato dissenso all'emotrasfusione, consenso informato al trattamento sanitario ed obblighi professionali del medico, qualora si intendesse l'assenza di «obblighi professionali» del sanitario in termini di insussistenza in capo allo stesso del solo obbligo di astenersi dall'esecuzione della sola trasfusione. Nella fattispecie in esame, difatti, il medico nell'eseguire il trattamento sanitario, dovrebbe procedere all'emotrasfusione (salvavita) nonostante il preventivo dissenso per motivi religiosi.

Verosimilmente, i detti rapporti tra libertà religiosa, autodeterminazione al trattamento sanitario ed obblighi professionali del medico si atteggerebbero in egual modo anche nel caso di disposizioni anticipate di trattamento (DAT), disciplinate dalla stessa l. n. 219 del 2017, e di dissenso manifestato successivamente al

trattamento sanitario (o nel corso di esso) caratterizzato da un «consustanziale rischio emorragico». In quest'ultimo caso, come nel precedente, difatti, con il suo dissenso, ancorché non preventivo, il paziente finirebbe con l'«esigere dal medico un trattamento sanitario», con consustanziale rischio emorragico, «contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale».

Altro spunto di riflessione è offerto da **Sez. 3, n. 29469 del 2020** circa l'ambito di applicabilità temporale del principio ricavato dall'art. 1 della l. n. 219 del 2017.

La Corte, difatti, esclude che esso possa applicarsi al caso di specie, trattandosi di fattispecie del 2005, ed allo stesso tempo ricollega l'assenza di obbligo professionale in capo al medico alla circostanza per la quale «l'inequivoca manifestazione di dissenso all'esecuzione di trasfusione di sangue ove il detto rischio si avveri, significa esigere dal medico un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale».

L'incidentalità della statuizione sul punto, in particolare, non ha consentito di chiarire ulteriormente la portata temporale del principio in quanto «un trattamento sanitario contrario, oltre che alle buone pratiche clinico-assistenziali, anche alla deontologia professionale» si potrebbe ritenere tale da escludere in capo al sanitario «obblighi professionali» anche a prescindere dall'inciso contenuto nell'art. 1 della l. n 219 del 2017. Tale articolo, dunque, limitatamente al detto inciso, potrebbe non vedersi riconoscere una effettiva portata innovativa, con conseguente applicabilità del principio anche a fattispecie pregresse rispetto all'entrata in vigore della citata legge.

Parimenti, si dovrà attendere che la concreta fattispecie consenta alla Supreme Corte di specificare e circostanziare la portata applicativa della prospettata interpretazione dell'art. 1 della l. n. 219 del 2017 con riferimento ai rapporti interni tra struttura sanitaria (in ipotesi anche privata) e medico che, nonostante l'assenza di obblighi professionali, nei termini e nella fattispecie di cui innanzi, comunque proceda al trattamento sanitario, provvedendo o non provvedendo all'emotrasfusione, oltre che ai possibili risvolti sul versante assicurativo.

IV) IDENTITÀ DI GENERE, TRANSESSUALISMO E DIRITTO AL NOME.

(DI MARINA CIRESE)

SOMMARI0: 1. Premessa- 2. L'identità di genere- 3. Il transessualismo- 4. Riferimenti di diritto internazionale- 5. La disciplina nazionale del mutamento di sesso- 6. L'evoluzione della giurisprudenza- 7. Il diritto al nome- 8. Problemi aperti.

1. Premessa.

Uno dei temi più dibattuti e tormentati in tema di identità personale è quello relativo all'identità sessuale ed ai connessi profili del transessualismo, della rettificazione del sesso e del mutamento del prenome. Le aperture registrate negli ultimi anni nei riguardi del fenomeno del transessualismo traggono origine non soltanto dal mutamento dei costumi sociali e quindi dal cambiamento della percezione dell'opinione pubblica nei riguardi del fenomeno, ma anche dall'evoluzione della scienza medico-psichiatrica, i cui ultimi approdi hanno determinato una sostanziale "depatologizzazione" del disturbo dell'identità di genere. Tappa fondamentale è rappresentata dall'affermazione della tesi della "non indispensabilità" dell'intervento chirurgico ai fini dell'accesso al percorso di mutamento del sesso che si inscrive in un più ampio movimento, sociale, ma anche giuridico, volto al riconoscimento del diritto alla identità personale, del quale l'identità di genere non è altro che una delle possibili manifestazioni.

L'affermazione della identità sessuale e del connesso diritto al mutamento del sesso è caratterizzata da un'evoluzione progressiva ed inarrestabile che sempre più segna il distacco da elementi strettamente "corporei" per giungere al riconoscimento dell'identità in termini maggiormente soggettivistici ovvero legati al sentire del singolo. In altri termini le caratteristiche fisiche dell'accertamento del sesso perdono rilevanza, mentre è divenuto decisivo il convincimento e l'autodeterminazione della persona.

2. L'identità di genere.

L'identità di genere può essere intesa come la percezione di se stessi come individuo maschio o femmina, che non sempre coincide con il sesso biologico, cosicché occorre considerare il sesso psicologicamente percepito che può risultare diverso da quello reale.

Esistono inoltre casi in cui il sesso di una persona non è anatomicamente e biologicamente certo; è questa la condizione dell'intersessuale che si manifesta con la coesistenza in uno stesso individuo di caratteri sia maschili sia femminili.

Il genere definisce altresì un aspetto complesso della personalità, ha una connotazione psicologica e socio-culturale che va oltre l'aspetto puramente biologico, e riguarda tratti comportamentali e fisici, ossia le caratteristiche di una persona che concorrono a formare la sua identità di genere.

L'identità di genere costituisce un aspetto dell'identità personale, quindi rientra a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona con particolare riguardo anche al diritto alla salute (art. 32 Cost.) inteso non solo come integrità somato-psichica, ma in senso ampio come stato di benessere psico-fisico e sociale.

Tale profilo entra a far parte dello svolgimento e dello sviluppo della personalità individuale e sociale ed individua anche il ruolo di genere, vale a dire il tipo di aspettativa sociale che si crea nei confronti di una persona per il solo fatto della sua appartenenza ad un genere.

Il diritto alla identità di genere, seppur affermato dalla giurisprudenza, oltre a non trovare posto nel panorama normativo italiano non sembra aver raggiunto una sufficiente configurazione ed elaborazione.

Sia la giurisprudenza italiana che quella della Corte di Strasburgo e della Corte del Lussemburgo, pur avendo utilizzato il concetto di identità di genere per tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, in particolare per affermare la tesi della non necessità dell'intervento di normoconformazione nel procedimento di riassegnazione sessuale, non ne danno una definizione.

Nel nostro ordinamento si può sostenere[1] che l'identità di genere abbia iniziato a "vivere" come bene giuridico nel diritto penale anche senza un formale riconoscimento del legislatore e che le recenti acquisizioni scientifiche che consentono oggi anche al diritto di definirla più chiaramente i tutti i suoi aspetti abbiano solo un valore di riconoscimento di un bene giuridico già presente, come oggetto di tutela, in singole fattispecie penali - e in particolare nel delitto di maltrattamenti in famiglia, in quello di atti persecutori e nei delitti di violenza sessuale rispettivamente previsti agli articoli 572, 612 bis e 609 bis e seguenti c.p. che, seppure originariamente correlate, nella visione del legislatore, a beni giuridici più generici (cioè l'assistenza familiare per i maltrattamenti, la libertà personale per la violenza sessuale e la libertà morale per gli atti persecutori), in realtà hanno sempre tutelato, sin dalla loro introduzione, l'identità di genere della persona.

[1] Vedi F. Filice "Diritto penale e genere", "Diritto Penale Contemporaneo" 29.9. 2019.

3. Il transessualismo.

Nell'antichità il fenomeno del transessualismo veniva ricondotto nell'alveo del prodigioso attribuendo ai soggetti coinvolti poteri sovrannaturali, il che poteva indurre a ritenere necessaria, da un punto di vista religioso e giuridico, la soppressione di creature non propriamente umane oppure al contrario ad attribuire ai soggetti in questione poteri sovrannaturali.

Nei periodi di maggiore laicizzazione dello stato si cercava di ricondurre e spiegare la "diversità" a cause naturali mentre i giuristi si interrogavano sull'inquadramento di tali individui in un genere o nell'altro ai fini della applicazione di vari istituti giuridici.[1]

Detto fenomeno interessa le persone che, pur appartenendo a un sesso biologico predefinito, vogliano iniziare o abbiano già iniziato un percorso di adeguamento fisico al genere opposto a quello cui dovrebbero appartenere.

Più specificamente alcune di queste persone sentono di appartenere al genere opposto e desiderano addivenire a un cambiamento fisico che faccia corrispondere il loro sesso biologico con quello psichico; altre, invece, sentono di appartenere a entrambi i generi, ovvero, di non appartenere né all'uno, né all'altro genere.

Le persone transessuali sono quelle che, appartenenti alla prima categoria, abbiano iniziato un percorso di transizione verso il sesso connesso al genere cui sentono di appartenere, al fine di diventare, esteticamente, quello che davvero sono.

Le altre, invece, si pongono a cavallo tra i due generi e sono definite, a seconda del caso, persone *bi-gender* o *two spirits* (laddove sentano di appartenere a entrambi i generi), *gender question* (laddove si interroghino sul genere di appartenenza) o *gender variant* (anche detti *gender queer*, laddove sfidino le norme collegate al genere).

Viene definita poi "disforia di genere" la situazione della persona che ha un'identità di genere non conforme al proprio sesso biologico, e quindi ai ruoli di genere che la società le abbia eventualmente attribuito, per cui aspira ad assumere le caratteristiche fisiche e comportamentali che sono, o vengono socialmente percepite come, tipiche dell'altro. La realizzazione, in maniera più o meno completa, di tali aspirazioni dà luogo ai fenomeni del transessualismo.

Da segnalare che recentemente (il 18 giugno 2018) l'Organizzazione mondiale della sanità ha trasferito la disforia di genere, ovvero il malessere percepito da una persona che non si riconosce nel sesso assegnato alla nascita, dall'elenco delle malattie mentali a quello dei disturbi della salute sessuale. È questo uno dei tanti

[1] Vedi G. Baldini "Riflessioni di biodiritto. Profili evolutivi e nuove questioni" Cedam 2019.

storici aggiornamenti voluti dall'Oms nella sua nuova e undicesima versione dell'*International Statistical Classification of Diseases anche Related Health Problems* (Icd-11), l'elenco che racchiude tutte le patologie e le condizioni di salute.

4. L'identità di genere nel diritto internazionale.

Sono diverse le fonti che a livello internazionale riguardano la tutela della identità sessuale. A riguardo va menzionato in primis l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui il diritto al rispetto della vita privata include l'identificazione di genere come un aspetto dell'identità personale e che ciò riguarda tutti gli individui, comprese le persone *transgender*, indipendentemente dal fatto che desiderino o meno iniziare un trattamento di riassegnazione del sesso approvato dalle autorità.

La tutela dell'identità sessuale viene menzionata in altre fonti e precisamente:

1)il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione CM/Rec (2010)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure per combattere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere del 31 marzo 2010 (parte rilevante: "IV. Diritto al rispetto della vita privata e familiare …: Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per garantire il pieno riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso di una persona in tutti i settori della vita, in particolare consentendo di modificare il nome e il genere della persona interessata nei documenti funzionario in modo rapido, trasparente e accessibile; Gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire, se del caso, che gli attori non statali riconoscano il cambiamento e apportino le modifiche corrispondenti in documenti importanti come diplomi o certificati di lavoro");

2)l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Risoluzione 2048 (2015) su "Discriminazione nei confronti dei *transgender* in Europa" del 22 aprile 2015 (parte rilevante: "6. ... l'Assemblea invita gli Stati membri: ... 6.2. per quanto riguarda il riconoscimento legale del genere: 6.2.1. stabilire procedure rapide, trasparenti e accessibili, basate sull'autodeterminazione, che consentano alle persone *transgender* di cambiare nome e sesso su certificati di nascita, carte d'identità, passaporti, diplomi e altri documenti simili; rendere tali procedure disponibili a tutti coloro che desiderano utilizzarle, indipendentemente dall'età, dallo stato di salute, dalla situazione finanziaria o dalla detenzione attuale o passata; ...");

3) la Risoluzione 1728 (2010), intitolata "Discriminazione basata sull'orientamento sessuale e identità di genere" del 29 aprile 2010 (parte rilevante: "16. Di conseguenza, l'Assemblea invita gli Stati membri ad affrontare questi problemi e, in particolare: 16.11. affrontare le discriminazioni e le violazioni dei diritti umani nei confronti delle persone *transgender* e, in particolare, garantire i diritti

di tali persone nella legge e nella pratica: ... 16.11.2. documenti ufficiali che riflettono l'identità di genere scelta, senza obbligo preliminare di sottoporsi a sterilizzazione o altre procedure mediche come un'operazione di conversione del sesso o terapia ormonale ... ");

4) l'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Relazione su leggi e pratiche discriminatorie e atti di violenza contro le persone a causa del loro orientamento sessuale o identità di genere (A/HRC/19/41) del 17 novembre 2011 (parti rilevanti: "G. Riconoscimento di genere e questioni correlate: 71. In molti paesi, le persone *transgender* non possono ottenere il riconoscimento legale delle loro preferenze di genere, incluso cambiare il genere e il nome sui documenti di identità ufficiali, quindi ci sono molte difficoltà pratiche, in particolare quando si presentano per un posto di lavoro, si applicano per alloggio, credito bancario o prestazioni sociali o andare all'estero.... 73. Il Comitato per i diritti umani ha espresso preoccupazione per l'assenza di disposizioni che garantiscano il riconoscimento giuridico dell'identità delle persone *transgender*. Ha esortato gli Stati a riconoscere il diritto delle persone *transgender* di cambiare genere consentendo l'emissione di nuovi certificati di nascita e ha preso atto con soddisfazione dell'adozione di leggi che facilitano il riconoscimento legale del cambiamento di genere.... VII. Conclusioni e Raccomandazioni ... 84. L'Alto Commissario raccomanda agli Stati membri: ... h) agevolare il riconoscimento giuridico del genere di preferenza delle persone *transgender* e adottare misure per consentire l'emissione di nuovi documenti di identità indicanti il genere di preferenza e il nome scelto, fatti salvi altri diritti dell'uomo").

Nonostante le forti prese di posizione assunte dagli organismi internazionali nei riguardi del fenomeno del transessualismo, il passo decisivo verso l'affermazione del diritto all'identità di genere ed alla conseguente "svalutazione", nell'ambito del percorso di mutamento sessuale, dell'invasivo passaggio terapeutico costituito dall'intervento chirurgico, è stato però compiuto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Invero, proprio la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di sottolineare, in una sentenza del 2015[1], frequentemente richiamata dalla giurisprudenza italiana di merito a "suffragio" della tesi della "non necessità" dell'intervento di normoconformazione, come richiedere la sterilità della persona

[1] Si tratta di Cedu 10-3-2015, ricorso n. 14793/08 (Y.Y. c. Turchia).

"in transito", ottenuta mediante intervento chirurgico, fosse contrario al diritto alla vita privata e familiare, nonché al diritto alla salute.

Recentemente, in una sentenza del 2017[1] la Corte europea dei diritti umani è tornata a pronunciarsi sulle procedure degli Stati volte al riconoscimento dell'identità di genere delle persone *transgender*, dichiarando incompatibile con la CEDU il requisito dell'incapacità procreativa ai fini dell'ottenimento della riattribuzione del genere anagrafico.

Sempre la Corte di Strasburgo ha individuato i diritti collegati alla nozione di identità di genere (come, ad. es., la possibilità di esercitare i diritti derivanti dal sesso acquisito).[2] Oltre alla Corte di Strasburgo, importante è stato il lavoro svolto dalla Corte del Lussemburgo nell'affermazione dei diritti dei soggetti transessuali nella fase successiva al mutamento di sesso. In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito che l'avvenuto mutamento di sesso comporta l'integrale acquisizione dei relativi diritti, con la conseguenza che non è ammissibile un trattamento della persona basato sul suo sesso biologico, configurandosi altrimenti un'illegittima discriminazione.

5. La disciplina nazionale del mutamento di sesso.

Fino al 1982 in Italia gli interventi chirurgici volti al mutamento di sesso erano illegali e l'eventuale effettuazione di un interevento del genere all'estero non avrebbe consentito al transessuale di vedere riconosciuta in Italia la sua nuova identità di genere.

Il legislatore risponde all'esigenza socialmente avvertita di offrire tutela a questa categoria di persona, spesso vittime, di discriminazioni, con la legge 14 aprile 1982, n. 164, che introduce la possibilità di rettificazione anagrafica.

Il fulcro normativo da cui partire è l'interpretazione degli articoli 1 e 3 della l. n. 164 del 1982 (rubricata "norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"), così come modificata dal d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150.

L'articolo 1 stabilisce che la rettificazione si fa in forza di sentenza del Tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".

L'articolo 3 (e oggi l'articolo 31, co. 4, d.lgs. n. 150 del 2011), invece, stabilisce che "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare

[1] Si tratta di Cedu 6-4-2017 (Garçon e Nicot c. Francia).

[2] Si tratta di Cedu 23-5-2006, ricorso n. 32570/03 (Grant v. United Kingdom).

mediante trattamento medico-chirurgico", il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato.

Questi gli scarni dati normativi, che non forniscono una definizione chiara di « carattere sessuale » né di « sesso ».

Il dibattito giurisprudenziale, stante la molteplicità dei casi pratici, si è svolto attorno alla ricerca di una definizione di « caratteri sessuali », e ha coinvolto la nozione, per l'appunto, di « sesso », così come quella di « genere » tenuto conto anche della difficoltà di trasporre in ambito giuridico concetti che hanno cittadinanza in altri settori del sapere.

Da sempre, questione dibattuta, nel nostro ordinamento, ha riguardato la necessità dell'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari per i/le transessuali che vogliano ottenere la mera rettificazione anagrafica.

La disciplina del transessualismo ha frattanto conosciuto ulteriori trasformazioni connesse ad interventi giurisprudenziali, che anche in questo caso riflettono il mutamento dei paradigmi con cui la società e l'ordinamento guardano a tali vicende.

Se infatti in un primo tempo, ovvero negli anni ottanta, aveva assunto carattere progressivo un intervento normativo volto ad ammettere la praticabilità, in seguito ad una specifica autorizzazione giudiziale, di operazioni che in precedenza erano comunque vietate, per la sensibilità odierna era diventato invece difficile da accettare che il riallineamento fra sesso legale e sesso psicologico passasse per una pesantissima chirurgia demolitoria, peraltro anche di incerto esito.

L'interpretazione maggioritaria, anche alla luce delle conclusioni proposte dalla Corte costituzionale n. 161/1985 (la quale, configurava l'intervento chirurgico come unica terapia atta a supportare il superamento della sindrome), riteneva che l'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari al nuovo sesso fosse una condizione necessaria per la rettificazione anagrafica.

Infatti, nonostante l'articolo 1 suddetto faccia riferimento genericamente ai "caratteri sessuali", senza specificare se primari o secondari, si riteneva implicito che il riferimento fosse ai caratteri primari: solo così, infatti si sarebbe potuta garantire la tutela dell'interesse alla definizione certa dei generi.

La mancanza dell'operazione, in quest'ottica, poteva essere giustificata solo nei casi in cui il ricorrente si fosse trovato in una condizione di salute tale da non consentirgli di sottoporsi all'operazione senza rischi, stante l'assoluta preminenza del diritto alla salute che altrimenti sarebbe stato leso; ma, anche in queste eventualità, la giurisprudenza riteneva quantomeno necessaria una operazione di sterilizzazione (la quale ultima, quindi, avrebbe plausibilmente sostituito l'originale presupposto di modifica chirurgica richiesto dalla legge, in quanto rientrante comunque nel *genus* degli interventi di adeguamento dei caratteri sessuali primari,

capace di tutelare l'interesse pubblico alla certezza delle relazioni giuridiche, familiari e filiali).

6. L'evoluzione della giurisprudenza.

La progressiva evoluzione della tutela del mutamento della identità sessuale è senza dubbio segnata dal ruolo svolto dalla giurisprudenza che, così come in altri settori afferenti alla sfera personale, si è fatta interprete di nuove esigenze avvertite dal sentire sociale.

Ripercorrendo le tappe di tale evoluzione, occorre ricordare che negli anni '70, la S.C. aveva negato l'esistenza di un diritto all'identità sessuale, precludendo alle persone transessuali ogni possibilità di rettificazione anagrafica, sostenendo che essa avrebbe leso la chiarezza delle relazioni interpersonali e quindi giuridiche, soprattutto in ambiti, come quello matrimoniale, ove la conoscenza del sesso del coniuge è un requisito indispensabile.

Peraltro la Corte Costituzionale aveva negato l'esistenza di un diritto all'identità sessuale nella Costituzione.

Il dogma dell' immutabilità del sesso si scontrava tuttavia con i problemi etici e giuridici, con riguardo a quei soggetti i quali non si identificavano nella identità sessuale loro riconosciuta dalla nascita e che peraltro, collocati in una sorta di zona d'ombra, erano oggetto di discriminazioni.

Il problema da affrontare era quello dei transessuali, i quali, attraverso un intervento medico-chirurgico, erano giunti alla modifica dei loro caratteri genitali esterni, ottenendo una certa quale identificazione con le donne, individui che cioè erano percepiti come caratterizzati dalla volontà di trasformare il proprio corpo, per acquisire l'anatomia del genere sentito interiormente.

Il superamento di detta impostazione è segnato dall'arresto Sez. 1, n. 15138/2015, Acierno, Rv. 636001 - 01, che muove dal rilievo che la stessa sentenza della Corte Costituzionale del 1985 aveva definito la legge n. 164 del 1982 frutto di una "civiltà giuridica in continua evoluzione sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale" e in quanto tale non assoggettabile ad una lettura statica, cristallizzata storicamente.

Pertanto, l'applicazione delle previsioni contenute nella l. n. 164 del 1982 sembra dover evolversi col mutarsi delle condizioni sociologiche e culturali e col progredire della scienza biologica.

In tale pronuncia la Corte ha in primis rilevato che «nel sistema creato con la l. n. 164 del 1982, la correzione "chirurgica" non è imposta nel testo delle norme in esame [art. 1 e 3]», poiché risulta «sufficiente procedere ad un'interpretazione di esse

che si fondi sull'esatta collocazione del diritto all'identità di genere all'interno dei diritti inviolabili che compongono il profilo personale e relazionale della dignità personale e che contribuiscono allo sviluppo equilibrato della personalità degli individui, mediante un adeguato bilanciamento con l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche ma senza ricorrere a trattamenti ingiustificati e discriminatori».

La Corte esclude che il dato letterale della l. n. 164 del 1982 imponga di considerare l'intervento chirurgico come necessario ai fini della rettificazione del sesso, in ragione della presenza del lemma « quando risulta necessario » e dell'evoluzione della civiltà giuridica.

I Giudici di legittimità, dando seguito all'orientamento minoritario della giurisprudenza di merito, introducono un piano argomentativo in cui emerge la rilevanza della nozione di identità di genere . Secondo l'indirizzo espresso in tale pronuncia il desiderio di realizzare una coincidenza fra soma e psiche è il risultato di un'elaborazione della propria identità di genere,

La costruzione della « nuova identità di genere » è pensata come punto di arrivo di un processo individuale ma in ogni caso rimane connessa a una trasformazione fisica che adegui il corpo al « sesso di destinazione » secondo criteri oggettivamente apprezzati.

Si legge infatti nella pronuncia che resta « ineludibile un rigoroso accertamento della definitività della scelta sulla base dei criteri desumibili dagli approdi attuali e condivisi dalla scienza medica e psicologica », e diviene necessario « un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie ».

La Corte sembra affermare la necessità di un intervento che modifichi il corpo della persona trans; con riguardo all'adeguatezza delle modifiche attribuisce grande rilievo al controllo giudiziale, che deve consistere in un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso.

La necessità di detto controllo circa la trasformazione della persona trans, che in gran parte attiene a mutamenti del corpo , nell'argomentare della Corte è strettamente legata alla necessità di un bilanciamento fra il diritto ad autodeterminare la propria identità e l'interesse pubblico.

A tal proposito si legge nella pronuncia che occorre operare un « adeguato bilanciamento » fra il diritto all'identità di genere e « l'interesse di natura pubblicistica alla chiarezza nella identificazione dei generi sessuali e delle relazioni giuridiche »

A suffragare tale interpretazione la Corte Costituzionale, con sentenza del 5 novembre 2015, n. 221, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale

dell'art. 1 della l. n. 164 del 1982 ha escluso la necessità dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione.

Afferma la Corte che la l. n. 164 del 1982 lascia « al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare (...) il proprio percorso di transizione », e che dunque tale norma garantisce il « diritto all'identità di genere, come espressione del diritto all'identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) ».

E dunque « l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica appare il corollario di un'impostazione che, in coerenza con i supremi valori costituzionali, rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere ».

I Giudici delle Leggi, se da una parte sembrano lasciare spazio all'autodeterminazione della persona trans circa il tipo di intervento sul corpo, e in relazione alla personale costruzione della propria identità di genere, d'altro canto fanno riferimento ad un dato oggettivo, che però poi non definiscono. È attraverso tale argomentazione che la Corte attribuisce un ruolo molto forte al giudice, al cui apprezzamento è demandato il giudizio circa « l'effettiva necessità » dell'intervento chirurgico « in relazione alla specificità del caso concreto».

Gli aspetti rilevanti della decisione de qua sono molteplici. In primo luogo, la possibilità di lasciare in capo all'individuo e al personale sanitario coinvolto nel trattamento la decisione sul percorso più idoneo da seguire tutela realmente l'interesse del soggetto. La Corte, in linea con le moderne concezioni di patologia e di terapia, sostiene che "la conclusione del processo di ricongiungimento tra 'soma e psiche' non può attualmente essere stabilita in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico".

La modifica dei caratteri sessuali primari è solamente una delle opzioni, la cui autorizzazione giudiziale ha di fatto una funzione di tutela nei confronti del soggetto e del personale sanitario affinché non siano integrati gli estremi di un reato, non una *conditio sine qua non*.

È più volte sottolineato che il trattamento deve risultare irreversibile per garantire certezza, ma l'oggetto di tale irreversibilità è, per la Corte, la scelta psicologicamente ferma e matura dell'individuo e non il trattamento ormonale, che pure viene considerato fondamentale, assieme a alcuni interventi di chirurgia plastica modificativa, per comprovare tale irreversibilità nel caso concreto.

Dal punto di vista medico, difatti, il trattamento ormonale è (in parte) irreversibile solamente se effettuato da bambini e adolescenti, mentre nell'adulto, i trattamenti con androgeni, estrogeni e ormoni di rilascio delle gonadotropine sono

reversibili. Nonostante questo, la Corte individua il fondamento della certezza in un elemento interno al soggetto piuttosto che in uno esterno.

La posizione della Consulta veniva poi riconfermata in occasione di due giudizi aventi ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, della legge n. 164 del 1982 (Corte cost. Corte cost. 13-07-2017 n. 185; Corte cost. 13-07-2017 n. 180).

Nei procedimenti in questione la Consulta ha avuto l'occasione di ritornare sull'argomento del transessualismo, confermando la centralità, nell'ambito del percorso di mutamento di sesso, della fase della verifica giurisdizionale ed escludendo, al contempo, che la pura e semplice volontà manifestata dal soggetto che intenda cambiare sesso sia sufficiente a "superare" l'imprescindibile passaggio valutativo in ordine alla necessità dell'intervento chirurgico, quest'ultimo di esclusiva competenza giudiziale . La giurisprudenza costituzionale ha dunque manifestato una "apertura" verso il riconoscimento della identità di genere, con le conseguenti prese di posizione volte a "facilitare", *rectius* "semplificare", l'accesso dell'individuo al procedimento di mutamento di sesso.

Non può sottacersi che, ad avviso di una parte della dottrina, le sentenze delle Corti superiori italiane, sebbene condivisibili, lasciano aperti taluni interrogativi, sia in ordine alla individuazione della natura della ragioni, "patologiche" o "volontaristiche", che spingono l'individuo a richiedere il mutamento di sesso, sia con riferimento alla individuazione delle modifiche "minime" che questi deve dimostrare per poter ottenere la rettificazione anagrafica, senza sottoporsi all'intervento di normoconformazione. Tali censure si incentrano sui passaggi delle sentenze dedicati all'onere della prova, mettendo in risalto che nell'ambito del procedimento di rettificazione di sesso, sebbene i giudici, di norma, dispongano l'effettuazione di una consulenza tecnica d'ufficio, il dettato legislativo non ne prevede l'obbligatorietà , sia per il fatto che la legge italiana non prevede che l'individuo dimostri di aver vissuto, quantomeno per un periodo di tempo minimo, in modo conforme al nuovo sesso.

7. Il diritto al nome.

Nell'iter del riconoscimento dell'identità sessuale si inscrive anche il riconoscimento del diritto ad un prenome che corrisponda al mutamento della propria identità.

Il diritto al nome rientra nella sfera della persona, intesa come centro di un'unitaria protezione, nonché di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, e che trova la sua prima tutela nell'art. 2 Cost. con la conseguenza che trovano protezione nuovi valori ed interessi emergenti relativi a nuovi aspetti della personalità.

Dal punto di vista giuridico il nome serve a stabilire l'identità del soggetto come tale ed è costituito dal cognome o nome patronimico, unito al prenome, cioè a quello che viene chiamato dalla legge tout court il nome.

Il principio generale è quello dell'immutabilità del prenome: il diritto alla rettificazione del nome della persona trova il suo fondamento nel diritto che ha il soggetto alla propria esatta identità.

Soltanto nel momento in cui il soggetto si veda riconosciuto, anche socialmente, un nome corrispondente al suo effettivo genere, la sua condizione di benessere psichico può trovare concreto accoglimento e piena esplicazione. In caso contrario, esso è costretto a vivere nel conflitto costante fra la propria identità anagrafica e il genere percepito, conflitto che si ripercuote su attività quotidiane e di partecipazione alla vita sociale.

Nell'ambito della transizione da un genere all'altro, la S.C. nella recente Sez. 1, n. 3877/2020, Iofrida, Rv. 657061 - 01 ha accolto la richiesta di un ex uomo, che non voleva "ribattezzarsi" con il nome derivante dalla trasposizione in femminile, come deciso dal giudice di appello, ma aveva scelto un nome diverso.

Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di appello il quale aveva parlato di "un voluttuario desiderio di mutamento del nome" a fronte del quale occorre accontentarsi di "quello derivante dalla mera femminilizzazione del precedente", la S.C. è partita dal rilievo che il nome è "uno dei diritti inviolabili della persona", un "diritto insopprimibile", ritenendo che a colui che chiede una nuova identità anagrafica per "registrare" il mutamento di sesso - deve "essere assicurato anche un diritto all'oblio, inteso quale diritto ad una netta cesura con la precedente identità" con ciò sottolineando come la nuova identità possa anche implicare una netta chiusura con il proprio passato ed il nuovo nome debba quindi pienamente rispettare la nuova identità acquisita ed il desiderio di "costruirsi una nuova esistenza".

8. Problemi aperti.

Anche a seguito dell'evoluzione registratasi nell'orientamento delle cori nazionali e sovranazionali rimangono aperti alcuni problemi, in particolare derivanti dalla difficoltà di assicurare tutela a situazioni non contemplate dal diritto e che invece hanno una sicura rilevanza sociale.

Resta irrisolto, infatti, il problema delle persone che, pur restando a cavallo tra il maschile e il femminile, non sentano e quindi non vogliono appartenere ad alcun genere.

Il riconoscimento giuridico viene concesso, nel nostro ordinamento, soltanto a coloro che portano a termine il percorso di transizione, non agli individui trans

gender, individui che per scelta decidono di rimanere in una sorta di terzo genere non definito.

Anche considerando gli spunti che provengono dal panorama sovranazionale e straniero, si è auspicato da parte della dottrina più vicina alla medicina ed alle scienze sociali un intervento del legislatore che riconosca l'esistenza di una normalità diversa dalla tradizione e sappia positivizzarla, in nome della tutela dell'individuo, superando il binarismo sessuale con il riconoscimento di un "terzo sesso".

Inoltre si è evidenziato che la necessità di "de medicalizzare" e di semplificare il riconoscimento dell'identità sessuale può derivare anche dalle incertezze sull'effettiva attualità dell'interesse alla chiara definizione dei generi in relazione alla preservazione della chiarezza delle relazioni giuridiche ed al mantenimento della stabilità di alcuni istituti giuridici soprattutto nel diritto di famiglia.

In tal senso la trasformazione giuridica che riguarda il diritto di famiglia con riguardo ai progressivi cambiamenti che stanno interessando il paradigma eterosessuale del matrimonio, sia a livello europeo che nazionale, sembrerebbero costituire un elemento critico per l'attualità dell'interesse ad una chiara distinzione dei generi.

V) SULLA NATURA E SULLA CAPACITÀ ESPANSIVA DELLA TUTELA DELL'IMMAGINE DELLA PERSONA NEL DIRITTO VIVENTE

(DI PAOLO SPAZIANI)

SOMMARIO: 1. La sentenza del 13 maggio 2020, n. 8880 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione. - 2. Il diritto all'immagine e la sua disciplina positiva. - 3. Contenuto e natura del diritto. - 4. L'estensione del diritto all'immagine: a) le limitazioni derivanti dall'autonomia privata. Il consenso dell'avente diritto. - 5. (Segue): b) le limitazioni derivanti dalla legge. - 6. La capacità espansiva del diritto all'immagine nell'ordinamento "vivente". La rilevanza di Cass. civ., Sez. 3, n. 8880 del 2020. - 7. Riflessi sulla tutela giudiziaria del diritto. - 8. Postilla.

1. La sentenza del 13 maggio 2020, n. 8880 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione.

Con la sentenza della Terza Sezione civile 13 maggio 2020, n.8880, la Corte di cassazione è tornata sul tema del *diritto all'immagine*.

La fattispecie era la seguente: due bambine erano state fotografate mentre percorrevano uno scivolo all'interno di un parco acquatico, durante una giornata estiva in cui si celebrava un evento di grande richiamo pubblico, caratterizzato dall'inaugurazione di un'attrazione e dalla partecipazione in massa di numerosi avventori; la fotografia era stata realizzata nell'ambito di un servizio di *fotoshooting,* del quale si era dato avviso con numerose segnalazioni all'interno del parco; l'immagine fotografica delle minori era stata poi affissa su cartelloni pubblicitari, nell'intento di pubblicizzare l'evento. La domanda risarcitoria dei genitori (i quali avevano dedotto l'illecita pubblicazione dell'immagine delle bambine) era stata rigettata sia in primo grado (sul presupposto che non era stata data prova di danni patrimoniali o non patrimoniali, non potendo gli stessi ritenersi - *in re ipsa* - nel fatto stesso della pubblicazione) sia in appello (sul diverso rilievo della liceità della pubblicazione, avvenuta in occasione di un evento di interesse pubblico o comunque svoltosi in pubblico, rientrante in una delle fattispecie in cui la riproduzione dell'immagine della persona è consentita dalla legge sul diritto d'autore).

La Corte di cassazione, pur confermando la decisione del giudice di merito di rigetto della domanda risarcitoria per difetto di prova del danno, ha tuttavia ritenuto che non ricorresse, nel caso concreto, alcuna delle limitazioni del diritto all'immagine previste dalla legge sul diritto d'autore, stante la peculiarità della fattispecie, contraddistinta, sul piano *soggettivo*, dalla circostanza che titolari del diritto erano soggetti *minori d'età* e, sul piano *oggettivo*, dal fatto che le bambine non erano state riprese *casualmente* nell'ambito di una foto scattata per dare conto dell'evento di rilevanza pubblica che si stava svolgendo nel parco acquatico, giacché loro immagine

aveva costituito l'oggetto specifico della ripresa fotografica, che dunque risultava mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità delle minori e sulla loro riconoscibilità.

Escluso, altresì, che l'illiceità della pubblicazione potesse essere scriminata dal consenso degli interessati (atteso che lo stesso non poteva essere sostituito dalla mera segnalazione del servizio di *fotoshooting* in atto), la Suprema Corte ha dunque affermato il principio di diritto secondo cui "*la pubblicazione dell'immagine di un minore in scene di manifestazioni pubbliche (o anche private, ma di rilevanza sociale) o di altre iniziative collettive non pregiudizievoli, in assenza di consenso validamente prestato, è legittima, in quanto aderente alle fattispecie normative di cui all'art.* 97 *della l. n.* 633 *del* 1941*, se l'immagine che ritrae il minore possa considerarsi del tutto casuale ed in nessun caso mirata a polarizzare l'attenzione sull'identità del medesimo e sulla sua riconoscibilità*" (Sez. 3, n. 8880 del 2020, Pellecchia, Rv. 657866 - 01).

La pronuncia della Terza Sezione civile, come si vedrà, ha una incidenza rilevante sulla configurazione del diritto all'immagine nell'attuale ordinamento, sia sotto il profilo sistematico (con riguardo al problema della *natura giuridica* del diritto) sia sotto il profilo della disciplina (con riguardo al problema della *capacità espansiva* dell'interesse tutelato nella comparazione con altri interessi giuridicamente rilevanti).

2. Il diritto all'immagine e la sua disciplina positiva.

Il diritto all'immagine è tutelato nel nostro ordinamento nel codice civile (art.10) e nella l. 633 del 1941 sulla protezione del diritto d'autore (artt.96 e 97), che detta il completamento della disciplina codicistica (A. De Cupis, *Immagine (diritto alla)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1; A. De Vita, *Commentario del codice civile*, Scialoja - Branca, a cura di F. Galgano, *Delle persone e della famiglia*, Bologna, 1988, 505; A. Ansaldo, *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, *Le persone fisiche*, Milano, 1996, 311; A. Mascia, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *Famiglia e persone, I, I diritti della personalità*, Torino, 2008, 223).

Dal combinato disposto della disposizione del codice civile e delle disposizioni della legge speciale, si desume la regola che pone il *divieto* di esporre o pubblicare l'immagine di una persona.

Il divieto non è assoluto nell'ipotesi in cui l'esposizione o la pubblicazione non rechi pregiudizio all'onore, al decoro o alla reputazione della persona ritratta, perché in questa ipotesi l'esposizione o la pubblicazione è eccezionalmente ammessa quando sussista il *consenso* della persona medesima o quando ricorra una delle *fattispecie tassativamente stabilite dalla legge* in deroga al divieto stesso.

Il divieto è, invece, assoluto nella contraria ipotesi in cui l'esposizione o la pubblicazione *rechi pregiudizio all'onore, al decoro o alla reputazione della persona* ritratta, perché in questa ipotesi l'esposizione o la pubblicazione non è ammessa neppure

con il consenso del titolare del diritto e neppure al verificarsi di quelle particolari fattispecie.

La violazione del divieto legittima la persona, la cui immagine sia stata esposta o pubblicata, nonché il coniuge e i suoi prossimi congiunti, ad esperire l'azione *inibitoria*, oltre a quella di *risarcimento del danno*.

3. Contenuto e natura del diritto.

Le norme del codice e della legge speciale tutelano l'*immagine* della persona dall'abusiva esposizione o pubblicazione da parte di terzi. Ai fini dell'individuazione del *contenuto del diritto* occorre allora chiarire che cosa si intende per *immagine*.

Al riguardo, la dottrina, facendo tesoro delle concrete applicazioni giurisprudenziali, ha fatto registrare, nel tempo, una significativa evoluzione, nel corso della quale si è progressivamente ampliato il concetto di immagine giuridicamente rilevante. In un primo momento, infatti, anche alla luce del dato testuale ricavabile dagli artt. 96 e 97 della legge sul diritto d'autore, si era ritenuto che oggetto del diritto fosse unicamente il *ritratto* della persona (P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, 42), e cioè la *riproduzione grafica* (G. BAVETTA, *Immagine (diritto alla), in Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 144), eseguita mediante uno strumento tecnico (es. fotografia) o figurativo (es. pittura), delle sue *reali fattezze*. Successivamente il riferimento alle concrete fattezze è stato superato dal riferimento alla concreta *riconoscibilità*. La nozione di immagine è stata dunque estesa (A. SAVINI, *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova, 1989, 21) a tutte le *rappresentazioni dirette* della persona che, pur non riproducendone fedelmente le sembianze (es. caricature, schizzi, fotografie stilizzate), consentono tuttavia, secondo un criterio di normalità, di riconoscere in esse la persona medesima. Infine, con un ulteriore passaggio, si è ritenuto (A. DE VITA, *op. cit.*, 532; A. ANSALDO, *op. cit.*, 311) che la tutela del diritto all'immagine debba essere estesa anche alle *rappresentazioni indirette*, realizzate in sede televisiva, cinematografica o teatrale attraverso l'interpretazione di artisti (*c.d. maschera scenica*).

Secondo la tradizionale opinione dottrinale (v. per tutti G. BAVETTA, *op. cit.*, 144, 145), il diritto all'immagine ha un duplice contenuto, caratterizzandosi per un aspetto *negativo* e un aspetto *positivo*.

In senso negativo il diritto tutela l'interesse del soggetto a che la sua immagine (intendendosi per tale tutte le rappresentazioni della persona sopra precisate, dirette o indirette, purché connotate dal requisito della riconoscibilità) non venga diffusa o esposta in pubblico. A questo diritto corrisponde il dovere, posto in capo a tutti i consociati, di *astenersi* dal divulgare l'immagine altrui.

In senso positivo il diritto tutela l'interesse del soggetto ad *apparire* agli altri solo nella misura in cui abbia interesse a farlo. A questo diritto corrisponde in capo ai consociati un obbligo di *pati*, e cioè il dovere di sopportare che la persona *si mostri* in pubblico se e quando lo voglia.

Per quanto concerne la *natura giuridica*, il diritto all'immagine è un *diritto assoluto*, rientrante nella categoria dei *diritti della personalità*.

L'opinione prevalente, in dottrina, è peraltro nel senso di negare l'autonomia del diritto all'immagine e di ritenere che esso costituisca una *manifestazione del più ampio diritto alla riservatezza* (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 1; G. BAVETTA, *op. cit.*, 146; M. DOGLIOTTI, *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, *Delle persone fisiche*, Torino, 2002, 72).

A questa opinione si contrappone la tesi di chi (A. DE VITA, *op. cit.*, 449) vede nell'immagine e nella riservatezza due distinti diritti soggettivi, i quali, pur potendo intersecarsi, rimangono tuttavia reciprocamente *autonomi*.

Secondo un'ulteriore opinione dottrinale, infine, il *diritto all'immagine* e il *diritto alla riservatezza* si riconducono entrambi al *diritto fondamentale all'intimità o sfera privata della persona* del quale, unitamente al *diritto al segreto*, costituiscono le tre distinte ed autonome *specificazioni* (C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica - I soggetti*, Milano, 2002, 174, 184). Quest'ultima opinione sembra trovare conferma nel sistema dei diritti della persona quale si desume dall'attuale ordinamento *integrato*, avuto riguardo non solo alla disciplina costituzionale dei diritti fondamentali (art.2 Cost.), ma anche alle norme poste dalle fonti sovranazionali e, in particolare, dall'art.8 della Convenzione europea dei diritti umani e dall'art.7 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, che riconoscono espressamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare. L'opinione in parola, inoltre, sembra trovare riscontro, come si vedrà, nel diritto vivente giurisprudenziale.

4. L'estensione del diritto all'immagine: a) le limitazioni derivanti dall'autonomia privata. Il consenso dell'avente diritto.

In ragione della sua natura di diritto della personalità, il diritto all'immagine presenta i caratteri tipici di questa categoria di diritti, ed è dunque, *irrinunciabile* e *intrasmissibile* (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 2). Esso, peraltro, *non è totalmente indisponibile* (A. DE VITA, *op. cit.*, 555, 556), in quanto, entro certi limiti, come si è accennato, il titolare può consentire all'esposizione o pubblicazione della propria immagine da parte di terzi (art.96, comma 1, l. n. 633 del 1941).

Il *consenso* dell'avente diritto costituisce un'*esimente di responsabilità* (art.50 c.p.) e ha natura di *negozio giuridico unilaterale recettizio*. Esso, precisamente, integra un'*autorizzazione* con cui si rimuove l'antigiuridicità del fatto del terzo consistente nell'esposizione o pubblicazione dell'immagine del titolare. L'effetto del consenso

non è dunque quello di determinare l'estinzione del diritto per rinunzia, ma di eliminare, in relazione alla singola fattispecie nella quale viene prestato, il carattere illecito della divulgazione dell'immagine operata dal terzo, la cui responsabilità viene conseguentemente esclusa (A. DE VITA, *op. cit.*, 557, 559; Sez. 1, n. 3014 del 2004, Ceccherini, Rv. 570184 - 01; Sez. 1, n. 1748 del 2016, Valitutti, Rv. 638445 - 01).

È opinione condivisa, in dottrina (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 2; G. BAVETTA, *op. cit.*, 148) e in giurisprudenza (Sez. 1, n. 3014 del 2004, Ceccherini, Rv. 570183 - 01), che il consenso sia *efficace* solo nei confronti del *soggetto* a cui è stato dato, per il *tempo* e il *luogo* stabiliti, e purché la divulgazione dell'immagine sia effettuata secondo le *forme* e per le *finalità* convenute. Così, ad es., se il consenso è stato dato per l'utilizzazione dell'immagine a fini documentaristici e divulgativi, la stessa non può essere pubblicata a fini di propaganda politica (Pret. Roma 30 maggio 1980). Allo stesso modo, se il consenso è prestato nell'ambito della promozione e pubblicizzazione di un'opera cinematografica, l'immagine non può essere diffusa nell'ambito di altre operazioni economiche (ad es. pubblicazione su riviste), prive di nesso strumentale con la prima (App. Roma 8 settembre 1986).

La dottrina ritiene generalmente ammissibile un consenso *tacito* o *presunto*, ma, avuto riguardo alla particolare delicatezza della materia, esige che l'accertamento giudiziale della volontà del titolare del diritto venga svolto in modo particolarmente *rigoroso* (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 2; G. BAVETTA, *op. cit.*, 147; A. ANSALDO, *op. cit.*, 312). L'ammissibilità del consenso tacito è ormai pacificamente ammessa anche dalla giurisprudenza, sul presupposto che per la sua manifestazione non sono richieste forme particolari dall'art. 96 della l. n. 633 del 1941 (Sez. 3, n. 10957 del 2010, Frasca, Rv. 612720 - 01) e con la precisazione che anche il consenso tacito, come ogni altra forma di consenso, può essere condizionato da limiti soggettivi (in riferimento ai soggetti in favore dei quali è prestato) od oggettivi (in ordine alle modalità di divulgazione), cosicché, ad es., il consenso alla pubblicazione della propria fotografia su una o su talune riviste non consente la pubblicazione medesima su riviste diverse da quelle autorizzate (Sez. 1, n. 21995 del 2008, Salmè, Rv. 604494 - 01). Nella casistica giurisprudenziale si è ritenuto che potesse rinvenirsi un consenso tacito: nell'ipotesi di esposizione, riproduzione e cessione a terzi, da parte di un fotografo, delle fotografie di una persona nota nel settore cinematografico che si era sottoposta gratuitamente al servizio, da ritenersi presuntivamente destinato a realizzare il reciproco interesse delle parti alla diffusione delle immagini (Sez. 3, n. 5175 del 1997, Nicastro, Rv. 505081 - 01); nell'ipotesi di diffusione, con il mezzo televisivo, dell'immagine di una persona ripresa nell'ambito di una udienza pubblica dibattimentale, sul presupposto che la partecipazione alla predetta udienza, in relazione alla quale la ripresa era stata debitamente autorizzata, implicasse il consenso alla divulgazione della propria

immagine con il medesimo mezzo (Sez. 1, n. 9249 del 2002, Berruti, Rv. 555327-01); e nell'ipotesi di utilizzazione, a fini pubblicitari, delle fotografie scattate nell'ambito di un provino a cui la persona fotografata si era sottoposta per le medesime finalità, sul presupposto che il consenso al provino implicasse anche quello alla pubblicazione delle fotografie in esso prodotte (Sez. 1, n. 11491 del 2006, Nappi, Rv. 590955 - 01).

Giova evidenziare che sulla regola, desumibile dal prevalso orientamento giurisprudenziale, che reputa sufficiente il consenso tacito o implicito, non incide la recente attuazione del Regolamento UE n. 679 del 2016 ad opera del d.lgs. n. 101 del 2018, che ha incisivamente modificato il d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. Codice della *privacy*). Infatti, le peculiari forme di manifestazione del consenso ivi disciplinate (artt. 2 *quinquies* e 2 *septies* del d.lgs. n. 196 del 2003, introdotti dal citato d.lgs n. 101 del 2018) concernono, sotto il profilo della diffusione dell'immagine della persona, unicamente le riproduzioni idonee a rientrare nella categoria dei "*dati biometrici*", vale a dire i dati "*ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*" (artt.4 , Punto 14, e 9, Punto 1, del Regolamento UE n. 679 del 2016). La riproduzione, la raccolta, l'uso e la diffusione dell'immagine di una persona mediante fotografia, pertanto, non costituisce, di norma (e per se stessa), un trattamento di categorie particolari di dati personali, poiché le fotografie "*rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando siano trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica*" (cfr. il 51° Considerando del citato Regolamento UE n. 679 del 2016).

Particolari problemi si pongono con riguardo alla *capacità* necessaria ai fini della validità del consenso e con riguardo alla *revoca* dello stesso.

In ordine alla *capacità*, la rilevata natura negoziale del consenso quale atto autorizzativo imporrebbe, secondo le regole generali (art.1425 c.c.), di ritenerlo valido soltanto se l'autore sia munito della *capacità di agire*. In senso contrario, tuttavia, si avverte l'esigenza che l'esercizio di un diritto personalissimo sia consentito anche a chi, pur non avendo ancora conseguito la generale capacità di agire, sia nondimeno dotato della *capacità di intendere e di volere* (in tema v. A. DE VITA, *op. cit.*, 559, 560). La questione assume rilevanza pratica in relazione al *minore*, al quale è dubbio se possa riconoscersi, ove si tratti di persona naturalmente capace, un potere dispositivo della propria immagine. Il problema non tocca, ovviamente, l'ipotesi in cui la divulgazione dell'immagine costituisca reato (es. pubblicazione di immagini pedopornografiche), nel qual caso sarebbe vietata ed insuperabile mediante consenso anche la pubblicazione dell'immagine di persone maggiori di età. Al di fuori di tale ipotesi, la dottrina (A. DE VITA, *op. cit.*, 560; G. BAVETTA, *op.*

cit., 147) tende a riconoscere al minore la capacità di prestare il consenso alla divulgazione della sua immagine, quanto meno nei casi in cui tale divulgazione rappresenti la normale implicazione di un altro rapporto (es. contratto con prestazioni artistiche) validamente ed efficacemente concluso dal minore stesso.

In ordine alla *revocabilità* del consenso, in letteratura si rinvengono due tesi contrapposte.

Secondo una prima opinione, il consenso sarebbe incondizionatamente revocabile soltanto quando rimanga un *atto unilaterale di carattere autorizzatorio*, volto a rimuovere il divieto di esposizione o pubblicazione della propria immagine da parte di un terzo. Allorché, invece, il consenso si inserisca in un *rapporto contrattuale*, con cui la persona esercita il diritto di utilizzazione economica della sua immagine, normalmente verso un corrispettivo, il consenso non è revocabile, operando il disposto dell'art.1372 c.c. (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 2).

Secondo l'altra opinione, la natura del diritto all'immagine imporrebbe di ammettere la revocabilità del consenso anche nell'ipotesi in cui esso sia inserito in un *rapporto contrattuale a titolo oneroso*. In tale ipotesi, peraltro, in assenza di una giusta causa giustificativa della revoca, la parte che la riceve avrebbe diritto al risarcimento del danno (G. BAVETTA, *op. cit.*, 148; in senso problematico v. A. DE VITA, *op. cit.*, 567 e ss.).

5. *(Segue)*: b) le limitazioni derivanti dalla legge.

L'esposizione e la pubblicazione dell'immagine della persona sono consentite, oltre che nel caso in cui siano state autorizzate dalla persona stessa, anche nel caso in cui siano giustificate dalla sua *notorietà*, dall'*ufficio pubblico* da essa ricoperto, da *necessità di giustizia o di polizia*, dalla sussistenza di *scopi scientifici, didattici o culturali* e dal *collegamento della riproduzione con fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico* (art.97, comma 1, l. n. 633 del 1941).

Si tratta di ipotesi elencate *alternativamente* dalla disposizione della legge speciale, sicché è sufficiente il verificarsi di una sola di esse perché il diritto all'immagine venga limitato (Sez. 1, n. 3150 del 1963, Bianchi De Spino, Rv. 264834 - 01).

In tali ipotesi, tassativamente stabilite dalla norma, sussiste l'*esigenza sociale* di pubblica conoscenza dell'immagine della persona, la quale prevale sull'esigenza di protezione della sfera privata della medesima (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 2; G. BAVETTA, *op. cit.*, 149; A. ANSALDO, *op. cit.*, 313).

Il fondamento della disposizione e il carattere eccezionale di essa ne impongono un'interpretazione restrittiva. Non basta pertanto il mero verificarsi di una delle ipotesi previste dalla legge, ma è necessario che l'*interesse pubblico e sociale* che giustifica la deroga al divieto di esposizione o pubblicazione dell'immagine sussista in

concreto. Così, ad es., nell'ipotesi di *persona famosa*, la divulgazione dell'immagine è legittima quando risponda ad un'esigenza socialmente apprezzabile di pubblica informazione, da realizzarsi attraverso una maggiore conoscenza della persona medesima, mentre non è legittima quando la notorietà della persona venga sfruttata, senza il suo consenso, per fini pubblicitari (Sez. 3, n. 8838 del 2007, Filadoro, Rv. 597620 - 01; Sez. 1, n. 1748 del 2016, Valitutti, Rv. 638444 - 01), di lucro (Sez. 1, n. 2129 del 1975, Santosuosso, Rv. 375878 - 01), o comunque per la realizzazione di interessi non meritevoli di tutela (App. Roma 8 settembre 1986). Similmente, nell'ipotesi di collegamento della riproduzione con *avvenimenti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico*, la diffusione dell'immagine è consentita unicamente in presenza dell'*interesse all'informazione connesso con la cronaca o con la successiva la rievocazione degli avvenimenti medesimi*, mentre deve escludersene la legittimità allorché avvenga in contesti diversi da quello costituito dall'avvenimento pubblico a cui la persona abbia partecipato (C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, cit.*, 186). In applicazione di questo criterio, la Suprema Corte, già in epoca risalente, ha, ad es., ritenuto abusivo l'inserimento nella sigla di una trasmissione televisiva dell'immagine di un tifoso ripreso durante una partita di calcio, in quanto l'immagine stessa non era stata divulgata con la cronaca dell'evento agonistico, o con la riproduzione a distanza di tempo dello stesso, al fine di soddisfare il persistente interesse del pubblico a rivedere quell'incontro, ma era stata pubblicata per scopi diversi e senza alcun collegamento con l'evento originario (Sez. 1, n. 1763 del 1986, Borrè, Rv. 445077 - 01). In applicazione del criterio per il quale l'esposizione o la pubblicazione dell'immagine altrui non può considerarsi abusiva quando si ricolleghi a fatti, avvenimenti o cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico, la stessa Suprema Corte ha invece escluso il diritto al risarcimento del danno invocato da una persona che si trovava in una stazione ferroviaria per essere stata ripresa, senza il suo consenso, in un filmato televisivo, poi mandato in onda, nel quale comparivano, unitamente ad altri anonimi passeggeri, anche numerosi partecipanti alla manifestazione denominata "*gay pride*", sul presupposto che tale avvenimento fosse di interesse pubblico e che non fosse configurabile un pregiudizio all'onore o al decoro del richiedente, in quanto la possibilità di essere individuato in un simile contesto costituisce "un rischio della vita" che non può essere scongiurato (Sez. 3, n. 24110 del 2013, Cirillo F.M., Rv. 628877 - 01).

Le limitazioni legali del diritto all'immagine non operano nell'ipotesi in cui l'esposizione o la pubblicazione *rechi pregiudizio all'onore, al decoro o alla reputazione* della persona (art.97, comma 2, l. n. 633 del 1941). In questa ipotesi l'esigenza del rispetto dell'intimità della persona prevale sull'esigenza sociale di pubblica conoscenza della sua immagine, sicché non sono ammesse deroghe al divieto di divulgazione.

Non ostante la regola sia contenuta nell'art.97 della legge sul diritto d'autore (e di conseguenza sembri dettata unicamente per paralizzare l'operatività delle limitazioni legali del diritto all'immagine, e non anche delle limitazioni autorizzate dal consenso dell'avente diritto, disciplinato nel precedente art. 96), la Corte di cassazione ne ha esteso l'operatività anche a queste ultime. Di conseguenza, nemmeno con il consenso del titolare del diritto è possibile procedere ad un'esposizione o pubblicazione pregiudizievole per l'onore, il decoro o la reputazione (Sez. 1, n. 21172 del 2006, Schirò, Rv. 591925 - 01; Sez. 3, n. 17211 del 2015, Vincenti, Rv. 636902 - 01). Questo orientamento giurisprudenziale va condiviso, in quanto, diversamente opinando, si ammetterebbe, non la parziale disponibilità, ma la *totale rinunciabilità* del diritto all'immagine, la quale non può invece ritenersi ammissibile, in quanto contrastante con la natura del diritto medesimo (C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, cit.*, 185).

6. La capacità espansiva del diritto all'immagine nell'ordinamento "vivente". La rilevanza di Cass. civ., Sez. 3, n. 8880 del 2020.

Si è detto che il diritto all'immagine ha un duplice contenuto, *negativo* e *positivo*.

Sotto il primo profilo il diritto tutela l'interesse del titolare a che la sua immagine non venga diffusa o esposta in pubblico; la correlativa situazione giuridica soggettiva passiva posta in capo alla totalità (*erga omnes*) dei consociati consiste in un dovere di *astensione*.

Sotto il secondo profilo, il diritto tutela l'interesse del titolare ad *apparire* agli altri solo nella misura in cui voglia farlo; la correlativa situazione giuridica soggettiva passiva posta in capo alla totalità (*erga omnes*) dei consociati consiste in un obbligo di *pati*.

Tanto il primo quanto il secondo aspetto del diritto hanno avuto, nell'elaborazione giurisprudenziale e negli orientamenti di legittimità che si sono andati consolidando o che sono in via di consolidamento, un'evoluzione verso forme sempre più estese di tutela, sicché può dirsi che il diritto all'immagine ha manifestato nel diritto vivente una *continua capacità espansiva*, tutt'ora in atto.

Per quanto concerne l'aspetto positivo, il crescente riconoscimento sociale della facoltà della persona di apparire in pubblico nella misura in cui abbia interesse a farlo, si è tradotto nel giudizio di meritevolezza di tutela (art. 1322 c.c.) dell'*interesse patrimoniale del soggetto allo sfruttamento commerciale della propria immagine verso un corrispettivo*.

Da un lato, infatti, l'autonomia negoziale ha determinato la nascita e la diffusione del contratto atipico di *sponsorizzazione* (sul tema v., in generale, MIR. BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 1 e ss.), nel quale una parte

(*sponseè*) si obbliga ad utilizzare la propria immagine pubblica e il proprio nome per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato e l'altra parte (*sponsor*) si obbliga a versare un corrispettivo in danaro. In ordine a questo contratto la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che l'obbligazione assunta dallo *sponseè* ha natura patrimoniale, ai sensi dell'art.1174 c.c., e che ciò dipende dal fenomeno di commercializzazione del nome e dell'immagine personali determinatosi nel costume sociale (Sez. 1, n. 9880 del 1997, Berruti, Rv. 508745 - 01; Sez. 3, n. 7083 del 2006, Segreto, Rv. 588669 - 01; Sez. 3, n.12801 del 2006, Durante, Rv. 589587 - 01; Sez. 1, n.18218 del 2009, Tavassi, Rv. 609424 - 01).

Dall'altro lato, la stessa giurisprudenza di legittimità, sancendo la risarcibilità del pregiudizio economico rappresentato dalla perdita del corrispettivo dell'utilizzazione della propria immagine a fini pubblicitari (Sez. 1, n. 22513 del 2004, Berruti, Rv. 578339 - 01; Sez. 1, n. 1875 del 2019, Genovese, Rv. 652419 - 01) ha autorizzato la dottrina a ritenere esistente, anche nel nostro ordinamento, la figura, di derivazione americana, del *right of publicity* (in tema v., ancora, MIR. BIANCA, *op. cit.*, 199), quale diritto esclusivo all'utilizzazione economica della propria immagine (Sez. 3, n.12433 del 2008, Lanzillo, Rv. 603320 - 01; Sez. 3, n. 11353 del 2010, Vivaldi, Rv. 613003 - 01).

Con riguardo all'aspetto negativo del diritto, quale diritto della persona a non subire la diffusione o esposizione pubblica della sua immagine, la Corte di cassazione in diverse pronunce ha evidenziato la tendenza ad operare una *integrazione* delle fonti della disciplina del diritto soggettivo, individuandole non più soltanto nella norma codicistica (art.10 c.c.) e nelle disposizioni della legge sul diritto d'autore (artt. 96 e 97 della l. n. 633 del 1941) ma anche nel *Codice in materia di protezione dei dati personali* (d.lgs. n. 196 del 1993).

In tema di informazione fornita con il servizio televisivo (e con specifico riguardo al caso di diffusione dell'immagine di persone riprese di nascosto) è stato, ad es., ripetutamente affermato che la presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca non implica, di per sé, la legittimità della pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte, la cui liceità è subordinata, oltre che al rispetto delle prescrizioni contenute negli artt. 10 c.c., 96 e 97 della l. n. 633 del 1941, anche di quelle contenute nell'art. 137 del d.lgs. n. 196 del 2003 e nell' art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, nonché alla verifica in concreto della sussistenza di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata, nell'ottica della essenzialità di tale divulgazione ai fini della completezza e correttezza della informazione fornita (Sez 1, n. 15360 del 2015, Mercolino, Rv. 636199 - 01; Sez. 1, n. 18006 del 2018, Lamorgese, Rv. 649524 - 02).

Sempre in tema di attività giornalistica (con riguardo alla pubblicazione su quotidiano di fotografia di persona in stato di detenzione) è stato inoltre statuito che la pubblicazione è legittima se sia rispettosa, oltre ai limiti, fissati dagli artt. 20 e 25 della l. n. 675 del 1996 (*ratione temporis* applicabili) e, comunque, riprodotti nell'art. 137 del d.lgs. n. 196 del 2033, di essenzialità per illustrare il contenuto della notizia e quelli dell'esercizio del diritto di cronaca, anche delle particolari cautele imposte a tutela della persona ritratta, previste dall'art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, che costituisce fonte normativa integrativa; si è inoltre puntualizzato che l'osservanza dei suddetti limiti va accertata con maggior rigore rispetto alla semplice pubblicazione della notizia, per la maggiore potenzialità lesiva dello strumento visivo e la maggiore idoneità ad una diffusione decontestualizzata e insuscettibile di controllo da parte della persona ritratta (Sez. 3, n. 12834 del 2014, Rubino, Rv. 631584 - 01).

L'individuazione della fonte regolatrice del diritto anche nelle norme del codice della *privacy*, determina, anzitutto, conseguenze di carattere sistematico (ma non scevre di ricadute applicative) sulla controversa questione della *natura giuridica* dello stesso. Infatti, se, da un lato, la capacità espansiva del diritto esclude che possa essere qualificato come mera manifestazione del più ampio diritto alla riservatezza, dall'altro lato l'incidenza della disciplina della riservatezza medesima sui limiti di liceità della pubblicazione dell'immagine esclude altresì che i due diritti possano essere configurati alla stregua di diritti soggettivi distinti e reciprocamente indipendenti. Sembrerebbe dunque trovare ulteriore conferma la tesi che individua nel *diritto all'immagine* e nel *diritto alla riservatezza* due autonome specificazioni del più ampio *diritto fondamentale all'intimità o sfera privata della persona* (così C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, cit.*, 174, 184, il quale individua la terza specificazione del diritto all'intimità personale nel *diritto al segreto*).

In secondo luogo, l'illustrata tendenza giurisprudenziale ad integrare le fonti regolatrici del diritto soggettivo in esame, si traduce nel riconoscimento di una sua *maggiore estensione* e di una più penetrante e satisfattiva protezione in sede giudiziaria, in quanto comporta implicazioni sul giudizio di comparazione tra l'esigenza di tutela dell'interesse della persona a non veder diffusa o esposta in pubblico la propria immagine e l'esigenza di tutela del contrario interesse sociale di pubblica conoscenza dell'immagine medesima, che giustifica la deroga al divieto di esposizione o pubblicazione nelle specifiche ipotesi tassativamente indicate dalla legge.

L'individuazione della fonte regolatrice del diritto anche nelle norme del codice della *privacy*, implica, infatti, che nel *giudizio di bilanciamento* assuma un peso maggiore l'esigenza di protezione della sfera privata della persona rispetto alla contraria esigenza di consentirne l'esposizione e la diffusione dell'immagine in quelle tassative

fattispecie in cui - escluso comunque il pregiudizio all'onore, al decoro o alla reputazione - sussista un interesse pubblico a renderla pubblica.

Del progressivo consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale volto ad operare un *allargamento* delle fonti regolatrici del diritto all'immagine, costituisce espressione paradigmatica la sentenza n. 8880 del 2020 della Terza Sezione civile relativa alla riproduzione fotografica dell'immagine di due bambine, riprese nell'atto di percorrere uno scivolo all'interno di un parco acquatico, in occasione della manifestazione di massa connessa con la sua inaugurazione.

Come si è detto, infatti, questa pronuncia - pur escludendo che si integrasse l'ipotesi limite della lesione del decoro, della reputazione o dell'onore della persona e pur concedendo che invece ricorresse, in astratto, una delle fattispecie (il collegamento con un evento di interesse pubblico o comunque svoltosi in pubblico) previste dall'art.97 della legge sul diritto d'autore - ha nondimeno escluso che potesse operare, in concreto, la deroga legale al divieto di riproduzione dell'immagine prevista dalla stessa norma, e ha affermato l'illiceità della pubblicazione della fotografia, in ragione della sussistenza delle due circostanze, *soggettiva* (la minore età delle persone fotografate) ed *oggettiva* (la non casualità della ripresa fotografica, volta a polarizzare l'attenzione sull'identità delle minori e sulla loro riconoscibilità), contrastanti con l'esigenza di tutela della riservatezza.

Si assiste pertanto, plasticamente, nella sentenza in esame, ad una restrizione delle limitazioni legali al diritto all'immagine (connesse con la presenza dell'interesse alla pubblica informazione, tutelato dalla specifica deroga al divieto di pubblicazione prevista nell'art.97 della l. n. 633 del 1941), con contestuale *espansione* del diritto medesimo e con conseguente estensione del divieto di pubblicazione ad una fattispecie in cui la diffusione dell'immagine, ove non concorresse l'esigenza di tutela della riservatezza e della non riconoscibilità della persona minore d'età, sarebbe invece consentita.

7. Riflessi sulla tutela giudiziaria del diritto.

La capacità espansiva del diritto all'immagine nell'ordinamento "vivente" si riflette sulle forme e sull'estensione della sua tutela giudiziaria.

Si è già accennato che la norma del codice tutela il diritto all'immagine mediante la concessione di due diverse azioni, quella *inibitoria* e quella *risarcitoria*.

Legittimati all'esercizio di tali azioni sono, oltre al titolare del diritto, il *coniuge*, i *genitori* e i *figli*, ai quali eccezionalmente è conferito il potere di agire in giudizio per far valere il diritto del proprio congiunto (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 3; G. BAVETTA, *op. cit.*, 153; C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, cit.*, 187). Secondo parte della dottrina, la legittimazione spetterebbe anche al *convivente* (A. ANSALDO, *op. cit.*, 315). Un'opinione

minoritaria sostiene, tuttavia, che legittimato sarebbe unicamente il titolare del diritto leso, e che i congiunti, pur menzionati dalla norma, acquisirebbero la legittimazione solo dopo la morte del titolare medesimo, allorché assumerebbero un diritto proprio alla gestione dell'immagine del defunto (P. VERCELLONE, *op. cit.*, 48; A. DE VITA, *op. cit.*, 640, 641). L'opinione non pare, peraltro, condivisibile, perché il diritto all'immagine, in quanto diritto della personalità, si estingue con la morte della persona (mentre i diritti spettanti ai superstiti trovano una compiuta disciplina nella legge speciale: art.96 comma 2, l. n. 633 del 1941) e perché la *legittimazione straordinaria* (o *sostituzione processuale*) è un istituto specificamente previsto dal nostro ordinamento processuale, il quale consente, sia pure nei soli casi stabiliti dalla legge, di far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui (art.81 c.p.c.).

L'azione *inibitoria* tende a suscitare dal giudice l'emissione di un *ordine volto a far cessare l'abusiva esposizione o pubblicazione dell'immagine*. Questo ordine può essere emesso, oltre che all'esito di un ordinario processo contenzioso a cognizione piena (nel qual caso esso sarà contenuto in una sentenza di condanna), anche all'esito di un procedimento cautelare atipico (nel qual caso esso sarà normalmente contenuto in un provvedimento d'urgenza, dato ai sensi dell'art.700 c.p.c.). Lo strumento del procedimento cautelare atipico, volto ad ottenere un provvedimento d'urgenza, si mostra quello più appropriato in materia di diritto all'immagine, atteso che tale diritto, per sua natura, non è suscettibile di essere pienamente reintegrato attraverso il rimedio risarcitorio e sussiste dunque il pericolo (cd. *periculum in mora*) che, durante il tempo occorrente per farlo valere in via ordinaria, possa subire un pregiudizio irreparabile (A. DE VITA, *op. cit.*, 646 e ss.; A. ANSALDO, *op. cit.*, 316).

È pacifico che, diversamente da quella risarcitoria, l'azione inibitoria specifica prevista dalla norma in esame possa essere esercitata anche in mancanza della colpa (e, *a fortiori*, del dolo) del convenuto (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 4; A. DE VITA, *op. cit.*, 643).

In ordine ai presupposti obiettivi, invece, la norma codicistica, facendo riferimento alla *cessazione dell'abuso*, sembrerebbe esigere, ai fini dell'esperibilità del rimedio, che l'abusiva divulgazione dell'immagine sia già iniziata e che, dunque, l'illecito sia già completo di tutti i suoi elementi costitutivi, compreso il danno. In proposito va, peraltro, precisato che l'inibitoria costituisce un rimedio *preventivo*, il quale può essere esercitato indipendentemente dal verificarsi del danno che tende, anzi, ad impedire. D'altra parte, è anche da ritenere che l'ordine giudiziale di cessazione non può essere invocato, diversamente da quanto sembra sostenere parte della dottrina (A. DE VITA, *op. cit.*, 644), in relazione ai *meri atti preparatori*, allorché questi ultimi siano neutri e non lascino ragionevolmente prevedere il verificarsi di un fatto lesivo. Conformemente alle indicazioni provenienti dalla dottrina che ha condotto l'analisi dell'inibitoria quale rimedio generale dell'illecito extracontrattuale (C.M. BIANCA, *Diritto civile,* 5*, La Responsabilità*, Milano, 1994, 583, 786), deve allora

concludersi che, anche in relazione alla lesione del diritto all'immagine, il rimedio inibitorio è esperibile al verificarsi di un *fatto idoneo a produrre il danno*, e cioè di un fatto che crei il *rischio specifico* della predetta lesione. Così, ad es., la persona non famosa non sarà legittimata a ricorrere al giudice per il solo fatto di essere stata fotografata da un suo conoscente, perché la semplice fissazione dell'immagine in un supporto fotografico o di altro genere, avulsa dalla sua esposizione o pubblicazione, non è illegittima ai sensi dell'art.10 c.c. (A. DE CUPIS, *op. cit.*, 1) e perché un tale comportamento non lascia ragionevolmente temere una successiva divulgazione abusiva dell'immagine stessa. Al contrario, la persona famosa potrà già esperire il rimedio inibitorio per il solo fatto di essere stata fotografata da un fotoreporter professionista (sempreché, s'intende, non operi il limite di cui all'art.97, comma 1, della legge sul diritto d'autore), perché a tale atto consegue normalmente quello dell'utilizzazione commerciale della fotografia.

Concorrendo gli altri requisiti costitutivi dell'illecito (in particolare, il danno, il nesso causale di quest'ultimo con il fatto, e, sotto il profilo soggettivo, la colpa dell'autore dell'abuso), il titolare del diritto all'immagine può, inoltre, agire per il *risarcimento del danno*.

Risarcibile è, ovviamente, non solo il pregiudizio patrimoniale ma anche quello *non patrimoniale*, consistente nella lesione del diritto all'intimità o sfera privata della persona in sé e per sé considerata, indipendentemente dalle conseguenze economiche negative.

La risarcibilità di tale pregiudizio, da liquidarsi in via equitativa ai sensi degli artt.1226 e 2056 c.c., trova fondamento nella particolare rilevanza dell'interesse protetto, elevato a valore costituzionale e tutelato come diritto fondamentale della persona (Sez. 3, n.12433 del 2008, Lanzillo, Rv. 603319 - 01).

Il *danno patrimoniale* consiste, invece, nel pregiudizio economico sofferto in conseguenza della pubblicazione dell'immagine e di esso deve fornirsi specifica prova, sia in relazione all'*esistenza* sia in relazione all'*ammontare*.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità tende a distinguere a seconda che il danneggiato sia o meno persona *famosa*.

Nell'ipotesi di *persona non famosa* si prende atto della maggiore difficoltà (o addirittura dell'impossibilità) per l'onerato di fornire la prova di specifiche voci di danno patrimoniale e - facendo applicazione dei criteri enunciati nell'art.128 l. n. 633 del 1941 - si ammette che egli possa far valere il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe *presumibilmente* richiesto per concedere il suo consenso alla pubblicazione dell'immagine, importo che il giudice sarà chiamato a liquidare in via *equitativa*, avuto riguardo al vantaggio economico *presumibilmente* conseguito dall'autore dell'illecito in relazione alla diffusione del mezzo sul quale la pubblicazione è avvenuta, alle finalità perseguite e ad ogni altra

circostanza congruente con lo scopo della liquidazione (Sez. 3, n.12433 del 2008, Lanzillo, Rv. 603320 - 01; Sez. 3, n. 11353 del 2010, Vivaldi, Rv. 613003 - 01).

Nell'ipotesi di *persona famosa* il pregiudizio economico è invece suscettibile di essere provato con maggior precisione nel suo ammontare, facendo riferimento al valore che l'immagine della persona ha sul mercato e al corrispettivo che essa avrebbe dunque potuto ottenere esercitando il suo diritto di utilizzazione economica (*right of publicity*) della stessa per fini pubblicitari. In proposito, la Corte di cassazione ha da tempo chiarito che il danno risarcibile è dato dalla perdita economica consistente nel non potere più offrire l'uso della propria immagine a scopo pubblicitario in relazione a prodotti o servizi analoghi a quelli in relazione ai quali è stata abusivamente divulgata, nonché nell'eventuale difficoltà alla migliore commercializzazione della propria immagine con riferimento a prodotti o servizi di diversa natura (Sez. 1, n. 4785 del 1991, Rv. 471928 - 01). La stessa Suprema Corte ha anche precisato che il predetto pregiudizio non è escluso dall'eventuale rifiuto del danneggiato di consentire a chicchessia la pubblicazione dei ritratti abusivamente utilizzati, in quanto il diritto all'immagine comprende la facoltà di non pubblicare determinati ritratti per il tempo ritenuto necessario (sicché un simile rifiuto non ha alcun effetto ablativo e non può essere equiparato all'abbandono del diritto, con conseguente caduta in pubblico dominio), e in quanto la stessa gestione economica può comportare la scelta di non sfruttare un certo ritratto, la cui utilizzazione potrebbe, in prospettiva, risultare lesiva del bene protetto. In una simile ipotesi, anzi, lo sfruttamento illecito dell'immagine può risultare fonte di danno ben più grave di quello corrispondente al solo valore commerciale della specifica attività abusiva, risarcibile in termini di *perdita della reputazione professionale* e liquidabile nei limiti della ricchezza non conseguita dal danneggiato ovvero anche con il ricorso al criterio equitativo (Sez. 1, n. 22513 del 2004, Berruti, Rv. 578339 - 01; Sez. 1, n. 1875 del 2019, Genovese, Rv. 652419 - 01).

Oltre all'inibitoria e al risarcimento del danno per equivalente, l'ordinamento offre anche altri rimedi contro l'abusiva esposizione o pubblicazione dell'immagine. Intanto, il risarcimento può essere chiesto anche in forma *specifica*, ai sensi dell'art.2058 c.c. In sede esecutiva, poi, si può ottenere la *distruzione*, a spese dell'autore, delle copie abusive del ritratto, ai sensi dell'art.2933 c.c. (A. De Cupis, *op. cit.*, 4; G. Bavetta, *op. cit.*, 154). Il giudice può, inoltre, ordinare la *pubblicazione della sentenza*, ai sensi dell'art.120 c.p.c., in quanto tale rimedio possa contribuire alla riparazione del danno (A. De Cupis, *op. cit.*, 4; G. Bavetta, *op. cit.*, 154). Ulteriori rimedi, ancora, consistono nella *rimozione* o nel *ritiro dal commercio* delle copie abusivamente diffuse (A. De Vita, *op. cit.*, 645). Infine, è possibile ottenere dal giudice anche un provvedimento di *sequestro* del materiale lesivo (fotografie ecc.) destinato alla stampa, ma non della riproduzione a stampa già effettuata, salvo che

non ricorrano gli specifici presupposti richiesti a tal fine dall'art.21, comma 3, Cost. (Sez. 1, n. 2129 del 1975, Santosuosso, Rv. 375879 - 01).

L'ampiezza della tutela giudiziaria del diritto all'immagine, riconosciuta dalle specifiche norme di legge volte a prevedere i singoli rimedi alla sua lesione, trova conferma nel richiamato orientamento giurisprudenziale (di cui costituisce l'ultima, espressione, in ordine di tempo, l'esaminata sentenza n. 8880 del 2020 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione) che, attraverso l'integrazione delle fonti regolatrici, per un verso, comporta, sul piano sistematico, unitamente alla necessità di riconoscerne la specifica identità quale *autonomo* diritto fondamentale della persona, anche quella di individuare in esso una specifica manifestazione (unitamente al diritto alla riservatezza) del più ampio *diritto all'intimità o sfera privata* della persona; per altro verso, induce, sul piano dell'estensione del diritto, a riconoscerne una attitudine espansiva capace di *erodere* progressivamente, nell'evoluzione del diritto vivente, le limitazioni legali tradizionali, enucleate nelle fattispecie contemplate dall'art.97 della l. n. 633 del 1941.

Va peraltro ribadito e precisato che il progressivo restringimento dell'ambito di operatività delle limitazioni al diritto di immagine riguarda esclusivamente le limitazioni legali (art. 97 l. n. 633 del 1941) e non anche quelle che possono discendere dall'autonomia privata attraverso il consenso dell'avente diritto (art.96 stessa legge).

Infatti, come si è accennato, l'esposizione, riproduzione o pubblicazione dell'immagine di una persona (in tutte le forme rappresentative di cui si è detto, dirette o indirette) resta fuori dalle fattispecie disciplinate dalle disposizioni sul trattamento dei dati personali, introdotte dal recente d.lgs. n. 101 del 2018, emanato per esigenze di adeguamento della normativa interna a quella europea.

L'immagine della persona (ad es. la sua fotografia facciale) soggiace, infatti, a tale rinnovata disciplina solo quando presenti caratteristiche tali da farla rientrare in quella specifica categoria di dati personali costituita dai ccdd. "dati biometrici", contraddistinti da un trattamento tecnico specifico concernente le caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, tale da consentirne o confermarne l'identificazione univoca.

8. Postilla.

Durante la correzione della bozza di questo contributo, è stata pubblicata l'ordinanza 9 febbraio 2021, n. 4477, della Prima Sezione civile della Corte di cassazione, con cui la S.C. ha affermato il principio secondo cui l'interesse pubblico alla diffusione di una notizia, in presenza delle condizioni che giustificano l'esercizio del diritto di cronaca, non rileva ai fini della legittimità della pubblicazione delle

immagini delle persone coinvolte nella vicenda narrata, dovendosi accertare uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti, ovvero il loro consenso o le altre condizioni eccezionali previste dall'ordinamento giuridico.

In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha dunque cassato con rinvio la sentenza d'appello che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno subito da una bambina, la quale in occasione di un articolo pubblicato su talune testate giornalistiche, era apparsa ritratta insieme ad un noto calciatore che si era appositamente recato in ospedale per farle visita.

Questa nuova pronuncia fornisce conferma della evoluzione del *diritto vivente* nel senso di una progressiva estensione dell'ambito del divieto di pubblicazione dell'immagine della persona (con correlativa erosione delle fattispecie legali in cui il divieto non trova applicazione) che costituisce, a sua volta, espressione di quella attuale capacità espansiva del diritto all'immagine, dovuta alla riconosciuta prevalenza dell'interesse in esso tutelato rispetto ad altri interessi e valori di rango costituzionale, allorché, in funzione del concorso di circostanze obiettive o subiettive (anche nella fattispecie considerata dalla pronuncia del 2021 la pubblicazione riguardava l'immagine di una persona minore d'età), l'esigenza di tutela della riservatezza assume particolare rilievo.

In questa prospettiva, l'ordinanza n. 4477 del 19 febbraio 2021 della Prima Sezione civile, si pone in perfetta linea di continuità con l'esaminata sentenza della Terza Sezione civile n.8880 del 13 maggio 2020.

SEZIONE III

DIRITTI REALI E CONDOMINIO

VI) I RAPPORTI TRA I DIRITTI REALI ED IL CONDOMINIO

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La deroga alla presunzione di condominialità di cui all'art. 1117 c.c. 2.1. La trasformazione di un'area cortilizia in autorimesse. 3. I sistemi centralizzati per l'accesso ai flussi informativi. 4. Le deroghe al principio di accessione. 4.1. La costruzione realizzata da uno dei comunisti sull'area comune: i due orientamenti. 4.2. Le critiche mosse all'orientamento prevalente. 4.3. Il titolo di proprietà. 4.4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 3873 del 2018. 4.5. L'elemento comune alle ipotesi di accessione regolate dal codice civile. 4.6. Il regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri. 4.7. I residui profili problematici. 5. Le deroghe all'accessione. 5.1. La decisione n. 8434/2020 delle Sezioni Unite. 5.2. I "titoli" in deroga al principio di accessione. 5.3. Il possibile tenore di una clausola in deroga. 5.4. Una concessione con effetti meramente obbligatori o necessariamente reali? I riflessi sul regime giuridico applicabile. 5.5. L'inquadramento giuridico della fattispecie. 5.6. Il contratto ad effetti obbligatori: la disciplina applicabile. 5.7. I poteri del singolo condomino. 6. I rapporti tra l'uso della cosa comune ed il diritto di servitù. 7. Conclusioni. Il principio *superficie solo cedit*. 7.1. L'opera realizzata da un terzo. 7.2. I parametri per l'inquadramento giuridico della fattispecie. 7.3. La titolarità dell'opera.

1. Premessa.

Il **codice del 1865** regolava l'istituto del condominio solo in via marginale, riservando agli "edifici"[1] poche disposizioni, rinvenibili, del resto, nella più ampia disciplina delle servitù prediali[2]: sicché, difettando norme volte a regolamentare l'amministrazione delle parti comuni oppure (come l'attuale art. 1139 c.c.) di rinvio generico alle disposizioni sulla comunione[3], si riteneva che la gestione di dette parti richiedesse sempre e necessariamente l'unanimità dei consensi dei proprietari dei singoli piani o porzioni di piano, con conseguente ampio ricorso all'autorità giudiziaria, chiamata a dirimere le controversie che da tale assetto normativo scaturivano tra i contitolari.

---

[1] Il legislatore non parlava ancora espressamente di "condominio".

[2] Cfr. il codice civile del 1865, Libro II, Titolo II, Capo II, artt. 562-564: in particolare, l'art. 562 si preoccupava di indicare le parti a servizio dei piani o porzioni di piano, l'art. 563 dettava le regole da osservare per il rifacimento dei tetti e dei lastrici solari e l'art. 564 disciplinava, infine, il fenomeno della sopraelevazione di fabbriche.

[3] Cfr. l'art. 1139 c.c., ai sensi del quale:"per quanto non è espressamente previsto da questo capo si osservano le norme sulla comunione in generale".

L'entrata in vigore dell'attuale codice civile ha generato plurime questioni applicative, alcune delle quali risolte solo negli ultimi anni, spesso grazie all'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite.

2. La deroga alla presunzione di condominialità di cui all'art. 1117 c.c.

La prima questione che si posta è in ordine alla portata applicativa della presunzione di condominialità sancita dall'art. 1117 c.c.

L'individuazione delle parti comuni operata da quest'ultima disposizione si fonda su una presunzione di comune appartenenza a tutti i condomini superabile non con qualsiasi prova contraria, ma soltanto sulla base delle opposte risultanze di quel determinato titolo che ha dato luogo alla formazione del condominio per effetto del frazionamento dell'edificio in più proprietà individuali (**Sez. 2, Ordinanza n. 03852 del 17/02/2020, Scarpa, Rv. 657106 - 02**). La deliberazione condominiale con la quale vengono assegnate parti comuni (si pensi ad una caldaia) in proprietà esclusiva ad alcuni condomini richiede l'unanimità degli stessi, incidendo sulla pregressa comproprietà originaria *ex lege* di parti comuni e comportando l'esclusione dal vincolo reale di alcuni dei condomini (**Sez. 2, Ordinanza n. 06090 del 04/03/2020, Carrato, Rv. 657126 - 01**).

Spesso gli **atti di trasferimento immobiliare riportano locuzioni** del tipo "**concesso in uso esclusivo**" o "**porzione ad uso esclusivo e perpetuo**". Si riserva, così, al beneficiario la facoltà di utilizzare uno spazio o un'area comune in una maniera più intensa rispetto alle normali attribuzioni che gli competerebbero quale comproprietario, onde garantirgli il miglior godimento della sua proprietà esclusiva.

La clausola attributiva del diritto d'uso esclusivo di un bene condominiale può essere inserita:

- nel regolamento condominiale, disciplinando le relative assegnazioni ed il riparto delle loro spese;
- negli atti di acquisto delle singole unità immobiliari.

La permanenza del diritto di uso esclusivo verso i successivi acquirenti dipende o dal richiamo nell'atto di tutti i preesistenti vincoli gravanti sull'immobile ceduto - fra i quali, appunto, l'uso esclusivo - oppure dall'accettazione, da parte dell'acquirente, del regolamento di condominio includente, fra le sue clausole, l'uso privilegiato. La trascrizione di tali compravendite comporta pure quella del vincolo di uso esclusivo nei pubblici registri ai fini della sua opponibilità a terzi.

Come recentemente chiarito da Cass. 4 ottobre 2018, n. 24301, non massimata, tale "uso esclusivo" è, però, inidoneo ad incidere sul regime proprietario, sì da determinare il superamento della "presunzione" ex art. 1117 c.c., riflettendosi non

sull'appartenenza delle dette parti comuni alla collettività, ma sul solo riparto delle correlate facoltà di godimento fra i condomini, che avviene secondo modalità non paritarie determinate dal titolo.

Nel medesimo senso si sono espresse anche **Sez. U, Ordinanza n. 06458 del 06/03/2020, Giusti, Rv. 657211 - 01**, per le quali la proprietà comune non è intaccata dall'uso esclusivo che del bene faccia il singolo condomino il quale si attenga al divieto di alterarne la destinazione ed all'obbligo di consentirne un uso paritetico agli altri comproprietari.

2.1. La trasformazione di un'area cortilizia in autorimesse.

Il profilo analizzato nel precedente paragrafo è stato approfondito da Sez. 2, Sentenza n. 16070 del 14/06/2019, Scarpa, Rv. 654086 - 01, con riferimento alla trasformazione di un'area cortilizia in autorimesse destinate a servire alcuni condomini soltanto: cortili ed aree destinate a parcheggio (dopo l'entrata in vigore della legge n. 220 del 2012), privi di un'espressa riserva di proprietà nel titolo originario di costituzione del condominio, rientrano tra le parti comuni dell'edificio condominiale, ex art. 1117 c.c. (Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 05831 del 08/03/2017, Scarpa, Rv. 643173 - 01), e la loro trasformazione in un'area che accolga, con stabili opere edilizie, autorimesse, a beneficio di alcuni soltanto dei condomini, sebbene elimini la funzione dell'area comune, non li sottrae al regime della condominialità sotto il profilo dominicale (arg. da Sez. 2, Sentenza n. 06673 del 09/12/1988, Garofalo, Rv. 460955 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 04996 del 21/05/1994, Corona, Rv. 486713 - 01); i nuovi manufatti, anzi, devono intendersi acquisiti per accessione, giusta l'art. 934 c.c., alla proprietà comune *pro indiviso* di tutti i condomini dell'immobile - salvo contrario accordo, che deve, però, rivestire la forma scritta *ad substantiam* (arg. da Sez. U, Sentenza n. 03873 del 16/02/2018, Lombardo, Rv. 647093 - 01) -, siccome comproprietari ex art. 1117 c.c. del cortile sul cui suolo sono stati costruiti.

Era, tuttavia, controversa la natura di tale diritto: dando atto dell'esistenza di un orientamento (propugnato da Cass. n. 24301/2018, cit.) che ne esclude la riconducibilità al diritto reale d'uso previsto dall'art. 1021 c.c. (nel solo qual caso esso sarebbe tendenzialmente perpetuo e trasferibile ai successivi aventi causa dell'unità immobiliare cui accede), la Seconda Sezione civile della Suprema Corte, con ordinanza interlocutoria 2 dicembre 2019, n. 31420, aveva rimesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione concernente la natura, i limiti e l'opponibilità di tale diritto, ipotizzando che potrebbe essersi in presenza di un diritto reale atipico di creazione pretoria, di un diritto d'uso "tipico" o, infine, di un diritto personale di godimento.

Le Sezioni Unite (**S.U., sentenza n. 28972 del 17.12.2020**, Pres. P. Curzio, Est. M. Di Marzio), pronunciando ex art. 363 c.p.c. sulla questione di massima di particolare importanza, hanno affermato il seguente principio di diritto: "*La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art.* 1102 *c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi*". Mentre in forza del primo principio (quello del *numerus clausus*) solo la legge può istituire figure di diritti reali, per effetto del secondo i privati non possono incidere sul contenuto, snaturandolo, dei diritti reali che la legge ha istituito.

Se può ammettersi che il titolo costitutivo restringa il contenuto del diritto d'uso con l'esclusione di talune facoltà in esso naturalmente comprese, deve, al contrario, ritenersi che l'attribuzione di una soltanto tra le facoltà di uso consentite dalla natura del bene possa dar vita ad un rapporto obbligatorio, ma non possa configurarsi come costitutiva di un diritto reale di uso, che sarebbe essenzialmente diverso da quello previsto dalla legge e, come tale, inammissibile nel nostro ordinamento.

Questo approccio è in linea con **Sez. 2, Sentenza n. 00193 del 09/01/2020**, Giuseppe Grasso, Rv. 656828 - 01), secondo cui, in tema di condominio, non può ipotizzarsi, in favore di una persona giuridica, la costituzione di un uso reale atipico, esclusivo e perpetuo, che priverebbe del tutto di utilità la proprietà e darebbe vita ad un diritto reale incompatibile con l'ordinamento.

Ciò non esclude la possibilità di un "uso" più intenso da parte di un condomino rispetto agli altri (Cass. 30 maggio 2003, n. 8808; Cass. 27 febbraio 2007, n. 4617; Cass. 21 ottobre 2009, n. 22341; Cass. 16 aprile 2018, n. 9278), tanto più che l'art. 1123, comma 2, c.c. contempla espressamente la possibile esistenza di cose destinate a servire i condomini "in misura diversa", previsione che trova ulteriore specificazione nel successivo art. 1124 c.c., con riguardo alla manutenzione e sostituzione di scale ed ascensori.

3. I sistemi centralizzati per l'accesso ai flussi informativi.

Altra questione che di recente si è posta, in tema di condominialità dei beni, è quella concernente i sistemi centralizzati.

L'**art. 1117, n. 3, c.c.** è stato integralmente riscritto, nella sua parte centrale, sottoponendo a regime condominiale i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell'aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a

qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti[1].

Tali impianti e sistemi centralizzati soggiacciono al detto regime, ove destinati all'uso comune, fino al punto di diramazione ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini (sotto tale profilo la formulazione della norma è rimasta invariata) ovvero, in caso di impianti unitari, fino al punto di utenza (formulazione innovativa), giacché, arrivato al punto di diramazione, l'impianto cessa di fornire utilità a tutte le unità immobiliari (da qui la ricomprensione nella condominialità) e si rivolge, piuttosto, esclusivamente al godimento ed al servizio di beni in proprietà individuale (con conseguente attrazione nell'ambito del dominio esclusivo).

Restano incertezze in ordine al regime proprietario delle tubazioni, delle condutture ovvero delle altre strutture necessarie al funzionamento dell'impianto medesimo che siano collocate anche in porzioni dell'edificio in proprietà esclusiva, con conseguente sviluppo, all'interno di esse, di parte del loro percorso.

La giurisprudenza risalente (benché riferita al regime pregresso alla Riforma del 2012; Sez. 2, Sentenza n. 02151 del 29/07/1964, Marletta, Rv. 303162 - 01) aveva incluso nella "presunzione" di comunione non soltanto la parte di impianto che si sviluppa in aree comuni, ma anche quella che passa attraverso parti di proprietà esclusiva del singolo condomino, purchè in queste ultime si innestassero uno o più altri canali a servizio di altri condomini.

In applicazione di tale principio, è stato allora chiarito che la collocazione delle tubazioni di un impianto idrico destinato al servizio di alcuni appartamenti dell'edificio all'interno delle mura di uno di essi comporta, in virtù del vincolo di accessorietà necessaria che intercorre, nel condominio di edifici, fra beni di proprietà esclusiva e beni comuni, l'instaurazione di un rapporto di comproprietà tra i condomini titolari delle unità immobiliari servite dall'impianto, in virtù del quale il titolare dell'appartamento (vano o struttura) al cui interno le tubazioni sono collocate, pur non subendo limitazioni nel suo autonomo ed esclusivo godimento, ha l'obbligo di consentirne e conservarne la destinazione al servizio comune (cioè dell'intero edificio condominiale), configurandosi l'impedimento all'utilizzazione del

[1] La norma va coordinata con il successivo art. 1120, comma 2, nn. 2 e 3, c.c., che contempla la possibilità, per l'assemblea, di deliberare, rispettivamente, opere ed interventi per la produzione di energia mediante l'utilizzo di impianti di cogenerazione, fonti eoliche, solari o comunque rinnovabili da parte del condominio, nonché l'installazione di impianti centralizzati per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino alla diramazione per le singole utenze.

servizio da parte degli altri comproprietari come un uso illegittimo dei poteri a lui spettanti in qualità di comproprietario. In questa ottica, le limitazioni dell'esclusivo diritto di proprietà concreterebbero corrispondenti servitù (cfr. Sez. 2, Sentenza n. 05978 del 19/05/1992, Paolella, Rv. 477270 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 07761 del 30/03/2010, Migliucci, Rv. 612307 - 01)[1].

Le esposte considerazioni non sono, però, pacifiche in giurisprudenza, essendosi al contrario affermato che la presunzione di proprietà comune dell'impianto (ad esempio, di riscaldamento) di un immobile condominiale, ex art. 1117, n. 3, c.c., non potrebbe estendersi a quella parte dello stesso ricompresa nell'appartamento dei singoli condomini - cioè nella sfera di loro proprietà esclusiva - né, conseguentemente, ai componenti radianti che vengono installati nelle unità immobiliari di proprietà individuale, anche se collegati tramite tubi alla caldaia comune, sicchè sarebbe il singolo proprietario dell'appartamento a doverne curare la manutenzione (Sez. 2, Sentenza n. 27248 del 26/10/2018, Besso Marcheis, Rv. 650851 - 01; Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 16608 del 05/07/2017, Scarpa, Rv. 645062 - 01).

Da questo punto di vista, la presunzione di comunione non potrebbe estendersi alle diramazioni che, innestandosi nel tratto di proprietà esclusiva, anche se questo sia allacciato a quello comune, servono ad addurre acqua negli appartamenti degli altri proprietari (Sez. 2, Sentenza n. 02043 del 23/07/1963, Pratillo, Rv. 263147 - 01).

Sulla questione sarebbe, pertanto, auspicabile un intervento chiarificatore della Seconda Sezione o delle Sezioni Unite.

4. Le deroghe al principio di accessione.

La principale questione che ha impegnato di recente la Cassazione è stata quella di individuare l'ambito applicativo del principio di accessione.

In termini generali, l'**accessione** (e, in particolare, il principio *superficies solo cedit*) opera solo in assenza di deroghe risultanti da un titolo o dalla legge.

Quanto ai contratti che regolano gli effetti della costruzione su suolo altrui, il titolo che, di norma, consente di derogare alla disciplina dell'accessione è quello

[1] Sicché, in caso di attraversamento, ad opera dei tubi dell'impianto centralizzato di riscaldamento, di un vano in proprietà esclusiva che di tale servizio non fruisca, dovrebbe ritenersi esistente una servitù di conduttura di liquidi a carico di tale cespite ed in favore delle altre parti dell'edificio condominiale (Sez. 2, Sentenza n. 369 del 20/01/1982, Pafundi, Rv. 418065 - 01).

costitutivo del diritto di superficie (v. cap. 6), nel qual caso l'ordinamento giuridico accetta la coesistenza di 'proprietà separate' in via negoziale (Sez. 3, Sentenza n. 04337 del 07/07/1980, Finaldi, Rv. 408203 - 01).

Avuto riguardo alle deroghe individuate dalla legge (artt. 935, 936 e 937 c.c.), l'eccezione più vistosa al principio generale dell'art. 934 c.c. è costituita dalla cd. accessione invertita, in presenza della quale il proprietario dell'opera acquista, ex art. 938 c.c., la proprietà del suolo.

A certe condizioni, pertanto, l'interesse del terzo prevale su quello dominicale, precludendo al proprietario del suolo di avvantaggiarsi del tutto dell'operatività dell'accessione.

In questo contesto diventa, allora, importante individuare la figura del "terzo". In dottrina è diffusa l'opinione che tale sia chi non abbia con il proprietario del terreno un rapporto giuridico rilevante ai fini dell'esistenza della sua facoltà di costruire. Dunque, non sarebbero terzi i soggetti che hanno un rapporto di natura reale o personale con il fondo che li potrebbe legittimare a costruire.

Problemi sorgono, però, ove l'accessione entri in contatto con altri istituti oggetto di specifica disciplina legislativa, come la comunione ed il condominio.

4.1. La costruzione realizzata da uno dei comunisti sull'area comune: i due orientamenti.

L'attenzione della S.C. si è concentrata sull'operatività dell'accessione rispetto all'opera realizzata, sull'area comune, da uno solo dei comunisti, senza il consenso degli altri.

La questione che aveva dato adìto a dei dubbi (illustrata con relazione di questo Ufficio n. 126 del 2017, Cavallari) era se, in caso di edificazione effettuata sul terreno comune da uno dei comproprietari senza il consenso degli altri, questi ultimi ne sarebbero diventati proprietari *pro quota*, operando il meccanismo dell'accessione, o se, al contrario, si sarebbe dovuto riconoscere la proprietà esclusiva in capo al costruttore. In altri termini, se l'esistenza di una comunione potesse o meno incidere sull'operatività dell'accessione, come disciplinata dagli artt. 934 ss. c.c.[1]

Sul punto si contrastavano due orientamenti.

[1] Tale problematica sorge ove più soggetti siano contitolari del diritto di proprietà su un'area inedificata ed uno di essi, all'insaputa degli altri e, quindi, senza esplicita proibizione e in violazione delle norme sulla comunione, costruisca sul suolo, per cercare successivamente di vendere a terzi il manufatto, ritenendo di esserne il solo proprietario.

Il **primo**, più risalente, secondo cui, per il principio dell'accessione, la costruzione su suolo comune da parte del comunista era pure comune, man mano che veniva edificata, salvo contrario accordo scritto.

Pertanto, la presenza di una comunione non sarebbe stata di ostacolo all'operatività dell'accessione.

La nuova costruzione sarebbe diventata automaticamente, in virtù del meccanismo di cui all'art. 934 c.c., di proprietà *pro indiviso* degli originari contitolari del suolo secondo le quote (proporzionali a quelle di originaria appartenenza dominicale) spettanti ad ognuno di loro sul detto suolo, e ciò a prescindere dal consenso degli altri (Sez. 2, Sentenza n.03479 del 11/07/1978, Pierantoni, Rv. 392960 - 01); salvo il diritto di credito del costruttore per le spese anticipatamente erogate.

Il **secondo**, invece, era contrario all'applicabilità delle disposizioni sull'accessione nei rapporti fra comunisti e condomini.

La disciplina sull'accessione prevista dall'art. 934 c.c. era, secondo tale indirizzo, riferibile alle sole costruzioni su terreno altrui, sicchè sarebbe stata inapplicabile a quelle eseguite da un comproprietario su terreno comune, da ricondursi, invece, a quella in tema di comunione.

Corollario di quest'ultima tesi era che la comproprietà della nuova opera sarebbe sorta in favore dei condomini non costruttori (nelle medesime quote di contitolarità del suolo) solo se realizzata rispettando le regole sulla comunione (cioè le norme - artt. 1102, 1108, 1120 c.c. - sui limiti all'uso della cosa comune, sulla sopraelevazione e sulle innovazioni).

Diversamente, la costruzione avrebbe rappresentato una violazione delle utilizzazioni consentite ai singoli compartecipi dall'art. 1102 c.c. (costituendo, per l'effetto, un'innovazione "illegittima" o "abusiva") ed avrebbe dato luogo alla separazione della proprietà del suolo da quella del manufatto, cosicché le opere abusivamente realizzate (così come la sottostante area di sedime) non avrebbero potuto considerarsi beni condominiali per accessione, ma di proprietà del solo comproprietario-costruttore[1].

Da ciò sarebbe discesa l'inoperatività dell'accessione, quale generale modo di acquisto a titolo originario della proprietà, data l'incompatibilità ontologica e funzionale, anche sul piano della *ratio*, esistente tra la disciplina della comunione e quella dell'accessione.

[1] Cfr. Sez. 2, Sentenza n. 21901 del 19/11/2004, Oddo, Rv. 578073 - 01.

Per i giudici di legittimità, fino almeno alla decisione delle Sezioni Unite n. 3873 del 2018 (su cui *postea*), la situazione di comproprietà dell'area edificabile era di per sé sufficiente a determinare l'inoperatività dell'accessione e l'applicazione degli artt. 1100 ss. c.c., rientrando le norme della comunione nella riserva legale testualmente prevista dall'art. 934 c.c. e, quindi, rappresentando una disciplina speciale destinata a prevalere sulla regola generale *superficies solo cedit*.

4.2. Le critiche mosse all'orientamento prevalente.

La ricostruzione prevalente non chiariva la ragione tecnico-giuridica per cui il comunista che operasse senza o contro il consenso altrui ottenesse, quasi a mò di premio, la proprietà del nuovo manufatto.

Tale impostazione entrava in crisi, allorquando mancava la volontà dei contitolari di rimuovere la *res* oppure non emergeva, da parte loro, un atteggiamento di noncuranza nella gestione del cespite comune.

Il *favor* verso il costruttore conduceva a legalizzare una sorta di espropriazione di fatto, anche quando gli altri comunisti non si erano disinteressati ed il singolo era in mala fede.

La disciplina generale dell'art. 934 c.c., del resto, non sembra(va) presupporre, per la sua operatività, la terzietà del costruttore, aprendosi ad una interpretazione in senso estensivo, fino a ricomprendervi altresì il comproprietario. Il fatto stesso che il legislatore avesse previsto una normativa *ad hoc* con gli artt. 936 e 937 c.c. per disciplinare le opere fatte da un terzo avrebbe dimostrato che l'accessione, nella sua configurazione generale, non postulava sempre la scissione soggettiva tra l'autore dell'opera ed il proprietario del suolo.

In caso contrario, si sarebbe verificata la singolare situazione per la quale, mentre nell'ipotesi in cui il comproprietario avesse costruito con il consenso degli altri, avrebbe trovato applicazione la disciplina dell'accessione con acquisizione in proprietà del bene a tutti *pro quota*, nel caso in cui la medesima condotta fosse stata posta in essere senza o contro la volontà altrui, pur essendosi al cospetto di una innovazione illegittima e di un illecito civile, si sarebbe verificato un acquisto della proprietà esclusiva della nuova opera (solo) in favore dell'autore del medesimo illecito.

Questa soluzione avrebbe potuto porsi in contrasto pure con l'art. 1102, comma 2, c.c., il quale stabilisce che il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, ove non compia atti idonei a mutare il titolo del suo possesso. Infatti, la detta disposizione si riferisce fondamentalmente all'usucapione della *res* (o di una quota maggiore di essa) ad opera del comunista, usucapione che avviene molto spesso proprio tramite una *inaedificatio*.

Tale norma avrebbe dovuto essere letta in correlazione con l'art. 834, comma 1, c.c., in base al quale nessuno può essere privato, in tutto o in parte, dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e dietro il pagamento di una giusta indennità.

Un problema per certi versi analogo si era posto nell'ambito dell'art. 177, lett. a), c.c. (nel caso in cui uno dei coniugi avesse realizzato la nuova opera su un bene rientrante nella propria sfera patrimoniale esclusiva), atteso che l'estensione della comunione alle costruzioni edificate su suolo personale di uno dei coniugi avrebbe privato il coniuge proprietario non solo di metà del fabbricato, ma, nella stessa misura, della potenzialità edificatoria del terreno, con *esproprio*, in favore della comunione, del fondo del coniuge (bene rientrante fra quelli esclusi dalla comunione ex art. 179 c.c.). Il contrasto, come è noto, è stato risolto dalla Suprema Corte (Sez. U, Sentenza n. 00651 del 27/01/1996, Carbone V., Rv. 495599 - 01), che ha attribuito l'acquisto al coniuge proprietario del suolo, riconoscendo all'altro un diritto di credito pari al valore dei materiali e della manodopera impiegati (conf., da ultimo, Sez. 1, Ordinanza n. 28258 del 04/11/2019, Marulli, Rv. 655630 - 01).

L'affermazione che gli artt. 1100 ss. costituirebbero una deroga legale all'operatività dell'accessione si sarebbe posta, allora, in contrasto con gli artt. 834, comma 1, e 1102, comma 2, c.c., integrando un'indebita espropriazione ai danni dei partecipanti non costruttori, senza, inoltre, prevedere un corrispettivo.

Peraltro, il nostro ordinamento prevede modi di acquisto della proprietà a titolo originario e a titolo derivativo che, come si evince dall'art. 922 c.c., possono essere solo legali.

La tesi più recente seguita dalla giurisprudenza di legittimità ed abbandonata nel 2018 avrebbe introdotto, al contrario, una nuova fattispecie acquisitiva nel sistema, contravvenendo alla suddetta tipicità.

In dottrina[1] si è osservato che il comproprietario, ove avesse agito in violazione delle norme sulla comunione, avrebbe dovuto vedere il frutto della sua attività disciplinato come una costruzione fatta da un terzo con materiali propri od altrui, a seconda dei casi, con applicazione della disciplina degli artt. 936 o 937 c.c. Invero, l'attività innovativa del comunista sarebbe stata assimilabile a quella di un soggetto che non aveva poteri sulla *res* ed egli, non avendo agito quale condomino, sarebbe stato qualificabile come terzo, ai sensi dell'art. 936 c.c., perché costruttore *in alieno*.

[1] TRIMARCHI, *Edificazione su suolo comune da parte del comunista senza il consenso degli altri*, Studio n. 175-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 29 maggio 2008.

4.3. Il titolo di proprietà.

La giurisprudenza non aveva chiarito a quale titolo il singolo comunista diventasse proprietario. Infatti, l'acquisto doveva avvenire presumibilmente a titolo originario, ma nessuna delle modalità indicate nell'art. 922 c.c. sembrava ricorrere nella specie, né poteva ritenersi che fosse stato introdotto nell'ordinamento un nuovo modo atipico di acquisto della proprietà.

La tesi dominante in giurisprudenza sembrava non tener conto che la disciplina dell'accessione era espressione di un principio generale del nostro diritto civile, sicchè vi era la necessità di applicarla, ove ne ricorressero i presupposti, a meno che ad essa non potesse contrapporsi una disciplina contraria espressione di altro principio generale.

L'esistenza di un pari diritto di ogni comunista sulla *res* era incompatibile con l'assunto che uno solo di essi divenisse proprietario dell'opera costruita con esclusione degli altri.

Conseguiva a queste considerazioni che, in linea di principio, il fenomeno della comunione non presentava alcuna incompatibilità di fondo con la disciplina dell'accessione.

Ciò chiariva perché fosse necessario rinvenire disposizioni che regolassero la fattispecie *de qua* in modo specifico, così da escludere il ricorso agli artt. 934 ss. c.c.

Tuttavia, gli artt. 1102, 1108 e 1120 c.c. non sembravano occuparsi espressamente della questione. Infatti, l'art. 1108 c.c., al terzo comma, non ammette la nascita di diritti reali sulla *res*, in assenza di una autorizzazione unanime. La tesi che assegnava il manufatto in proprietà esclusiva ad un solo interessato, invece, consentiva a quest'ultimo di creare, per sua iniziativa, tale nuovo diritto.

A sua volta, l'art. 1102 c.c., come si è visto, vieta al comunista di estendere il suo diritto sulla *res* in danno degli altri partecipanti, se non tramite atti idonei a mutare il titolo del suo possesso. In tale maniera, però, l'art. 1102 c.c. sancisce indirettamente che l'usucapione è l'unico modo per privare gli altri condomini della proprietà o del godimento anche solo di parte della *res*, situazione che, invece, si sarebbe verificata sempre in presenza dell'edificazione di un manufatto sul fondo senza il consenso degli altri condomini, qualora se ne fosse riconosciuto il passaggio nella proprietà esclusiva del comunista costruttore. Ne derivava che, in assenza dei presupposti dell'usucapione, il manufatto sarebbe dovuto cadere nella comunione con il meccanismo dell'accessione.

Solo il comunista che avesse operato nel rispetto degli artt. 1102, 1108 e 1120 c.c. sarebbe stato qualificabile come proprietario, dato che, come quest'ultimo, avrebbe agito legittimamente. Nel caso, invece, in cui la normativa non fosse stata rispettata, egli sarebbe stato un edificatore illegittimo.

In tale ultima evenienza l'innovatore, non agendo quale condomino, sarebbe stato qualificabile come terzo, ex art. 936 c.c., con la conseguenza che i comunisti avrebbero dovuto poter domandare la rimozione della costruzione ed il suo autore, in presenza dei requisiti di legge, avrebbe avuto diritto ad un indennizzo[1].

4.4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 3873 del 2018.

La Seconda Sezione civile della Corte Suprema di cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione concernente l'esistenza del ricostruito contrasto nella giurisprudenza di legittimità, ritenendo che l'impostazione più recente meritasse di essere rimeditata, «*destando perplessità che l'edificazione sull'area comune da parte di uno solo dei comunisti in violazione degli artt.* 1102 *e ss. cod. civ., riceva il beneficio dell'assegnazione della proprietà esclusiva della costruzione, difficilmente inquadrabile in uno dei modi di acquisto stabiliti dall'art.* 922 *cod. civ.*».

Con la **sentenza n. 03873** del 16 febbraio 2018, rv. 647093 - 01 e 647093 - 02 (Pres. Rordorf R.; Rel. Lombardo L.G.), le Sezioni Unite hanno enunciato due principi di diritto così massimati:

1) «La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene, per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari dell'immobile, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del terreno o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta ad substantiam».

2) «In tema di accessione, il consenso alla costruzione eseguita da uno dei comproprietari del suolo, manifestato dal comproprietario non costruttore, pur non essendo idoneo a costituire un diritto di superficie o altro diritto reale, preclude l'esercizio dello ius tollendi. Peraltro, ove tale diritto non venga o non possa essere esercitato, i comproprietari del suolo sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sostenute per l'edificazione dell'opera».

La pronuncia si fonda su tre argomenti logici:

a) in materia di comunione e condominio, non vi sono disposizioni in grado di derogare alla disciplina dell'accessione, istituto di carattere generale e, pertanto, da applicare ove non vi siano norme che ne escludano espressamente l'operatività;

[1] La dottrina più recente sosteneva che il potere di rimozione e ritenzione non sarebbe spettato al singolo comunista, ma alla collettività dei comproprietari.

b) il rapporto fra il proprietario edificatore e gli altri non è regolato dall'articolo 936 c.c., non potendosi qualificare il condomino costruttore quale terzo rispetto alla comunione, ma dagli articoli 1108, 1120 e 1121 c.c. in tema di comunione e condominio, che impongono di costruire solo se autorizzati e in maniera da non arrecare pregiudizio al diritto di utilizzare la cosa comune degli altri partecipanti;

c) il condomino leso dalla realizzazione dell'opera può agire con le azioni a tutela della proprietà e del possesso, nonché esercitare lo *ius tollendi*. Tale ultimo strumento, inoltre, spetta pure alla maggioranza dei comproprietari ex art. 1108 c.c. Qualora, però, non sia stata domandata la demolizione della costruzione, i comproprietari non edificatori devono rimborsare, a chi l'abbia eseguita, le spese sostenute. In particolare, ove il costruttore abbia agito con il consenso, anche non scritto, dell'altro comproprietario, a quest'ultimo è precluso l'esercizio dello *ius tollendi*.

4.5. L'elemento comune alle ipotesi di accessione regolate dal codice civile.

Fattore unificante delle dette ipotesi è la regola generale dell'art. 934 c.c., per cui il proprietario della cosa principale diviene proprietario di quella accessoria, quando la seconda si congiunga stabilmente alla prima.

Le Sezioni Unite hanno negato che presupposto dell'accessione sia la qualità di terzo del costruttore rispetto al *dominus soli* e che l'efficacia dell'istituto sia preclusa dal fatto che, in presenza di una comunione del suolo, la costruzione venga realizzata da uno dei comproprietari. Ciò perché l'art. 934 c.c. concerne anche le opere eseguite dal proprietario (*recte*,comproprietario) del suolo comune, non presupponendo l'accessione la distinzione soggettiva tra proprietario del suolo e costruttore.

Questa interpretazione, secondo il Collegio, trae conferma dalla circostanza che i casi di accessione in cui il costruttore è terzo rispetto ai proprietari del fondo vengono regolati dagli artt. 936 e 937 c.c., il che esclude che l'art. 934 c.c. possa riferirsi alle costruzioni del terzo.

La Suprema Corte ha negato, poi, che, ove il fondo appartenga a più soggetti, l'art. 934 c.c. venga derogato dalla disciplina della comunione, non rilevando il fatto che tale disposizione abbia fatto salve le **deroghe** alla regola dell'accessione **previste dalla legge o dal titolo**.

Infatti, nessuna delle eccezioni stabilite dalla legge riguarda la comunione del suolo, essendo a tal fine necessario un contratto stipulato tra il proprietario del suolo ed il costruttore che attribuisca a quest'ultimo il diritto di proprietà sulle opere realizzate, con la costituzione di un diritto di superficie, e che sia redatto per iscritto ex art. 1350 c.c.

4.6. Il regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri.

Le Sezioni Unite, pertanto, dopo aver stabilito che la costruzione su suolo comune appartiene a tutti i comproprietari del medesimo in proporzione alle rispettive quote, hanno tentato di definire il regime giuridico dei rapporti tra il comproprietario costruttore e gli altri.

Esse hanno rilevato che l'art. 934 c.c. nulla dispone circa la relazione tra edificatore e *dominus soli* e che deve escludersi che la materia possa essere regolata dall'art. 936 c.c., trattandosi di disposizione relativa alle «*Opere fatte da un terzo*» e non potendo il comproprietario del fondo essere qualificato terzo rispetto agli altri comunisti.

Hanno ricavato, quindi, la disciplina dei rapporti tra comproprietario costruttore e non costruttore dalle norme sulla comunione, *in primis* da quelle sull'uso della cosa comune e sulle innovazioni.

Infatti, la costruzione su terreno comune, in quanto innovazione, deve essere deliberata ai sensi degli artt. 1108 c.c. (per la comunione ordinaria) e 1120 e 1121 c.c. (per il condominio), con il limite di non pregiudicare l'utilizzo della *res* da parte di alcuno dei partecipanti; quando la costruzione sia stata edificata senza autorizzazione della maggioranza dei condomini ovvero abbia leso il godimento della cosa comune di tutti i comproprietari, colui che abbia patito un danno dall'opera può esercitare le ordinarie **azioni possessorie e** l'azione **di rivendicazione**.

Il comproprietario può anche avvalersi dello ***ius tollendi*** e pretendere la demolizione del manufatto lesivo del suo diritto tramite la tutela in forma specifica ex art. 2933 c.c.[1]

La Corte di cassazione ha ritenuto, però, che il ricorso allo *ius tollendi* debba essere coniugato con i principi di tolleranza, affidamento e buona fede, che sono sottesi all'art. 936, comma 4, c.c.[2], non essendo di ostacolo alla applicazione di quest'ultima disposizione la circostanza che non riguardi le opere edificate dal comproprietario sul suolo comune.

---

[1] Tale demolizione può essere decisa, al di fuori del caso di offesa al diritto del singolo comunista, dalla maggioranza dei comproprietari secondo il disposto dell'art. 1108 c.c.

[2] Il quale stabilisce che «il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni ed opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede».

Essa ha, quindi, distinto la fattispecie del comproprietario costruttore che abbia agito contro l'esplicito divieto dei condomini, o a loro insaputa, da quella in cui egli abbia operato, se non col consenso, con scienza e senza opposizioni degli altri comproprietari.

Nella prima eventualità, le Sezioni Unite hanno riconosciuto lo *ius tollendi* al comproprietario non costruttore. Nella seconda, invece, hanno negato tale diritto, a tutela della buona fede e dell'affidamento del costruttore. Per lo stesso motivo hanno affermato che pure la mera tolleranza (ossia la mancata reazione del comproprietario non costruttore all'abuso intrapreso dal comunista costruttore), protratta per un congruo periodo di tempo dal giorno della notizia dei lavori, precluderebbe l'esercizio dello *ius tollendi*.

Infine, la S.C. ha precisato che, ove quest'ultima facoltà non sia (o non possa essere) azionata, sorge, in favore del comproprietario costruttore, un diritto di credito verso gli altri comunisti, divenuti per accessione comproprietari dell'opera, al fine di ottenere il rimborso delle spese di edificazione dal medesimo sopportate.

4.7. I residui profili problematici.

La decisione delle Sezioni Unite di ammettere l'applicabilità della disciplina dell'accessione in caso di costruzione realizzata su suolo comune da uno dei comproprietari è stata accolta positivamente in dottrina.

Può, peraltro, già prevedersi che, essendo i confini dello *ius tollendi* poco definiti, si assisterà ad un aumento delle questioni applicative, soprattutto nell'ambito dei diritti reali.

In tale ottica, sarebbe stato forse più opportuno ricorrere ad una applicazione estensiva od analogica, anziché diretta, del menzionato art. 936 c.c.

5. Le deroghe all'accessione.

Partendo dal presupposto per cui l'accessione rappresenta un principio generale, la S.C. si è altresì domandata quando lo stesso non trovi applicazione.

Gli **artt. 935, 936 e 937** non costituiscono deroghe all'istituto dell'accessione, poiché non escludono l'acquisto della proprietà in capo al proprietario del fondo, ma lo presuppongono.

Una vera e propria deroga, invece, è ravvisabile nella fattispecie disciplinata dall'**art. 938 c.c.**, essendo attribuito al proprietario dell'opera il diritto di proprietà del suolo sul quale la stessa insiste, e non viceversa.

Premesso che l'ultima parte dell'art. 934 c.c. contempla le deroghe contenute in una **normativa di legge o** in un **titolo che disponga diversamente**[1] (sul punto v. § 5.2.), occorre, a quest'ultimo fine, una convenzione (che richiede la forma scritta *ad substantiam*) tra il proprietario del suolo e il costruttore, dalla quale emerga la volontà di escludere l'effetto acquisitivo in capo al *dominus soli*, non rilevando dichiarazioni di volontà unilaterali[2].

Parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente ritengono che la nozione di titolo ricomprenda pure le concessioni *ad aedificandum*, con le quali il proprietario del suolo rinuncia a far propria la costruzione che insisterà su di esso (Sez. 2, Sentenza n. 04111 del 10/07/1985, Giavedoni, Rv. 441636 - 01; v. § 5.6.).

5.1. La decisione n. 8434/2020 delle Sezioni Unite.

Con la **sentenza n. 08434 del** 30 aprile **2020** (Pres. G. Mammone, Est. A. Cosentino; Rv. 657604 - 01/02/03) le Sezioni Unite hanno risolto la questione di massima di particolare importanza sul «*se è necessario il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art.* 1108*, comma* 3*, c.c., per l'approvazione del contratto col quale un condominio conceda in godimento ad un terzo, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo precipuo di consentirgli l'installazione di infrastrutture ed impianti (nella specie, necessari per l'esercizio del servizio di telefonia mobile), che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di acquisire e mantenere la proprietà dei manufatti nel corso del rapporto come alla fine dello stesso*», enunciando i seguenti principi di diritto:

1) Il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda cedere in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito sia attraverso un contratto ad effetti reali, sia attraverso un contratto ad effetti personali; la riconduzione del

[1] Come esempio di titolo può farsi riferimento alla costituzione di diritti reali sul soprasuolo o sul sottosuolo che giustifichino la coesistenza di proprietà separate e, al contempo, impediscano l'accessione.

[2] Con riferimento alla questione relativa all'ammissibilità di atti unilaterali atipici attributivi di diritti reali idonei ad escludere l'operatività dell'art. 934 c.c., la giurisprudenza ha, infatti, chiarito che l'operatività di tale normativa può essere derogata soltanto da una specifica disposizione di legge ovvero da una altrettanto specifica pattuizione tra le parti e non, quindi, da un negozio unilaterale (Sez. 2, Sentenza n. 06078 del 26/04/2002, Fiore, Rv. 554012 - 01).

contratto concretamente dedotto in giudizio all'una o all'altra delle suddette categorie rappresenta una questione di interpretazione contrattuale, che rientra nei poteri del giudice di merito. (Rv. 657604 - 01).

2) Qualora le parti abbiano inteso attribuire all'accordo con cui il proprietario di un lastrico solare conceda in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico - con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto -, effetti reali, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie, il quale attribuisce all'acquirente la proprietà superficiaria dell'impianto installato sul lastrico solare, può essere costituito per un tempo determinato e può prevedere una deroga convenzionale alla regola che all'estinzione del diritto per scadenza del termine il proprietario del suolo diventi proprietario della costruzione; il contratto con cui un condominio costituisca in favore di altri un diritto di superficie, anche temporaneo, sul lastrico solare del fabbricato condominiale, finalizzato alla installazione di un ripetitore, o altro impianto tecnologico, richiede l'approvazione di tutti i condomini. (Rv. 657604 - 02).

3) Qualora le parti abbiano inteso attribuire all'accordo con cui il proprietario di un lastrico solare conceda in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico - con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto -, effetti obbligatori, lo schema negoziale di riferimento è quello del contratto atipico di concessione ad aedificandum di natura personale, con rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione, con il quale il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto. Tale contratto è soggetto alla disciplina dettata, oltre che dai patti negoziali, dalle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, dalle norme sulla locazione, tra cui quelle dettate dagli artt. 1599 c.c. e 2643, n. 8, c.c. e, ove stipulato da un condominio per consentire a terzi l'installazione del ripetitore sul lastrico solare del fabbricato condominiale, richiede l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni. (Rv. 657604 - 03).

Come è immediatamente percepibile, le Sezioni Unite hanno sfruttato alcuni dei principi enunciati nel 2018, adattandoli alla fattispecie concreta analizzata e sviluppandoli lungo una linea di coerenza interna.

5.2. I "titoli" in deroga al principio di accessione.

Con riferimento ai 'titoli' finalizzati ad escludere che il bene immobilizzato nel suolo dal conduttore sia ritenuto, in deroga al principio dell'accessione (art. 934 c.c.), dal proprietario, occorre distinguere le disposizioni contrarie contenute nella legge dalle eccezioni contenute nel titolo.

Tra le prime rientrano: a) le addizioni dell'enfiteuta (art. 975, comma 3, c.c.) e dell'usufruttuario (art. 986, comma 2, c.c.) e b) le addizioni del possessore (art. 1150, comma 5, c.c.) e quelle del locatore (art. 1593 c.c.)[1].

Le seconde includono: a) la costituzione diretta di un diritto di superficie (artt. 952 ss. c.c.) e b) la concessione *ad aedificandum* (nel qual caso il proprietario del suolo rinuncia a far propria la costruzione che sorgerà sul suolo), prescrivendo in entrambi i casi l'atto scritto *ad substantiam negotii* (trattandosi di accordi negoziali relativi a diritti reali o che importano il trasferimento di proprietà immobiliari; cfr. Sez. 1, Sentenza n. 1543 del 23/02/1999, Rv. 523557 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 11120 del 11/11/1997, Rv. 509736 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 3714 del 19/04/1994, Rv. 486273 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 5511 del 27/10/1984, Rv. 437174 - 01); come anche per iscritto deve risultare la rinuncia del proprietario al diritto di accessione, che si traduce sostanzialmente nella costituzione di un diritto di superficie.

5.3. Il possibile tenore di una clausola in deroga.

Sul piano pratico, una clausola può assumere, in astratto, un duplice alternativo tenore, a seconda che: a) il locatore abbia autorizzato il conduttore ad eseguire sul suolo locato miglioramenti ed accessioni, escludendo lo *jus tollendi* (e, quindi, acquisendo la proprietà) anche riguardo alle addizioni separabili senza nocumento (nel qual caso il conduttore vanterebbe solo un diritto di credito, e non anche la proprietà sulle future costruzioni; Sez. 1, Sentenza n. 03028 del 14/11/1973, Rv. 366746 - 01), o b) si sia stabilito che le addizioni (*id est*, le costruzioni realizzate dal conduttore nel corso del rapporto), alla cessazione della locazione, non passino mai al locatore in proprietà, ponendo a carico del conduttore solo l'obbligo della

[1] Le addizioni effettuate dal conduttore diventano, di regola (in applicazione non già dell'art. 936 c.c., ma della disciplina speciale contenuta nell'art. 1593 c.c.), di titolarità del proprietario dell'immobile locato solo nell'eventualità in cui esse non siano separabili senza nocumento della cosa o egli preferisca ritenerle pagando al conduttore un'indennità (Sez. U, Sentenza n. 2486 del 26/07/1971, Rv. 353504 - 01).

rimessione in pristino alla fine del rapporto (Sez. 1, Sentenza n. 03721 del 19/11/1974, Rv. 372245 - 01).

Avuto riguardo alle fattispecie ricomprese nel secondo gruppo, occorre ricordare che, per quanto l'art. 953 c.c. disponga che, "*se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione*", tale norma ha natura dispositiva ed è perciò derogabile dalle parti.

5.4. Una concessione con effetti meramente obbligatori o necessariamente reali? I riflessi sul regime giuridico applicabile.

Uno dei dubbi necessariamente da risolversi riguardava il se il "titolo" ex art. 934 c.c., da cui eventualmente risulti l'inoperatività del principio *superficies solo cedit*, potesse consistere (anche) in una concessione con effetti meramente obbligatori[1] o dovesse avere necessariamente natura reale, sia per la sua incidenza su beni immobili, sia per le esigenze tipiche della pubblicità immobiliare, in quanto solo la trascrizione dell'atto, che riserva al costruttore-conduttore la proprietà dell'incorporazione, avrebbe garantito l'opponibilità della convenzione ai terzi (ovvero, in particolare, a coloro che sarebbero subentrati nel diritto di proprietà o di comproprietà del suolo).

Per gli atti costitutivi (in favore di terzi) di diritti reali (di godimento) sulle parti condominiali (quale anche il contratto costitutivo di un diritto di superficie), ivi compreso di superficie sul lastrico solare o su altra area condominiale, occorre il consenso di tutti i partecipanti, ai sensi dell'art. 1108, comma 3, c.c. (Sez. 2, Sentenza n. 04258 del 24/02/2006, Rv. 587176 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 15024 del 14/06/2013, Rv. 626960 - 01).

Peraltro, anche a voler inquadrare la fattispecie tra le innovazioni ex art. 1120 c.c.[2], qualora le innovazioni da approvare rendessero la parte comune dell'edificio inservibile all'uso o al godimento anche di un solo condomino, sarebbe del pari

---

[1] La quale, a norma dell'art 1372 c.c., produce i suoi effetti soltanto nei confronti delle parti e dei loro eredi, e non anche nei confronti dei successori a titolo particolare *mortis causa* o per atto fra vivi, se non in forza di apposita convenzione stipulata con il nuovo proprietario.

[2] Nel qual caso i condomini intendono approvare non un atto dispositivo della cosa comune, ma opere di trasformazione dirette al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento della stessa, che però incidono sull'essenza del bene, alterandone l'entità materiale o l'originaria funzione e destinazione.

necessaria l'unanimità dei consensi dei partecipanti (Sez. 2, Sentenza n. 13752 del 14/06/2006, Rv. 593943 - 01; Cass. Sez. 6 - 2, 08/10/2018, n. 24767).

Nel risolvere le riportate questioni, illustrate con relazione di questo Ufficio n. 89 del 2019 (Penta), le Sezioni Unite hanno premesso che è la qualificazione del contratto intercorso tra il condominio ed il terzo ad orientare la soluzione della questione relativa alla necessità del consenso di tutti i condomini per la relativa approvazione.

In particolare, si trattava di stabilire se un contratto con cui il proprietario di un lastrico solare (condominiale) attribuisca all'altro contraente, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto dovesse qualificarsi come contratto ad effetti reali (*recte*, costitutivo di un diritto reale di superficie) o come contratto ad effetti obbligatori (*id est*, concessione di un diritto personale di godimento *lato sensu* riconducibile al tipo negoziale della locazione).

5.5. L'inquadramento giuridico della fattispecie.

Ai fini della soluzione della questione della necessità del consenso unanime dei condomini per l'approvazione della cessione temporanea a terzi di un lastrico condominiale, finalizzata all'installazione di un ripetitore di segnale, i giudici di legittimità hanno, in primo luogo, escluso che venga in rilievo la disciplina dettata dall'art. 1120 c.c. per le innovazioni, atteso che si è al cospetto dell'installazione, ad opera del condominio, di un impianto tecnologico destinato non all'uso comune - del quale il medesimo condominio abbia deciso di dotarsi -, ma (ad opera ed a spese di un terzo) all'utilizzo esclusivo di tale terzo.

Va parimenti esclusa la utilizzabilità dei modelli sia della servitù volontaria (anche industriale, ex art. 1028, ultima parte, c.c.), per l'assorbente considerazione che la servitù presuppone una *utilitas* per il fondo dominante e, quindi, l'esistenza di un fondo dominante, nella specie non configurabile (ma, sul punto, v. cap. 6), sia del diritto reale di uso disciplinato dall'art. 1021 c.c., atteso che l'unica facoltà che contrattualmente competerebbe alla concessionaria del lastrico sarebbe quella di installare sullo stesso un ripetitore, in contrasto con l'ampiezza e tendenziale illimitatezza del potere dell'usuario di servirsi della cosa traendone ogni utilità ricavabile (Sez. 2, Sentenza n. 17320 del 31/08/2015, Rv. 636220 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 05034 del 26/02/2008, Rv. 601842 - 01).

Operate tali esclusioni sul piano dell'inquadramento, le Sezioni Unite hanno evidenziato che, quando non risulti possibile l'uso diretto della cosa comune per tutti i partecipanti al condominio, in proporzione alle rispettive quote millesimali (promiscuamente o con turnazioni temporali o con frazionamento degli spazi), la

compagine condominiale può deliberare l'uso indiretto della cosa comune e tale deliberazione, quando si tratti di atto di ordinaria amministrazione (come nel caso della locazione di durata non superiore a nove anni), può essere adottata a maggioranza (Sez. 2, Sentenza n. 08528 del 19/10/1994, Rv. 488150 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 10446 del 21/10/1998, Rv. 519937 - 01, 04131/2001, cit., e, più recentemente, 22435/2011, cit.).

I ripetitori di segnale, secondo il Supremo consesso, debbono considerarsi, in base al disposto dell'art. 812, comma 2, c.c., beni immobili (e, più specificamente, costruzioni, agli specifici effetti tanto dell'art. 934 c.c. - e, dunque, suscettibili di accessione -, quanto dell'art. 952 c.c. - e, dunque, suscettibili di costituire oggetto di un diritto di superficie -), rientrando essi tra le «*altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio*», sicchè è possibile in astratto qualificare il contratto di cui si tratta come costitutivo di un diritto di superficie (Sez. 1, Sentenza n. 00679 del 04/03/1968, Rv. 331864 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 20574 del 28/09/2007, Rv. 599914 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 22127 del 19/10/2009, Rv. 609622 - 01).

Nel caso in cui lo schema negoziale adottato sia quest'ultimo, il diritto reale di superficie può essere a tempo determinato, in conformità al disposto dell'**art. 953 c.c.** e, al momento della sua estinzione per la scadenza del termine, il titolare della proprietà superficiaria può asportare il manufatto, ove ciò le parti abbiano pattuito, in deroga alla norma contenuta nel medesimo dell'art. 953 c.c. (dispositiva e non imperativa), alla cui stregua il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione quando il diritto di superficie si estingue.

5.6. Il contratto ad effetti obbligatori: la disciplina applicabile.

Posto che la realità è caratterizzata dall'efficacia *erga omnes* (ossia dalla possibilità di far valere il diritto nei confronti di tutti, e non solo del concedente), dalla trasferibilità a terzi e dall'assoggettabilità al gravame ipotecario, analogo risultato socio-economico (attribuendo ad altri il diritto personale di installare sul lastrico solare di un fabbricato un ripetitore di segnale, o altro impianto tecnologico, con facoltà per il beneficiario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto e di asportare il medesimo alla fine del rapporto) può essere conseguito, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'articolo 1322 c.c., anche mediante un contratto ad effetti obbligatori. In particolare, l'accordo con cui il proprietario di un'area conceda ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa e rinunci agli effetti dell'accessione e, così, consenta alla controparte di goderne è inquadrabile nello schema del contratto atipico di concessione dello *jus ad aedificandum* ad effetti obbligatori (Sez. 1, Sentenza n. 02851 del 30/11/1967, Rv. 330444 - 01; conf. Sez. 1, Sentenza n. 02036 del 20/06/1968, Rv. 334104 - 01, Sez.

2, Sentenza n. 03318 del 16/10/1968, Rv. 336321 - 01, Sez. 1, Sentenza n. 03721 del 19/11/1974, Rv. 372245 - 01, Sez. U, Sentenza n. 03351 del 02/06/1984, Rv. 435374 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 04111 del 10/07/1985, Rv. 441636 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 01392 del 11/02/1998, Rv. 512480 - 01 e Sez. 2, Sentenza n. 07300 del 29/05/2001, Rv. 547101 - 01). In siffatta evenienza è configurabile un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di un terreno, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura.

Anzi, deve ritenersi, per il Collegio, che un contratto di tal fatta vada tendenzialmente ricondotto - in mancanza di indicazioni di segno contrario suggerite dall'interpretazione della singola fattispecie negoziale - proprio allo schema del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* ad effetti obbligatori; concessione soggetta, oltre che ai patti negoziali, alle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, alle norme sul contratto tipico di locazione. Il tutto a meno che non vi siano evidenze ermeneutiche da cui emerga che, nella specifica situazione dedotta in giudizio, i contraenti abbiano inteso conferire al concessionario del godimento del lastrico proprio un diritto reale di superficie, sia pure temporaneo.

Quanto alla **disciplina applicabile**, le Sezioni Unite ricordano che ai contratti atipici, o innominati, possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche quelle regolatrici dei negozi nominati (si pensi alle disposizioni sul contratto di locazione), quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalle norme dettate per i contratti tipici (Sez. 3, Sentenza n. 18229 del 28/11/2003, Rv. 568524 - 01). Da ciò discende che al contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale si applica tanto l'articolo 1599 c.c., in tema di opponibilità del contratto al terzo acquirente dell'immobile (per quanto concerne sia la pattuizione relativa alla concessione dell'occupazione del lastrico sia la pattuizione che attribuisca incondizionatamente lo *jus tollendi*, al termine del rapporto, alla compagnia di telecomunicazioni), quanto l'articolo 2643, n. 8, c.c., in tema di trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata superiore ai nove anni (Sez. 2, Sentenza n. 11767 del 29/10/1992, Rv. 479210 - 01).

Sarebbe valida la pattuizione che sottraesse al proprietario del lastrico il diritto di ritenere le addizioni (il ripetitore) alla cessazione del rapporto e, specularmente, attribuisse lo *jus tollendi* alla compagnia di telecomunicazioni concessionaria del godimento del lastrico (salvo l'obbligo di ripristino dello stesso in caso di eventuali danneggiamenti derivanti dalle operazioni di rimozione), non essendo il disposto

del primo comma dell'articolo 1593 c.c. - che attribuisce al locatore lo *jus retinendi* in ordine alle addizioni eseguite dal conduttore - una norma imperativa (Sez. 3, Sentenza n. 01126 del 11/02/1985, Rv. 439254 - 01, Sez. 3, Sentenza n. 00192 del 11/01/1991, Rv. 470447 - 01, Sez. 3, Sentenza n. 06158 del 20/06/1998, Rv. 516630 - 01, Sez. 3, Sentenza n. 13245 del 31/05/2010, Rv. 613315 - 01)[1].

I giudici di legittimità ribadiscono che la locazione costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione (Sez. 2, Sentenza n. 00233 del 25/01/1968, Rv. 331130 - 01; conf. Sez. 2, Sentenza n. 02413 del 26/06/1976, Rv. 381194 - 01; nello stesso senso si sono poi pronunciate Sez. 2, Sentenza n. 04111 del 10/07/1985, Rv. 441636 - 01, Sez. 1, Sentenza n. 04887 del 04/06/1987, Rv. 453505 - 01, 01392/1998, cit., Sez. 2, Sentenza n. 07300 del 29/05/2001, Rv. 547101 - 01, Sez. 2, Sentenza n. 03440 del 21/02/2005, Rv. 581468 - 01), trovando l'**art. 936 c.c.** applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi terzo, per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o, comunque, negoziale, e facendo l'**art. 934 c.c.** salve le deroghe alla regola dell'accessione previste dalla "legge" o dal "titolo", includendo, tra le prime, quelle relative alle addizioni eseguite dal locatore. Peraltro, il contratto di locazione vale ad impedire l'accessione finché vige il contratto medesimo e il diritto del conduttore sul bene costruito è un diritto non reale, che si estingue al venir meno del contratto e con il riespandersi del principio dell'accessione (Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 02501 del 04/02/2013, Rv. 624896 - 01).

Da ultimo, le Sezioni Unite, premesso che il lastrico solare destinato a ricevere l'installazione di un ripetitore di segnale costituisce parte comune di un edificio condominiale ex art. 1117 c.c., ricordano che, mentre ai sensi dell'**art. 1108, comma 3, c.c.**, per la costituzione di un diritto reale (temporaneo) di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini, per il rilascio di una concessione *ad aedificandum* di durata non superiore a nove anni[2] è sufficiente la

[1] A ben vedere, l'antenna non è realizzata perché vi è alla base un contratto costitutivo di superficie, ma per la facoltà del titolare del diritto personale di godimento di realizzare miglioramenti e addizioni, con il consenso del proprietario. Non vi sarebbe, quindi, alcun problema di accessione da considerare, ma più precisamente l'applicazione in via pattizia del regime delle addizioni, potendo il concessionario eseguire opere che, pur unite o incorporate al suolo, non si fondono con lo stesso, e conservano la loro individualità ed autonomia.

[2] Rimane da capire se, ai fini del calcolo complessivo degli anni di locazione, vada considerato solo il primo contratto o anche il rinnovo. Sembra più opportuno accettare una lettura restrittiva per evitare la possibilità di elusione della disposizione di legge. Pertanto, il contratto sarebbe da considerare ultranovennale, nel momento in cui supera tale confine temporale, perfino in caso di mero rinnovo.

maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dall'art. 1108, commi 2 e 3, c.c.

5.7. I poteri del singolo condomino.

Dubbi sono sorti in ordine alla natura dell'atto di disposizione sul bene comune compiuto dal singolo condomino.

Quest'ultimo è, in astratto, libero di concorrere all'amministrazione della cosa comune, a mente di quanto disposto dall'art. 1105 c.c. Secondo tale costruzione, ciò è possibile, senza ostacoli, per gli atti di ordinaria amministrazione, che si presumono fino a prova contraria compiuti nell'interesse di tutti e che trovano un riferimento nelle norme di gestione d'affari non rappresentativa (Cass. 23/04/1996, n. 03831, Cass. 27/01/2005, n. 01662, Cass., sez. un., 04/07/2012, n. 11135).

Un contratto di locazione è valido anche se viene stipulato da un solo comproprietario. Il rapporto tra comproprietari viene qualificato dalla giurisprudenza come una ipotesi di gestione di affari altrui.

Gli altri comproprietari possono ratificare, ai sensi dell'art. 2032 c.c., l'atto compiuto e sono legittimati a riscuotere il canone di locazione *pro quota*.[1]

Quanto alla fattispecie esaminata, se è vero che esistono parti comuni suscettibili di uso separato, tale possibilità rimane certamente assodata in capo al singolo, ma non è così scontata in riferimento ad un soggetto terzo ed estraneo al condominio.

6. I rapporti tra l'uso della cosa comune ed il diritto di servitù.

Si è visto, nell'analizzare soprattutto i sistemi centralizzati per l'accesso ai flussi informativi (cap. 3), che non è semplice configurare, all'interno di un condominio, una servitù prediale.

Il principio *nemini res sua servit* non si applica in tema di condominio negli edifici, non sussistendo, in tal caso, la (necessaria) identità delle posizioni soggettive tra titolare del fondo dominante e titolare del fondo servente (dovendosi, all'uopo, distinguere tra la qualità di proprietario e quella di comproprietario), cosicchè la possibilità di costituire la servitù sulle parti comuni dell'edificio a vantaggio dei piani (o degli appartamenti) in proprietà esclusiva si ammette quando il condomino non

[1] Tra i fattori che risultano poco chiari nella fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite vi è quello che il canone era stato pagato dalla società di telefonia mobile unicamente a favore del condomino che aveva stipulato il contratto, e non anche a favore degli altri condomini.

usi delle cose comuni *iure proprietatis*, bensì *iure servitutis*, alla stregua di una valutazione rimessa al giudice di merito.

Riconosciuto al condomino, con carattere definitivo, il diritto di godere degli impianti e dei servizi comuni in modo diverso da quello consentito dalla loro specifica destinazione (cfr. cap. 2) e qualora tale godimento si risolva in un peso imposto su di esse a vantaggio di un piano (o di una porzione di piano) di proprietà esclusiva, tale diritto deve qualificarsi come vera e propria servitù prediale costituita su una cosa comune a vantaggio del piano.

Solo una volta che sia preliminarmente esclusa l'esistenza di una servitù a carico del muro ed a favore della proprietà individuale, è possibile valutare l'avvenuto rispetto dei limiti di cui all'**art. 1102 c.c.**

A tal ultimo riguardo, occorre tener presente che la destinazione della cosa comune (che, a norma dell'art. 1102 c.c., ciascun partecipante alla comunione non può alterare, divenendo altrimenti illecito l'uso del bene) deve essere determinata attraverso elementi economici, quali gli interessi economici appagabili con l'uso della cosa, elementi giuridici, quali le norme tutelanti quegli interessi, ed elementi di fatto, quali le caratteristiche della cosa (**Sez. 2, Sentenza n. 18038 del 28/08/2020, Scarpa, Rv. 658947 - 01**). In particolare, in mancanza di accordo unanime o di deliberazione maggioritaria circa l'uso delle parti comuni, la destinazione di queste ultime, rilevante ai fini del divieto di alterazione ex art. 1102 cit., può risultare anche dalla pratica costante e senza contrasti dei condomini e, cioè, dall'uso ultimo voluto e realizzato dai partecipanti alla comunione, che il giudice di merito deve accertare.

7. Conclusioni. Il principio *superficie solo cedit*.

Il principio dal quale traggono origine molte delle considerazioni che precedono è quello secondo cui *superficies solo cedit*.

La Suprema Corte ha offerto, a tal riguardo, numerosi chiarimenti, seguendo un minimo comune denominatore:

1) l'accessione non presuppone la distinzione soggettiva tra proprietario del suolo e costruttore, potendosi, per l'effetto, invocare anche quando l'opera venga realizzata da un comproprietario;

2) l'accessione non trova, invece, applicazione tutte le volte in cui preesista un rapporto giuridico tra il proprietario del fondo e il costruttore per il quale il legislatore preveda una disciplina *ad hoc* diversa e sostanzialmente incompatibile con quella dell'art. 934 c.c.;

3) ove il fondo appartenga a più soggetti, l'art. 934 c.c. non viene derogato dalla disciplina della comunione, atteso che, sebbene faccia salve le deroghe alla regola dell'accessione previste dalla legge o dal titolo, nessuna delle eccezioni stabilite dalla

legge riguarda la comunione del suolo (o, per dirla diversamente, in materia di comunione e condominio, non vi sono disposizioni in grado di derogare alla disciplina dell'accessione);

4) anche nel caso di costruzione illegittima realizzata da uno dei comproprietari trovano applicazione (in via diretta, ma sarebbe forse più corretto dire in via estensiva o analogica) i principi di tolleranza, affidamento e buona fede, che sono sottesi all'art. 936, comma 4, c.c.;

5) la deroga all'art. 934 c.c. dovrebbe derivare da una disposizione di carattere speciale, e non da una di valenza generale priva di contenuto precettivo (quale, ad esempio, l'art. 177 c.c.).

7.1. L'opera realizzata da un terzo.

Avuto riguardo all'ipotesi dell'opera realizzata da un terzo, occorre evidenziare che dalla convenzione (che richiede la forma scritta *ad substantiam*) tra il proprietario del suolo e il costruttore può emergere la volontà di escludere l'effetto acquisitivo in capo al *dominus soli*.

Il titolo in deroga al principio di accessione può sostanziarsi in un contratto costitutivo di un diritto di superficie o in un contratto atipico di concessione "ad aedificandum" di natura personale (con effetti meramente obbligatori).

In entrambi i casi, per quanto, di regola, l'opera nuova realizzata dal terzo dovrebbe appartenere al *dominus soli*, è possibile convenire che la stessa venga trattenuta dal terzo.

Invero, quando il diritto di superficie è costituito a tempo determinato, le parti possono derogare all'art. 953 c.c., trattandosi, come si è visto, di una norma con natura dispositiva.

Al contempo, in presenza di un rapporto negoziale qualificabile come tipo anomalo di locazione*, si può assistere ad una rinuncia del concedente agli effetti dell'accessione*, attraverso una pattuizione che attribuisca incondizionatamente lo *jus tollendi*, al termine del rapporto, al terzo. In particolare, si tratterebbe di una pattuizione che sottrarrebbe al proprietario del "fondo" il diritto di ritenere le addizioni alla cessazione del rapporto e, specularmente, attribuirebbe lo *jus tollendi* alla concessionaria del godimento (salvo l'obbligo di ripristino del "fondo" altrui in caso di eventuali danneggiamenti derivanti dalle operazioni di rimozione), non essendo il disposto del primo comma dell'articolo 1593 c.c. - che attribuisce al locatore lo *jus retinendi* in ordine alle addizioni eseguite dal conduttore - una norma imperativa.

In quest'ottica, la locazione costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione.

7.2. I parametri per l'inquadramento giuridico della fattispecie.

Al fine di individuare quale sia la fattispecie negoziale adottata, occorre innanzi tutto valutare l'effettiva volontà delle parti, desumibile, oltre che dal *nomen juris*, anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione del bene, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extratestuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti.

Il tutto considerando che si è al cospetto dell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'art. 1322 c.c. Non vi sono, infatti, ragioni per ritenere non meritevole di tutela l'interesse che il locatore e il conduttore vogliano realizzare attribuendo a quest'ultimo, in deroga al principio dell'accessione, il diritto personale di godere delle costruzioni da lui realizzate e di asportarle al termine del rapporto.

7.3. La titolarità dell'opera.

Quanto al profilo della titolarità, in capo al comproprietario-costruttore, dell'opera, occorre tener presente che, in base all'art. 834, comma 1, c.c., nessuno può essere privato, in tutto o in parte, dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarata, e dietro il pagamento di una giusta indennità.

Inoltre, i modi di acquisto della proprietà a titolo originario e a titolo derivativo, come si evince dall'art. 922 c.c., possono essere solo legali, con ciò escludendosi l'esistenza di cause di acquisto diverse da quelle disciplinate dal legislatore.

Non vi è, tra accessione e comunione, rapporto di genere a specie, poiché la seconda non incide sui modi di acquisto della proprietà in deroga al principio dell'accessione.

Secondo le Sezioni Unite del 2018, la tesi non condivisa (acquisto in capo al comproprietario costruttore illegittimo) avrebbe creato una nuova figura di acquisto a titolo originario della proprietà priva di base legale, nonostante la riserva di legge imposta dall'**art. 42 Cost.**, non essendo contemplata dall'**art. 922 c.c.**, né da una norma specifica. Si sarebbe avuta, quindi, una sorta di espropriazione della proprietà privata in assenza di un interesse generale e senza indennizzo, che avrebbe premiato, invece di sanzionare, il comproprietario che avesse commesso un abuso.

Il tutto alla luce del principio generale, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi.

VII) ANCHE IL CONDOMINIO HA IL SUO "DECALOGO"

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La legittimazione passiva nel giudizio concernente la delibera di approvazione (e revisione) delle tabelle millesimali. - 3. Il regime proprietario della parte dell'impianto di riscaldamento ricompresa nell'unità immobiliare in proprietà esclusiva. - 4. Oneri condominiali e sinallagmaticità rispetto al funzionamento dei servizi comuni. - 5. La legittimazione ad impugnare l'assemblea per omessa convocazione di taluno degli aventi diritto. - 6. Le maggioranze necessarie all'approvazione (ed alla revisione) delle tabelle millesimali. - 7. Il criterio di calcolo delle spese di riscaldamento: la superficie radiante. - 8. L'efficacia non retroattiva delle tabelle di formazione giudiziale. - 9. Una postilla sul risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della (com)proprietà.

1. Premessa.

Con sentenza Sez. 2, n. 06735/2020, Scarpa, Rv. 657132-01 e 657132-02, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione, muovendo da un ricorso principalmente incentrato su argomentazioni inerenti al riparto delle spese di riscaldamento centralizzato, ha approfittato dell'occasione - propiziata, invero, dall'elevato numero dei motivi di gravame e delle problematiche agli stessi sottese - per affrontare *funditus* una più ampia serie di questioni tipicamente condominiali, in taluni casi ribadendo principi consolidati, in altri, meglio perimetrandone il raggio di azione e, in altri ancora, infine, giungendo a conclusioni innovative.

Si giunge, così, all'enucleazione di un vero e proprio "decalogo" di regole applicative, di rilevante utilità per affrontare molte delle problematiche rimaste irrisolte, nonostante l'approvazione della l. n. 220 del 2012, di riforma della disciplina condomiale.

2. La legittimazione passiva nel giudizio concernente la delibera di approvazione (e revisione) delle tabelle millesimali.

La prima delle tematiche affrontate concerne l'individuazione del legittimato passivo nel giudizio avente ad oggetto l'impugnativa di una delibera di approvazione (o revisione) delle tabelle millesimali[1], avendo parte ricorrente contestato la formazione del giudicato interno sulla pronunzia di prime cure, per non avere i

[1] Cfr. anche G. VIDIRI, *Un nuovo intervento delle sezioni unite in materia condominiale: la modifica delle tabelle millesimali,* in *Corr. Giur.,* 1/2011, p. 59 ss., ed ivi altri riferimenti bibliografici. Più recentemente, su tale profilo, A. CELESTE, *Modifiche dei valori millesimali: maggiori certezze dopo la riforma,* in *Imm. e propr.,* 5/2013, p. 279 ss. ed M. GINESI, *Legittimazione processuale concorrente del singolo condomino e modificabilità delle tabelle millesimali*, in *Imm. e prop.,* 5/2020, p. 304 ss..

singoli condomini - ritualmente evocati in giudizio e rimasti contumaci - proposto appello avverso tale decisione ed essendosi in tal senso mosso il solo amministratore di condominio.

L'argomentazione della Corte muove dall'esame dell'oggetto del giudizio, originariamente concernente l'impugnazione di una deliberazione assembleare la quale aveva approvato, fra l'altro, le "superfici radianti riscaldamento" e la tabella millesimale per la ripartizione delle spese di riscaldamento.

Orbene, in proposito è pacifico l'orientamento in base al quale, ove tale impugnazione non tragga fondamento dall'errore iniziale o dalla sopravvenuta sproporzione dei valori del prospetto, ma dai vizi concernenti l'atto e la sua formazione, la domanda va proposta contro l'amministratore del condominio, perché questi è sempre legittimato a resistere contro l'impugnazione delle deliberazioni assunte dall'assemblea, senza necessità di integrare il contraddittorio (Sez. 2, n. 11757/2012, Giusti, Rv. 623210-01; Sez. 2, n. 03542/1994, Corona, Rv. 486198-01). Da ciò il Collegio trae l'ulteriore conclusione per cui "*essendo l'amministratore l'unico legittimato passivo nelle controversie ex art.* 1137 *c.c., in forza dell'attribuzione conferitagli dall'art.* 1130*, n.* 1*, c.c., e della corrispondente rappresentanza in giudizio ai sensi dell'art.* 1131 *c.c., allo stesso spetta altresì la facoltà di gravare la relativa decisione del giudice, senza necessità di autorizzazione o ratifica dell'assemblea (Cass. Sez.* 2*,* 23/01/2014*, n.* 1451*; Cass. Sez. 2, 20/03/2017, n. 7095)*".

Conclusione che, invero, appare scontata, versandosi in presenza di una controversia che non concerne il regime della proprietà ed i diritti relativi a parti comuni del fabbricato (relativamente alla quale ciascuno condomino ha una legittimazione alternativa concorrente con quella dell'amministratore) quanto, piuttosto, un interesse gestorio collettivo dei condomini (cfr. anche Sez. U, n. 10934/2019, D'Ascola, Rv. 653787-01).

D'altra parte - si osserva - a seguito della mutata posizione della giurisprudenza rispetto alla natura dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali (sul punto si tornerà *funditus infra, sub* § 5), queste ultime non devono essere approvate con il consenso unanime dei condomini, essendo sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, comma 2, cod. civ. (così Sez. U, n. 18477/2010, Triola, Rv. 614401-01): sicché, alcuna limitazione può sussistere in relazione alla legittimazione, dal lato passivo, dell'amministratore per qualsiasi azione, ai sensi dell'art. 1131, comma 2, c.c., volta alla determinazione giudiziale di una tabella millesimale che consenta la distribuzione proporzionale delle spese in applicazione aritmetica dei criteri legali, trattandosi di controversia rientrante tra le attribuzioni dell'amministratore stabilite dall'art. 1130 c.c. e nei correlati poteri rappresentativi processuali dello stesso, senza alcuna necessità del litisconsorzio di tutti i condomini (in tal senso cfr. anche Sez. 2, n. 19651/2017, Scarpa, 645851-02).

La logica conseguenza che discende da quanto precede è - per usare le parole della Corte, che *"...in una controversia avente ad oggetto l'impugnativa di deliberazioni dell'assemblea condominiale, la legittimazione esclusiva ad agire e quindi a proporre gravame spettante all'amministratore [non] può essere perciò inficiata dall'acquiescenza di uno o più condomini evocati in giudizio*"[1].

3. Il regime proprietario della parte dell'impianto di riscaldamento ricompresa nell'unità immobiliare in proprietà esclusiva.

La seconda questione risolta dalla Corte concerne la corretta interpretazione da fornire all'art. 1117, n. 3, cod. civ., con specifico riferimento a cosa debba esattamente intendersi con l'espressione "punto di diramazione ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini", ivi usata per delimitare il regime di condominialità relativamente, tra l'altro, agli impianti centralizzati di riscaldamento e condizionamento: l'occasione è fornita da una delle contestazioni svolte dalla parte ricorrente che, sull'assunto del mancato funzionamento di uno dei caloriferi esistenti nel proprio appartamento, censura la decisione di merito per non avere tenuto conto di tale circostanza (risultante dalle dichiarazioni rese a verbale dal C.T.U.) al fine di escludere la propria partecipazione alle spese di riscaldamento centralizzato[2].

Invero, la nuova formulazione dell'art. 1117, n. 3, cod. civ., reca alcune novità di rilievo, giacché non solo ad acquedotti, fognature, canali di scarico ed impianti per l'acqua è stata sostituita la più generale (ed omnicomprensiva) dizione "impianti idrici e fognari", ma è stato integralmente riscritto il cuore della norma, sottoponendo a regime condominiale i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell'aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti: *restyling* che si accompagna alle previsioni contenute nel successivo art. 1120, comma 2, nn. 2 e 3, cod. civ. che consente all'assemblea di deliberare opere ed

[1] Interessante notare, infine, che, sia pure in *obiter* (cfr. p. 9 della motivazione, ult. cpv.), la Corte sviluppa la tematica anche con riferimento al giudizio volto alla revisione delle tabelle, osservando come, in perfetta aderenza a quanto innanzi esposto, il legislatore della Riforma, mediante la novella del comma 3 dell'art. 69 disp. att. cod. civ., abbia espressamente previsto che, ai soli fini della revisione dei valori proporzionali espressi nella tabella millesimale allegata al regolamento di condominio ai sensi dell'art. 68 disp. att. cod. civ., può essere convenuto in giudizio unicamente il condominio in persona dell'amministratore

[2] Sia consentito il rinvio a G.A. CHIESI, *Art. 1117*, in *Codice del condominio,* Milano, 2018, p. 86 ss..

interventi per la produzione di energia mediante l'utilizzo di impianti di cogenerazione, fonti eoliche, solari o comunque rinnovabili da parte del condominio nonché l'installazione di impianti centralizzati per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino alla diramazione per le singole utenze.

Tali impianti e sistemi centralizzati (racchiusi in una elencazione che, si badi, non ha carattere tassativo) soggiacciono al regime condominiale, ove destinati all'uso comune, fino al punto di diramazione ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini (ovvero, in caso di impianti unitari, fino al "punto di utenza", salvo quanto disposto dalle normative di settore in materia di reti pubbliche): la ratio della scelta legislativa appare chiara giacché, arrivato al punto di diramazione, l'impianto cessa di fornire utilità a tutte le unità immobiliari (donde l'attrazione nel regime proprietario della condominialità) e si rivolge, piuttosto, esclusivamente al godimento ed al servizio di beni in proprietà individuale (con conseguente attrazione nell'orbita della proprietà esclusiva).

Siffatta considerazione, però non risolve affatto il problema con riferimento al regime proprietario delle tubazioni, delle condutture ovvero delle altre strutture necessarie al funzionamento dell'impianto medesimo che siano collocate anche in porzioni dell'edificio in proprietà esclusiva, con conseguente sviluppo, all'interno di esse, di parte del loro percorso (cd. "passanti"): ne è derivata, dunque, una dibattuta questione interpretativa circa il regime proprietario di tali porzioni di impianto.

Con riferimento al regime anteriore alla Riforma del 2012, la giurisprudenza aveva sottoposto alla "presunzione" di comunione non soltanto quella parte di impianto che si sviluppa in aree comuni, ma anche quella che passa attraverso parti di proprietà esclusiva, purché risultasse preservato il nesso di accessorietà rispetto al servizio collettivo dell'intero edificio. Estremamente chiara è la posizione assunta, al riguardo, da Sez. 2, n. 02151/1964, Marletta, Rv. 303162-01, la quale ha osservato che la presunzione di comunione delle parti comuni, elencate, in forma non tassativa, al n. 3 dell'art. 1117 c.c. (fognature, canali di scarico, impianti per l'acqua, per il gas, per la energia elettrica, per il riscaldamento e simili), fino al punto di diramazione degli impianti ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini, non sempre implica che, nell'ambito della porzione di fabbricato esclusiva del singolo condomino, non ricada alcuna parte comune, in quanto gli impianti di eduzione e di scarico delle acque, per le esigenze tecniche costruttive dell'intero edificio, di frequente, attraversano la proprietà esclusiva del singolo condomino, con la conseguenza che il punto o i punti di diramazione degli impianti a servizio esclusivo degli altri condomini ricadono nella quota della proprietà esclusiva di un altro di essi; nondimeno, le parti comuni non perdono tale caratteristica neanche nei tratti suddetti, il criterio distintivo tra parti comuni e parti esclusive del condomino

dovendosi rinvenire solo nella loro destinazione, la quale può essere così ricostruita nella specie: il condotto di acque, cioè, è di proprietà esclusiva, indipendentemente dalla sua ubicazione, per la parte in cui direttamente afferisce al servizio del singolo, mentre è comune in tutta la restante porzione, in cui ad esso si innestano uno o più altri canali a servizio di altri condomini.

In applicazione di tale principio è stato allora chiarito che la collocazione in un vano (o altro ambiente o spazio) compreso nel perimetro del condominio delle tubazioni (o parte di esse) dell'impianto termico centralizzato (o di altro servizio comune), non rende di per sé quel vano insuscettibile di autonomo ed esclusivo diritto di proprietà, salve le limitazioni di tale diritto - concretanti corrispondenti servitù - correlata all'obbligo di consentire e conservare la destinazione di tali tubazioni al servizio ed a vantaggio dell'intero edificio condominiale (cfr. anche Sez. 2, n. 05978/1992, Paolella, Rv. 477270-01); analogamente Sez. 2, n. 07761/2010, Migliucci, Rv. 612307-01 aveva specificato che il proprietario del vano o della struttura al cui interno scorre parte dell'impianto comune ha l'obbligo di consentirne e conservarne la destinazione al servizio collettivo, configurandosi l'impedimento all'utilizzazione del servizio da parte degli altri comproprietari come un uso illegittimo dei poteri a lui spettanti in qualità di comproprietario. Corollario di tali principi è la conclusione per cui, in caso di attraversamento, ad opera dei tubi dell'impianto centralizzato di riscaldamento, di un vano in proprietà esclusiva che di tale servizio non fruisca, dovrebbe ritenersi esistente una servitù di conduttura di liquidi a carico di tale cespite ed in favore delle altre parti dell'edificio condominiale (Sez. 2, n. 00369/1982, Pafundi, 418065-01).

Non sempre, però, le esposte considerazioni sono state sostenute in giurisprudenza, essendosi al contrario affermato che, non potendosi la presunzione di comunione estendere a quella parte dell'impianto compresa nell'ambito della proprietà esclusiva di singoli condomini, non possono conseguentemente avvantaggiarsene neppure le diramazioni (necessarie a servire altre utenze e) passanti in tali unità di proprietà individuale (Sez. 2, n. 02043/1963, Pratillo, Rv. 263147-01).

Tale ultima soluzione - contraria, pertanto, al riconoscimento della proprietà comune della parte di impianto "passante" per le proprietà esclusive - è stata di recente riproposta da Sez. 2, n. 27248/2018, Besso Marcheis, Rv. 650851-01 che, pur dando atto del contrario orientamento, se ne discosta motivatamente, osservando come lo stesso - che, per individuare la "diramazione degli impianti" di cui all'art. 1117 c.c., fa riferimento unicamente alla destinazione del condotto delle acque, prescindendo dal tutto dalla sua ubicazione - non convinca, in quanto l'art. 2051 c.c. (normativa invocabile in caso di danni derivanti da percolazioni in condominio) prevede una forma di responsabilità che ha fondamento giuridico nella

circostanza che il soggetto chiamato a rispondere si trovi in una relazione particolarmente qualificata con la cosa, intesa come rapporto di fatto o relazione fisica implicante l'effettiva disponibilità della stessa - ciò che, nella specie, difetterebbe in capo al condominio, proprio per l'ubicazione, in proprietà privata, della parte dell'impianto medesimo. Ancora nel medesimo senso Sez. VI-2, n. 16608/2017, Scarpa, Rv. 645062-01 che, con riferimento all'impianto condominiale di distribuzione e trasmissione dell'energia elettrica, individua il suo "confine", rispetto all'inizio degli impianti rientranti nelle proprietà esclusive delle rispettive unità immobiliari, in quella parte del sistema posto prima delle diramazioni negli appartamenti, rimanendo i singoli condomini tenuti alla manutenzione degli impianti interni.

L'indirizzo da ultimo esposto è stato infine confermato e fatto proprio dalla pronunzia in commento la quale, relativamente all'irrilevanza del malfunzionamento del calorifero presente nell'unità immobiliare di proprietà esclusiva della parte ricorrente rispetto alla partecipazione alle spese di riscaldamento centralizzato, si è così espressa:"*la presunzione di proprietà comune dell'impianto di riscaldamento di un immobile condominiale, ex art.* 1117*, n.* 3*, c.c., non può estendersi a quella parte dell'impianto ricompresa nell'appartamento dei singoli condomini, cioè nella sfera di proprietà esclusiva di questi e, di conseguenza, nemmeno ai componenti radianti che vengono installati nelle unità immobiliari di proprietà individuale, anche se collegati tramite tubi alla caldaia comune, sicché è il proprietario dell'appartamento che deve curarne la manutenzione*".

4. Oneri condominiali e sinallagmaticità rispetto al funzionamento dei servizi comuni.

La medesima circostanza fattuale (*i.e.* il malfunzionamento di un elemento radiante nell'immobile di proprietà esclusiva della parte ricorrente) ha consentito alla Corte una terza precisazione, con precipuo riferimento all'affermazione della insussistenza di un principio di sinallagmaticità tra il pagamento degli oneri condominiali e la fruizione - in concreto - di un servizio comune - comunque astrattamente nella disponibilità del singolo condomino.

Muovendo dalla premessa che i caloriferi collocati nella propria unità immobiliare fossero comuni (in quanto parte dell'impianto di riscaldamento centralizzato), il ricorrente aveva invocato una riduzione del valore millesimale attribuibile alla propria abitazione, a cagione del minore consumo a sé ascrivibile, in conseguenza del mancato funzionamento di un elemento radiante.

Sennonché, pur prescindendo dalla erroneità di tale affermazione (per essere i caloriferi, alla luce di quanto illustrato al precedente § 3, di proprietà privata), la Corte chiarisce come, a tutto volere ed anche diversamente opinando, l'esposta

circostanza in ogni caso non consentirebbe al ricorrente di sottrarsi al pagamento del dovuto né, tampoco, sarebbe in grado di incidere sulla determinazione delle tabelle millesimali.

Invero, già Sez. VI-2, n. 16608/2017, cit. aveva chiarito che il singolo condomino non è titolare, verso il condominio, di un diritto di natura sinallagmatica relativo al buon funzionamento degli impianti condominiali, che possa essere esercitato mediante un'azione di condanna della stessa gestione condominiale all'adempimento corretto della relativa prestazione contrattuale, trovando causa l'uso dell'impianto che ciascun partecipante vanta nel rapporto di comproprietà delineato negli artt. 1117 e ss. c.c.; principio, in realtà, a suo tempo già affermato da Sez. U, n. 10492/1996, Volpe, Rv. 500810-01 (puntualmente richiamata dalla pronunzia in commento), ove si chiarì che l'obbligo del condomino di contribuire alle spese necessarie alla conservazione ed al godimento delle parti comuni dell'edificio, alla prestazione dei servizi nell'interesse comune e alle innovazioni deliberate dalla maggioranza trova la sua fonte nella comproprietà delle parti comuni dell'edificio, con la conseguenza che la semplice circostanza che l'impianto centralizzato di riscaldamento non eroghi sufficiente calore non può giustificare un esonero dal contributo, neanche per le sole spese di esercizio dell'impianto, dato che il condomino non è titolare, nei confronti del condominio, di un diritto di natura contrattuale sinallagmatica e, quindi, non può sottrarsi dal contribuire alle spese allegando la mancata o insufficiente erogazione del servizio.

A tale principio, invero, si dà continuità nella specie, essendosi chiarito che "*poiché l'approvazione della tabella millesimale (di contenuto non convenzionale) deve determinare quantitativamente la portata dei rispettivi diritti ed obblighi di partecipazione alla vita del condominio, sulla base di un'obiettiva congruenza tra il valore effettivo delle singole unità immobiliari ed il valore proporzionale ad esse attribuito, la semplice circostanza che uno dei caloriferi dell'impianto centralizzato di riscaldamento non eroghi calore non può giustificare una incidenza sull'obbligo del condomino di contribuire alle spese di esercizio dell'impianto, dato che il condomino non è titolare, nei confronti del condominio, di un diritto di natura contrattuale sinallagmatica*".

Per completezza espositiva va, infine, evidenziato che, in ipotesi di malfunzionamento dell'impianto comune, il condomino non ha comunque azione per richiedere la condanna del condominio ad un facere, consistente nella messa a norma ovvero nel corretto funzionamento dell'impianto comune, potendo al più avanzare, verso il condominio, una pretesa risarcitoria nel caso di colpevole omissione dello stesso nel provvedere alla riparazione o all'adeguamento dell'impianto (arg. da Sez. 2, n. 12956/2006, Trombetta, Rv. 589652-01 e Sez. 2, n. 12420/1993, Moscato, Rv. 484739-01), ovvero sperimentare altri strumenti di reazione e di tutela, quali, ad esempio, le impugnazioni delle deliberazioni

assembleari ex art. 1137 cod. civ., i ricorsi contro i provvedimenti dell'amministratore ex art. 1133 cod. civ., la domanda di revoca giudiziale dell'amministratore ex art. 1129, comma 11, cod. civ., o il ricorso all'autorità giudiziaria in caso di inerzia agli effetti dell'art. 1105, comma 4, cod. civ. (così Sez. VI-2, n. 16608/2017, cit.)

5. La legittimazione ad impugnare l'assemblea per omessa convocazione di taluno degli aventi diritto.

La Corte affronta, poi, la questione concernente la legittimazione ad impugnare l'assemblea per omessa convocazione di taluno degli aventi diritto[1].

In linea generale va osservato che Sez. U, n. 04806/2005, Elefante, Rv. 579439-01, a composizione di un contrasto esistente al riguardo, aveva incluso la mancata comunicazione, a taluno dei condomini, dell'avviso di convocazione dell'assemblea condominiale tra le cause non già di nullità quanto, piuttosto, di annullabilità della delibera: tale principio, costantemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., da ultimo, Sez. 2, n. 22573/2016, Cosentino, Rv. 641638-01), è stato infine fatto proprio dal legislatore della Riforma del 2012 che, nel riformulare l'art. 66, comma 3, disp. att. cod. civ., ha espressamente fatto riferimento a tale categoria invalidante per il caso di "omessa, tardiva o incompleta convocazione degli aventi diritto"[2].

Su tale questione preliminare si innesta quella ulteriore - affrontata nella specie - concernente la legittimazione del condomino, regolarmente convocato, ad impugnare la delibera assembleare per l'esistenza di vizi relativi alla convocazione afferente altri condomini, registrandosi in proposito un contrasto interpretativo - tutto interno alla giurisprudenza di merito - tra chi ammetteva tale possibilità (Trib. Bari, 17 novembre 2015; Trib. Firenze, 24 marzo 2014; Trib. Torre Annunziata, 30 gennaio 2009) e chi, al contrario, la negava (cfr. Trib. Bari, 5 luglio 2016; Trib. Como 21 maggio 2012; Trib. Salerno 9 febbraio 2010; Trib. Roma 22 luglio 2009); univoca

[1] G. TRAVAGLINO, Omessa comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea di condominio e invalidità della delibera, in Corr. mer., 6/2005, p. 681 ss.; C. COSTABILE, Modalità di convocazione dell'assemblea condominiale, in Imm. e propr., 11/2017, p. 627 ss.

[2] Deroga alla complessiva coerenza del sistema così ricostruito solo la previsione contenuta all'art. 1117-*ter*, comma 3, cod. civ., che, al contrario, istituisce una sorta di doppio regime, comminando la più grave sanzione della nullità per la delibera avente ad oggetto il mutamento di destinazione delle parti comuni, ove preceduta da una convocazione incompleta (priva, cioè, dell'indicazione delle parti comuni oggetto della modificazione e della nuova destinazione d'uso).

era stata, al contrario, la posizione del giudice di legittimità che aveva da sempre escluso, per carenza di interesse, la legittimazione ad impugnare la delibera condominiale da parte del condomino assente, che avesse fatto valere, quale vizio di annullabilità, la mancanza dell'avviso di convocazione dell'assemblea relativamente ad altro condomino (cfr., tra le altre, Sez. 2, n. 09082/2014, Migliucci, Rv. 630113-01).

Tale conclusione, alla luce della nuova formulazione dell'ultimo periodo del comma 3 cit., deve ritenersi definitivamente acquisita, (a) trattandosi di vizio che inerisce all'altrui sfera giuridica e (b) considerando che, versandosi in presenza di un motivo di annullamento e non di nullità, delle deliberazioni assunte dall'assemblea, il secondo periodo del comma 3 in esame rappresenta, tutto sommato, una coerente applicazione, in materia condominiale, dell'art. 1441 cod. civ., secondo il quale l'annullamento può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse esso è stabilito dalla legge (Sez. 2, n. 08520/2017, Lombardo, non massimata sotto tale profilo).

Il principio da ultimo suesposto è stato recepito anche dalla pronunzia in commento, la quale aggiunge, ad ulteriore specificazione di esso, che "*l'interesse del condomino che faccia valere un vizio di annullabilità, e non di nullità, di una deliberazione dell'assemblea, non può, infatti, ridursi al mero interesse alla rimozione dell'atto, ovvero ad un'astratta pretesa di sua assoluta conformità al modello legale, ma deve essere espressione di una sua posizione qualificata, diretta ad eliminare la situazione di obiettiva incertezza che quella delibera genera quanto all'esistenza dei diritti e degli obblighi da essa derivanti: la delibera assembleare è annullabile sulla base del giudizio riservato al soggetto privato portatore di quella particolare esigenza di funzionalità dell'atto collegiale tutelata con la predisposta invalidità, esigenza che si muove al di fuori del complessivo rapporto atto-ordinamento. Del pari, al condomino non ritualmente avvisato, il quale invochi l'annullamento, deve spettare l'onere di dedurre e provare, in caso di contestazione, i fatti dai quali l'omessa comunicazione risulti, in coerenza con i principi generali in tema di annullamento dell'atto e con le regole di distribuzione del carico istruttorio poste dall'art.* 2697 *c.c.*".

6. Le maggioranze necessarie all'approvazione (ed alla revisione) delle tabelle millesimali.

Come anticipato nel precedente § 2, l'esame del ricorso ha consentito alla Corte di svolgere, altresì, talune precisazioni - di carattere non meramente incidentale - in relazione alle maggioranze necessarie per l'approvazione delle tabelle millesimali[1].

Il tema è stato tra quelli maggiormente dibattuti in materia condominiale, dovendosi registrare, in proposito un contrasto giurisprudenziale risolto dall'intervento delle Sezioni Unite nel corso del 2010, ed avente ad oggetto la qualificazione dell'atto di approvazione della tabella millesimale in termini di negozio di accertamento dei valori delle quote condominiali (con funzione puramente valutativa del patrimonio agli effetti della distribuzione del carico delle spese e della misura del diritto di partecipazione all'espressione della volontà assembleare), ovvero in termini di negozio di carattere dispositivo dei diritti dei singoli.

Tralasciando l'esame, in questa sede, delle ragioni sottese all'orientamento risultato infine "soccombente", Sez. U., n. 18477/2010, Triola, Rv. 614401-01 (cfr. recentemente, nel medesimo senso, Sez. 2, n. 27159/2018, Scarpa, Rv. 650789-01) ha infine chiarito che l'atto di approvazione, come di revisione, delle tabelle millesimali condominiali non ha natura negoziale, ma funzione puramente valutativa del patrimonio, agli effetti della distribuzione del carico delle spese e della misura del diritto di partecipazione all'espressione della volontà assembleare: trattandosi, dunque, di un mero atto (e, cioè, una dichiarazione di scienza relativa ad una situazione giuridica preesistente) esso non richiede il consenso unanime dei condomini, essendo a tal fine sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, comma 2, cod. civ. In sostanza: 1) l'art. 1118 cod. civ. fa riferimento, per determinare l'ammontare della quota di ciascun partecipante al condominio e sempre salvo che il titolo disponga altrimenti, al valore dell'unità immobiliare: quale approvazione del risultato di una mera operazione tecnica di calcolo, tale atto non sottende affatto un'attività negoziale volta all'eliminazione di una situazione di incertezza, ma una semplice ricognizione di una realtà empirica preesistente; 2) conseguentemente, le tabelle non incidono sul valore della proprietà, ma semplicemente sugli obblighi contributivi e, per ciò stesso, la loro approvazione o

[1] E. DEL PRATO, Adozione di tabelle millesimali, criteri, usi, deliberazione, in Giur. it., 2010, p. 623 ss.; G. VIDIRI, op. cit.; A. SCARPA, Natura e forma dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali, in Imm. e propr., 7/2014, p. 420 ss.

modifica non è atto inquadrabile nella categoria del negozio di accertamento del diritto di proprietà sulle singole unità immobiliari e sulle parti comuni, semplicemente in quanto non finalizzato ad eliminare un'incertezza. Esse rappresentano una documentazione tecnico-ricognitiva di una realtà empirica, riassumendosi in un parametro dì quantificazione dei diritti ed oneri condominiali, e servono unicamente ad esprimere in precisi termini aritmetici un già preesistente rapporto di valore tra i diritti dei vari condomini, senza incidere in alcun modo su tali diritti; 3) l'approvazione delle tabelle millesimali non ha, pertanto, natura negoziale, perché viene meno la caratteristica, propria del negozio giuridico, della conformazione della realtà oggettiva alla volontà delle parti; 4) consegue ulteriormente a quanto precede che le tabelle millesimali possono esistere (o non esistere) indipendentemente dal regolamento condominiale, la loro allegazione rappresentando un fatto meramente formale che non muta la natura di entrambi gli atti (Sez. 2, n. 26042/2019,); 5) "*Se dunque* - chiarisce nell'occasione la Corte - *una tabella meramente ricognitiva dei criteri di ripartizione legali sia stata approvata, e se essa risulti viziata da errori originari o da sopravvenute sproporzioni, a tali situazioni può rimediare la maggioranza del* 1136*, comma* 2*, c.c., per ripristinarne la correttezza aritmetica (arg., di recente, da Cass. Sez.* 6 - 2*,* 25/01/2018*, n.* 1848*; Cass. Sez.* 2*,* 25/10/2018*, n.* 27159*)*".

Residua, invero, un limitato spazio di operatività per il principio unanimistico, con precipuo riferimento all'ipotesi in cui i condomini, con l'approvazione delle tabelle abbiano inteso espressamente derogare ai principi legali di ripartizione delle spese ovvero assegnare valori diversi da quelli effettivamente attribuibili alle unità abitative sulla base di meri calcoli ricognitivi (dunque, in ultima analisi, ove si sia inteso approvare la "diversa convenzione" richiamata dall'art. 1123, comma 1, cod. civ.): qualora essi, cioè, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, abbiano espressamente accettato che la caratura della loro partecipazione al condominio venga determinata in maniera difforme da quanto previsto negli artt. 1118 cod. civ. e 68 disp. att. cod. civ., tale comportamento ha valore negoziale, richiede il consenso unanime di tutti i partecipi al condominio e, soprattutto, risolvendosi nell'impegno irrevocabile di determinare le quote in un certo modo, impedisce di ottenerne la revisione ex art. 69 disp. att. cod. civ. (Sez. VI-2, n. 01848/2018, Scarpa, Rv. 647385-01).

La Corte ribadisce, infine, che, giusta il disposto degli artt. 1138, comma 4, cod. civ. e 72 disp. att. cod. civ., le maggioranze innanzi indicate sono inderogabili, nonostante una eventuale prescrizione contraria contenuta nel regolamento di condominio la quale, ove esistente, sarebbe, perciò, nulla (più in generale, il regolamento non può sancire l'immodificabilità delle tabelle - il diritto alla loro revisione è imprescrittibile - né, in senso contrario, consentire la loro modificazione in casi diversi da quelli previsti dal legislatore).

7. Il criterio di calcolo delle spese di riscaldamento: la superficie radiante.

Nell'affrontare la questione delle maggioranze necessarie all'approvazione delle tabelle il Supremo consesso si sofferma, poi, sul caso specifico delle tabelle del riscaldamento centralizzato e del criterio di calcolo dei relativi consumi[1].

Alcuni principi generali vanno preliminarmente chiariti: a) in caso di regolare fruizione del riscaldamento mediante sistema centralizzato, ad opera di tutte le unità immobiliari comprese nel condominio, la ripartizione dei relativi costi di gestione deve avvenire tra tutti i condomini in proporzione all'uso e, solo in mancanza di sistemi che consentano la misurazione del calore erogato in favore di ciascuna delle unità servite, le spese sono legittimamente ripartite in base al valore millesimale delle singole unità immobiliari servite (Sez. 2, n. 22573/2016, Cosentino, Rv. 641639-01); b) in ipotesi di mancanza del vincolo di comproprietà dell'impianto rispetto a talune proprietà individuali, in conseguenza dell'assenza di accessorietà del primo alle seconde, per non essere talune di esse collegate, i relativi titolari non concorrono alle spese di conservazione e gestione del servizio (Sez. 2, n. 24296/2015, Giusti, Rv. 637500-01), in piana applicazione dei principi posti dall'art. 1123 c.c.; c) quanto, ancora, all'ipotesi di legittimo distacco dall'impianto, l'orientamento - anteriore alla l. n. 220 del 2012 - favorevole a tale possibilità riteneva comunque fermo l'obbligo, per il condomino beneficiario, di pagare le spese per la conservazione dell'impianto (arg. ex art. 1118, comma 2, ultima parte, originaria formulazione), nonché le spese di gestione, se e nei limiti in cui il suo distacco non si fosse risolto in una diminuzione degli oneri del servizio di cui continuavano a godere gli altri condomini (Sez. 2, n. 19893/2011, Bursese, Rv. 619283-01): in altri termini, il condomino, dopo aver distaccato la propria unità abitativa dall'impianto di riscaldamento centralizzato continuava ad essere obbligato a partecipare alle spese di esercizio, se e nella misura in cui il distacco non avesse comportato una diminuzione degli oneri del servizio a carico degli altri condomini, in quanto ove, successivamente al distacco, il costo di esercizio dell'impianto (rappresentato anche dall'acquisto di carburante necessario per l'esercizio dello stesso) non fosse diminuito e la quota non fosse stata posta a carico dello stesso condomino rinunciante, gli altri condomini sarebbero stati altrimenti costretti a farsi carico anche della quota spettante al condomino distaccato

[1] Si rinvia, per un approfondimento in dottrina, a G. BORDOLLI, Contabilizzazione e termoregolazione in condominio e nuovo criterio di ripartizione delle spese di riscaldamento, in Imm. e propr., 2/2018, p. 9 ss.; N. SCRIPELLITI, Condominio e servizio di riscaldamento (e di refrigerazione): dal distacco dall'impianto comune alla contabilizzazione individuale dei consumi, in Giur. It., 8/-9/2015, 1829 ss.

(cfr. anche Sez. 2, n. 8924/2001, Settimj, Rv. 547851-01). Il novellato art. 1118, comma 4, cod. civ. fa ricorso al criterio della distinzione tra costi di conservazione della cosa comune (considerati già dall'art. 1104 c.c. come un'obbligazione *propter rem* ed al cui pagamento il singolo condomino non può sottrarsi), cui il rinunziante resta tenuto e spese di gestione, relative al funzionamento degli impianti ed al godimento dei beni comuni.

Così individuati - secondo le direttrici che precedono - i titolari, dal lato passivo, dell'obbligazione contributiva, la giurisprudenza di legittimità è chiara nel precisare che la ripartizione dei costi di gestione deve avvenire ad opera di tutti i condomini in proporzione all'uso (*i.e.* sulla base della superficie radiante. Cfr. anche Sez. 2, n. 00946/1995, Triola, Rv. 489999-01) e, solo in mancanza di sistemi che consentano la misurazione del calore erogato in favore di ciascuna delle unità servite, le spese sono legittimamente ripartite in base al valore millesimale delle singole unità immobiliari servite (Sez. 2, n. 22573/2016, Cosentino, Rv. 641639-01); così, ad esempio, per Sez. 2, n. 19651/2017, Scarpa, Rv. 645851-01 è nulla, per impossibilità dell'oggetto, la delibera condominiale che, a maggioranza ed in deroga ai suddetti criteri legali, del consumo effettivamente registrato ovvero del valore millesimale delle singole unità immobiliari servite, ripartisca in parti uguali tra queste ultime le spese di esercizio dell'impianto di riscaldamento centralizzato, giacché tale statuizione, incidendo sulla misura degli obblighi dei singoli condomini fissata dalla legge o per contratto, eccede le attribuzioni dell'assemblea e pertanto richiede, per la propria approvazione, l'accordo unanime di tutti i condomini, quale espressione della loro autonomia negoziale.

Nella specie, la Corte precisa ulteriormente i principi che precedono, osservando che "*in ipotesi di adozione di tabelle millesimali per la ripartizione delle spese del riscaldamento centralizzato secondo il criterio della superficie radiante, mancando sistemi di misurazione del calore, spetta al giudice del merito verificare i valori delle quote, tenendo conto di tutti gli elementi oggettivi incidenti su di esse (posizione delle superfici radianti, struttura, esposizione e volumetria di ogni appartamento, ecc.) ed eliminando gli errori riscontrati, e la relativa decisione non è sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della violazione di legge, come auspica il sesto motivo di ricorso*", nonché puntualizzando ulteriormente che (a) "*una volta determinata la quantità dell'uso che un singolo appartamento può fare del servizio di riscaldamento centralizzato stesso, a norma dell'art 1123, comma, 2, c.c., secondo il criterio della superficie radiante, non può apportarsi alcuna diminuzione alla correlativa spesa proporzionale per effetto di ragioni particolari (ad esempio: temperatura degli appartamenti dell'ultimo piano del fabbricato inferiore a quella degli altri che determinano quel fabbisogno o che lo aumentano rispetto ad appartamenti di eguale estensione od eguale cubatura: Cass. Sez. 2, 04/08/1978, n. 3839)*" e (b) "*se le caratteristiche di posizione, struttura ed esposizione di un appartamento siano tali da determinare nelle ore di interruzione del funzionamento dell'impianto un calo della temperatura*

più accentuato che negli altri appartamenti, il condomino interessato ha diritto di ottenere una maggiore fruizione del servizio comune di riscaldamento, restando a carico del richiedente la maggiore spesa derivante dal protratto o più intenso funzionamento dell'impianto e quella che possa rendersi necessaria per la messa in opera di strumenti o l'adozione di accorgimenti tecnici atti ad evitare un eccesso di calore negli altri appartamenti (Cass. Sez. 2, 10/06/1981, n. 3775)".

Per mera completezza espositiva, infine, vanno affrontati due ulteriori profili (non esaminati dalla pronunzia in commento ma) qualificanti la tematica della distribuzione delle spese inerenti al riscaldamento centralizzato, sì da risultare essenziali per perimetrare e definire la relativa disciplina[1].

La recente Sez. 2, n. 28282/2019, Scarpa, Rv. 655689-01 ha affrontato il tema del riparto delle spese del riscaldamento centralizzato di un edificio in condominio ove sia stato adottato un sistema di contabilizzazione del calore, precisando che le stesse devono essere ripartite in base al consumo effettivamente registrato: ne consegue che risulta perciò illegittima una suddivisione di tali oneri - sia pure solamente parziale - alla stregua dei valori millesimali delle singole unità immobiliari, né possono a tal fine rilevare i diversi criteri di riparto dettati da una delibera di giunta regionale, che pur richiami specifiche tecniche a base volontaria, in quanto atto amministrativo comunque inidoneo ad incidere sul rapporto civilistico tra condomini e condominio (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza gravata, la quale aveva ritenuto legittima una delibera condominiale che, in presenza di un sistema di contabilizzazione del calore, aveva ripartito le spese di riscaldamento per il metano al 50% in base al consumo registrato e, per il restante 50%, in base ai millesimi di proprietà, secondo quanto previsto dal punto 10.2 della Delibera della Giunta regionale della Lombardia n. IX/2601 del 30 novembre 2011).

Da ultimo, poi, Sez. 2, n. 18131/2020, Scarpa, Rv. 658905-01, ha opportunamente distinto il regime di contribuzione alle spese in caso di distacco "unilateralmente voluto" e, al contrario "provocato *ab externo*", chiarendo che, mentre il condomino autorizzato a rinunziare all'uso del riscaldamento centralizzato e a distaccare le diramazioni della sua unità immobiliare dall'impianto comune rimane obbligato a pagare le sole spese di conservazione di quest'ultimo - quali, ad esempio, quelle di sostituzione della caldaia - perché l'impianto centralizzato è

[1] Non è questa la sede per ulteriormente approfondire le questioni relative alla validità ed efficacia delle clausole regolamentari sulla ruipartizione delle spese di riscaldamento. Si rinvia, per un approfondimento sul punto, ad A. SCARPA, *Efficacia ed opponibilità della clausola regolamentare sulla ripartizione delle spese di riscaldamento*, in *Imm. e propr.,* 1/2020, p. 19 ss. e L. SALCIARINI, *Il distacco unilaterale dall'impianto di riscaldamento: tra clausola di divieto e risparmio energetico*, *ivi,* 4/2012, p. 221 ss.

comunque un accessorio di proprietà comune, al quale egli potrà, in caso di ripensamento, riallacciare la propria unità immobiliare, al contrario, qualora, in seguito ad un intervento di sostituzione della caldaia, il mancato allaccio non sia espressione della volontà unilaterale di rinuncia o distacco, ma una conseguenza dell'impossibilità tecnica di fruire del nuovo impianto, che non consente neppure un futuro collegamento, il medesimo condomino non può essere più considerato titolare di alcun diritto di comproprietà su tale impianto e, perciò, non deve più partecipare ad alcuna spesa ad esso relativa.

8. L'efficacia non retroattiva delle tabelle di formazione giudiziale.

L'ultima questione di rilievo affrontata dalla decisione in esame è quella concernente l'efficacia della pronunzia con cui l'A.G. determina o modifica le tabelle millesimali[1].

Invero, la recente Sez. 2, n. 04844/2017, Orilia, Rv. 643057-01, in ossequio ad un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr., *ex multis*, Sez. 3, n. 05690/2011, Filadoro, Rv. 616228-01), aveva ribadito che la sentenza che accoglie la domanda di revisione o modifica dei valori proporzionali di piano nei casi previsti dall'art. 69 disp. att. cod. civ., avendo natura costitutiva, non ha efficacia retroattiva e non consente, pertanto, di ricalcolare la ripartizione delle spese pregresse tra i condomini, ai quali, invece, va riconosciuta la possibilità di esperire l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 cod. civ..

A tali principi si conforma, nell'occasione, la Corte, osservando che "*la portata non retroattiva della pronuncia di formazione giudiziale delle tabelle comporta, poi, che non possa affatto affermarsi l'invalidità di tutte le delibere approvate sulla base delle tabelle precedentemente in vigore, il che provocherebbe correlate pretese restitutorie relative alle ripartizioni delle spese medio tempore operate, in applicazione della cosiddetta "teoria del saldo" (arg. da Cass. Sez. 2, 24/02/2017, n. 4844; Cass. Sez. 3, 10/03/2011, n. 5690; Cass. già Cass. Sez. U, 30/07/2007, n. 16794)*".

Tale efficacia *ex nunc* - e, in specie, dal passaggio in giudicato della sentenza definisce il giudizio - rinviene, dunque, la propria *ratio* nella natura costitutiva della pronuncia, in quanto volta ad assolvere "*la stessa funzione dell'accertamento raggiunto*

[1] In dottrina si rinvia a L. FLORINO, Sulla formazione delle tabelle millesimali nel condominio degli edifici per piani, in Foro it., 1965, I, 687 ss.; A. I. NATALI, Anche il condomino che abbia beneficiato di un'erronea esclusione dalle tabelle millesimali è soggetto all'azione di ingiustificato arricchimento del condominio, in NGCC, 10/2011, p. 929 ss..

all'unanimità dei condomini" (cfr. Sez. 2, n. 07696/1994, Moscato, Rv. 487858-01): con la conseguenza che le tabelle pregresse, benché oggetto di revisione giudiziale, conservano la propria efficacia fino al suddetto momento e legittimamente sono poste alla base del calcolo dei *quorum* costitutivi e deliberativi delle delibere assembleari *medio tempore* adottate, nonché della raccolta degli oneri condominiali.

9. Una postilla sul risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della (com)proprietà.

Pur non essendo stato affrontato dalla decisione in esame, infine, nell'ottica di una ricostruzione dei principi cardine regolanti la materia merita attenzione la tematica - particolarmente sensibile, a causa della stretta (e teoricamente indissolubile, arg. ex art. 1119 cod. civ.) convivenza imposta dalla stessa struttura del condominio - della risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla lesione del diritto di (com)proprietà[1].

Le note sentenze cd. di San Martino dell'11 novembre 2008 (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605491-01 e successive conformi), negando in modo esplicito il risarcimento del danno non patrimoniale in relazione ai diritti riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, giacché non parificabile al danno connotato da un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, non lasciavano spazio alla risarcibilità del danno non patrimoniale alla proprietà: in altri termini, secondo l'impostazione accolta da quelle pronunzie, vi possono essere violazioni del principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. che arrecano un danno alla proprietà in sé ingiusto (nel suo duplice aspetto di danno prodotto *contra ius* e di danno *non iure*), e però risarcibile soltanto se patrimoniale - e, cioè, se connotato da immediata rilevanza economica, ovvero anche se non patrimoniale, ma nei soli casi in cui la lesione della proprietà costituisca anche reato. Ciò, si badi, non perché, ovviamente, il rapporto di appartenenza, che intercorre tra il *dominus* e la *res*, sia "*privo di copertura costituzionale*" quanto, piuttosto, perché la natura economica del

[1] Si segnala, in proposito, l'*Approfondimento tematico* presente nella Rassegna della giurisprudenza civile della Corte Suprema di Cassazione dell'anno 2018, a cura di A. SCARPA, *Lesione della proprietà, negazione dei danni non patrimoniali e danni patrimoniali in re ipsa*. In dotrtrina cfr. anche R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? Ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e resp.*, 2006, 237 ss.; S. FILIPPI, *Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare*, in *La resp. civ.*, 2009, 58 ss.; L. LA BATTAGLIA, *Immissioni intollerabili e risarcimento del danno non patrimoniale: il ritorno del danno esistenziale?*, in *Corr. giur.*, 2018, 1246.

diritto e la sua funzione tipicamente (seppur non esclusivamente) patrimoniale ne impediscono la risarcibilità quale forma di tutela della persona.

Sennonché, nel corso di oltre un decennio la realtà giuridica è mutata e, con essa, la sensibilità verso il tema di indagine in esame: è stato introdotto l'art. 34 del d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111 del 2011, che ha introdotto nel Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità l'art. 42-*bis*, ove si prevede che l'autorità, la quale, senza un valido titolo espropriativo, utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, può disporne l'acquisizione sanante al suo patrimonio indisponibile, corrispondendo al proprietario un indennizzo "*per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene*"; è entrato in vigore il nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea; l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali appresta un'intensa tutela del diritto di proprietà, unico diritto di contenuto patrimoniale cui è dedicata una disposizione convenzionale; ampio riconoscimento del diritto di proprietà è contenuto, ancora, nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Rispetto alle fonti da ultimo citate, peraltro, la giurisprudenza unionale è granitica nel ricomprendere il diritto di proprietà tra quelli involabili, con il conseguente riconoscimento del ristoro dei danni non patrimoniali in caso di violazione del citato Protocollo n. 1 (cfr., *ex multis,* Corte europea diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa* 7 *s.r.l. e Di Stefano c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 12 *ottobre* 2010*, Atanasiu c. Romania*; Corte europea diritti dell'uomo, 4 dicembre 2007, *Pasculli c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 21 febbraio 2002, *Ghidotti c. Italia*).

È in questo contesto, volto al sempre maggiore appezzamento, in ottica risarcitoria, del "valore" proprietà, che dunque vanno letti ed esaminati gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità: se, infatti, Sez. 6-2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01, ha escluso la configurabilità di un danno non patrimoniale conseguente alla mancata utilizzazione di un'area comune condominiale, non ravvisandovi alcuna lesione di interessi della persona di rango costituzionale e Sez. 2, n. 23076/2018, Scarpa, Rv. 651006-01, pur non affrontando espressamente la questione, sembra tuttavia limitare al solo danno patrimoniale il ristoro da privazione dei diritti del singolo conseguente all'esecuzione di una delibera assembleare nulla, al contrario Sez. 2, n. 23134/2018, Cavallari, non massimata, pur negando all'acquirente di un immobile la risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato dalla temporanea non disponibilità dell'appartamento alienato, per difetti del'immobile, ciò però ha fatto considerando che il presunto danneggiato aveva potuto soddisfare le proprie esigenze abitative in altro luogo comunque idoneo, e

non già, dunque, a monte, per la natura esclusivamente economica e la funzione tipicamente patrimoniale del diritto del compratore di pretendere, con la consegna del bene, la piena affermazione del suo diritto di proprietà nell'interezza dell'oggetto acquistato.

La più ampia apertura verso il ristoro dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione del diritto alla proprietà attualmente si registra, però, con Sez. U, n. 02611/2017, Bianchini, Rv. 642418-01[1] (in senso conforme cfr. anche Sez. 2, n. 10861/2018, Carrato, Rv. 648017-01) che, nel riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, pur in assenza di danno biologico documentato ed in conseguenza del pregiudizio del diritto al normale svolgimento della vita familiare e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, ha radicato il referente normativo della lesione al godimento della propria abitazione non soltanto nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma - sia pure in *obiter* - anche "*nell'art.* 42*, comma* 2*, Cost., che tutela la proprietà privata e detta i limiti per la compressione del relativo diritto*".

[1] Così ufficialmente massimata:"*L'assenza di un danno biologico documentato non osta al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, allorché siano stati lesi il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed il diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, quali diritti costituzionalmente garantiti, nonché tutelati dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la prova del cui pregiudizio può essere fornita anche con presunzioni*".

SEZIONE IV

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

VIII) GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE

(DI LUIGI LA BATTAGLIA)

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di protezione: inquadramento della fattispecie. - 2. Gli obblighi di protezione accessori alla prestazione contrattuale. - 2.1. Obblighi preordinati alla protezione di interessi non patrimoniali. - 2.2. Obblighi preordinati alla protezione di interessi patrimoniali. - 3. Gli obblighi di protezione senza prestazione. - 4. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi. - 5. La "dimensione protettiva" della prestazione sanitaria. - 5.1. Gli obblighi di protezione nei confronti dei pazienti "deboli". - 5.2. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi in ambito sanitario. - 5.3. I limiti della fattispecie: la sentenza n. 14258/2020. - 6. Gli obblighi di protezione di interessi patrimoniali dei terzi.

1. Gli obblighi di protezione: inquadramento della fattispecie.

In linea generale, la differenza tra responsabilità aquiliana e contrattuale risiede nella circostanza che, mentre la prima discende dalla lesione arrecata (da un qualsiasi soggetto) a un qualsivoglia interesse meritevole di tutela facente capo alla sfera giuridica altrui, la seconda deriva dalla divergenza della condotta concretamente tenuta da un soggetto determinato (il debitore) rispetto a quella richiesta da un preesistente *vinculum iuris*. Quest'ultima definizione consente di discorrere di responsabilità contrattuale anche al cospetto della violazione di obblighi che non abbiano origine nel contratto, ma in un'altra delle fonti contemplate dall'art. 1173 c.c. La mancanza di un preesistente obbligo funzionale alla realizzazione di uno specifico diritto vantato dalla controparte rende ragione della necessità, ai fini dell'integrazione della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, della ricorrenza del requisito dell'ingiustizia del danno, il quale funge da criterio di selezione del danno risarcibile, riconnettendolo alla lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico.

Una sovrapposizione tra le due forme di responsabilità può aversi allorquando la condotta dalla quale sia derivato il danno integri violazione di un rapporto obbligatorio e, al contempo, produca la lesione di una situazione soggettiva facente capo al soggetto danneggiato, a prescindere dall'esistenza del suddetto rapporto obbligatorio. In tal caso, si ritiene che il danneggiato possa agire in giudizio, prospettando i due rimedi in via alternativa, ovvero invocando quello ritenuto, in

concreto, più vantaggioso[1]. Si parla, invece, di cumulo di responsabilità allorquando uno dei due rimedi sia divenuto impraticabile (per esempio, per l'intervenuto decorso del più breve termine di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c.), ovvero nell'ipotesi in cui il danneggiato miri a far propri i vantaggi propri dei due regimi[2].

Terreno elettivo di applicazione della teoria del concorso di responsabilità è rappresentato dalla violazione dei c.d. obblighi di protezione, i quali determinano un'attrazione nell'orbita (della responsabilità) contrattuale di interessi che, in mancanza di un pregresso rapporto, sarebbero tutelati unicamente alla stregua dell'art. 2043 c.c.

Gli obblighi di protezione, gravanti su entrambe le parti del rapporto obbligatorio, scaturiscono *ex lege* dal principio di buona fede (enucleabile dagli artt. 1175 e 1375 c.c. e, in ultima analisi, dall'art. 2 Cost.) e mirano a preservare la sfera giuridica (personale e/o patrimoniale) altrui dai pericoli di danno che l'esecuzione della prestazione è suscettibile di arrecare[3]. Afferma, al riguardo, Sez. 1, n. 14188/2016, Valitutti, Rv. 640485-01 (in motivazione), che "la teoria degli obblighi di protezione (ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che costruiscono il rapporto obbligatorio come un "rapporto complesso", le cui finalità di tutela non si riducono al solo interesse alla prestazione, definito dall'art. 1174 c.c., ma (..) ricomprendono anche l'interesse di protezione, preso in considerazione dalla norma successiva di cui all'art. 1175 c.c.".

In presenza di un contratto, la figura in discorso si affianca alle obbligazioni oggetto della prestazione. Ne consegue che il creditore, oltre a vantare un interesse specificamente preordinato al conseguimento della prestazione, è titolare

[1] L'invocazione della responsabilità contrattuale potrebbe risultare preferibile, per esempio, nel caso di danno cagionato da un soggetto incapace di intendere e di volere (che, sul versante aquiliano, potrebbe consentire al danneggiato di ricevere nulla più che un'equa indennità, ai sensi dell'art. 2047, comma 2, c.c.); al contrario, laddove non si verta in ipotesi riconducibili ai nn. 2 e 3 dell'art. 1219 c.c., la fattispecie extracontrattuale potrebbe consentire al danneggiato di pretendere gli interessi moratori dal momento del fatto, senza necessità di una formale costituzione in mora.

[2] Come potrebbe avvenire nel caso in cui, dopo aver agito in via contrattuale, egli instauri un altro giudizio sulla base dell'art. 2043 c.c., invocando il risarcimento (anche) dei danni imprevedibili, ovvero dei danni derivanti da colpa lieve, in presenza di una limitazione convenzionale della responsabilità *ex* art. 1229 c.c. (che legittimamente ne esclusa il risarcimento dall'angolo visuale della fattispecie contrattuale). Sul tema, si veda FRENDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, II ed., Padova, 2013, in particolare cap. I.

[3] Come già anticipato nel testo, essi realizzano, nell'ambito dei rapporti obbligatori, "la tutela delle situazioni soggettive, cui altrimenti sovrintenderebbe il principio di *alterum non laedere*" (CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 4; si veda anche MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 713).

dell'interesse a non subire un pregiudizio alla propria persona e/o ai propri beni in occasione dell'esecuzione della stessa[1].

Sulla scorta di un'impostazione dottrinale di ascendenza tedesca, l'esistenza degli obblighi di protezione è venuta profilandosi, peraltro, anche al di fuori di un contratto (e dunque in assenza di un obbligo di prestazione propriamente detto), dando luogo alla figura dell'obbligazione senza prestazione (il cui prototipo è costituito dalla *culpa in contrahendo*). In questi casi, il vincolo preordinato alla protezione della sfera giuridica altrui sorge dall'affidamento che un soggetto ha ragione di nutrire nell'operato di un altro soggetto con cui viene in contatto[2], in considerazione dello *status* professionale di quest'ultimo; da tale affidamento, "in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano"[3].

In una prospettiva di ulteriore estensione (questa volta soggettiva), la teoria degli obblighi di protezione è stata applicata anche nei confronti di terzi legati da un particolare rapporto con il creditore della prestazione, la cui sfera giuridica sia parimenti esposta a rischi in occasione dello svolgimento della prestazione.

La giurisprudenza di legittimità si è servita dello schema teorico in discorso in settori diversi, al fine pratico di sottrarre le fattispecie di volta in volta considerate al regime della responsabilità extracontrattuale, assoggettandole a quello della responsabilità da inadempimento, più favorevole per il danneggiato sotto il profilo (tra gli altri) della prescrizione e dell'onere della prova.

---

[1] Si pensi all'obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore (accessorio all'obbligazione principale consistente nella corresponsione della retribuzione), positivamente sancito dall'art. 2087 c.c., e il cui inadempimento determina la responsabilità contrattuale del datore di lavoro (Sez. L, n. 4184/2006, Picone, Rv. 587298-01; Sez. L, n. 23162/2007, Monaci, Rv. 599541-01; Sez. L., n. 9817/2008, De Matteis, Rv. 602900-01; si vedano anche, in tema di onere della prova, Sez. L., n. 14468/2017, Tricomi, Rv. 644681-01 e Sez. L, n. 10319/2017, Patti, Rv. 644034-01).

[2] Un contatto "qualificato", ovvero connotato da uno scopo che, suo tramite, le parti intendono perseguire (in tal senso Sez. 1, n. 14188/2016, Valitutti, Rv. 640485-01, con specifico riferimento alla responsabilità precontrattuale).

[3] CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 565.

2. Gli obblighi di protezione accessori alla prestazione contrattuale.
2.1. Obblighi preordinati alla protezione di interessi non patrimoniali.

Nell'ambito di contratti aventi ad oggetto prestazioni che implicano un "contatto" con la persona del creditore, accanto all'obbligazione principale è possibile enucleare un'obbligazione accessoria di protezione, che impone al debitore di osservare, nell'esecuzione della prima, l'attenzione e la cura richieste dalla necessità di evitare che ne derivi un danno alla persona del creditore.

È quanto avviene, per esempio, con riguardo all'istituto scolastico, sul quale, per effetto dell'accoglimento della domanda di iscrizione, sorge "l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni" (Sez. 3, n. 22752/2013, Scarano, Rv. 628691-01); obbligazione che evidentemente si affianca a quella principale volta ad apprestare un'adeguata istruzione in favore dell'alunno[1]. Analogamente, Sez. 3, n. 3612/2014, Vivaldi, Rv. 629845-01, ha qualificato come contrattuale la responsabilità della scuola di sci per i danni occorsi a un allievo a seguito di una caduta verificatasi durante una lezione.

Significativa, da tale angolo visuale, è pure Sez. 3, n. 24071/2017, Olivieri, Rv. 645832-01, in cui il personale di un centro termale non aveva dato corso alle richieste di assistenza provenienti dalla cliente, la quale si era procurata lesioni uscendo da una piscina. In tale occasione, la Corte ha affermato che, accanto alla prestazione principale, volta a mettere a disposizione del cliente i locali in cui svolgere i trattamenti terapeutici con le acque termali, sulla struttura grava un dovere di protezione (discendente dal disposto degli artt. 2 Cost., e 1175 e 1375 c.c.), la cui inosservanza è produttiva di responsabilità contrattuale. Nel fornire l'inquadramento generale della fattispecie, la Terza Sezione ha cura di sottolineare come "il "contatto sociale qualificato" (..) dal quale derivano, a carico delle parti, (..) reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c., opera anche nella materia contrattuale, in relazione a quegli aspetti che non attengono alla esecuzione della prestazione principale (..)". In tal caso, il "dovere di salvaguardia (..) si inserisce a pieno titolo nello stesso rapporto contrattuale, prescrivendo un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e

[1] Si veda anche Sez. 3, n. 3695/2016, Pellecchia, Rv. 638980-01, che ha ribadito il medesimo principio di diritto con riferimento ai danni subiti da un'alunna scivolata negli spogliatoi della palestra della scuola a causa del pavimento bagnato, addossando all'istituto scolastico l'onere di "provare di aver adottato le cautele necessarie a salvaguardare la incolumità degli allievi prevenendo lo stato pericoloso dei locali".

concorre con l'adempimento della obbligazione principale (..)". Sicché il mancato tempestivo intervento del personale della struttura termale, in ausilio al soggetto che versava in una momentanea difficoltà, "indipendentemente dal contenuto della prestazione principale (di natura alberghiera e od anche sanitaria) e dalla previsione di impiego di personale ausiliario di sostegno soltanto per i pazienti disabili, integra una condotta violativa del «dovere di protezione»" suddetto.

Con riferimento a un caso in cui il cliente di un ristorante era rimasto ustionato da una pizza rovesciatagli addosso da un cameriere (a seguito dell'urto che questi aveva ricevuto da un altro avventore) si è espressa, di recente, Sez. 3, n. 9997/2020, Rossetti, Rv. 657746-01, la quale ha affermato che il contratto di ristorazione (concluso, *per facta concludentia*, da colui che accede in un ristorante) "nella sua struttura socialmente tipica comporta l'obbligo del ristoratore di dare ricetto ed ospitalità all'avventore", il quale (così come avviene nel contratto d'albergo o di trasporto), "affida la propria persona alla controparte: e tanto basta per fare sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto *ex* art. 1374 c.c.". La fonte di integrazione del contratto evocata, nel caso di specie, dalla Corte, è non già l'obbligo della "buona fede esecutiva" di cui all'art. 1375 c.c., ma direttamente la legge, in particolare l'art. 32 Cost., riguardato dall'angolo visuale della sua diretta applicabilità nei rapporti "orizzontali" tra privati. Di notevole interesse si mostra, dunque, la statuizione posta a suggello del ragionamento seguito, secondo cui un obbligo di salvaguardare l'incolumità fisica della controparte "sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di spedalità o di trasporto di persone, ma anche in quelli - ad esempio - di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'*opus* da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento d'una pratica sportiva, di ristorazione".

In tutti i casi, quindi, in cui la persona del creditore sia in qualche modo "implicata" nell'esecuzione della prestazione, la protezione della sua integrità psico-fisica integrerebbe, dunque, una vera e propria obbligazione contrattuale (sorta per effetto dell'automatico operare dell'integrazione *ex lege* della volontà della parti).

È evidente, peraltro, come, aderendo a una ricostruzione di tal fatta, il richiamo alla categoria degli obblighi di protezione si mostri financo superfluo.

2.2. Obblighi preordinati alla protezione di interessi patrimoniali.

La teoria degli obblighi di protezione, grazie alla quale il principio di buona fede entra a permeare il tessuto dei rapporti contrattuali, viene utilizzata anche a presidio dell'integrità patrimoniale dei contraenti.

In argomento, si può ricordare Sez. 3, n. 22819/10, Amendola, Rv. 614831-01, che riconobbe la responsabilità contrattuale della banca nei confronti del correntista, per aver elevato in suo danno il protesto di due assegni, nonostante il mancato decorso del termine di quindici giorni di cui al combinato disposto degli artt. 32 e 46 del r.d. n. 1736/1933. In tale occasione, considerando tutte le circostanze del caso concreto, la Corte ritenne che la banca avesse violato un obbligo di protezione su di essa gravante nei confronti del cliente; obbligo (definito "collaterale" a quelli nascenti dal contratto di conto corrente, " e a questo, per così dire, consustanziale") che le "imponeva per vero di interpretare il termine di quindici giorni di cui alle norme innanzi menzionate, non solo come termine entro il quale andava levato il protesto, ma come termine prima del quale questo non poteva essere, nella fattispecie, levato".

Tipologia significativa e ricorrente, enucleata dalla giurisprudenza in seno agli obblighi di protezione, è quella degli obblighi di informazione, il cui archetipo, con riguardo alla fase delle trattative precontrattuali, è rappresentato dall'art. 1338 c.c. Caratteristica intrinseca agli obblighi informativi è che essi si spingono fin dove è necessario per preservare l'incolpevole affidamento della controparte, sicché dev'esserne esclusa l'operatività rispetto a quelle circostanze ricadenti nella sfera di conoscenza (o conoscibilità) dell'altro contraente.

Sez. 3, n. 8412/2015, Rossetti, Rv. 635202-01, in un caso nel quale l'assicurato lamentava la mancanza di una esaustiva informazione, da parte dell'assicuratore, circa la reale entità dei costi di gestione della polizza, nonché la circostanza che il rendimento da essa garantito potesse essere inferiore all'ammontare dei premi versati, affermò che il dovere di correttezza, discendente dall'art. 1175 (nonché 1337 e 1375) c.c., impone all'assicuratore di proporre al cliente prodotti assicurativi per lui utili e di metterlo nelle condizioni di compiere una scelta consapevole attraverso un'informazione completa circa le caratteristiche del prodotto.

Sez. 3, n. 17010/2018, Scarano, Rv. 649439-01, ha esentato da responsabilità professionale il notaio che aveva omesso di indicare la presenza di un'iscrizione ipotecaria su un'immobile oggetto di un atto di compravendita da lui rogato, dal momento che risultava provato, in fatto, che il compratore fosse a conoscenza della circostanza.

Ancor più di recente, un'interessante fattispecie in tema di somministrazione di lavoro è stata affrontata da Sez. 3, n. 26525/2020, Sestini, Rv. 659791-01. A seguito della costituzione giudiziale, in suo danno, di due rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 27, comma 1, del d. lgs. n. 276/2003, la società utilizzatrice aveva convenuto in giudizio la società somministratrice di lavoro, invocandone la responsabilità contrattuale "per violazione dei doveri di buona fede e correttezza", che le imponevano di informarla della necessità di maggiore specificazione delle causali

del contratto. Secondo la prospettazione dell'attrice, a fronte dell'indicazione, da parte dell'utilizzatrice, di ragioni "insufficienti", la convenuta non avrebbe potuto limitarsi a recepirle nel contratto concluso con i lavoratori, ma, in considerazione della sua specifica professionalità, avrebbe dovuto metterla sull'avviso circa le conseguenze giuridiche derivanti dalla genericità dell'indicazione. La Terza Sezione ha confermato il ragionamento del giudice di merito, nel senso dell'insussistenza, in capo al somministratore, di obblighi informativi discendenti dal principio della buona fede, aventi ad oggetto circostanze (quali i presupposti per la regolarità della somministrazione di manodopera) evincibili dalla legge, e pertanto rientranti nella sfera di conoscibilità (anche) dell'utilizzatore. Quest'ultimo, si legge nella motivazione, "si trova già nella condizione di conoscere direttamente e compiutamente - sulla base delle specifiche previsioni normative - sia gli elementi che debbono essere contenuti nel contratto di somministrazione che le conseguenze della «somministrazione irregolare»", e pertanto nei suoi confronti "non è predicabile un obbligo (..) di verificare l'adeguatezza della "causale" indicata (col corollario di doverne risponderne in via risarcitoria)". Un'eccezione - prosegue la Corte - può rinvenirsi nelle sole ipotesi in cui il contratto non contenga alcuna causale, ovvero il somministratore sia stato coinvolto in "situazioni identiche sottoposte a vaglio giudiziale negativo": in tali casi, "evidenti ragioni di correttezza impongono di informare l'utilizzatore al fine di non esporlo ad un accertamento di irregolarità della somministrazione".

3. Gli obblighi di protezione senza prestazione.

Secondo un'impostazione ormai acquisita in dottrina e giurisprudenza, obblighi di protezione della sfera giuridica altrui possono sorgere, come già anticipato, in virtù del principio di buona fede (o comunque dell'affidamento ingenerato dallo *status* professionale di un determinato soggetto), anche in mancanza di uno specifico obbligo di prestazione gravante su colui il cui comportamento è suscettibile di produrre danno.

Un esempio è dato dal c.d. trasporto di cortesia, nel quale, dal contatto sociale instauratosi tra vettore e trasportato, sorgerebbe in capo al primo non già un obbligo di trasporto (sicché il passeggero potrebbe essere fatto scendere in qualsiasi

momento), bensì soltanto un obbligo di protezione per l'incolumità del passeggero e delle cose che questi porti con sé[1].

Altra applicazione giurisprudenziale di tale ricostruzione si riscontra in tema di responsabilità degli istituti bancari. Sez. U, n. 14712/2007, Rordorf, Rv. 597395-01, risolse il contrasto venutosi a creare nella precedente giurisprudenza di legittimità, affermando la natura contrattuale della responsabilità della banca c.d. negoziatrice, per avere consentito, in violazione delle regole poste dall'art. 43 l. ass., l'incasso di un assegno bancario non trasferibile a persona diversa dal beneficiario. Anche in questo caso, la Suprema Corte pose l'accento sull'esistenza, in capo alla banca, di un obbligo professionale di protezione, "operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso". Il prenditore dell'assegno (ma anche colui che abbia eventualmente costituito la provvista presso la banca trattaria), pur non essendo legato da alcun rapporto contrattuale con la banca negoziatrice, legittimamente confida che quest'ultima, quale "soggetto dotato di specifica professionalità a questo riguardo", si uniformi rigorosamente alle regole di circolazione dei titoli di credito previste dalla legge, cosicché la violazione degli obblighi posti da tali regole dà luogo a responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato[2].

Per quel che riguarda la responsabilità precontrattuale, recentemente Sez. 2, n. 24738/2019, Casadonte, Rv. 655259-01, l'ha ricondotta all'alveo dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che spetta a colui che allega il recesso ingiustificato dalle trattative dimostrare che esso esuli dai limiti della correttezza e buona fede postulati dall'art. 1337 c.c. La pronuncia si pone in contrasto con la precedente Sez. 1, n. 14188/2016, Valitutti, Rv. 640485-01, che, nel ravvisare, nel contegno della P.A. che aveva omesso di "perfezionare" un contratto già concluso mediante l'approvazione ministeriale *ex* art. 19 del r.d. n. 2440/1923, una responsabilità riconducibile agli artt. 1337 e 1338 c.c., l'aveva inquadrata "nella responsabilità di tipo contrattuale da

[1] CASTRONOVO, Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso, in Eur. dir. priv., 2004, 87.

[2] La soluzione è stata successivamente ribadita da Sez. 3, n. 7618/2010, Vivaldi, Rv. 612313-01 e Sez. 3, n. 10534/2015, Ambrosio, Rv. 635611-01, cui è seguita, poi, Sez. U, n. 12477/2018, Cristiano, Rv. 648275-01, la quale, completando il ragionamento delle Sezioni Unite del 2007, ha puntualizzato che la banca convenuta "è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.".

"contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, *ex* art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.".

Da ultimo, Sez. Un., n. 8236/2020, Cosentino, Rv. 657613-01, pronunciandosi in sede di regolamento di giurisdizione, ha concluso per la devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nelle quali il privato deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal contegno della P.A. (pur non tradottosi nell'emissione di un provvedimento favorevole). In tale occasione le Sezioni Unite hanno ribadito che "il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta (..) una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività", e che "tale dovere si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva". Questo "*quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere*" esclude che dalla violazione di tali doveri possa sorgere una "generica "responsabilità del passante"", trattandosi piuttosto "della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno", ovvero una responsabilità (di tipo) contrattuale.

La più celebre applicazione della teoria dell'obbligazione senza prestazione si deve, peraltro, a Sez 3, n. 589/99, Vella, Rv. 529409-01, in tema di responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera. Affermò la Corte, in tale occasione, che, sebbene un contratto generalmente intercorra soltanto tra la struttura sanitaria e il paziente, tra quest'ultimo e il medico dipendente dalla prima si instaura un rapporto fondato sull'affidamento nel corretto espletamento della prestazione sanitaria, in ragione dello *status* professionale del medico, il quale "sembra idone[o] come tale a fondare una pretesa specifica di protezione in capo al malato nei confronti del terzo"[1]. Se, dunque, il medico, pur non essendovi obbligato nei confronti del paziente, intervenga su quest'ultimo, "l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel

[1] CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 564 s.

contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico". In tale occasione, la Cassazione precisò altresì che non pertinente, rispetto alla fattispecie considerata, doveva considerarsi la teoria del contratto (tra medico e struttura) con effetti protettivi nei confronti del terzo (il paziente), dal momento che quest'ultimo è titolare del diritto a conseguire la prestazione principale, e non già semplicemente dell'interesse di non subire danni correlati all'esecuzione della medesima (contraltare dell'obbligo di protezione). Dall'angolo visuale del rapporto col paziente, sul medico incombe, dunque, un obbligo di protezione della sua salute; obbligo autonomo, dal momento che non accede a un obbligo di prestazione (cui - come detto - il medico è tenuto nei soli confronti della struttura sanitaria di riferimento)[1]. Come noto, l'impostazione appena illustrata (che aveva trovato il favore unanime della giurisprudenza dei due decenni successivi) è stata sovvertita dall'intervento del legislatore il quale, all'art. 7, comma 3, della l. n. 24/2017, ha espressamente sancito la natura extracontrattuale della responsabilità del medico (a meno che - s'intende - egli non abbia concluso uno specifico contratto col paziente).

Sulla stessa scia si pose S.U., n. 9346/2002, Preden, Rv. 555386-01, che sancì la natura contrattuale della responsabilità dell'insegnante dipendente di un istituto pubblico per i danni cagionati dall'allievo a se stesso durante l'orario scolastico. In considerazione del ruolo professionalmente svolto dall'insegnante, le Sezioni Unite ravvisarono un contatto sociale tra costui e l'allievo, dal quale scaturiscono obblighi di protezione e vigilanza, funzionali ad evitare che l'allievo si procuri, da se medesimo, un danno alla persona[2].

---

[1] Il paziente non è, dunque, creditore della prestazione, ma "sostrato materiale" della stessa, pur sempre rivolta verso la struttura (che è la controparte contrattuale del medico). Da tale qualificazione discende che la responsabilità contrattuale del medico sussisterebbe, nei confronti del paziente, nel solo caso in cui l'operato del primo determini un peggioramento del suo stato di salute *quo ante*; laddove invece, la cura si rivelasse semplicemente inutile, non consentendo al paziente di accedere a quel miglioramento delle proprie condizioni di salute normalmente esigibile alla stregua delle *leges artis* applicabili nel caso concreto, la pretesa risarcitoria conseguente all'inadempimento della prestazione principale potrebbe essere fatta valere nei soli confronti della struttura. Per una critica a tale conclusione, fondata sul rilievo che la prestazione del professionista non possa che rimanere identica, nel contenuto, tanto in presenza, quanto in assenza di un pregresso contratto col paziente, si veda DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss..

[2] In tempi più recenti, si sono conformati a tale *dictum* Sez. 3, n. 10516/2017, Dell'Utri, Rv. 644014-01; Sez. 3, n. 3695/2016, Pellecchia, Rv. 638980-01; Sez. 3, n. 2413/2014, F.M. Cirillo, Rv. 630341-01 (relativa all'infortunio patito da un alunno nel corso di una gita scolastica).

4. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi.

Nella categoria dei contratti con effetti protettivi in favore dei terzi si annoverano le ipotesi in cui "l'inesatta esecuzione di un contratto può arrecare un pregiudizio alla persona ovvero alle cose di un terzo, che si trovi in una relazione di "prossimità" con una delle parti del contratto"[1]. In questo caso, ad entrare in contatto con la prestazione non sono, dunque, interessi del creditore diversi rispetto a quello sotteso alla prestazione, ma - per l'appunto - gli interessi di un terzo, ai quali, in forza del principio di buona fede viene estesa, a determinate condizioni, la medesima tutela riconosciuta ai primi.

Nel sistema giuridico tedesco[2], la condizione di "vicinanza" del terzo è stata tradizionalmente declinata mediante l'estensione della stessa forma di protezione riconosciuta al creditore della prestazione (si pensi ai danni alla salute patiti dai dipendenti dell'imprenditore, a causa dei vizi di macchinari acquistati da terzi, o dai familiari di colui che abbia incaricato un prestatore d'opera di svolgere lavori di manutenzione all'interno della propria abitazione); ovvero in funzione del particolare affidamento riposto dal terzo nella corretta esecuzione della prestazione, fondantesi sulle qualità professionali del debitore (è il caso, per esempio, dei danni patrimoniali subiti da un contraente, a causa delle informazioni inesatte contenute in perizie redatte da professionisti incaricati dall'altro contraente).

Con riguardo alla protezione degli interessi non patrimoniali del terzo, la dottrina tedesca subordina l'operatività del modello alla ricorrenza di tre presupposti: un rapporto di stretta contiguità del terzo con (l'esecuzione del)la prestazione del debitore; un interesse del creditore alla protezione del terzo; la conoscibilità dei suddetti requisiti da parte del debitore[3]. A venire in rilievo sono, in particolare, le situazioni di convivenza o di esposizione al rischio legate alle relazioni familiari o lavorative nelle quali è coinvolto il creditore, che portano in esponente una condizione del terzo difficile da ricondurre nell'orbita extracontrattuale, siccome evidentemente differenziata da quella del *quisque de populo*.

---

[1] MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 367. I terzi beneficiari degli effetti protettivi si individuano generalmente tra i familiari e i dipendenti del creditore contrattuale (v. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 44 ss.).

[2] Per i cui capisaldi teorici si vedano CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss., nonché VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, *passim*.

[3] Sul punto, si veda VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., 38, nonché DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 16.

Nella giurisprudenza italiana, la categoria del contratto con effetti protettivi è stata richiamata, nel campo del danno non patrimoniale, essenzialmente con riguardo ai pregiudizi da c.d. *wrongful birth*, vale a dire ai pregiudizi alla salute del nascituro, derivanti dall'inadempimento del ginecologo, nonché a quelli patiti dalla madre, dal padre e dai fratelli del soggetto nato con malformazioni congenite, in conseguenza dell'omessa (o tardiva) diagnosi delle stesse, che abbia impedito alla madre di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza.

Nel settore del danno patrimoniale, invece, nel novero dei soggetti protetti dal contratto vengono fatti rientrare anche terzi portatori di interessi in conflitto con quello del creditore della prestazione (si pensi alla "generosa" stima del valore di un bene, effettuata dal perito incaricato dal promittente venditore, che determina un pregiudizio in capo all'acquirente che si avveda successivamente di un valore effettivo notevolmente inferiore). Ciò induce a rintracciare il fondamento dell'obbligo di protezione del terzo al di fuori del contratto, e precisamente nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.[1], ovvero nella previsione legislativa della buona fede, che giustifica l'estensione della disciplina contrattuale al rapporto che viene a crearsi tra una parte del contratto e un determinato terzo, la cui sfera giuridica venga messa in pericolo dall'esecuzione della prestazione. Anche in questo caso, un ruolo fondamentale compete alla caratterizzazione professionale dello "status" del debitore, che induce a confidare nella corretta esecuzione della prestazione non solo la sua controparte contrattuale, ma anche altri soggetti la cui sfera giuridica patrimoniale è suscettibile di essere incisa, per l'appunto, dalla prestazione stessa.

5. La "dimensione protettiva" della prestazione sanitaria.

Nella misura in cui si svolge sulla persona del paziente, la prestazione che (per antonomasia, si potrebbe dire) implica un profilo di protezione dell'integrità fisica del creditore è quella medico-chirurgica. Si è già detto che un obbligo di protezione nei confronti del paziente può sorgere, in capo al medico, anche in assenza di contratto, in virtù dell'affidamento indotto dal contatto sociale instauratosi tra i due soggetti[2]. Ma, nell'ipotesi in cui un contratto vi sia, che ruolo gioca, in seno ad esso,

[1] CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 247 ss.

[2] Proprio l'assenza di una vera e propria prestazione contrattuale ha, peraltro, ingenerato il dibattito se la responsabilità del medico per la violazione di tale obbligo di protezione si arrestasse all'ipotesi in cui egli avesse cagionato un effettivo peggioramento delle condizioni di salute del paziente, ovvero comprendesse anche quella in cui tali condizioni, pur non ulteriormente

la finalità di protezione del paziente? A questa va riconosciuta la veste di obbligo di protezione, che si affianca alla prestazione oggetto del contratto, ovvero, in considerazione del peculiare contenuto di quest'ultima, si può ritenere che permei la stessa causa concreta del contratto?

Allargando l'analisi al rapporto che il paziente instaura con la struttura ospedaliera all'interno della quale riceve le cure, si deve osservare come la responsabilità della struttura abbia conosciuto un processo di progressivo sganciamento dalla dimensione del *facere* professionale del medico, in consonanza con l'autonoma configurazione del contratto atipico c.d. di spedalità (o assistenza sanitaria), del quale il suddetto *facere* è solo un segmento.

A partire da Sez. Un., n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903-01, la Cassazione ha affermato, infatti, che, dal contratto concluso dal paziente con l'ente ospedaliero discendono, oltre all'obbligazione relativa alla prestazione di cura vera e propria (espletata dalla struttura, *ex* art. 1228 c.c., per il tramite del medico), tutta una serie di "obblighi cd. di protezione ed accessori", tra cui la fornitura di servizi alberghieri e la messa a disposizione di farmaci, attrezzature e personale sanitario ausiliario. La prestazione sanitaria s'inscrive, cioè, in una dimensione organizzativa più ampia, evocata dal concetto di "sicurezza delle cure" di cui all'art. 1 della legge n. 24/2017. Da ciò deriva che le strutture sanitarie sono tenute a uniformarsi a precisi *standards* strutturali, tecnologici e organizzativi previsti *ex lege*, i quali finiscono per acquisire "rilievo nella valutazione dell'(in)esatto adempimento della prestazione di assistenza sanitaria, che in sé include anche l'organizzazione dell'attività necessaria per il compimento del singolo atto medico"[1]. In questa prospettiva, l'attenzione si focalizza sulla preventiva "presa in carico" del paziente all'interno di un contesto organizzativo di riferimento, finalizzato al "perseguimento dell'obiettivo di tutela della salute «come diritto fondamentale dell'individuo (..) da tutelare nel rispetto della dignità e della libertà della persona» (secondo l'art. 1 del d. lgs. n. 502/1992)"[2]. Tale approccio fa emergere un'istanza *lato sensu* "protettiva" dell'integrità psico-fisica del paziente, che può ritenersi compresente in qualsivoglia atto medico svolto in

---

deterioratesi, non avessero subito quel miglioramento che – alla stregua delle *leges artis* - fosse lecito esigere dal corretto svolgimento dell'opera professionale da parte del medico.

[1] DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Milano, 2017, 77.

[2] Ancora DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, cit., 76.

sede nosocomiale, nella misura in cui esso si ponga come concretizzazione, in rapporto al singolo paziente, dell'organizzazione di cui s'è detto[1].

Per designare queste obbligazioni "organizzative" - le quali, come detto, fanno da contorno alla prestazione sanitaria principale - si trova non di rado utilizzata (*in primis*, dalla sentenza n. 577/2008) l'espressione "obblighi di protezione". Tuttavia, esse, a ben vedere, non sembrano rientrare nella nozione classica degli obblighi di protezione, dal momento che, per quanto "accessorie" alla prestazione principale, rientrano pur sempre tra quelle direttamente scaturenti dal contratto (di cui, unitamente alla prima, costituiscono componente essenziali[2]).

Se, nei casi sopra esaminati della lesione auto-infertasi dall'alunno, ovvero occorsa al cliente del centro termale o del ristorante, è possibile individuare una prestazione che non ha come immediato referente oggettivo la "fisicità" della persona (involgendo, rispettivamente, l'istruzione e l'educazione degli studenti, ovvero la fornitura dei servizi termali e di ristorazione), nel caso dell'assistenza sanitaria l'obbligo di apprestare tutte le cautele necessarie alla conservazione e al recupero della salute del paziente pertiene, invero, al nucleo qualificante della prestazione. La salute entra, infatti, nella causa del contratto, quale bene giuridico immediatamente implicato dall'esecuzione della prestazione. E sebbene ciò sia più immediatamente evidente per la prestazione professionale del medico in senso stretto[3], nondimeno alla salute del paziente le prestazioni di tipo "alberghiero-

[1] In questo senso molto generale può intendersi il riferimento al "contratto con effetti protettivi", contenuto in alcune pronunce della Cassazione (Sez. 3, n. 13066/2004, Manzo, Rv. 574562-01; Sez. 3, n. 1698/2006, Varrone, Rv. 587618-01; Sez. 3, n. 13953/2007, Trifone, Rv. 597575-01; Sez. 3, n. 18610/2015, Scrima, Rv. 636984-01). Senonché, la Corte parla di effetti protettivi nei confronti del terzo, quale tuttavia non può certamente considerarsi il paziente che instauri direttamente il rapporto con la struttura.

[2] Si veda Sez 3, n. 25844/2017, Scoditti, Rv. 646462-01, secondo cui "la prestazione di una casa di cura, limitata alla messa a disposizione in favore di un'azienda ospedaliera del personale paramedico, dell'immobile con i relativi impianti nonché del vitto per i ricoverati, non rientra nel contratto atipico di spedalità, difettandone il connotato essenziale, consistente nella effettuazione delle cure mediche e chirurgiche (rimaste, nella specie, a carico della stessa azienda) e non richiede, pertanto, che la casa di cura sia soggetta ad accreditamento istituzionale *ex* art. 8-quater, del d.lgs. n. 502 del 1992)".

[3] Impostando un parallelismo con la responsabilità del professionista forense, afferma Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01, che, "benché guarigione dalla malattia o vittoria della causa non siano dedotte in obbligazione, esse non costituiscono un motivo soggettivo che resti estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma sono tipicamente connesse all'interesse regolato perché la possibilità del loro soddisfacimento è condizionata dai mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale. L'interesse corrispondente alla prestazione oggetto di obbligazione ha natura strumentale rispetto ad un interesse primario o

assistenziale", predicabili nei confronti della struttura, si mostrano tanto intensamente correlate, che non sembra possibile predicarne la natura "di protezione", se non in funzione puramente descrittiva[1] di un'accessorietà comunque non esorbitante dal perimetro della prestazione. Si pensi, per esempio, all'"obbligo protettivo di informazione" circa l'inadeguatezza degli strumenti diagnostici, cui, con specifico riguardo alla diagnosi di malformazioni fetali, fa riferimento Sez. 3, n. 4540/2016, Vincenti, Rv. 639375-01, laddove afferma che esso "nasce in uno con l'inadempimento, da parte della struttura sanitaria, dell'obbligo di adeguatezza organizzativa in rapporto all'assunzione della prestazione di spedalità in favore del paziente nonostante il deficit organizzativo": ebbene, tale obbligo - che impone al nosocomio di avvisare il paziente dell'inadeguatezza della propria dotazione, sì da consentirgli di valutare l'opportunità di rivolgersi ad altro centro più attrezzato - altro non è che un corollario di quello più generale di adeguatezza organizzativa.

In definitiva, dalla prospettiva del paziente creditore della prestazione, non si rende necessario ricorrere alla buona fede per raccordare al rapporto obbligatorio un interesse (quale quello all'integrità della propria persona) da ritenersi già dedotto nel contratto.

5.1. Gli obblighi di protezione nei confronti dei pazienti "deboli".

Al di là della componente di protezione immanente alla stessa prestazione medica intesa in senso generale, nei confronti di alcuni soggetti i quali, come i pazienti psichiatrici, versano in condizioni di particolare fragilità o "debolezza", si pongono specifici obblighi di protezione e/o sorveglianza, volti a scongiurare il compimento di atti lesivi per se stessi o per i terzi. Si tratta coloro "che possano, con alto grado di probabilità, porre in essere comportamenti autolesionistici o comunque imprevedibili, tali, in ogni caso, da legittimare, se non il sacrificio della

presupposto, il quale non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo, ma è connesso all'interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto. Non c'è obbligazione di diligenza professionale del medico o dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa".

[1] È in tale accezione che – se non ci s'inganna – dev'essere intesa la definizione di "contratti di protezione", genericamente attribuita da Cass., Sez. Un., n. 26972/2008, Preden, 605494-01, ai contratti "che si concludono nel settore sanitario", nei quali "gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali".

libertà di movimento dei medesimi, quantomeno modalità di sorveglianza appropriate secondo una ragionevole prognosi *ex ante*" (Sez. 3, n. 7997/2005, Travaglino, Rv. 582983-01).

Sez. 3, n. 12965/2005, Purcaro, Rv. 582022-01, per esempio, riconobbe la responsabilità *ex* art. 2047 c.c. della struttura sanitaria, per l'omicidio commesso, da un paziente psichiatrico *ivi* ricoverato, ai danni di un altro paziente suo compagno di stanza. In Sez. 3, n. 22818/2010, Amendola, Rv. 615165-01, era stata, invece, una paziente oligofrenica a subire violenza carnale all'interno dell'istituto ove era ricoverata, il quale fu riconosciuto responsabile, a titolo contrattuale, per l'inadempimento degli obblighi di sorveglianza su di esso incombenti. Di un caso di danno procurato a se stesso da un paziente epilettico ricoverato per un *night-hospital* si occupò, invece, Sez. 3, n. 7997/2005, Travaglino, Rv. 582983-01).

In questi casi, l'obbligo di sorveglianza non è generico ma specifico, in quanto correlato a una precisa diagnosi, sicché la protezione "costituisce la parte essenziale della cura", secondo l'espressione utilizzata da Sez. 3, n. 22331/2014, Rossetti, Rv. 633104-01 (relativa al caso di un paziente psichiatrico il quale, allontanatosi dalla clinica ove era ricoverato per la cura dei disturbi mentali da cui era affetto, si era gettato contro un treno, finendo per perdere la mano).

La finalità protettiva, in questi casi, entra, dunque, a far parte del nucleo qualificante della prestazione, dovendo peraltro modularsi in funzione delle concrete condizioni del paziente e delle peculiarità del caso concreto[1], "al fine di prevenire tutti i rischi potenzialmente incombenti sul degente, alla sola condizione che rientrino nello spettro della prevedibilità"[2]. E ciò anche quando si tratti non solo e non tanto di curare, bensì di fornire servizi più spiccatamente residenziali o socio-assistenziali a soggetti non autosufficienti o psichicamente labili.

---

[1] In Sez 3, n. 10832/2014, Rubino, Rv. 631006-01, una donna affetta da disturbo psicotico si era presentata (di notte e accompagnata dalla Polizia) al Pronto soccorso dell'ospedale, portando con sé una cartella clinica attestante precedenti ricoveri psichiatrici per disturbi della personalità. Dopo averla visitata, i medici del Pronto Soccorso avevano richiesto una visita specialistica psichiatrica, ma, prima dell'arrivo dello psichiatra, la paziente (che era stata lasciata in una stanza, da sola in compagnia di una sua parente) era salita su un tavolo e si era gettata dalla finestra. Adattando alle circostanze del caso concreto la definizione degli obblighi gravanti sul personale del Pronto Soccorso, la Corte affermò che "a fronte di determinati tipi di patologie lamentate dai pazienti - ben più che di altre — possono assumere un ruolo rilevante tra le prestazioni a carico della struttura specie in sede di primo intervento, gli obblighi per solito accessori di sicurezza e protezione dei pazienti".

[2] Così Sez. 3, n. 22331/2014, Rossetti, Rv. 633104-01.

Di notevole interesse, in tal senso, sono due pronunce recenti della Corte di Cassazione. In Sez. 3, n. 9714/2020, Olivieri, Rv. 657767-01, un disabile, mentre era affidato a una Onlus dedita all'attività di "terapia occupazionale", era morto per soffocamento da ingestione di cibo. La Corte ha riscontrato gli estremi della responsabilità dell'ente, sul presupposto che "le obbligazioni assunte dalla Associazione includevano oltre alle prestazioni strettamente inerenti alle attività occupazionali, anche tutte quelle prestazioni accessorie che si rendevano necessarie alla protezione del soggetto disabile e dunque volte a salvaguardare la sua incolumità - nei locali della Associazione durante il periodo in cui rimaneva affidato agli operatori - anche da atti lesivi compiuti da terzi o autoinflitti (..)". Al contrario, Sez. 3., n. 14260/20, Gorgoni, Rv. 658317-01, non ha ritenuto sussistente, in capo a un'Onlus che forniva accoglienza ai rifugiati nell'ambito del sistema di cui al d. lgs. n. 140/2005, un obbligo di sorveglianza esteso fino ad impedire il suicidio di un soggetto affetto da schizofrenia (ospitato in una propria struttura), sul presupposto che "il contenuto dell'obbligo di vigilanza e di sorveglianza andava individuato in concreto in relazione a quelle prestazioni di bisogno non strettamente terapeutico e di sorveglianza esigibili da una struttura residenziale aperta, erogante servizi ai rifugiati, anche quelli in condizioni di vulnerabilità, all'interno del complesso sistema dello SPRAR", sicché non poteva estendersi fino a limitare la libertà personale degli ospiti, dotando l'edificio di presidi (quali lo sbarramento delle finestre per evitare il suicidio per precipitazione) che avrebbero finito per trasformarlo in una struttura di reclusione.

Coerente con tale assetto è la riconduzione di questi obblighi (che, anche se solo con finalità descrittiva, si possono definire "di protezione") non già all'art. 1375 c.c., bensì all'art. 1374 c.c., quale effetto naturale del contratto concluso con la struttura sanitaria (in tal senso, Sez. 3, n. 22331/14, Rossetti, Rv. 633104-01)[1]. Non mancano, peraltro, affermazioni secondo cui la salvaguardia dell'incolumità del paziente psichiatrico andrebbe ricondotta "tra quegli obblighi di protezione destinati ad integrare il contenuto del contratto *ex* art. 1375 c.c.". In tal senso si segnala, da ultimo, Sez. 3, n. 25288/2020, Guizzi, Rv. 659778-01, relativa al caso di una donna incinta ricoverata nel reparto psichiatrico di un ospedale, la quale, sulla base della diagnosi di "sintomatologia psicotica e gesti autolesivi", era stata sottoposta a trattamento sanitario obbligatorio mediante sistemi di contenzione fisica, ma

[1] Anche Sez. 3, n. 9714/2020, Olivieri, Rv. 657767-01, dichiara esplicitamente che "anche le prestazioni di vigilanza e di primo soccorso (nelle quali è inclusa anche la manovra di Heimlich) integrassero il contenuto della obbligazione assunta dalla Associazione".

ciononostante era riuscita, con movimento fulmineo, a cavarsi l'occhio, eludendo la sorveglianza visiva posta in essere dal personale sanitario[1].

5.2. Gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi in ambito sanitario.

Leading case in materia viene tradizionalmente considerato quello in cui la Corte di Cassazione si trovò ad affrontare il problema della legittimazione del neonato a domandare il risarcimento dei danni occorsigli in conseguenza di un'errata manovra ostetrica, posta in essere prima della nascita. Dopo aver escluso che il nascituro potesse assumere la qualità di creditore della prestazione sanitaria secondo il modello del contratto in favore di terzo, la Corte evocò lo schema del contratto protettivo, sul presupposto che "col ricovero della gestante l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) - qualsiasi possibile danno" (Sez 3, n. 11503/93, Nicastro, Rv. 484431-01).

La responsabilità contrattuale del ginecologo per l'omessa diagnosi di una malformazione fetale venne successivamente riconosciuta, anche nei confronti del padre, da Sez. 3, n. 6735/2002, Vittoria, Rv. 554299-01, che ricondusse anche costui (nonostante l'ordinamento non gli attribuisca alcun potere in ordine alla scelta abortiva della donna) "tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta", in virtù "del tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione - quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978; sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.)".

Sez. 3, n. 14488/2004, Segreto, Rv. 575702-01, qualificò il contratto concluso tra la gestante e il medico facendo espresso riferimento alla "figura individuata dalla dottrina tedesca" del "contratto con effetti protettivi" nei confronti del nascituro, il quale, una volta venuto al mondo e acquisita la capacità giuridica, potrà "agire per

[1] La Cassazione, in questo caso, ha avallato il ragionamento del giudice di merito in punto di nesso causale (sostanzialmente presunto in ragione dello stesso verificarsi dell'evento che l'obbligo violato mirava ad evitare), ma non sotto il profilo della colpa (e segnatamente della prova del fattore imprevedibile e inevitabile che aveva reso impossibile la prestazione), non avendo la Corte d'appello evidenziato quali cautele, concretamente adottabili dalla struttura sanitaria, sarebbero state idonee a scongiurare l'evento.

far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse". Quanto al marito della gestante, la sentenza appena citata riprodusse pedissequamente le considerazioni di cui al precedente del 2002. Seguirono, poi, sulla stessa scia, Sez. 3, n. 20320/2005, Purcaro, Rv. 584525-01; Sez. 3, n. 10741/2009, Spagna Musso, Rv. 608388-01; Sez. 3, n. 13/2010, Filadoro, Rv. 611041-01; Sez. 3, n. 2354/2010, Chiarini, Rv. 611337-01; Sez. 3, n. 16754/2012, Travaglino, Rv. 623594-01; Sez. 3, n. 10812/2019, Scarano, Rv. 653826-01, tutte ripetitive del principio di diritto che riconnette la natura contrattuale della responsabilità alla comunanza degli interessi familiari suscettibili di essere incisi dall'inadempimento[1]. Merita di essere ricordata, in argomento, Sez. 3, n. 9048/2018, Rossetti, Rv. 648487-01, secondo cui un danno risarcibile non può configurarsi, invece, in capo ai fratelli non ancora nati al momento della venuta al mondo del bambino vittima di danno iatrogeno perinatale. Il pregiudizio rappresentato dall'entrare a far parte, con la nascita, di una famiglia più turbata e infelice di quanto sarebbe accaduto se il loro fratello maggiore fosse nato sano, integra, infatti, secondo la Corte, una conseguenza che, in quanto intermediata dalla scelta libera e consapevole dei genitori di concepirli, non può definirsi "immediata e diretta", alla stregua dell'art. 1223 c.c., rispetto al contegno colposo del medico.

5.3. I limiti della fattispecie: la sentenza n. 14258/2020.

Con la pronuncia n. 14258 dell'8 luglio 2020, la Terza Sezione ha affrontato per la prima volta in maniera diretta la questione del titolo della responsabilità sanitaria invocata, *iure proprio*, dai parenti del paziente, per il risarcimento dei pregiudizi subiti in conseguenza della morte del proprio congiunto. I precedenti citati nella motivazione (Sez 3., n. 6914/2012, Barreca, non massimata, relativa alla domanda risarcitoria proposta dalla figlia di una degente in una casa di riposo, che era deceduta precipitando dalla finestra della sua stanza; e Sez. 3, n. 5590/2015, Rubino, non massimata, nella quale la qualificazione come extracontrattuale della responsabilità era stata affermata ai soli fini dell'applicazione del termine di prescrizione di cui all'art. 1947 c.c.) non si erano, infatti, confrontati espressamente con la possibilità di

[1] In tema di danno da nascita indesiderata di figlio sano, idonea a cagionare un danno patrimoniale e non patrimoniale a entrambi i genitori, in conseguenza della lesione del loro diritto all'autodeterminazione, si vedano Sez. 3, n. 2070/2018, Rv. 647589-01, e Sez. 3, n. n. 2675/2018, Rv. 647937-01.

inquadrare la fattispecie nell'ambito degli obblighi di protezione, limitandosi ad affermare la natura extracontrattuale della responsabilità, in ragione dell'insussistenza di un contratto tra gli attori e la casa di cura convenuta. Lo stesso era accaduto in altri precedenti che è possibile rinvenire nella materia lavoristica, con riferimento alle domande risarcitorie avanzate (*iure proprio*) dai familiari della "vittima primaria" di un infortunio, in relazione alla responsabilità del datore *ex* art. 2087 c.c.

Un consolidato orientamento[1] formatosi in tema di ripartizione delle controversie tra giudice ordinario e giudice del lavoro, afferma, a tal proposito, che "esula dalla competenza per materia del giudice del lavoro e resta devoluta alla cognizione del giudice competente secondo il generale criterio del valore la domanda di risarcimento dei danni proposta dai congiunti del lavoratore deceduto non *jure hereditario*, per far valere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro nei confronti del loro dante causa, bensì *jure proprio*, quali soggetti che dalla morte del loro congiunto hanno subìto danno e, quindi, quali portatori di un autonomo diritto al risarcimento che ha la sua fonte nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.". Di recente, poi, Sez. L, n. 2/2020, Blasutto, Rv. 656405-01, ha ribadito che "la domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla perdita del rapporto parentale, proposta *iure proprio* dai congiunti del lavoratore, quali soggetti estranei al rapporto di lavoro, (..) trova la sua fonte esclusiva nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.". Ai fini della ripartizione dell'onere probatorio circa i fatti costitutivi della pretesa, non rileva, quindi, che, quale *causa petendi* della suddetta domanda, venga dedotto l'inadempimento degli obblighi gravanti sul datore di lavoro alla stregua dell'art. 2087 c.c., "né la circostanza che l'azione aquiliana, oggetto del giudizio, individui il nucleo dell'elemento soggettivo del convenuto in una "porzione" di un'azione contrattuale, soggetta a regole probatorie differenti, sposta il relativo onere *ex* art. 2697 c.c.".

Tornando alla sentenza n. 14258 del 2020, il caso affrontato dalla Terza Sezione riguardava un uomo che, a causa dell'insorgenza di difficoltà respiratorie, era stato ricoverato nell'ospedale in cui più volte era già stato curato in passato, per patologie psichiatriche che lo affliggevano da lungo tempo. Durante il ricovero, il paziente si era gettato dalla finestra, morendo. Nel convenire in giudizio la struttura sanitaria per il risarcimento dei danni da perdita del rapporto parentale, i figli ne avevano invocato la responsabilità contrattuale, lamentando la mancata adozione delle

[1] Le cui più recenti manifestazioni sono rappresentate da Sez. 3, n. 20355/2005, Perconte Licatese, Rv. 584559-01; Sez. 3, n. 3650/2006, Scarano, Rv. 588886-01; Sez. 3, n. 907/2018, Ambrosi, Rv. 647127-01.

misure idonee a scongiurare il suicidio (anche tenuto conto del fatto che la struttura era da tempo a conoscenza delle condizioni psichiche del paziente). Orbene, a fronte della prospettazione degli attori, secondo cui la responsabilità contrattuale sorgerebbe in virtù di un "contatto sociale qualificato, con effetti protettivi anche nei confronti di soggetti terzi" (*in primis*, gli stretti congiunti del paziente), la Corte opta per la qualificazione extracontrattuale della responsabilità, dal momento che, oltre a non essere parte del contratto concluso dal paziente con la struttura, i suoi familiari non possono neppure essere considerati "terzi protetti" dal suddetto contratto. Lo schema del contratto con effetti protettivi - sostiene la Corte - è infatti applicabile, nel campo della responsabilità sanitaria, alle sole fattispecie che chiamano in causa i c.d. danni da *wrongful birth*.

Si legge nella motivazione, che, per poter integrare il contenuto del contratto "in chiave di efficacia protettiva verso i terzi", sotto l'egida della buona fede di cui all'art. 1375 c.c., è necessario "che l'interesse di cui essi siano portatori risulti anch'esso strettamente connesso a quello «regolato già sul piano della programmazione negoziale»". Ad essere "protetto" dal contratto concluso tra la gestante e la struttura sanitaria è anzitutto il neonato (*rectius*, il nascituro), la cui posizione è presa in considerazione da diversi indici normativi (non solo la l. n. 194/1978, ma anche la l. n. 1204/1971 e la l. n. 903/1977, e le disposizioni costituzionali di cui all'art. 31, comma 2, e 37, comma 1, Cost.). Ma gli effetti di protezione si irradiano anche a beneficio degli altri membri della famiglia nucleare (padre e fratelli), in quanto titolari dell'interesse correlato al rapporto familiare nel quale il nascituro andrà a inserirsi (e sul quale, quindi, inevitabilmente è destinata a incidere la prestazione, cui la struttura o il medico sono tenuti). La soluzione, supportata dal riferimento all'art. 1375 c.c., sembra effettivamente rispondere a tutti i requisiti enucleati nella riflessione della dottrina tedesca: il terzo è portatore di un interesse (quello all'integrità del rapporto parentale con il nascituro) analogo a quello della madre, creditrice della prestazione; quest'ultima, a sua volta, è titolare di un interesse qualificato alla salvaguardia della posizione giuridica del terzo (in quanto membro dello stesso nucleo familiare); l'eventualità dell'incidenza negativa dell'inadempimento sull'interesse (anche) del terzo è prevedibile dal medico, debitore (o ausiliario del debitore) della prestazione: questi, infatti, non può non prefigurarsi le conseguenze che la nascita di un bambino malformato è suscettibile di determinare nella cerchia dei suoi più stretti congiunti. Il ragionamento ruota, allora, attorno alla convergenza dell'interesse dei terzi verso la salvaguardia dell'incolumità fisica del nascituro, la quale, a sua volta, costituisce l'interesse primario (insieme a quello della puerpera) "strettamente connesso a quello regolato già sul piano della programmazione negoziale". Focalizzando, quindi, l'attenzione sul rapporto parentale intercorrente tra il paziente psichiatrico e i suoi familiari, la

fattispecie esaminata dalla sentenza in esame potrebbe, invero, rivelare punti di contatto con quelle da *wrongful birth*, nella misura in cui, in entrambi i casi, il medico "prende in carico" la salute (e, in definitiva, la vita) di un soggetto legato agli attori (o in procinto di esserlo) da uno stretto rapporto familiare: rapporto sul quale la scorretta esecuzione della prestazione - attraverso la lesione di quella salute (o la soppressione di quella vita) - è suscettibile di proiettare conseguenze negative.

La Terza Sezione è tornata, peraltro, a marcare la differenza tra le due fattispecie in altre due successive occasioni. In Sez. 3, n. 14615/2020, Sestini, Rv. 658328-01 (di un solo giorno successiva alla n. 14258), la configurabilità del contratto con effetti protettivi del terzo nel solo ambito delle "prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione" viene giustificato con la circostanza che in questo campo "il rapporto tra la struttura o il medico e la gestante è idoneo - per la peculiarità della prestazione - a incidere in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre, sì da farne scaturire una tutela necessariamente estesa a tali soggetti (..)", mentre "non altrettanto può affermarsi (..) in relazione alle prestazioni sanitarie di altro tipo giacché, difettando un'incidenza diretta dell'obbligazione sanitaria sulla loro posizione, non v'è possibilità di sostenere l'esistenza di effetti protettivi e di affermare una responsabilità contrattuale al di fuori del rapporto fra la struttura o il medico e il paziente". Sez. 3, n. 19188/2020, Cricenti, non massimata, da parte sua individua il *discrimen* tra le due fattispecie nell'identità/diversità degli interessi dello stipulante (creditore della prestazione) e del terzo: mentre nel contratto finalizzato al parto l'esecuzione della prestazione soddisfa l'interesse del padre allo stesso modo di come soddisfa quello della gestante contraente (cosicché, specularmente, l'inadempimento della prestazione pone i due genitori danneggiati nella medesima posizione); nei contratti finalizzati ad altre prestazioni sanitarie l'interesse (alla cura della salute) del paziente contraente è diverso da quello (all'integrità del rapporto parentale) vantato dai congiunti.

6. Gli obblighi di protezione di interessi patrimoniali dei terzi.

La fattispecie degli obblighi di protezione nei confronti dei terzi può essere declinata anche con riferimento a interessi patrimoniali di questi ultimi.

Assai interessanti si mostrano, in proposito, due recenti pronunce della Terza Sezione, che hanno deciso in maniera opposta fattispecie di responsabilità professionale.

In Sez. 3, n. 7746/2020, Guizzi, Rv. 657617-01, l'attore aveva concluso un contratto di compravendita immobiliare con colui che appariva essere il rappresentante della venditrice, in virtù di una procura speciale autenticata da un notaio. Una volta scoperto di essere stato vittima di una truffa, dal momento che la

vera proprietaria dell'immobile non risultava aver rilasciato alcuna procura per la vendita, l'acquirente aveva convenuto in giudizio il notaio che, a suo dire, in sede di redazione della procura speciale, aveva omesso di identificare diligentemente la donna. La Corte giunge a predicare la natura contrattuale della responsabilità azionata dal terzo nei confronti del notaio, non tanto in virtù degli effetti protettivi del contratto di prestazione d'opera intellettuale, intercorso tra la sedicente proprietaria dell'immobile e il professionista e finalizzato al conferimento della citata procura, quanto piuttosto nel "comportamento fonte di obblighi, tanto ai sensi dell'ultima alinea dell'art. 1173 c. c. quanto dell'art. 1375 c. c., anche nei confronti del terzo (..) destinato ad acquistare l'immobile dal soggetto rappresentato in forza di tale procura". Richiamando un passo della motivazione di Sez. 1, n. 11642/2012, Scaldaferri, Rv. 623270-01 (relativa alla responsabilità dell'*advisor* per l'erronea fissazione del prezzo di emissione di nuove azioni in occasione di un aumento del capitale di una società), il Collegio sottolinea il ruolo che, al riguardo, riveste la connotazione professionale dell'attività svolta dal convenuto, che giustifica il sorgere di "obblighi (essenzialmente di protezione) nei confronti di tutti coloro che siano titolari degli interessi la cui tutela costituisce la ragione della prescrizione di quelle specifiche condotte". Logica conclusione del ragionamento è la statuizione che, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento da parte del terzo "protetto", grava sul notaio - secondo lo schema tipico della responsabilità contrattuale - l'onere della prova di avere adempiuto alla propria obbligazione con la diligenza esigibile alla stregua dell'art. 1176, comma 2, c.c.

A conclusioni sostanzialmente analoghe era giunta Sez. 2, n. 9320/2016, Scarpa, Rv. 639919-01, occupatasi di un caso in cui un istituto di credito aveva concesso alcuni mutui a una società costruttrice, a garanzia dei quali era stata iscritta ipoteca su un'area gravata da un vincolo di inedificabilità (non rilevato nella relazione redatta dal notaio su incarico del mutuatario), che aveva successivamente comportato l'annullamento della concessione edilizia e la demolizione delle opere realizzate. La banca mutuante aveva allora convenuto in giudizio il notaio, invocandone la responsabilità contrattuale, in virtù della quale chiedeva di essere risarcita dei conseguenti danni patrimoniali. La Seconda Sezione accolse tale prospettazione, ponendovi a fondamento un duplice (alternativo e/o concorrente) titolo: un vero e proprio contratto a favore di terzo, quale poteva qualificarsi quello concluso dal mutuatario col notaio; ovvero un'ipotesi di responsabilità da contatto sociale, "fondata sull'affidamento che la banca mutuante ripone nel notaio, in quanto esercente una professione protetta, ed avente perciò lo stesso contenuto di un'obbligazione contrattuale".

A diverso esito è pervenuta, invece, Sez. 2, n. 29711/2020, Abete, Rv. 660023-01. In vista della vendita di un immobile, la proprietaria aveva incaricato un

geometra di redigere una relazione tecnica, nella il bene era stato classificato come "non di lusso". A seguito di un accertamento fiscale, l'Agenzia delle Entrate aveva qualificato, al contrario, il cespite come "di lusso", sanzionando l'acquirente e costringendola a sopportare i costi del frazionamento dell'appartamento, al fine di ricondurlo alla categoria "non di lusso". L'acquirente aveva, quindi, convenuto in giudizio il professionista, invocandone la responsabilità di natura contrattuale. La Cassazione ha rigettato la domanda, motivando non già in ordine ai possibili effetti protettivi che il contratto stipulato tra il geometra e la proprietaria potesse spiegare nei confronti dell'acquirente, bensì sul terreno della responsabilità da "contatto sociale", ritenuta configurabile "non in ogni ipotesi in cui taluno, nell'eseguire un incarico conferitogli da altri, nuoccia a terzi, come conseguenza riflessa dell'attività così espletata, ma soltanto quando il danno sia derivato dalla violazione di una precisa regola di condotta, imposta dalla legge allo specifico fine di tutelare i terzi potenzialmente esposti ai rischi dell'attività svolta dal danneggiante, tanto più ove il fondamento normativo della responsabilità si individui nel riferimento dell'art. 1173 c.c. agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico"

IX) DANNO CONTRATTUALE E DANNI CONSEQUENZIALI

(*DI* LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. I modelli teorici del danno giuridicamente rilevante. - 2. Il danno come categoria unitaria. - 3. Il risarcimento nella teoria dell'obbligazione. - 4. La tesi dell'autonomia del danno contrattuale. - 5. La semplificazione probatoria nel risarcimento del danno contrattuale. - 6. I c.d. danni consequenziali. - 7. Il lucro cessante tra danno meramente patrimoniale e danno consequenziale. - 8. Prevedibilità del danno risarcibile e causa concreta del contratto. - 9. Il danno contrattuale nella giurisprudenza di legittimità.

1. I modelli teorici del danno giuridicamente rilevante.

La riflessione giuridica sul danno è stata a lungo dominata dalla tendenza ad elaborare, attraverso un processo di induzione generalizzante, un modello teorico unitario in grado di comprendere e descrivere ogni forma di pregiudizio giuridicamente rilevante.

Tale approccio ricostruttivo è stato condizionato sia dalla concezione materialistica di matrice romanistica, incline a considerare il danno esclusivamente in termini fenomenico-naturalistici, sia dal dibattito dogmatico sul nesso di causalità, dalle cui suggestioni è scaturita una nozione di pregiudizio risarcibile chiaramente tributaria delle strutture concettuali della responsabilità extracontrattuale.

Della stretta assonanza tra la nozione di danno così elaborate e il paradigma aquiliano si ha traccia nella stessa disciplina del codice civile e, in particolare, negli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., la cui formulazione sembra postulare un pregiudizio conformato come conseguenza ontologicamente distinta dall'evento lesivo.

Nel corso del tempo è andato, tuttavia, delineandosi un indirizzo interpretativo che ha rifiutato la reductio ad unum auspicata dall'impostazione tradizionale, sul presupposto che la trasposizione delle categorie concettuali proprie del paradigma aquiliano nella responsabilità contrattuale comporta una svalutazione dei profili di spiccata autonomia esibiti dal danno da inadempimento.

Al contrario, avverte la dottrina per cui è parola, l'inerenza della responsabilità contrattuale al rapporto obbligatorio incide significativamente sulla fisionomia del danno - che si configura come la frustrazione dell'aspettativa di realizzazione dell'utilità perseguita mediante la stipula del contratto - e sull'oggetto del risarcimento, che coincide con l'equivalente monetario della prestazione rimasta inadempiuta.

Tale impostazione riposa sull'idea secondo la quale il sorgere della responsabilità per inadempimento comporta una conversione dell'obbligazione originaria nell'obbligazione risarcitoria senza, tuttavia, che ne risulti alterata l'identità, di modo che il risarcimento, lungi da costituire oggetto di un obbligo autonomo e

succedaneo, vale a surrogare la situazione di interesse presidiata dal diritto di credito inadempiuto.

Il confronto tra la prospettiva unitaria e la concezione autonomistica del danno contrattuale, al quale anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, soprattutto in tempi recenti, ha offerto un significativo contributo, trae origine dal più ampio dibattito dogmatico sulla nozione generale di danno.

È, infatti, noto come la riflessione dottrinale dell'ultimo secolo abbia identificato l'oggetto della *deminutio* in cui si sostanzia il danno risarcibile ora con l'interesse protetto dall'ordinamento, ora con il bene attinto dalla condotta antigiuridica. Dall'osservazione da tali diversi angoli prospettici sono scaturiti esiti interpretativi variegati, ma sintetizzabili in due fondamentali orientamenti facenti capo alla teoria normativa e alla concezione causale del danno.

La prima di tali ricostruzioni, che risale alla dottrina tedesca (NEUNER, Interesse und Vermögensschaden, in Arch. civ. pr., CXXXIII, 1931, 277 e ss.), ma che è stata recepita anche da alcuni autori italiani ((DE CUPIS, Danno, in Enc. del dir., XI, Milano, 1962; ALPA, Trattato di diritto civile, IV, Milano, 1999), si pone nel solco del progressivo superamento - avviato dalla dottrina francese attraverso l'elaborazione della nozione di danno, quale sintesi dei *dommages* e degli *intérêts*, recepita nel Codice Napoleonico - tanto della teoria reale di tradizione romanistica, quanto della teoria differenziale di matrice tedesca, rivelatesi nel tempo inidonee ad offrire un fondamento dogmatico valido per tutte le forme di pregiudizio suscettibili di riparazione, ivi compreso il danno non patrimoniale (tra i detrattori della teoria differenziale si veda, nella dottrina italiana, SCOGNAMIGLIO, Appunti sulla nozione di danno, in Scritti giuridici, Padova, 1996, I, 470 e ss.).

Infatti, alla stregua del modello reale, la tutela risarcitoria era limitata alle ipotesi di distruzione o alterazione della realtà materiale, mentre per la teoria differenziale (MOMMSEN, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, 1855) il danno risarcibile poteva essere identificato esclusivamente con la differenza tra l'ammontare del patrimonio in un certo momento e l'ammontare che il patrimonio avrebbe avuto senza il verificarsi dell'evento dannoso (cd. differenzehypothese).

La concezione normativa si prefigge, quindi, di superare le insufficienze dell'approccio patrimonialistico proprio di tali ultime impostazioni contrapponendovi una nozione di danno esclusivamente giuridica, in forza della quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria non è più la distruzione del bene o la diminuzione del patrimonio, ma la stessa lesione dell'interesse protetto dalla norma giuridica.

Il danno non costituisce un'entità materialmente percepibile e ulteriore rispetto all'evento dannoso (o all'inadempimento), ma semplicemente una valutazione

economica dell'evento stesso (REALMONTE, Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, Milano, 1967).

Sulla dematerializzazione e depatrimonializzazione del danno implicate da tale ricostruzione si sono, tuttavia, concentrate le critiche dei sostenitori della teoria causale (per la quale si vedano, tra gli altri, GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze», in Riv. dir. comm., 1951, I, 405 e più recentemente FRANZONI, L'illecito, Milano, 2010), secondo la quale l'evento di danno, risultante dalla violazione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, deve, invece, essere considerato autonomamente rispetto al danno vero e proprio (cd. danno conseguenza), da individuarsi nelle perdite patrimoniali o non patrimoniali ad esso conseguenti.

Muovendo dall'interpretazione sistematica degli artt. 1223 c.c. e 2043 c.c., l'approccio causale scompone l'accertamento del danno risarcibile in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo dei quali volto a identificare il nesso di causalità materiale che avvince la condotta all'evento di danno, e il secondo diretto a verificare il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose (GORLA, Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze», cit.).

Tale ricostruzione riposa sul principio di integrale riparazione del danno, secondo il quale il risarcimento deve porre il danneggiato nella medesima situazione in cui si trovava prima dell'inadempimento - e, quindi, sul più generale canone privatistico in forza del quale ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla - e rappresenta la fase più matura del processo di secolarizzazione della responsabilità civile di cui sono espressioni significative la sempre più netta emancipazione dell'illecito civile dall'illecito penale, il dissolvimento della connotazione sanzionatoria della responsabilità civile e la configurazione della tutela risarcitoria in termini di pura reazione al danno.

L'evento, per quanto ingiusto, non è mai di per sé dannoso. Esso si inserisce in una realtà più complessa e induce il danneggiato a compiere una scelta tra sopportare il prodursi del danno o agire positivamente per evitarlo. Solo questa situazione di inerzia o di attività è valutabile sotto il profilo economico, mentre "l'evento, in quanto fatto fisico contrastante con il soddisfacimento di un interesse, in sé considerato non è mai un danno, ma produce un danno che consisterà o nell'insoddisfazione di un bisogno o in un'attività economicamente costosa della persona colpita che assicuri ugualmente a questa il soddisfacimento del suo interesse" (CORSARO, Responsabilità civile, in Enc. giur., XXI, Roma, 1988).

La dottrina in esame prende in considerazione la situazione determinata dall'evento e non l'evento in sé, in ossequio al tenore dell'art. 2043 c.c., a mente del quale il danno risarcibile è quello 'causato' da un fatto illecito.

Il danno costituisce, dunque, un elemento eventuale del fatto illecito, ben potendo la condotta dolosa o colposa determinare un evento di danno ingiusto senza che ad esso consegua un pregiudizio, mentre la tutela risarcitoria risulta predisposta dall'ordinamento quale specifica reazione ad un effettivo depauperamento patrimoniale o non patrimoniale.

L'approccio causale tende, in definitiva, ad attribuire rilevanza indefettibile alla perdita o alla diminuzione di un'utilità ottenuta dal danneggiato attraverso il bene-interesse oggetto della situazione giuridica soggettiva lesa. In tale ottica la lesione della situazione giuridica soggettiva cagiona un danno risarcibile nella misura in cui comporta la frustrazione del soddisfacimento dei bisogni o del conseguimento delle utilità per i quali la stessa situazione giuridica soggettiva è predisposta dall'ordinamento giuridico.

Tale impostazione è stata recepita in via maggioritaria dalla giurisprudenza di legittimità, ad avviso della quale il vigente sistema della responsabilità civile sia «improntato al concetto di perdita-conseguenza e non sull'evento lesivo in sé considerato» (Sez. 6-3, n. 21508/2020, Gorgoni, Rv. 659566-01).

Secondo tale orientamento, cui ha mostrato di prestare adesione la Terza Sezione civile, il sistema del risarcimento del danno delineato dal codice civile esclude in modo irrevocabile l'ipotesi di una configurabilità del danno patrimoniale in re ipsa, in quanto l'obbligazione risarcitoria non insorge in seguito alla mera colposa o dolosa violazione del diritto (antigiuridicità della condotta), ma soltanto a causa delle conseguenze pregiudizievoli eventualmente prodottesi come effetto di tale violazione, conseguenze che, riguardate sul piano degli accadimenti fenomenici implicano un evento ulteriore ed ontologicamente apprezzabile rispetto a quello determinativo della violazione del diritto (Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01; Sez. 3, n. 13071/2018, Graziosi, Rv. 648709-01).

2. Il danno come categoria unitaria.

I fautori dell'omogeneità strutturale tra il danno aquiliano e il danno contrattuale definiscono quest'ultimo come la ripercussione che la mancata attuazione della prestazione produce nel patrimonio del creditore (PACIFICO, Il danno nelle obbligazioni, Napoli, 2008, 119; SMORTO, Il danno da inadempimento, Padova, 2005, 61).

Secondo tale prospettiva, il danno non si identifica, quindi, con la mancata attuazione del rapporto contrattuale, ma coincide con la conseguenza del mancato soddisfacimento dell'interesse del creditore. Pertanto, anche in materia di danno contrattuale deve trovare applicazione il principio secondo il quale il risarcimento può essere riconosciuto solo in caso di pregiudizio effettivamente sussistente, senza

che assuma rilevanza se il fatto generatore sia da identificarsi nell'illecito o nell'inadempimento.

La teoria unitaria intravede una conferma testuale dell'uniformità ontologica dei danni nell'art. 1223 c.c., ritenendo che la relativa formulazione, rievocando la configurazione del pregiudizio risarcibile in termini di conseguenza immediata e diretta, sia egualmente congeniale al contesto aquiliano e a quello della responsabilità per inadempimento.

Vengono, altresì, valorizzati la collocazione della norma nell'ambito della disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni e il rinvio operato dall'art. 2056 c.c., per effetto del quale l'art. 1223 c.c. trova applicazione, quale regola di determinazione del risarcimento, anche nella responsabilità per fatto illecito.

Le indicazioni offerte dalla lettera di tali disposizioni inducono la dottrina in esame, per un verso, a porre il danno contrattuale e quello extracontrattuale sullo stesso piano o ad avvicinarli sensibilmente (così GRISI, Sub art. 1223 c.c., in Commentario del codice civile, diretto da GABRIELLI, Torino, 154-155) e, per altro verso, a identificare il danno contrattuale nelle sole conseguenze dell'inadempimento rappresentate dal danno emergente e dal lucro cessante, così escludendo dal novero dei danni risarcibili la prestazione inadempiuta in sé considerata. L'inadempimento deve, quindi, considerarsi estraneo alla struttura del danno in quanto evento in sé insuscettibile di arrecare un qualsiasi pregiudizio nel patrimonio del soggetto che lo subisce (PACIFICO, Il danno nelle obbligazioni, cit., 3-4).

L'assunto dell'unitarietà del danno contrattuale ed extracontrattuale è, inoltre, accolto da chi rimarca l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di adempimento, sul presupposto che il pregiudizio non possa identificarsi con l'aspettativa non realizzata e, cioè, con il valore della prestazione non adempiuta, ma, come nel danno aquiliano, deve essere commisurato alla perdita effettivamente subita dal creditore sempre che questi ne abbia offerto la prova (NICOLÒ, Tutela dei diritti, in Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA-BRANCA, sub artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1945, 5 e ss.).

Altra dottrina trae conferma della validità dell'approccio unitarista dall'unificazione, operata dall'art. 2056 c.c., tra la disciplina sul danno nei contesti contrattuale ed extracontrattuale, precisando, tuttavia, che i danni prodotti nelle due specie di responsabilità sono assimilabili solo con riferimento alle conseguenze del fatto dannoso (così BUSNELLI-PATTI, Danno e responsabilità civile, Torino, 2013, 10 e ss.; in senso analogo FRANZONI, Il danno risarcibile, in Trattato della responsabilità civile, Milano, 2010, 9).

Anche in giurisprudenza si registrano enunciazioni coerenti con l'impostazione unitaria, segnata dalla matrice pervasiva del paradigma aquiliano, in forza della quale

il danno contrattuale, al pari di quello aquiliano, integra una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento che deve essere allegata e provata dal creditore. Paradigmatica, in proposito, è Sez. 1, n. 21140/2007, Ceccherini, Rv. 599341-01, secondo la quale anche in tema di responsabilità contrattuale spetta al danneggiato fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore. Infatti, secondo la pronuncia in esame, l'art. 1218 cod. civ., che pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non modifica l'onere della prova che incombe sulla parte che abbia agito per l'accertamento di tale inadempimento, allorché si tratti di accertare l'esistenza del danno (in senso conforme si veda Sez. 3, n. 5960/2005, Lupo, Rv. 580853-01).

Nel solco di tale insegnamento la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito che, nel caso di ritardo nella consegna di immobile conseguente all'inadempimento di incarico d'opera professionale (nella specie, progettazione e direzione dei lavori di costruzione), il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente in re ipsa, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso e a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.; ne consegue che è onere del proprietario provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per non aver potuto locare l'immobile ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice del merito, che può al riguardo avvalersi di presunzioni, sulla base però di elementi indiziari allegati dallo stesso danneggiato, diversi dalla mera mancata disponibilità o godimento del bene (Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01).

La tesi della fisionomia unitaria del danno riposa, quindi, sull'assunto per il quale la delimitazione del danno risarcibile è affidata a regole di natura causale egualmente valide in entrambi i contesti, contrattuale e aquiliano, così ponendosi in continuità con la nota teoria, cui si è fatto cenno, che propone una scomposizione del nesso causale in due segmenti, il primo dei quali, il nesso di causalità materiale, è interno al fatto dannoso e soggiace alla regola condizionalistica, sia pure corretta secondo i criteri della causalità adeguata, e il secondo, è esterno al fatto dannoso ed è soggetto alla causalità giuridica.

Orbene, l'affermazione dell'opposta tesi fautrice dell'autonomia del danno contrattuale rispetto a quello aquiliano prende le mosse proprio dalla confutazione dell'approccio causale.

Invero, sul finire degli anni '60 del secolo scorso, una parte della dottrina ha sottoposto a critica tale impostazione, evidenziando che, se il pregiudizio risarcibile consiste nella perdita o nella diminuzione di valore del bene, esso non può identificarsi in una «realtà del mondo esteriore», ma si risolve nella portata economica di tali modificazioni e, segnatamente, nel loro valore oggettivo espresso dal mercato (REALMONTE, Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, cit., 85-86).

Ha iniziato, così, a prendere corpo il convincimento che tra le diverse poste di danno che l'art. 1223 c.c. implica non possa essere annoverato il danno da mancata prestazione o consistente nella perdita del bene, ma soltanto quei pregiudizi consequenziali che «rappresentano lo strumento tramite il quale introdurre una componente soggettiva nella valutazione del danno» (SMORTO, Il danno da inadempimento, cit., 89), il cui prototipo è costituito dal lucro cessante.

Nella nuova prospettiva il danno contrattuale non si risolve in una valutazione economica di un accadimento naturale, ma si verifica con la mediazione di un fatto negativo che costituisce conseguenza immediata e diretta dell'evento.

Con specifico riguardo al lucro cessante, la dottrina in esame discerne tra l'ipotesi in cui esso costituisce un evento distinto e successivo rispetto all'inadempimento (quale potrebbe essere quella della perdita economica derivante dal mancato compimento di negozi di sfruttamento economico o di disposizione del bene danneggiato o perduto) da quelle in cui il mancato guadagno consiste nella valutazione del diritto leso sotto il profilo non del valore di scambio, ma del valore d'uso (ovvero del riflesso in forma monetaria della compromissione delle possibilità di impiego di un bene), così introducendo la classificazione tra lucro cessante intrinseco ed estrinseco (BELVEDERE, Causalità giuridica?, in Riv. dir. civ., 2006, 19).

Da tali riflessioni scaturisce, altresì, la considerazione secondo la quale la teoria causale, che concepisce il danno risarcibile in termini di entità distinta dall'evento di danno e a questo collegata da un nesso di causalità giuridica, risulta confacente alla sola responsabilità aquiliana, mentre non può essere trasposta nel rapporto obbligatorio se non nell'ipotesi in cui l'inadempimento, di per sé solo suscettibile di tutela risarcitoria, attinga anche beni-interessi esterni all'oggetto della prestazione.

3. Il risarcimento nella teoria dell'obbligazione.

Il processo di emancipazione del danno contrattuale dallo schema causalistico aquiliano muove dall'esigenza di estendere l'indagine, a lungo concentrata sui soli profili strutturali del danno, al contenuto dell'obbligazione risarcitoria e al suo legame con il rapporto obbligatorio.

È venuta, così, delineandosi una tendenza che attribuisce al risarcimento del danno contrattuale portata surrogatoria dell'inattuazione dell'obbligazione originaria e funzione sostitutiva della prestazione rimasta inadempiuta, nell'ottica della rivalutazione del legame che intercorre tra la disciplina del risarcimento e il regime dell'obbligazione e che, invece, come si è visto, le stesse norme codiscistiche sul risarcimento del danno da inadempimento sembrano trascurare (PACIFICO, Il danno nelle obbligazioni, cit., 80).

Una delle versioni più autorevoli di tale ricostruzione configura il risarcimento del danno non come l'oggetto di un'obbligazione nuova ed autonoma, ma come un vincolo intrinseco e coessenziale all'obbligazione originaria (SATTA, L'esecuzione forzata, Torino, 1954, 5-7). In particolare, l'attivazione della responsabilità determina una trasformazione del rapporto obbligatorio che, tuttavia, non vede alterata la sua identità giuridica, dal momento che l'obbligo risarcitorio rappresenta lo svolgimento del vincolo di responsabilità coevo al sorgere dell'obbligazione, nonché lo strumento di regolamentazione della medesima situazione di interessi protetta dal diritto di credito inadempiuto.

Tra i sostenitori della teoria della persistenza dell'obbligazione nonostante l'inadempimento e, precisamente, del trapasso dall'obbligazione primaria a quella, succedanea, avente ad oggetto il risarcimento del danno, vi è chi ha evidenziato che con l'azione risarcitoria si fa valere pur sempre l'obbligazione originaria con le sue naturali appendici, così che, anche ai fini dell'azione risarcitoria è sufficiente fornire la prova della costituzione del rapporto obbligatorio (POLACCO, Le obbligazioni nel diritto civile italiano, Roma, 1915, 479).

Secondo un'altra impostazione (MENGONI, Responsabilità contrattuale, in Enc. del dir., XXXIX, Milano, 1988 1072-1073), nel caso in cui la prestazione inadempiuta divenga impossibile, l'obbligazione si estingue, ma continua ad esistere identico a sé stesso il rapporto obbligatorio inteso come rapporto fondamentale, ovvero come struttura complessa formata da diritti e obblighi, poteri e soggezioni, il cui contenuto può modificarsi senza che il rapporto perda la sua identità giuridica.

Si evidenzia che l'art. 1218 c.c. non regola espressamente la sorte dell'obbligazione in caso di impossibilità sopravvenuta imputabile al debitore, limitandosi a sancire l'obbligo risarcitorio. Eppure, poiché l'estinzione è espressamente prevista per la sola ipotesi di impossibilità non imputabile, ai sensi dell'art. 1256, comma 1, c.c., deve ritenersi, a contrario, che, in caso di impossibilità imputabile, l'obbligazione persista, sia pure trasformandosi in obbligazione risarcitoria (MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale, III, Milano, 1959, 124; GIORGIANNI, L'inadempimento, Milano, 1975, 175).

Taluno ha spiegato il mutamento legale dell'oggetto dell'obbligazione primaria inadempiuta in prestazione secondaria risarcitoria invocando l'istituto della

surrogazione oggettiva. Si sarebbe, dunque, al cospetto di una *perpetuatio obligationis* in forza della quale il debitore deve eseguire una nuova prestazione volta a soddisfare un interesse succedaneo del creditore coincidente con quello alla riparazione del danno. La persistenza, sia pure con oggetto mutato, dell'obbligazione originaria fa sì che rimanga immutato il titolo dell'obbligazione, con la conseguenza che la sua eventuale caducazione travolge anche l'obbligazione risarcitoria, e che restino fermi i diritti accessori, le garanzie e il diritto alla controprestazione correlati all'obbligazione originaria (BIANCA, Diritto civile, V, Milano, 2012, 122).

Sulla stessa linea, altra dottrina ha posto in evidenza come l'obbligo risarcitorio sia funzionale al regolamento della medesima situazione di interessi, nel senso che mira a garantire al contraente non inadempiente il conseguimento del medesimo risultato economico che avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato esattamente inadempiuto. Detto obiettivo rientra nel processo di manutenzione del contratto (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit.,155).

In tale prospettiva il risarcimento del danno contrattuale rappresenta, in definitiva, una forma di attuazione dell'interesse perseguito dalla parte non inadempiente e, segnatamente, di soddisfazione dello stesso, sia pure nella sola dimensione economica.

Ciò non significa che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra il perimetro della prestazione e quello del risarcimento, ben potendo quest'ultimo estendersi all'interesse rimasto inattuato e includere le conseguenze ulteriori dell'inadempimento che non si esauriscono con la perdita costituita dal valore oggettivo e soggettivo della prestazione rimasta inattuata.

Tali conseguenze soggiacciono al regime delineato dall'art. 1223 c.c. e, pertanto, sono risarcibili soltanto se riconducibili all'interesse inattuato espresso dall'obbligazione e ad esso legati da un nesso di causalità giuridica (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., 162).

In senso analogo si è espressa l'opinione secondo la quale, se l'interesse del creditore rimane insoddisfatto a causa dell'inadempimento, all'obbligo primario si aggiunge (ove la prestazione sia possibile o utile) o si sostituisce, in caso contrario, un'obbligazione risarcitoria che costituisce una conversione legale dell'obbligo primario e si commisura all'interesse creditorio (BRECCIA, Le obbligazioni, in Trattato di diritto privato a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 1991, 63).

Anche per altra dottrina il risarcimento del danno è intrinseco al rapporto obbligatorio inteso come struttura complessa costituita da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità. «Esso non è un'entità normativa ontologicamente distinta dalle singole posizioni giuridiche che lo costituiscono, ma nemmeno è semplicemente la loro somma: i singoli elementi ricevono la loro determinazione di

senso dall'essere posti nella struttura unitaria del rapporto; se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano. Si chiarisce così l'affermazione, del tutto esatta, che "il risarcimento del danno è intrinseco e coessenziale all'obbligazione". Pur avendo un oggetto diverso da quello del dovere primario di prestazione rimasto inadempiuto, l'obbligo risarcitorio, in cui si svolge il vincolo di responsabilità coevo al sorgere dell'obbligazione, è pur sempre ordinato al regolamento della medesima situazione di interessi» *(MENGONI,* Responsabilità contrattuale, *cit.,* 1096*).*

In senso contrario all'impostazione in esame, una parte della dottrina ha rimarcato la netta differenza tra l'obbligazione primaria e quella risarcitoria, ponendo, tuttavia, in evidenza come la seconda sorgendo non estingue la prima come nel caso della novazione (CARNELUTTI, Appunti sull'obbligazione, in Riv. dir. comm., 1915, 1, 621)

Altri autori hanno, invece, affermato che l'obbligazione risarcitoria nasce dalla legge e non costituisce una fase successiva dell'obbligazione rimasta inadempiuta, la quale si estingue con l'impossibilità sopravvenuta senza che assuma rilevanza l'imputabilità della stessa (GRISI, Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria, a cura di FRANCESCO RISCELLO, Studi in onore di Davide Messinetti, Napoli,127).

La stessa dottrina ha, tuttavia, precisato che il risarcimento ha una duplice valenza, sostitutiva in ipotesi di inadempimento definitivo che non è associato all'estinzione dell'obbligazione, e compensativa laddove la prestazione sia risultata inadempiuta per impossibilità sopravvenuta.

La costruzione teorica che valorizza il collegamento tra obbligazione originaria e obbligazione risarcitoria sembra avere ispirato il codice civile tedesco nel quale vige la distinzione tra il risarcimento Statt der leistung (invece della prestazione) e il risarcimento Neben der leistung (oltre alle prestazioni) (per la valorizzazione di tale spunto comparatistico, si veda ancora DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., spec. 101).

Una parte della dottrina ritiene che tale impostazione sia stata recepita anche nel nostro ordinamento e che di tanto si avrebbe riscontro nella previsione dell'art. 1225 c.c., a mente del quale, in caso di inadempimento non dipendente da dolo, limita il risarcimento al «danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione». Alla stregua di tale indicazione positiva alcune poste di danno, pur prodottesi nella sfera giuridica del creditore e pur collegate eziologicamente all'inadempimento, restano a carico del creditore, se non erano prevedibili al momento della nascita dell'obbligazione.

Alla stregua dell'interpretazione in esame, l'art. 1225 c.c. introduce il principio per il quale non è risarcibile la lesione degli interessi che non siano presidiati dall'obbligazione, ma risultino esorbitanti rispetto all'aspettativa del creditore. Si è,

quindi, al cospetto di un importante parametro di delimitazione del danno contrattuale risarcibile, coincidente con l'insieme degli interessi dedotti in contratto, in forza del quale non è suscettibile di ristoro il danno che abbia un legame soltanto occasionale con il contratto (DI MAJO, La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi, cit., 120-121). In materia contrattuale tale criterio si sostituisce a quello della normalità dei vantaggi connessi all'adempimento e vanificati dall'inadempimento che costituisce estrinsecazione della regola della causalità giuridica.

In definitiva, secondo l'orientamento interpretativo in parola, la regola dettata dall'art. 1225 c.c. costituisce un corollario dell'aspettativa del creditore alla prestazione che, in sede di risarcimento, si converte nel suo valore economico (il danno emergente), nonché nei profitti da essa conseguibili (lucro cessante).

In tale prospettiva il danno contrattuale è un danno da aspettativa irrealizzata, da intendersi come una situazione giuridica inattiva consistente nella destinatarietà dell'obbligo di cui altri è titolare, contrapposta all'obbligazione risarcitoria della responsabilità extracontrattuale, che, invece, mira a rimuovere il costo dei danno prodotto dall'azione dannosa e ad essa giuridicamente riconducibile in virtù del nesso di causalità adeguata (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., spec. 107).

Difatti l'art. 2056 c.c. non rinvia all'art. 1225 c.c. proprio perché in ambito aquiliano manca un criterio selettivo del danno risarcibile che non sia il nesso eziologico, sia pure temperato mediante il canone della causalità adeguata al fine di scongiurare derive sanzionatorie.

Tale filtro è, invece, previsto nella responsabilità per inadempimento perché l'obbligazione risarcitoria mira a soddisfare l'interesse primario del creditore, sia pure nella forma succedanea e necessariamente imperfetta dell'equivalente monetario, e ad attribuire all'avente diritto insoddisfatto il valore di scambio della sua pretesa creditoria che non sia più attuabile in natura ovvero non più utile.

4. La tesi dell'autonomia del danno contrattuale.

Superando l'atteggiamento dottrinale incline a privilegiare un'analisi soltanto strutturale - e non contenutistica - del danno, le tesi autonomiste sono accomunate dall'intendimento secondo il quale il danno contrattuale gode di una propria identità ed autonomia funzionale rispetto all'omologa figura aquiliana in quanto, a differenza di questo, è diretto a porre rimedio alla mancata attuazione dello scambio. In particolare, l'interesse all'attuazione dello scambio integra un'aspettativa che, con la stipula del contratto, sorge nel patrimonio del contraente.

Invero, se la disciplina del risarcimento del danno extracontrattuale mira a porre a carico del danneggiante il costo del pregiudizio arrecato nella sfera del danneggiato, il risarcimento del danno contrattuale tende a far conseguire al

contraente non inadempiente il medesimo risultato economico che avrebbe ottenuto se il contratto fosse stato esattamente adempiuto.

Nel primo caso il risarcimento assolve ad una funzione riparatorio-compensativa, nel secondo ad una funzione sostitutiva.

Il danno aquiliano costituisce un elemento autonomo nella fattispecie dell'illecito, in quanto consiste nell'equivalente pecuniario di un fatto esterno rispetto alla condotta o all'evento lesivo. Il danno contrattuale viene, invece, ad identificarsi con l'inadempimento (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., 91 e ss.).

Sulla scorta di tali premesse, le dottrine autonomistiche ritengono che la stessa impostazione codicistica, la quale, attraverso i richiami contenuti nell'art. 2056 c.c. sembra confermare la conformazione unitaria del danno contrattuale e aquiliano, non sia, in verità, decisiva, essendo contrastata da solide argomentazioni sistematiche di segno contrario.

La ragione principale che vale a denotare il danno contrattuale in termini di autonomia viene identificata nel fatto che l'aspettativa dalla cui inattuazione esso origina si colloca in un rapporto e, nella maggior parte dei casi, in un rapporto di scambio.

Secondo una prima impostazione, il creditore intanto può pretendere il valore economico della prestazione rimasta inadempiuta, in quanto adempia la propria obbligazione, di modo che soltanto la realizzazione di entrambe le aspettative determina la loro soddisfazione.

Per un'altra tesi, il contraente può pretendere la differenza tra le due prestazioni oggetto di scambio, la quale identifica l'ammanco subito dal contraente non inadempiente. Ne deriva che il danno contrattuale risarcibile è dato dal valore patrimoniale assegnato all'aspettativa insoddisfatta, detratto il risparmio costituito dalla controprestazione.

Alla teoria differenziale (accolta da BIANCA, Dell'inadempimento, 108; SALVI, Risarcimento del danno, in Enc. del dir., XL, 1987, 1087 ss.; in giurisprudenza mostrano di aderire a tale impostazione Sez. 1, n. 3352/1989, Carbone, Rv. 463399-01; Sez. 2, n. 11629/1999, Carbone, Rv. 530665-01; Sez. 2, n. 18832/2016, Picaroni, Rv. 641340-01) è stato, tuttavia, obiettato che un meccanismo di determinazione siffatto postula, senza provvedervi, la risoluzione formale del vincolo contrattuale.

Secondo l'approccio autonomistico, il danno contrattuale, risolvendosi nella traduzione economica della prestazione inadempiuta o inesattamente adempiuta, è un pregiudizio meramente patrimoniale e, in quanto tale, è estraneo alle questioni della causalità materiale rilevante in relazione al primo snodo causale che, nella struttura dell'illecito aquiliano, avvince l'evento di danno, generatore del danno-conseguenza, alla condotta.

A differenza del danno extracontrattuale, quello contrattuale non assume, dunque, la fisionomia di una perdita in senso naturalistico, ma consiste in una pura posta di conto tra l'entità del patrimonio a seguito dell'inadempimento e l'ammontare dello stesso quale avrebbe dovuto essere in conseguenza dell'adempimento.

Sulla scorta di tale constatazione, una parte della dottrina parla di danno da aspettativa, il quale per la sua natura meramente patrimoniale non è configurabile nella responsabilità extracontrattuale, a meno che non venga reso risarcibile da una specifica disposizione di legge (DI MAJO, La tutela dei diritti, 233 e ss.). Si è già evidenziato come tale impostazione, che trova conferma nella dottrina e nel diritto positivo tedeschi (par. 281 BGB), individua il ristoro per il pregiudizio in questione nel risarcimento sostitutivo della prestazione.

Altri intravede nel risarcimento del danno contrattuale un rimedio che completa il piano contrattuale di realizzazione degli interessi (MAZZAMUTO, Manuale di diritto privato europeo, II, 732).

L'opinione maggioritaria, valorizzando lo stretto legame del risarcimento in parola con l'obbligazione, giunge, invece, a configurare una fattispecie di conversione (GIORGIANNI, L'inadempimento, Milano, 1975) o di modificazione oggettiva dell'obbligazione (RESCIGNO, Obbligazioni, in Enc. del dir., XXIX, 1979, 205).

Occorre, tuttavia, evidenziare come nella ricostruzione interpretativa in esame il danno consequenziale non è del tutto estraneo alla fattispecie della responsabilità per inadempimento.

Al contrario, ricorre nell'elaborazione della dottrina in esame l'affermazione secondo la quale l'inadempimento contrattuale può generare un pregiudizio ulteriore rispetto a quello da lesione dell'aspettativa di adempimento e precisamente l'insieme delle perdite ulteriori rispetto al valore in sé della prestazione inattuata, delimitate dal criterio della immediatezza e della derivazione diretta sancito dall'art. 1223 c.c.

Di tale categoria di danno sono manifestazione il lucro cessante (DI MAJO, Le tutele contrattuali, 167 e ss.; PACIFICO, Il danno nelle obbligazioni, cit., 123 e ss.) e il pregiudizio derivante dall'inadempimento degli obblighi di protezione (CASTRONOVO, Il risarcimento del danno, in Riv. dir. civ., 2006, 90).

In tale prospettiva, nella responsabilità contrattuale il danno consequenziale si pone rispetto al nucleo imprescindibile del danno coincidente con l'equivalente della prestazione come una eventualità.

Ed è proprio in ragione di tale connotazione che da più parti si ritiene che al danno contrattuale non possa essere esteso il risarcimento in forma specifica - non a caso disciplinato in ambito aquiliano - quale rimedio inteso alla riparazione della

modifica peggiorativa della situazione di fatto preesistente tramite il suo ripristino, se possibile e non eccessivamente oneroso.

Invero, secondo la visione in esame, nel rapporto obbligatorio non vi è, di norma, l'esigenza di eliminare conseguenze negative, ma, semmai, quella attuare la prestazione e, finché tale attuazione è possibile, non dovrebbe, a rigore, configurarsi un pregiudizio risarcibile (anche in forma specifica), ma di interesse alla cooperazione del debitore e comunque in ambiente contrattuale all'esigenza della reintegrazione in natura assolve il risarcimento in forma specifica (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., 105; PIRAINO, Adempimento e responsabilità contrattuale, Napoli, 2011, 649).

L'inerenza della responsabilità al rapporto obbligatorio fa sì che prevalga l'esigenza di conservare l'assetto di interessi delineato dal sorgere dell'obbligazione, così che la responsabilità viene ad atteggiarsi quale forma ultima di soddisfacimento dell'interesse del creditore ove esso risulti irrealizzato e non ne sia più possibile né utile l'attuazione in natura .

5. La semplificazione probatoria nel risarcimento del danno contrattuale.

Nella responsabilità aquiliana l'assenza di un rapporto di derivazione del danno da un vincolo rimasto irrealizzato implica la necessità della prova, da parte del danneggiato, della sussistenza di una perdita e della sua natura contra ius (DI MAJO, Le tutele contrattuali, 164; Id., La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi, 109 e ss.).

Secondo le dottrine autonomistiche, l'azione di risarcimento del danno da mancata realizzazione dell'aspettativa di prestazione gode, invece, di una semplificazione della prova del pregiudizio dovuta al fatto che la perdita viene a identificarsi con la mancata ricezione della prestazione da parte del creditore. Ne consegue che al creditore che non possa più pretendere l'adempimento o non vi abbia più interesse è sufficiente provare il titolo e, quindi, il contratto.

L'agevolazione probatoria che, secondo l'impostazione in esame, vale a distinguere l'azione di risarcimento del danno contrattuale dall'omologo rimedio aquiliano deriva dal fatto che il danno da inadempimento viene concepito di per sé come perdita patrimoniale e, precisamente, come conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato, a meno che il danneggiante non pretenda il risarcimento del lucro cessante o di danni consequenziali ovvero ulteriori rispetto al valore in sé della prestazione, rispetto ai quali tale automatica inferenza non opera.

In tale ultimo caso l'allegazione del titolo è sufficiente a dimostrare la titolarità del diritto di credito che costituisce di per sé un'attribuzione che, se di natura patrimoniale e non *intuitus personae*, assume già la consistenza di elemento attivo del

patrimonio del creditore (in questi termini, PIRAINO, Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., 667).

Infatti, l'inadempimento comporta almeno una voce certa di danno, rappresentata dalla perdita del valore della prestazione, la quale non costituisce un autonomo *thema probandum* in quanto è insita nel fatto stesso dell'inadempimento. Tale nesso di derivazione necessaria, avverte la dottrina sopra richiamata, dà luogo ad una specie di danno in re ipsa, ma non impedisce al debitore di allegare e provare l'assenza in concreto di un danno. Il discorso cambia in tutte le ipotesi in cui la prestazione non riveste un valore patrimoniale autonomo e in sé apprezzabile, ma, pur essendo suscettibile di valutazione economica, si limita ad incorporare un'utilità priva di una sua oggettività perché «volta soltanto a propiziare una modificazione o una conservazione della situazione di fatto iniziale, come è tipicamente nelle obbligazioni di carattere professionale e, in particolare, in quelle sanitarie, nelle quali la regola non è la mancata attuazione della prestazione (il c.d. inadempimento totale), ma la sua inesatta attuazione, che, peraltro, può dare luogo a perdite ulteriori rispetto al mancato conseguimento del valore incorporato nella prestazione correttamente eseguita […]» (così PIRAINO, Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., 668).

In conclusione, secondo le dottrine autonomiste il danno da mancata realizzazione della aspettativa di prestazione è un pregiudizio in re ipsa nel senso che si configura come un danno da mancata realizzazione di un'aspettativa di prestazione e, quindi, di traduzione del patrimonio potenziale in patrimonio attuale.

Il principale precipitato di tale ricostruzione è costituito dalla semplificazione della fase rimediale mediante che si manifesta nella predeterminazione e nell'articolazione delle sanzioni (l'azione di adempimento, di risoluzione, di risarcimento del danno, l'eccezione di inadempimento) e mediante la tipizzazione del danno identificato nella perdita del valore della prestazione, la quale si desume direttamente dalla mancata attuazione dell'obbligazione. Secondo la teoria in esame l'obbligazione contrattuale contiene in sé stessa una regola di risarcimento in quanto finisce per delimitare lo stesso danno risarcibile.

La semplificazione probatoria si arresta, tuttavia, davanti alle ipotesi di inesatto adempimento, di lucro cessante c.d. estrinseco e di danno conseguente alla violazione di un obbligo di protezione, in relazione alle quali tornano ad applicarsi le ordinarie regole di riparto dell'onere della prova che vedono il creditore onerato dell'allegazione e della dimostrazione delle specifiche conseguenze dannose scaturite dall'inadempimento.

6. I c.d. danni consequenziali.

La dottrina che riconosce al danno contrattuale uno statuto autonomo rispetto alla corrispondente figura aquiliana ammette, comunque, che al suo interno occorre distinguere tra il pregiudizio derivante dall'inattuazione dell'obbligazione e il pregiudizio costituente un'ulteriore conseguenza di essa e per questo non ricompreso nella valutazione della prestazione.

In tale prospettiva, al danno da inadempimento, da intendersi come una traduzione economica dell'obbligo contrattuale in senso proprio, si affianca, dunque, l'autonoma categoria dei danni c.d. consequenziali soggetta alla regola causale delineata dall'art. 1223 c.c. (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., 167 e ss.; NIVARRA, I rimedi specifici, cit., 346; PIRAINO, Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., 649; GNANI, Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno, 129 e ss.; MAZZAMUTO, Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale, cit. 786).

Ai due tipi di danno corrisponde una diversa funzione del rimedio risarcitorio, satisfattivo-dinamica (di soddisfazione del credito), nel primo, risarcitorio-conservativa (di ripristino dello status quo ante) nel secondo (DI MAJO, Le tutele contrattuali, 169 e ss.; GRISI, Sub art. 1223 c.c., cit., 173 e ss.).

È stato, in particolare, evidenziato che, con riferimento ai danni consequenziali, il giudizio di responsabilità riacquista, almeno in parte, la ragion d'essere sua propria, di restaurazione dell'integrità del patrimonio comprensivo dei valori economici ed esistenziali del soggetto che abbia subito un'interferenza illecita nella propria sfera giuridica soggettiva, in tal modo assolvendo, altresì, ad una funzione tipicamente conservativa (NIVARRA, Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale, cit., 50).

La distinzione tra danno intrinseco e danno estrinseco - ossia tra danno che riflette la cosa dedotta in obbligazione e danno che copre il rimanente patrimonio del creditore -, così delineata ricalca la distinzione di Paolo tra *damnum circa rem* e *damnum extra rem* e trova riscontro nella stessa formulazione dell'art. 1223 c.c.

Una recente dottrina individua lo specifico fondamento positivo di tale classificazione nell'art. 1225 c.c., intravedendovi un principio in grado di istituire un collegamento tra l'area del danno risarcibile e quella degli interessi contemplati dal contratto.

Invero, se, per un verso, l'obbligazione contrattuale è funzionale all'arricchimento del creditore, così che il risarcimento del danno contrattuale si traduce nel ristoro dell'interesse accrescitivo frustrato, per altro verso, laddove l'esecuzione del contratto involga interessi altri (come, ad esempio, la salute nel contratto d'opera professionale sanitaria) rispetto a quelli corrispondenti alla

prestazione, la tutela risarcitoria perde la connotazione satisfattiva sua propria per trascorrere nel paradigma aquiliano della tutela risarcitoria dell'appartenenza (PELLEGRINI, Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno, Torino, 2018, 225).

Una delle conseguenze più significative di tale distinzione va individuata nell'inapplicabilità al danno consequenziale della regola di delimitazione del danno risarcibile fissata dall'art. 1225 c.c., il quale condiziona la risarcibilità del danno alla sua prevedibilità da rapportarsi al tempo del contratto ovvero al momento della nascita dell'obbligazione (GNANI, Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno, 190-192).

Si precisa, invero, che, poiché la regola in questione delimita l'oggetto del contratto, un danno, come quello consequenziale, che si riconnette al contratto non come atto negoziale, ma come vicenda storica, non può ritenersi ad essa assoggettato.

Anche per tale impostazione, ai danni consequenziali si applica sicuramente l'art. 1223 c.c., essendo i criteri risarcitori ivi enunciati modellati più sul danno aquiliano che su quello da inadempimento dell'obbligazione contrattuale PELLEGRINI, Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno, cit., 230; 257-258).

7. Il lucro cessante tra danno meramente patrimoniale e danno consequenziale.

L'impostazione sin qui richiamata, sostenendo che il ristoro del danno patrimoniale tende ad assicurare al danneggiato l'utilità che lo scambio, ove attuato, avrebbe prodotto, tende ad includervi anche il lucro cessante.

Tale affermazione riposa sull'assunto per il quale secondo la logica del valore di scambio che governa il risarcimento del danno patrimoniale, nel danno da inadempimento rientra tutto il profitto che si sarebbe potuto trarre dalla prestazione correttamente eseguita (in questi termini, SALVI, La responsabilità civile, cit., 250). Invero, l'aspettativa del creditore non ha ad oggetto la sola prestazione, ma anche l'uso e il conseguimento, per mezzo di essa, di un profitto (DI MAJO, La tutela civile dei diritti, Milano, 2003, 234).

Poiché tale risultato utile costituisce una condizione dell'investimento effettuato mediante il contratto, anche il risarcimento del lucro cessante assolve alla funzione di ripristinare l'equilibrio contrattuale in rapporto alla controprestazione. Ne deriva che lo stesso lucro cessante rientra nel valore della prestazione e per tale ragione il risarcimento di tale voce di danno assolve a una funzione non reintegrativa, ma, ancora una volta, satisfattiva (NIVARRA, I rimedi specifici, cit., 338).

La prospettiva in esame non configura, dunque, il mancato guadagno in termini di danno consequenziale, ma come danno intrinseco che incide sul valore della prestazione, da intendersi nel duplice senso di valore a questa attribuito dal creditore (valore del suo interesse oggettivizzato nel contratto) e dal debitore (valore della controprestazione).

In definitiva, stregua dell'impostazione in parola, danno emergente e lucro cessante «si semplificano e si concentrano in una sola dimensione» (così MESSINETTI, Danno giuridico, in Enc. del dir., Agg., I, Milano, 1997, 491).

Altra parte della dottrina pone, invece, in luce come non ogni lucro perduto dal creditore possa ritenersi intrinseco alla prestazione e, quindi, incluso nel suo valore di mercato, ben potendo configurarsi un interesse che, pur non essendo direttamente e immediatamente soddisfatto attraverso la prestazione, sia a questa collegato.

A tale proposito è stato precisato che la distinzione tra il lucro cessante intrinseco ed estrinseco riposa sull'intensità della correlazione che sussiste tra il mancato guadagno e la prestazione mancata, ovvero sulla possibilità che tale lucro rientri o meno nel valore di uso della stessa.

Il lucro cessante estrinseco è risarcibile se sussiste la prova, di cui è onerato il creditore, della sua riconducibilità, in virtù di un nesso di causalità giuridica, non solo all'inadempimento, ma anche ad un ulteriore elemento rappresentato da un evento esterno al rapporto obbligatorio (GRISI, Sub art. 1223 c.c., cit., 173).

A tale riguardo è stato affermato che nell'accezione in esame i mancati guadagni «si presentano di regola non solo concettualmente, ma anche cronologicamente distinti dall'evento naturalistico» (REALMONTE, Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, cit., 85).

In tal senso sembra orientata anche la giurisprudenza di legittimità che di recente ha affermato che il danno subito dal promittente venditore per la mancata stipulazione del contratto definitivo di compravendita di un immobile consiste nella differenza tra il valore commerciale del bene al momento della liquidazione e il prezzo offerto dal promissario acquirente rivalutato al medesimo tempo, potendosi tener conto anche di circostanze future, suscettibili di determinare un incremento o una riduzione del pregiudizio, a condizione che esse siano allegate e provate e appaiano ragionevolmente prevedibili e non meramente ipotizzate (Sez. 6-3, n. 26042/2020, Rossetti, Rv. 659919-01; v. anche Sez. 3, n. 19981/2016, Olivieri, Rv. 642602-01).

8. Prevedibilità del danno risarcibile e causa concreta del contratto.

Per i fautori della tesi autonomistica, il fatto che il danno contrattuale si inserisca in un rapporto obbligatorio preesistente non costituisce, quindi, un dato meramente empirico, ma comporta significative ricadute sulla fisionomia e sulla consistenza dell'obbligazione risarcitoria, la quale di norma si configura come sviluppo della stessa obbligazione rimasta inadempiuta e, in particolare, come la sua traduzione in equivalente monetario.

Il danno contrattuale non è, dunque, l'equivalente monetario di una perdita in senso naturalistico, ma un danno da aspettativa, «una pura posta di conto tra l'ammontare del patrimonio qual è a seguito dell'inadempimento e l'ammontare del patrimonio quale avrebbe dovuto essere in conseguenza dell'adempimento» (PIRAINO, Adempimento e responsabilità contrattuale, cit., 648).

Per tale ragione è stato affermato che nella responsabilità da inadempimento il risarcimento assolve ad una funzione satisfattoria, analoga a quella del pagamento (REMY, La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept, in RTDCiv, 1997, 351; PELLEGRINI, Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno, cit., 169).

Il rimedio risarcitorio si arricchisce, così, di una vocazione propulsiva, atteggiandosi a surrogato della prestazione divenuta impossibile per causa imputabile al debitore, diretto al procacciamento di un'utilità, ovvero all'erogazione di una risorsa destinata ad incidere, sia pure in senso soltanto quantitativo, sulla composizione e sulla fisionomia del patrimonio del creditore.

Si è già posto in evidenza il un ruolo essenziale che la tesi in esame riconosce all'art. 1225 c.c., intravedendovi un elemento di congiunzione tra l'area del danno risarcibile e quella degli interessi contemplati nel contratto (DI MAJO, Le tutele contrattuali, cit., 188).

Attraverso tale disposizione si giunge ad affermare che la funzione economica del contratto e la funzione del risarcimento sono sovrapponibili, tanto che, come già detto, il risarcimento del danno contrattuale ha natura satisfattiva e mira a far conseguire al creditore proprio l'utilità che lo scambio avrebbe prodotto.

Il profilo di più maggiore originalità della ricostruzione in esame va, tuttavia, individuato nell'affermazione secondo la quale è l'interesse condiviso dalle parti a strutturare il risarcimento, con la conseguenza che l'area del danno risarcibile non incontra altro limite se non quello degli interessi rappresentati nel contratto.

Taluno suggerisce l'accostamento dell'interesse condiviso con l'interesse ex art. 1174 c.c., sul presupposto che detto interesse, proprio in quanto è alla base dell'obbligazione, è da ritenersi sempre prevedibile (RAVAZZONI, La formazione del contratto, 185).

Altra opinione sostiene, invece, che l'interesse ex art. 1174 c.c. è l'interesse su cui deve essere fondata la quantificazione del danno (GORLA, Il contratto, 227).

Secondo altri tale identificazione non è predicabile ai fini del risarcimento, giacché l'interesse ex art. 1174 c.c. potrebbe essere sconosciuto alla controparte (CIAN, Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione, in Riv. dir. civ., 1968, 212).

Di particolare interesse è, infine, l'identificazione tra l'interesse condiviso e la causa del contratto nella sua accezione concreta (DI GRAVIO, Prevedibilità del danno e inadempimento doloso, 86), identificata come elemento delimitante la prevedibilità e, quindi, l'ambito del danno risarcibile.

9. Il danno contrattuale nella giurisprudenza di legittimità.

Alcune delle suggestioni offerte dall'elaborazione dottrinale in materia di danno contrattuale sembrano essere state recepite dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

Particolarmente attenta all'evoluzione della riflessione scientifica, la Suprema Corte ne ha rivisitato in chiave critica alcuni spunti ricostruttivi, giungendo a soluzioni ermeneutiche caratterizzate da originalità e coerenza sistematica.

Alcune pronunce hanno mostrato di accedere alla concezione sostitutiva del risarcimento del danno contrattuale, affermando che in tema di inadempimento contrattuale, il risarcimento riveste natura e svolge funzione sostitutiva della prestazione mancata e gli effetti della situazione pregiudizievole permangono sino a quando il danno sia risarcito, ossia fino alla data della sentenza se la riparazione sia stata richiesta al giudice, sicché il pregiudizio derivante dalla mancata acquisizione di un bene deve essere risarcito con la prestazione del suo equivalente in danaro, determinato con riferimento al momento in cui avviene la liquidazione e non a quello in cui si realizza la violazione contrattuale (Sez. 2, n. 3940/2016, Giusti, Rv. 638977-01; in senso conforme Sez. 2, n. 6651/2003, Cioffi, Rv. 562517-01; Sez. 3, n. 7338/1998, Durante, Rv. 517509-01; Sez. 2, n. 9043/1992, Beneforti, Rv. 478372-01; Sez. 2, n. 7971/1990, Garofalo, Rv. 468644-01; Sez. 2, n. 4397/1982, Colasurdo, Rv. 422382-01).

Di recente la Corte ha offerto importanti indicazioni ricostruttive anche in merito alla questione dei danni consequenziali da inesatto adempimento delle obbligazioni di facere nascenti dal contratto d'opera professionale, enunciando il principio secondo il quale, in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse

primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione (Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01; in senso conforme Sez. 3, n. 25288/2020, Guizzi, Rv. 659778-01; Sez. 6-3, n. 26905/2020, Positano, non massimata; Sez. 3, n. 17808/2020, Scoditti, non massimata).

La Terza Sezione civile, dopo aver premesso la distinzione tra causalità e imputazione - identificando le rispettive nozioni nel collegamento naturalistico tra fatto accertato sulla base delle cognizioni scientifiche o di ragionamenti logico-inferenziali, e nell'effetto giuridico che la norma ricollega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore (l'inadempimento, nella responsabilità contrattuale, e il dolo o la colpa in quella extracontrattuale) -, ha ricordato che ogni forma di responsabilità è connotata dalla congiunzione di detti elementi.

Ha, quindi, delineato la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ponendo in luce che nella prima il danno deriva dall'inadempimento, così che non è richiesta l'ingiustizia - che, invece, nella responsabilità aquiliana costituisce elemento necessario -, posto che l'interesse leso è rilevante e meritevole di tutela in forza della fonte contrattuale. Ne deriva che «la lesione dell'interesse, in cui si concretizza il danno evento, è cagionata dall'inadempimento» e che la causalità materiale, pure teoricamente distinguibile non è praticamente separabile dall'inadempimento, proprio in ragione del fatto che quest'ultimo corrisponde alla lesione dell'interesse tutelato dal contratto e, dunque, al danno evento. Verificandosi un assorbimento pratico della causalità materiale nell'inadempimento, nella responsabilità contrattuale la causalità assume rilievo solo con riferimento alla delimitazione del danno risarcibile.

Coerente con tale premessa è l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni Unite n. 13533 del 2001, per il quale è onere del creditore allegare soltanto l'inadempimento, gravando sul debitore l'onere di provare l'adempimento o l'impossibilità dello stesso dovuta a causa a lui non imputabile. In sintesi, allegare l'inadempimento significa allegare anche il nesso di causalità tra danno evento e danno conseguenza.

La Terza Sezione civile ha, tuttavia, precisato che tale ricostruzione si attaglia alle obbligazioni di dare e di facere, ma non alle obbligazioni di facere professionale,

nelle quali la causalità materiale torna a confluire nella dimensione dell'accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali.

Infatti, se l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità e imputazione per inadempimento tornano a distinguersi sul piano funzionale «perché il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato».

La Corte traccia, quindi, una fondamentale distinzione, nell'ambito delle obbligazioni professionali, tra interesse strumentale, affidato alla cura della prestazione oggetto di obbligazione, e interesse primario, corrispondente al diritto alla salute.

Invero, precisa la pronuncia in esame, nel rapporto d'opera professionale medica la prestazione non ha ad oggetto la guarigione, ma l'esecuzione di un facere professionale conforme alle *leges artis*, mentre il danno evento non coincide con l'inadempimento, ma con la lesione dell'interesse presupposto alla prestazione. La guarigione o la vittoria in giudizio sono interessi non esterni al contratto, ma connessi all'interesse con esso regolato, perché la possibilità del loro soddisfacimento «è condizionata dai mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale».

Segue l'essenziale snodo argomentativo con il quale la Corte traccia la distinzione tra la prestazione oggetto dell'obbligazione professionale, cui viene attribuita portata strumentale, e l'interesse primario o presupposto, il quale non integra un motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale, perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo, ma è connesso all'interesse regolato nel contratto e quindi assume rilevanza sul piano causale. E siccome il danno evento nelle obbligazioni di diligenza professionale riguarda non l'interesse alla prestazione, ma l'interesse primario, la causalità materiale torna ad assumere autonoma rilevanza non potendosi ritenere assorbita dall'inadempimento. Ne discende che l'allegazione dell'inadempimento non include il danno evento, il quale necessita di specifica affermazione e dimostrazione.

La distinzione tra danno contrattuale in re ipsa e danno consequenziale si rinviene anche in Sez. 2, n. 13792/2017, Scarpa, Rv. 644471-01, la quale, in tema di preliminare di vendita immobiliare, ha stabilito che al promittente venditore che agisca per la risoluzione del contratto e per il risarcimento del danno, per il caso di inadempimento del promissario acquirente, deve essere liquidato il pregiudizio per la sostanziale incommerciabilità del bene nella vigenza del preliminare, la cui sussistenza è in re ipsa e non necessita di prova, mentre, laddove le domande risolutoria e risarcitoria siano proposte dal promissario acquirente, a causa dell'inadempimento del promittente venditore, il risarcimento spetta solo se i danni

lamentati siano conseguenza immediata e diretta del dedotto inadempimento e sempre che il danneggiato, anche se invochi l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa, ex art. 1226 c.c., fornisca la prova della loro effettiva esistenza.

Utili spunti ricostruttivi presenta, infine, Sez. 1, n. 14335/2019, Amatore, Rv. 653890-01, secondo la quale nelle azioni di responsabilità per danni subiti dall'investitore, nelle quali occorre accertare se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione, il riparto dell'onere della prova si atteggia nel senso che l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, avrà l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempiute dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza richiesta (in senso conforme Sez. 1, n. 810/2016, Nazzicone, Rv. 638346-01).

X) GLI INTEREST RATE SWAP E LE SEZIONI UNITE N. 8770/2020 PRIME RIFLESSIONI.

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le caratteristiche di base dell'IRS. - 3. L'IRS in una prospettiva storica. - 4. La causa dell'IRS. - 5. Gli IRS dei privati e quelli dei Comuni: una prima comparazione. - 6. L'*upfront* e gli IRS conclusi dai Comuni.

1. Premessa.

Fra le principali decisioni emesse dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nel 2020 va annoverata la sentenza n. 8770 del 2020, la quale concerne uno dei più particolari negozi utilizzati nel nostro ordinamento, ovvero il contratto di *swap*, nella specie, l'*interest rate swap*.

Si tratta di una figura giuridica di derivazione straniera, anche se ne esistono versioni esclusivamente italiane.

Caratteristica dello *swap* è la sua appartenenza alla categoria dei contratti atipici, i quali assumono rilievo in Italia grazie al meccanismo previsto dall'art. 1322 c.c.

Gli *swap* esprimono in maniera estremamente significativa la capacità del nostro sistema giuridico di consentire ad istituti non nazionali di essere operativi nel nostro paese.

In particolare, essi si collocano al centro del sistema codicistico italiano in quanto toccano, e la decisione delle Sezioni Unite che li ha riguardati lo dimostra, la tematica della causa, quella dell'oggetto e, seppure in maniera meno interessante, quella della volontà e della forma.

2. Le caratteristiche di base dell'IRS.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che l'*interest rate swap* è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono:

a) è *over the counter*, vale a dire ha un contenuto fondamentale non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato;

b) è non standardizzato e, quindi, non è destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità;

c) l'intermediario versa in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, assommando le qualità di offerente e di consulente, è tendenzialmente controparte del proprio cliente.

Elementi essenziali di tale contratto sono la data di stipulazione, quelle di inizio della decorrenza degli interessi, di scadenza e di pagamento, il capitale di riferimento (cd. nozionale) e i diversi tassi di interesse ad esso applicabili.

Risulta estremamente importante che la S.C. abbia individuato le caratteristiche base dell'*interest rate swap*.

Infatti, in questo modo ha reso evidente, in primo luogo, che l'*interest rate swap* è un contratto non negoziato nei mercati regolamentati, ma comune in quelli non regolamentati. Ciò consente alle parti di non essere vincolate ad un contenuto prestabilito, benché, nella prassi, pure questi negozi così atipici tendano ad essere ricondotti a modelli standard.

Esso è, almeno in origine, pensato per il singolo richiedente, il che rende più complicato comprenderne il funzionamento.

Proprio perché risulta non standardizzato è più evidente come il suo contenuto sia destinato a variare.

Questa varietà contenutistica è stata spesso foriera di equivoci a livello dottrinario, essendosi con frequenza confusa la natura del negozio in esame.

Un profilo molto importante sottolineato dalle Sezioni Unite concerne la circostanza che gli *interest rate swap* (e gli *swap* in generale) sono spesso proposti da intermediari.

Si è abbandonato, quindi, il modello classico, che vede i contratti come conclusi fra le parti degli stessi su un piano di parità, mentre si è diffuso un sistema all'interno del quale il contratto è un prodotto già formato, che un soggetto ad esso estraneo (o una delle parti che, però, lo ha predisposto in totale autonomia) vende sul mercato ad individui che sono interessati semplicemente ad un investimento.

Ciò comporta delle rilevanti conseguenze in quanto la materia in questione è sempre meno riservata a soggetti in grado di comprendere le conseguenze degli accordi conclusi, ma è ormai aperta ad individui privi delle competenze minime per essere ritenuti "contraenti consapevoli".

Il settore degli IRS si caratterizza, pertanto, per la presenza di rilevanti asimmetrie informative, per effetto delle quali l'intermediario versa in una situazione di naturale conflitto di interessi poiché, come rilevato dalle Sezioni Unite e sopra accennato, assommando le qualità di offerente e di consulente, egli è tendenzialmente controparte del proprio cliente.

Se ne ricava che, in molte circostanze, non è possibile trattare l'*interest rate swap* come un normale contratto.

Infatti, deve essere verificata con estrema cura l'idoneità del consenso prestato dalla parte alla stipulazione del negozio a consentire l'instaurazione di un valido vincolo giuridico e, soprattutto, si impone l'opportunità di prescrivere una serie di

strumenti che proteggano detta parte, ove non in possesso delle nozioni essenziali occorrenti a capire l'operazione.

Questa esigenza di tutela può concretizzarsi in vari modi, in particolare con l'inserimento di oneri formali e un controllo, sull'oggetto e la causa del contratto, assai penetranti.

3. L'IRS in una prospettiva storica.

La segnalata evoluzione degli *swap* è evidente se si fa una analisi storica del fenomeno.

I moderni derivati si diffondono nel Regno Unito agli inizi degli anni '80 del secolo scorso, ove erano utilizzati per ovviare alle restrizioni valutarie all'epoca vigenti, che imponevano agli operatori residenti il pagamento di consistenti premi sull'acquisto di valute estere finalizzato ad operazioni di investimento.

Per evitare dette imposizioni gli operatori *de quibus* ricorsero a complesse operazioni abbinate di mutuo, in modo da riuscire a procurarsi a minor prezzo la valuta estera necessaria per investire in paesi stranieri (erano impiegati, talvolta, dei mutui paralleli, i *parallel loans*, non collegati giuridicamente fra loro, oppure dei prestiti fra capogruppo, *back to back loans*, che, poi, giravano la dotazione valutaria conseguita alle loro filiali di oltre confine[1]).

In Italia, la dottrina ha adottato, all'inizio, un approccio simile a quello tenuto in passato per i contratti differenziali, sottolineando che questi nuovi contratti presentavano i tratti di vere e proprie compravendite o somministrazioni[2].

I derivati, però, hanno la caratteristica, talvolta, di essere conclusi espressamente per la differenza, ipotesi in cui sorgono gli stessi problemi nati, in precedenza, con i contratti differenziali semplici.

Parte della dottrina ha ritenuto che il patto di liquidazione per differenza non incidesse sulla natura del derivato, non snaturandone "*l'indole di compravendita*"[3].

Peraltro, il derivato, per come è strutturato, si allontana in molte ipotesi dallo schema della vendita, rendendo difficile una sua qualificazione in tal senso.

---

[1] Cesiano D., Strumenti finanziari derivati e ristrutturazione del debito degli enti pubblici locali, 2019, 17-19.

[2] Chiomenti F., *Cambi di divise a termine*, in Riv. dir. comm., 1987, I, 45 ss.

[3] Chiomenti F., *Cambi di divise a termine*, in Riv. dir. comm., 1987, I, 47.

Se questa è la realtà dei fatti, per la quale i contratti derivati rappresentano negozi spesso equiparabili ai differenziali semplici, sorge il problema se, in simili situazioni, sia inevitabile una loro identificazione con le scommesse.

Questa considerazione assume particolare rilievo ove si ritenga che i derivati abbiano una causa comune, fondata sulla "differenzialità"[1].

Per quanto qui interessa, la tematica emerge con riferimento allo *swap*, in ordine al quale è pure discusso se si sia al cospetto di uno o più tipi di contratto[2].

In realtà, l'approccio che vede nei derivati una compravendita serve a rendere più astratta e formale l'operazione, in modo che questa si spersonalizzi e non riveli gli interessi reali dei contraenti, evitando agli operatori l'assunzione dei rischi del soddisfacimento delle finalità della controparte.

Ciò evidenzia che nel sistema finanziario, ove sono nati e si sono sviluppati gli *swaps*, assume massimo valore la tendenza ad astrarre i derivati dai rapporti sottostanti e chiarisce perché questi negozi incontrino meno difficoltà applicative nei sistemi di *common law*, nei quali si parla non di causa, ma di *consideration* ed il controllo del patto ad opera del giudice è più circoscritto, non indagando egli ad ogni costo lo scopo comune delle parti.

Con riguardo all'IRS, sorgono le medesime questioni appena accennate e che hanno interessato i contratti differenziali.

Alcuni autori sostengono che l'*interest rate swap* non avrebbe nulla a che vedere con il negozio differenziale, in quanto il primo non sarebbe mai concluso per la differenza, ma prevederebbe pagamenti reciproci a scadenze diverse[3], con la mera eventualità delle prestazioni contestuali[4].

Altri affermano che l'accostamento sarebbe improprio perché lo *swap* perseguirebbe interessi più meritevoli, soprattutto di copertura, e più complessi del negozio differenziale[5].

---

[1] Girino E., *I contratti derivati*, 2010, 170 ss.; Caputo Nassetti F., *I contratti derivati finanziari*, 2011, 90.

[2] Pagnoni E., *Contratti di swap*, in Gabrielli E. - Lener R. (a cura di), I contratti del mercato finanziario, 2011, II, 1406.

[3] Caputo Nassetti F., *I contratti derivati finanziari*, 2011, 88.

[4] Pagnoni E., *Contratti di swap*, in Gabrielli E. - Lener R. (a cura di), I contratti del mercato finanziario, 2011, II, 1415.

[5] Inzitari B., *Il contratto di swap*, in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Tratt. dir. Galgano, III, 1995, 2463 ss.

Si è proposto, altresì, di vedere nei derivati solamente un concetto finanziario, privo di valenza giuridica[1], rientrando nella categoria figure contrattuali non riconducibili ad unità.

Si è rilevato che sarebbe inutile tentare di individuare una definizione che possa ricomprendere realtà così diverse fra loro[2].

Questa dottrina, al fine di sottolineare la superfluità di un simile sforzo, ha individuato cinque strutture base di derivati[3].

Di queste, due sarebbero tipiche e commutative (compravendita ed opzione ex articolo 1331 c.c.), una atipica e commutativa (*swap* di pagamenti) e due atipiche ed aleatorie (differenziale e contratto di pagamento condizionato).

La tesi *de qua* sostiene come non sia stato subito da tutti colto che nel contratto differenziale classico, assimilabile alla compravendita, la cd. differenzialità era ben diversa da quella degli odierni derivati, ove detta differenzialità rappresenta l'oggetto stesso del negozio[4].

Pertanto, si è autorevolmente detto che il dibattito sui contratti differenziali non può essere immediatamente posto in continuità con i moderni derivati, nonostante presentino delle assonanze[5].

Solo una parte delle strutture negoziali tipiche in cui possono essere inquadrati i derivati, infatti, è riconducibile al contratto differenziale.

In questo modo, si comprende come non possa ricorrere lo schema della vendita o della somministrazione[6], dovendosi riconoscere, invece, la novità delle operazioni *de quibus* e dare rilievo alle loro peculiarità, fra cui, principalmente, l'esistenza di una particolare aleatorietà giuridica che le caratterizza.

Altri studiosi sono nel senso dell'affinità delle tematiche[7].

---

[1] Caputo Nassetti F., *I contratti derivati finanziari*, 2011, 2 ss.

[2] Caputo Nassetti F., Interest rate swap a copertura dell'indebitamento complessivo, in Giur. comm., 2018, 6, 965 ss.

[3] Caputo Nassetti F., *Interest rate swap a copertura dell'indebitamento complessivo*, in Giur. comm., 2018, 6, 965 ss., che, nel menzionare le cinque strutture base dei derivati, rileva che fra esse solo una sarebbe riconducibile allo schema del contratto differenziale e che, comunque, non si tratterebbe di quella alla quale appartiene l'IRS.

[4] Girino E., *I contratti derivati*, 2010, 188.

[5] Belli G., I contratti in strumenti finanziari derivati: nuove strategie di copertura del rischio o dissennata speculazione?, in Jus civile, 2015, 10, 587.

[6] Sul punto, Preite D., Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures), in Dir. comm. int., 1992, 1, 185-188.

[7] Rossi F., Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia, in BBTC, 1993, 5, I, 614; Giuliani F., I titoli sintetici tra operazioni differenziali e realtà del riporto, in Giur. comm., 1992, 79 ss.

Diversa dottrina ritiene che, invece, lo *swap* dovrebbe essere sempre messo in correlazione con il gioco, prescindendo dalla valutazione del rapporto con il contratto differenziale[1].

Queste impostazioni colgono tutte un aspetto della questione, vale a dire che il contratto differenziale semplice e lo *swap* sono due figure distinte che, però, investono profili fra loro simili[2].

Soprattutto, però, esse palesano come l'IRS, pur rientrando nella categoria dei contratti, non possa essere *sic et simpliciter* assimilato a questi.

Infatti, pur non potendo essere ormai classificati come mere compravendite o somministrazioni, provengono da sistemi nei quali i profili causali svolgono un ruolo diverso dal nostro e, in particolare, sono utilizzati, in origine da operatori super qualificati, i quali sono interessati, alla fine, a rendere il più possibile formale l'operazione, in modo che questa si spersonalizzi e non riveli gli interessi reali dei contraenti, evitando ai medesimi operatori l'assunzione dei rischi del soddisfacimento delle finalità della controparte.

Abbiamo a che fare, allora, con contratti che le parti vogliono rendere astratti, ma fare circolare in un ordinamento giuridico, come quello italiano, che vede come elemento costitutivo del contratto la causa, per di più intesa in senso concreto.

A questa circostanza, si aggiunge un ulteriore elemento di rilievo, ovvero che dei contratti, concepiti per essere utilizzati esclusivamente nel settore finanziario, sono oggi offerti in grande misura a soggetti che a tale settore sono estranei.

4. La causa dell'IRS.

Un ulteriore profilo rilevante in tema di IRS concerne l'individuazione della sua causa.

Tradizionalmente, come già rilevato, i derivati (ma la questione si era posta già per i contratti differenziali) sono stati accostati alla vendita od alla somministrazione oppure, con un notevole cambiamento di impostazione, alla scommessa.

Pertanto, la loro causa veniva a coincidere con quella delle figure tipiche appena menzionate.

Le Sezioni Unite in commento hanno, però, approfondito la questione.

---

[1] Capaldo G., Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di «swap», 1999, 96-103.

[2] Garofalo A.M., Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap, 2018, 209-211.

Innanzitutto, deve sottolinearsi che il Supremo Collegio ha qualificato come contratto aleatorio l'IRS, così superando definitivamente le tesi per le quali esso avrebbe avuto natura commutativa.

Peraltro, hanno evidenziato che la causa dell'*interest rate swap*, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro, destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo, ed è espressione di una logica probabilistica, dato che non ha ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-02**).

Di conseguenza, ai fini della validità del contratto, è stato ritenuto necessario accertare la presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi.

In particolare, le Sezioni Unite hanno messo bene in luce che detto accordo non si può limitare al *mark to market*, ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo (estraneo all'operazione) è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-03**).

Questa affermazione, di grande rilievo, va correttamente inquadrata.

Infatti, la Suprema Corte ha evidenziato l'assoluta necessità che, con riferimento ai contratti in esame, siano palesati tutti i costi che ciascuna parte ha posto a carico dell'altra.

Ciò in ragione pure del fatto che solo conoscendo detti costi è possibile verificare se l'alea contrattuale (la quale, stante la natura aleatoria del contratto, deve essere presente) sia stata in concreto neutralizzata a vantaggio di uno dei contraenti.

Pertanto, rileva l'indicazione degli scenari probabilistici perché tramite essa è possibile comprendere se sussiste in concreto un'alea bilaterale o se, dietro l'apparenza di un contratto aleatorio, non vi sia un negozio nel quale solo una delle parti è assoggettata ad un rischio.

Infatti, i costi dell'operazione sono spesso mantenuti occulti e non vengono dichiarati.

Peraltro, essi assumono di fatto rilievo nella determinazione del *mark to market*, il quale risente, nella sua quantificazione, di tutti i costi che, alla fine, vengono sostenuti dalle parti, pur se non risultano menzionati nel contratto.

Per questo la S.C. ha evidenziato che non è di interesse tanto il menzionato *mark to market*, quanto i citati scenari probabilistici, dei quali il *mark to market* è, appunto, la media, e che possono essere utilizzati per comprendere se dei costi siano stati messi in maniera occulta a carico di una sola delle parti.

Alla fine, ciò che rileva è, quindi, che ogni parte sia stata resa edotta dei costi su di lei gravanti.

Questa conclusione vale a maggior ragione se si considera che il giudizio concerneva gli IRS conclusi da pubbliche amministrazioni e che, nei contratti stipulati con esse, tutti gli elementi rilevanti dell'accordo (quindi causa, oggetto, prezzo, costi ecc.) devono risultare per iscritto.

Se ne ricava, allora, che le Sezioni Unite pongono non tanto un obbligo specifico di indicare gli scenari probabilistici fine a se stesso, ma, piuttosto, un obbligo generale di formalizzare nel contratto tutti i costi sostenuti dalle parti nell'operazione e che il Supremo Collegio sanziona con la nullità le intese che, non esplicitando siffatti costi, non consentono di verificare la presenza di un'alea bilaterale.

Viene così istituzionalizzato un divieto di mantenere occulti i costi in esame, non essendo dirimente, invece, la mera indicazione di una cifra astratta, come il *mark to market*, ove non permetta di accertare se l'aleatorietà del negozio non sia stata neutralizzata a vantaggio di una delle parti.

5. Gli IRS dei privati e quelli dei Comuni: una prima comparazione.

Le Sezioni Unite hanno, poi, affrontato nel dettaglio la questione relativa all'acquisto di titoli derivati da parte dei Comuni.

Esse hanno, prima di tutto, evidenziato che la normativa, che ne ha autorizzato la conclusione, fino al divieto introdotto dalla l. n. 147 del 2013 - rendendo in questo modo tipici i relativi contratti che, altrimenti, fra privati, sarebbero rimasti innominati - ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione, poiché ha consentito alla P.A. di stipulare contratti che, in quanto aleatori, non avrebbe potuto, di per sé, sottoscrivere.

In particolare, la menzionata normativa deve essere intesa nel senso che il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere tali contratti è stato limitato ai derivati di copertura, con esclusione di quelli speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi.

Inoltre, i menzionati contratti devono essere stipulati con intermediari finanziari qualificati e il relativo oggetto deve essere determinato con precisione, mediante l'indicazione del *mark to market*, degli scenari probabilistici e dei costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere evidente all'ente ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, comportando tale caratteristica una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole della contabilità pubblica, dal momento che introduce variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-04**).

Risulta di estremo interesse la differenziazione introdotta dalle Sezioni Unite fra gli IRS stipulati con la P.A. e quelli che, invece, una P.A. non coinvolgono.

I primi, infatti, sono da considerare tipizzati legislativamente e, dunque, il loro contenuto minimo non è derogabile e deve risultare per iscritto, a pena di nullità, comprendendo ogni elemento di rilievo idoneo ad incidere, quale costo, sull'alea.

I secondi, al contrario, sono ancora qualificati come innominati, rientrando, allora, nella sfera di applicazione dell'art. 1322 c.c.

Le cautele imposte dalle Sezioni Unite per gli IRS fra privati, quindi, sono ancora più accentuate ove siano coinvolti dei soggetti pubblici.

Non va sottovalutata, inoltre, la considerazione che la P.A., in assenza di specifica autorizzazione legislativa, non può stipulare contratti aleatori.

Viene così in rilievo un riferimento, almeno implicito, all'autonomia contrattuale degli enti pubblici ed al fatto che, forse, una totale parificazione delle pubbliche amministrazioni ai privati non è consentita, *sic et simpliciter*, nel nostro ordinamento, per quel che concerne la capacità di diritto privato.

D'altronde, in molti sistemi giuridici prossimi al nostro, come quello del Regno Unito, è ravvisata una incapacità legale della P.A. a concludere i contratti in esame.

Le Sezioni Unite non si sono spinte fino al punto di ipotizzare, con riferimento all'autonomia privata uno stato giuridico distinto per gli enti pubblici e per i privati, ma è chiaro che la tematica potrebbe essere in futuro oggetto di specifica riflessione.

6. L'*upfront* e gli IRS conclusi dai Comuni

Un passaggio fondamentale della decisione concerne il cd. *upfront*.

Se lo *swap* è *non par*, lo squilibrio può essere eliminato attraverso il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori.

Questo importo è chiamato *upfront*.

Si tratta, in pratica, del pagamento anticipato di una somma di denaro effettuato da una parte del contratto di *swap* in favore dell'altra.

Dottrina e giurisprudenza continuano a rimanere ancora incerte e divise sulla natura dell'*upfront*.

Taluni sostengono che con l'*upfront* la banca non eroga un finanziamento assistito da un obbligo di rimborso, bensì anticipa i flussi positivi che, secondo la valutazione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente[1].

Si è fatto coerentemente notare che il perfezionamento del nuovo contratto derivato non richiede di per sé un nuovo finanziamento, essendo caratteristica dello *swap* di consentire di investire senza immobilizzare capitali, venendo sospeso, invece, il pagamento dei debiti pregressi.

D'altronde, si è evidenziato che comunemente non è previsto un espresso obbligo di restituire l'importo di denaro indicato nell'*upfront*.

I clienti che, alla stipula, beneficiano dell'*upfront*, lo hanno spesso indicato, quindi, come ricavo da operazioni finanziarie.

Questa era la tecnica di contabilizzazione in uso presso gli enti locali e, infatti, era sostenuta dalla dottrina favorevole all'impiego degli *swaps* ad opera di Regioni e Comuni per procurarsi liquidità[2].

Era molto frequente in passato, infatti, che gli enti locali stipulassero degli *swaps* con contestuale ottenimento di denaro il quale, formalmente, non risultava essere un finanziamento.

Il vantaggio consisteva nel ricevere denaro immediatamente utilizzabile, differendo le passività prodotte su esercizi futuri, scaricandole, così, sulle amministrazioni successive.

Tale ultima impostazione attribuisce, quindi, all'*upfront* natura di prezzo o premio che una parte del contratto (l'intermediario) paga all'altra (il cliente) affinché assuma a suo carico un rischio, cedendo alla controparte l'alea positiva corrispondente.

Detto rischio consiste nel dovere corrispondere all'altro contraente in futuro, per effetto degli scambi dei pagamenti che dovranno verificarsi e che sono di ammontare incerto, più denaro di quanto esso avrà diritto di ricevere.

In molti casi, gli istituti di credito, però, hanno realizzato una distorsione di questo tipo di operazione che, peraltro, non è dovuta alla presenza dell'*upfront*, di per sé neutro, ma all'applicazione di nuovi costi impliciti o alla conclusione di un

[1] Questa è la posizione di Girino E., *I contratti derivati*, 2010, nonché, in giurisprudenza, della menzionata Tribunale di Bologna, n. 2078 del 14 dicembre 2009.

[2] Girino E., *I contratti derivati*, 2010.

nuovo derivato solo apparentemente di copertura e, in realtà, spiccatamente speculativo[1].

Pertanto, benché l'*upfront* sia indicato finanziariamente come un anticipo sui flussi di cassa, le banche coinvolte spesso non si limitano a sbilanciare di una somma equivalente alla sua restituzione il tasso fisso pagato dal privato, ma modificano pure il tasso fisso di un ulteriore *spread*, pari al rischio di non ricevere la restituzione della somma ed al compenso per l'anticipo *de quo*[2].

Parte della dottrina ha parificato, allora, criticando l'impostazione appena descritta, l'*upfront* ad un finanziamento[3].

Indubbiamente, le parti hanno spesso utilizzato l'*upfront* a tale fine.

L'esperienza del contenzioso concernente gli IRS costituiti da privati e da pubbliche amministrazioni evidenzia come l'utilizzo della clausola *upfront* faccia emergere uno scopo di finanziamento che deforma la causa concreta del contratto perché incide sugli interessi che è idoneo a realizzare.

Non si tratterebbe, dunque, di un meccanismo, aleatorio, che serve a ridurre il costo del debito sottostante, ma dell'occasione di un nuovo prestito, il costo del quale è espresso dal valore nominale delle prestazioni previste in sua esecuzione a carico del cliente ed il cui valore sostanziale è dato dalla differenza fra gli interessi che il cliente avrebbe pagato ove non lo avesse concluso e quelli che, in effetti, versa.

Verrebbe meno, allora, ogni funzione di copertura, persino parziale, ed all'originaria scommessa sull'andamento dei tassi si aggiungerebbe un nuovo interesse che, però, solo erroneamente sarebbe visto in quello alla ristrutturazione del debito preesistente, coincidendo, esso, invece, con una finalità puramente speculativa[4].

In particolare, si è sostenuto che l'*upfront*, in caso di rinegoziazione, sarebbe un mutuo, concesso dall'intermediario per continuare l'operazione.

---

[1] Garofalo A.M., Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap, 2018, 319-320.

[2] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

[3] Pagliantini S., *Costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa*, in Nuove leggi civ. comm., 2013, 384 ss.

[4] Di Raimo R., ***Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)***, in Maffeis D. (a cura di), Contratti derivati OTC - Quaderno di Banca Borsa e Titoli di Credito, 2014, 51.

Si è osservato che il flusso di denaro, al di là delle mere poste contabili, è unico, costituito dal differenziale aleatorio che, in quanto tale, mal si concilia con forme di anticipazione che, peraltro, verrebbero ad essere calcolate a tassi più elevati di quello *free risk* implicito nello *swap*[1].

Praticamente, più che valutare i flussi futuri a credito da attualizzare, nella prassi è fissato l'*upfront* da erogare, calcolandosi in corrispondenza lo *spread* che occorre aggiungere al flusso aleatorio del derivato per recuperare il finanziamento erogato ed i relativi interessi che, poiché non sono computati al tasso *free risk*, ma a quello corrispondente al merito di credito del cliente, rendono sistematicamente *non par* l'operazione.

Per determinare la correzione che occorre operare per il rimborso dell'*upfront*, l'intermediario, nello stabilire i maggiori flussi posti a carico del cliente, utilizza un tasso di sconto più elevato del tasso *swap* di un derivato *par*, commisurandolo al merito di credito del cliente finanziato, perché, altrimenti, non conseguirebbe per l'importo erogato la debita copertura del rischio proprio della controparte.

L'*upfront*, quindi, non potrebbe essere inteso come l'anticipazione dei futuri flussi finanziari attesi, senza coglierne la sostanza.

Infatti, in assenza di uno *spread* incrementativo dei flussi attesi dall'intermediario - che copra al tempo stesso l'importo del capitale finanziato e i relativi interessi commisurati al merito di credito della controparte - non vi sarebbe equilibrio finanziario che giustifichi l'*upfront*.

La componente aleatoria connaturata al *genus* del contratto non viene sostanzialmente alterata, ma più semplicemente è affiancata da un diverso negozio giuridico.

La maggiorazione del tasso *swap* e l'implicito margine di intermediazione risulteranno tanto più elevati quanto minore è il merito di credito, più ristretto il periodo del contratto, più elevata la quota di *upfront* in rapporto al nozionale.

L'aggiunta di una maggiorazione a carico del cliente - necessaria a coprire l'*upfront* - modifica il flusso degli introiti/pagamenti in maniera uniforme, determinando il recupero del capitale finanziato secondo un piano di ammortamento a rata costante.

Il rimborso dell'*upfront* e dei relativi interessi risulta commisto al contratto aleatorio, ma non è eventuale o aleatorio.

---

[1] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

Non è, quindi, agevole escludere la qualificazione dell'*upfront* in termini di finanziamento.

Di solito, il contratto non prevede esplicitamente un obbligo dell'operatore di restituire l'importo relativo all'*upfront*, ma, più semplicemente, viene rincarato il saldo dei flussi per ricomprendere il pagamento in un piano di rimborso, che è certo e determinato, mentre la componente pura dello *swap* continua a rimanere aleatoria, rendendo incerta la commistione del flusso risultante dall'aggregazione di un finanziamento e uno *swap*[1].

Nelle ordinarie operazioni di IRS risulta, però, per questi autori, di immediata evidenza la natura di finanziamento dell'*upfront*, che trova nella maggiorazione del tasso, fisso o variabile, un rimborso commisurato al capitale erogato e allo specifico tasso di interesse, implicito nella maggiorazione stessa e valutato coerente con il merito di credito del cliente.

Nello *swap* usuale, sia in sede di prima sottoscrizione sia di *unwinding*, con l'*upfront* si configura un finanziamento da parte dell'intermediario al quale corrisponde un rimborso distribuito nel tempo, usualmente certo e predefinito, ancorché occultato nella commistione con il derivato.

Lo *spread* aggiunto - commisurato al nozionale dell'operazione che, di regola, è un multiplo dell'*upfront* - viene a coincidere con la rata costante (o proporzionale, se il nozionale è decrescente nel tempo) necessaria all'ammortamento dell'*upfront* finanziato.

Secondo questa ricostruzione, pertanto, sarebbe opportuno tenere separate le due operazioni, l'una commutativa e l'altra aleatoria: la parte aleatoria rimane circoscritta al puro *swap*, mentre il rimborso dell'*upfront* assume la natura di una costante che non altera il rischio posto a carico dell'operatore[2].

Nell'affiancare alla componente aleatoria una commutativa, il rischio rimane invariato, ma aumenta il costo.

In taluni *swaps* la presenza di un *upfront* arriva a determinare una struttura contrattuale nella quale i flussi di pagamento dell'intermediario - al netto di quelli posti a carico del cliente - risultano probabilisticamente assai remoti e modesti.

---

[1] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

[2] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

In questo caso, la componente finanziamento è prevalente e il flusso si configura come il pagamento della rata di rimborso del finanziamento corretta per il più modesto flusso aleatorio che riviene dalla componente di *swap*.

In simili circostanze, è svilita la funzione connaturata al *genus* del contratto, il quale risulta deviato a realizzare, attraverso una forma atipica, un finanziamento[1].

In altri contratti, la presenza dell'*upfront* è, invece, accompagnata da un più significativo scambio di rischio, con liquidazione di un differenziale aleatorio: le due componenti fuse in un unico flusso determinano alterne movimentazioni finanziarie, seppur prevalentemente a carico del cliente, per la necessaria compensazione dell'*upfront*.

Alla luce di queste considerazioni, si è sostenuto, allora, che la presenza dell'*upfront* non troverebbe giustificazione, nella maggioranza dei casi, né nella costruzione dello *swap* né in particolari esigenze o opportunità di mercato.

Pertanto, la dottrina, in virtù degli esposti rilievi, ha fornito una peculiare ricostruzione della figura dell'*upfront*[2], evidenziando come non vi sia alcun elemento che connaturi l'*upfront* allo *swap*, risultando la funzione del primo distinta da quella del secondo[3].

Anzi, la funzione di copertura del rischio che sovente accompagna lo *swap*, impiegata alla stregua di un prodotto assicurativo, sarebbe più consona al pagamento di un premio che all'incasso di un *upfront*.

Per questi autori, l'elemento determinante la figura dello *swap* sarebbe la diversa aspettativa sulla posizione relativa e non assoluta dei tassi (o delle valute).

Oggetto del contratto sarebbe la differenza a termine e l'alea che permea il contratto non sarebbe riferita ai distinti tassi (o valute) che lo compongono, bensì alla loro differenza.

Siffatti aspetti sarebbero del tutto assenti nel finanziamento, ove si realizza un effettivo scambio di un ammontare iniziale contro importi futuri.

Nell'IRS le parti si accorderebbero sulla corresponsione a termine del differenziale, spartendosi l'alea sulla base di una suddivisione paritaria espressa dal mercato, ma alla quale esse attribuirebbero una diversa valutazione probabilistica[4].

---

[1] Caputo Nassetti F., Profili civilistici dei contratti derivati finanziari, 1997.

[2] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

[3] Lembo M., La rinegoziazione dei contratti derivati. Problematiche giuridiche, Il nuovo diritto, 2007.

[4] Girino E., *I contratti derivati*, 2010.

L'elemento determinante il contratto di mutuo o di finanziamento sarebbe, invece, la necessità di risorse finanziarie.

Il tasso, se fisso o variabile, non sarebbe un aspetto primario, ancorché la sua valutazione sia assunta, congiuntamente ad altri fattori, in funzione delle aspettative future dei tassi.

Coerentemente con tale prospettazione, il valore del derivato, espresso dal *mark to market* - pari inizialmente all'*upfront*, detratte le commissioni di intermediazione - sarebbe stato ricompreso nelle segnalazioni alla Centrale dei rischi, alla stregua di un ordinario finanziamento[1].

La stessa Commissione europea, occupandosi dei contratti di *swap* con *upfront* (*off-market swaps*) in sede di rilevazione dei deficit dei governi (*Excessive Deficit Procedure*), avrebbe rilevato la distinzione fra la componente di finanziamento e quella propriamente aleatoria[2].

Altri autori sono giunti a conclusioni non troppo dissimili, pur svolgendo un'analisi diversa.

La ricostruzione che vede nell'*upfront* una anticipazione di futuri flussi positivi è contestata[3] da chi osserva che, in primo luogo, così sarebbe esaltato il carattere speculativo dell'operazione, rispetto a quello di copertura gradito alle pubbliche amministrazioni.

Inoltre, si evidenzia che, in questo modo, è individuato illogicamente l'oggetto dell'operazione.

L'IRS concerne l'alea che il futuro andamento dei tassi si discosti dalle previsioni delle parti e, quando lo *swap* è *par*, il suo valore di mercato è zero.

In presenza di un *upfront*, però, lo *swap* non è *par*, perché, proprio in base all'accordo sui tassi raggiunto dalle parti al momento della nascita del contratto, lo *swap* produrrà perdite per chi lo ha ricevuto, recando il contratto *ab origine* un divario.

Il *fair value* dello *swap* sarebbe, quindi, in caso di *upfront*, negativo per il cliente.

---

[1] Marcelli R., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in http://blog.ilcaso.it/news_594/14-11-12/Derivati_esotici_e_Margine_di_intermediazione-_riflessi_di_convenienza_e_congruita.

[2] "Lump sums exchanged at inception on off-market swaps should be classified as loans (AF.4) under ESA 1995, with an impact on the Maastricht debt when the lump sum is received by government. Off-market swaps are to be partitioned in the ESA 1995 balance sheet into a loan component and a regular (at-the-money) swap component".

[3] Scotti Camuzzi S., *Sulla natura dell'upfront dei contratti IRS*, in *Swap* tra banche e clienti, Maffeis D. (a cura di), 2014, 252 ss.

A ciò si aggiunge che, di solito, l'*upfront* è inferiore a quanto occorre per pareggiare il valore di mercato dell'IRS.

Così ragionando, però, l'*upfront* non è un semplice prezzo, ma una erogazione finanziaria, un finanziamento di cassa il quale, per sua natura, non genera ricavi per il cliente, ma solo disponibilità di denaro e costi, come confermato, ad esempio, dall'articolo 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, poi modificato dall'articolo 62, comma 3 bis, della legge n. 133 del 2008, disposizione dettata in tema di derivati pubblici che ha incluso, fra le diverse forme di indebitamento, pure "*l'eventuale premio incassato al momento del perfezionamento delle operazioni derivate*".

In questa ottica, non rileva che, nella realtà, i derivati con *upfront* non stabiliscano l'obbligo del percettore di restituirlo.

Infatti, la restituzione è indiretta, ricompresa nell'intesa che prevede, nel corso dell'esecuzione dell'IRS, di effettuare pagamenti futuri determinati, al momento della stipulazione, in modo da rimborsare l'*upfront* con gli interessi.

Indubbiamente, non può negarsi che, se si vede nel derivato un contratto aleatorio, l'*upfront* potrebbe non essere reso, ma ciò non ne esclude la previsione nell'intesa iniziale.

In effetti, se si guarda alle fattispecie nelle quali l'*upfront* non è restituito, può sostenersi che non si tratta di un finanziamento[1].

Peraltro, a prescindere dalla circostanza che, nella grande maggioranza delle ipotesi, detto *upfront* è restituito, questa considerazione si presta all'obiezione che, nel nostro ordinamento, sono perfettamente ammissibili finanziamenti aleatori[2].

Inoltre, si è osservato che, nella prassi, lo *swap* con *upfront* può essere ceduto, dopo la stipulazione, dalla banca, incassando una somma pari o superiore all'*upfront*, o dal cliente (se non sono presenti le comuni clausole di incedibilità del derivato), il quale verserà un importo pari o maggiore dell'*upfront* ottenuto.

Pertanto, nell'uso commerciale, l'unico che veramente conta, l'*upfront* sarebbe inteso come un costo per il cliente, il quale per cederlo dovrebbe pagare un sovrapprezzo; al contrario, l'istituto di credito, ove trasferisca a terzi l'IRS, riceverebbe un premio in ragione della presenza dell'*upfront*.

D'altronde, la tesi che vede nell'*upfront* il versamento di una parte dei flussi positivi netti che il contratto genererà in futuro in favore del cliente prende in esame solo quella che è la previsione di quest'ultimo mentre, invece, l'intermediario

[1] Girino E., *I contratti derivati*, 2010.

[2] Scotti Camuzzi S., *Sulla natura dell'upfront dei contratti IRS*, in *Swap* tra banche e clienti, Maffeis D. (a cura di), 2014, 255.

considererà l'*upfront de quo* una componente dei flussi netti che il derivato produrrà a vantaggio suo ed a debito del detto cliente.

In pratica, nella logica dello *swap*, almeno nell'ottica di chi paga l'*upfront*, non è tanto la banca che corrisponde al cliente il capitale attualizzato di una rendita che quest'ultimo dovrebbe ricevere, ma, piuttosto, è l'istituto di credito che ottiene la promessa di una futura rendita ed accetta di pagare subito il capitale equivalente alla sua attualizzazione, con l'intesa che verrà restituito con gli interessi.

Se veramente l'*upfront* fosse una anticipazione di quanto dovuto in futuro al cliente, non è chiaro perché nel contratto dovrebbe essere concordato un meccanismo che ne consenta, almeno in teoria, la restituzione.

Qualora realmente fosse previsto l'*upfront*, ma non la sua restituzione neppure indiretta, l'operazione sarebbe anomala, atteso che l'intermediario arricchirebbe il cliente senza ricevere nulla in cambio, poiché non solo concluderebbe un derivato favorevole alla controparte, ma addirittura le pagherebbe in anticipo l'atteso guadagno.

Questa dottrina ne desume che lo *swap* con *upfront* andrebbe ascritto alla categoria dei contratti di credito, ancorché con la caratteristica di presentare il carattere (teorico) della aleatorietà nella restituzione della somma versata, con la conseguenza che andrebbe trattato contabilmente "*a segni invertiti*", nel senso che chi la percepisce non ha un ricavo e deve segnare la posizione assunta con il contratto con un meno, che esprime il debito contratto, mentre il corrispondente segno più dovrebbe risultare nei conti di cassa.

Con riguardo agli enti pubblici, le Sezioni Unite hanno precisato che, qualora detti enti, nello stipulare contratti derivati, ricevano importi a titolo di *upfront*, tali somme rappresentano un finanziamento, che deve essere qualificato come indebitamento, ai fini della normativa di contabilità pubblica e dell'art. 119 Cost. (anche per il periodo antecedente l'approvazione dell'art. 62, comma 9, d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008, successivamente sostituito dall'art. 3 l. n. 203 del 2008, che ha solo preso atto della natura di indebitamento di quanto conseguito con detto *upfront*), mentre lo stesso non può dirsi della collegata operazione di *swap,* la quale deve essere guardata nel suo complesso, al fine di verificare se l'effetto che produce può consistere sostanzialmente in un indebitamento (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-05**).

In tale quadro, secondo le Sezioni Unite, l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di *swap* da parte dei comuni italiani, in particolare se del tipo con finanziamento *upfront* - ma anche in tutti quei casi nei quali la negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti, ovvero nel loro mantenimento in vita ma con rilevanti modificazioni - deve essere data, a pena di nullità, dal consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. i), T.U.E.L.,

non potendo essere assimilata ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, di competenza della giunta comunale, in virtù della sua residuale attribuzione gestoria *ex* art. 48, comma 2, dello stesso testo unico.

In particolare, l'autorizzazione compete al consiglio comunale quando l'IRS negoziato incida sull'entità globale dell'indebitamento del Comune, tenuto conto che la ristrutturazione del debito deve essere accertata considerando l'operazione nel suo complesso, con la ricomprensione dei costi occulti che gravano sul rapporto (**Sez. U, n. 08770/2020, Genovese, Rv. 657963-06**).

SEZIONE V

DIRITTO DEL LAVORO

XI) I PRINCIPALI INTERVENTI IN MATERIA DI RAPPORTO DI LAVORO NELLA NORMATIVA EMERGENZIALE IN TEMPO DI PANDEMIA

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Le linee di intervento del legislatore dell'emergenza - 2. Le fonti normative - 3. Il lavoro agile - 4. La proroga dei contratti a termine - 5. Il divieto di licenziamento.

1. Le linee di intervento del legislatore dell'emergenza

L'emergenza epidemiologica in atto dal mese di febbraio ha comportato la necessità di intervenire su una pluralità di fronti fra cui, per evidenti ragioni di tutela dell'ordine pubblico economico e sanitario (collettivo ed individuale), anche quello del lavoro e della previdenza.

Gli interventi si sono sviluppati in direzioni diverse volte a tutelare (per certi versi, si potrebbe dire "conservare") le posizioni dei lavoratori, a proteggere i datori di lavoro mediante la predisposizione di strumenti funzionali ad agevolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa anche in luoghi diversi dagli stabilimenti aziendali o dagli uffici pubblici, individuare forme di "sterilizzazione" delle prestazioni previdenziali.

Gli obiettivi perseguiti dalla legislazione di emergenza sono stati (e sono tuttora) quelli di proteggere la salute individuale e collettiva, di conservare, il più possibile, i livelli occupazionali ed il tessuto produttivo pubblico e privato preesistenti all'inizio della situazione di emergenza, fornire strumenti di integrazione salariale attraverso forme di assistenza ai soggetti (inclusi i percettori di reddito da attività libero professionale) impossibilitati a rendere prestazioni lavorative.

In tale ottica si pongono anche le norme (inizialmente contenute nel titolo I, capo II, d.l. n. 18 del 2020) in tema di riduzione dell'orario di lavoro anche in ragione della indisponibilità dei servizi per l'infanzia.

Più precisamente, gli interventi in materia di lavoro si sono concentrati sulla conservazione del rapporto di lavoro (proroga dei contratti di lavoro a tempo determinato e divieto di licenziamenti individuali e collettivi) e sulla previsione della possibilità di svolgimento della prestazione lavorativa presso l'abitazione privata del lavoratore.

Si tratta di una normativa che ha subito (e continua tuttora a subire) progressive modifiche, integrazioni e, comunque, "aggiornamenti" in base all'evoluzione

dell'andamento dell'epidemia anche perché (almeno in parte) ha comportato l'effettiva trasformazione di alcuni istituti già esistenti (si pensi al lavoro agile, disciplinato normativamente con legge 22 maggio 2017, n. 81 e sul quale l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è tuttora nella fase iniziale) e l'inevitabile limitazione (inizialmente assoluta, in seguito relativa) di prerogative datoriali riguardanti l'organizzazione dell'attività imprenditoriale interessate da norme di rango costituzionale (art. 41 Cost.) rispetto alle quali, secondo le letture più severe e rigorose, le disposizioni introdotte potrebbero porre seri problemi di compatibilità.

Si è venuto così a creare un sottosistema normativo caratterizzato dalla presenza di norme eccezionali di natura derogatoria con durata temporale limitata che, tuttavia, è stata più volte modificata in ragione dell'andamento della pandemia.

Modifiche che certificano la natura eccezionale delle disposizioni che mutano (quanto meno nella loro durata) man mano che si modifica l'estensione della ragione che vi ha dato causa.

Una disciplina che, come è stato segnalato, ricorda quanto avvenuto nella fase post bellica quando con d.lgt. 21 agosto 1945, n. 523 venne disposto il blocco dei licenziamenti con vigenza fino all'agosto 1947.

Secondo una opzione interpretativa la lettura complessiva della normativa va operata in termini di c.d. "solidarietà sociale"; un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina civilistica contrattuale che consenta di indirizzare l'ermeneutica delle disposizioni eccezionali attraverso l'esigenza di affermare il valore della solidarietà nel diritto dei contratti in ragione della necessità di tenere conto, nel sottosistema in esame, delle sopravvenienze.

A questa lettura se ne contrappone altra che nella previsione di limiti alle prerogative datoriali in materia di recesso dal rapporto di lavoro intravede una pesante frizione con il principio costituzionale di cui all'art. 41 Cost., specie se si considera l'assenza di misure idonee ad annullare gli effetti economici della limitazione per i datori di lavoro.

Il tema sarà affrontato più dettagliatamente nel paragrafo relativo al divieto di licenziamento.

L'obiettivo avuto di mira dal legislatore dell'emergenza è stato quello di tutelare il lavoro e le attività produttive attraverso limitazioni a provvedimenti espulsivi ed il ricorso ad interventi di solidarietà economica e sociale per il tramite degli enti preposti a tali compiti a norma dell'art. 2 Cost..

Ciò in quanto il sostanziale blocco delle attività produttive non ha permesso ai datori di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, ma nemmeno di "eliminare" le forze lavorative non necessarie.

L'intervento della cassa integrazione ordinaria o in deroga è stato giustificato dalla chiusura totale o parziale della attività produttive che ha reso temporaneamente impossibili le prestazioni delle parti del rapporto di lavoro.

Da qui anche la segnalata trasformazione della cassa integrazione che, nell'economia della normativa emergenziale ha la funzione di indennizzo per l'impossibilità che grava sull'azienda di continuare la sua operatività; funzione che è diversa da quella tradizionale da individuarsi nel consentire una riorganizzazione aziendale per gli imprenditori colpiti da condizioni di particolari crisi di mercato o produttive.

Ciò nonostante, la procedura descritta dal legislatore richiede pur sempre l'attivazione da parte del datore di lavoro (per la cassa ordinaria) e la cooperazione con i sindacati (per quella in deroga) con conseguenti problematiche che potrebbero insorgere in ordine alla natura della responsabilità datoriale nel caso in cui non venga attivata la procedura collettiva laddove ne ricorressero i presupposti.

Dunque, il tema della sospensione dell'attività lavorativa e della mancata esecuzione della prestazione per causa non imputabile al datore di lavoro o al lavoratore è stato affrontato nella legislazione di emergenza con la predisposizione di una doppia forma di indennizzo che non ha natura di rimedio esclusivo per la conservazione del posto di lavoro lasciando, in ogni caso, ferma la possibilità (auspicata da una certa dottrina) dei patti sulla riduzione della retribuzione entro i minimi contrattuali, della utilizzazione dell'orario multiperiodale per integrare la retribuzione dei lavoratori che percepiscono la retribuzione ridotta per cassa integrazione in deroga o delle ferie e dei permessi come alternative alla medesima cassa.

2. Le fonti normative

I principali interventi normativi nella materia si sono avuti con i seguenti decreti legge:

decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 37 (c.d. Cura Italia);

decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. Rilancio);

decreto legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126 (c.d. Agosto);

decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. Ristori), convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176 che ha contestualmente abrogato i d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (Ristori-*bis*), 23 novembre 2020, n. 154 (Ristori-*ter*) e 30

novembre 2020, n. 157 (Ristori-*quater*) riunendo, così, le misure adottate nel mese di novembre in un unico provvedimento.

Inoltre la legge 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di Bilancio 2021) è intervenuta con disposizioni sia in materia di ammortizzatori sociali, proroga dei contratti a termine e prolungamento al 31.3.2021 del blocco dei licenziamenti collettivi ed individuali.

Ancora, rilevano, sebbene come norme di rango inferiore, gli innumerevoli D.P.C.M. che si sono succeduti nell'anno 2020 e che continuano ad essere emessi per adeguare la regolamentazione (anche) di materie rilevanti in questa sede all'andamento della situazione sanitaria del Paese.

In particolare, si ricorda, tra gli ultimi ed ai fini della disciplina del lavoro agile nella Pubblica Amministrazione, il D.P.C.M. 13 ottobre 2020 cui ha fatto seguito di decreto del Ministro della Funzione Pubblica del 19 ottobre 2020

3. Il lavoro agile

La direzione nella quale si è mosso il legislatore è quella di estendere la possibilità di ricorrere a forme di lavoro da remoto e garantire la possibilità (in alcuni casi individuando un vero e proprio diritto soggettivo) dello svolgimento della prestazione in luogo diverso dal posto di lavoro limitando quello "in presenza" alle attività per le quali tale modalità sia imprescindibile.

L'originaria funzione del lavoro agile risiede nello "scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro", mentre il potenziamento, nei termini che si vedranno, del ricorso a tale forma di lavoro, nella disciplina emergenziale ha la finalità, come detto, di garantire esigenze di ordine pubblico economico e sanitario e, specie per quanto riguarda la Pubblica Amministrazione, di assicurare la continuità dei servizi.

Le disposizioni hanno lo scopo di far sì che lo svolgimento della prestazione lavorativa fuori dai luoghi di pertinenza del datore di lavoro avvenga in maniera molto più diffusa e con previsioni che prescindano dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dalla legge 81 del 2017 che, per prima, ha disciplinato il lavoro da remoto.

Uno degli elementi che caratterizza la forma tipica del lavoro agile è costituto dall'accordo individuale di cui all'art. 19 della legge n. 81 del 2017.

La norma, infatti, stabilisce, specificando il contenuto della pattuizione alla quale fa riferimento il precedente art. 18, che "l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore

di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonchè le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro".

In ciò, è stato detto, risiede il nucleo della particolarità del lavoro agile: l'atteggiarsi assolutamente peculiare della subordinazione (da alcuni definita espressamente "attenuata") e dell'esercizio del potere direttivo e conformativo del datore di lavoro che, nella fattispecie, è frutto di una sorta di contrattualizzazione.

Allo scopo di implementare il ricorso alla forma del lavoro agile, fino a renderla, nel pubblico impiego (almeno nella fase acuta dell'emergenza sanitaria) il modo preferibile di svolgimento dell'attività lavorativa, il legislatore è intervenuto, in primo luogo, proprio sulla non necessità dell'accordo individuale.

L'art. 87 del d.l. n. 18 del 2020 ha previsto la possibilità di ricorrere al lavoro agile anche in assenza degli accordi individuali di cui all'art. 19 della legge n. 81 del 2017 con l'assolvimento in via telematica degli obblighi di informativa indicati dal successivo art. 22 della legge n. 81 del 2017.

In particolare, ha stabilito quanto segue: "Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione, il lavoro agile è una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, conseguentemente: a) limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81. 2. La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione. In tali casi l'articolo 18, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81 non trova applicazione".

La funzione dell'eliminazione del (necessario) accordo individuale e dell'informativa sui rischi ai sensi dell'art. 22 legge n. 81 del 2017 (che, con modalità più snelle, rimane per i datori di lavoro privati ai sensi dell'art. 90, d.l. n. 34 del 2020 del quale si dirà in seguito) risiede, ovviamente, nell'esigenza di aumentare il ricorso al lavoro agile riducendo i correlati adempimenti formali.

La mancanza della necessità dell'accordo comporta, in sostanza, che la modalità di lavoro agile è determinata dall'esercizio da parte del datore di lavoro dello *ius variandi*; essa diviene una forma di gestione dell'esecuzione del rapporto nell'ambito

del potere direttivo e conformativo che spetta alla Pubblica Amministrazione in virtù della nuova disciplina legislativa dell'istituto.

Disciplina che ha subito, come si vedrà, modificazioni in occasione dei successivi interventi normativi di urgenza essendo stata modificata l'impostazione iniziale che ha visto prevalere una sorta di "obbligatorietà" del lavoro agile nella Pubblica Amministrazione con esclusione delle sole attività indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza.

Quindi: lavoro agile come modalità con la quale ordinariamente viene svolta la prestazione lavorativa e presenza come eccezione.

La prestazione, peraltro, può essere svolta anche con strumenti nella disponibilità del lavoratore con esonero della Pubblica Amministrazione dalla responsabilità su essa gravante ex art. 18, comma 2 legge 81 del 2017.

Esonero che deve ritenersi esteso alle condizioni di sicurezza del "non luogo" di lavoro nel quale il prestatore rende la sua attività lavorativa

La norma prevede altresì, per l'ipotesi in cui la prestazione non possa essere svolta in modalità di lavoro agile, la possibilità per il datore di lavoro pubblico di ricorrere agli strumenti delle "ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva" e che "esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio".

La disciplina del lavoro agile nella Pubblica Amministrazione è stata in seguito aggiornata, in base all'andamento dei contagi che ha consentito la parziale riapertura dei servizi, degli uffici e delle attività produttive e commerciali.

E' stata, dunque, individuata la percentuale di attività da svolgere con la modalità del lavoro agile nella misura del 50% (mentre, in precedenza, si era fatto riferimento all'attività "indifferibile") stabilendo che alla data del 15.9.2020 l'art. 87, comma 1, lett. a) d.l. n. 18 del 2020 (norma che indica il presupposto della indifferibilità), avrebbe cessato di avere efficacia.

La disposizione si rinviene nell'art. 263 d.l. n. 34 del 2020 ove si legge che: "al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, adeguano l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali. A tal fine, fino al 31 dicembre 2020, in deroga alle misure di cui all'articolo 87, comma 1, lettera a), e comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale,

introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, al 50 per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonchè nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la Pubblica Amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020 cessa di avere effetto".

La norma ha demandato ad uno o più decreti del Ministro della Pubblica Amministrazione l'individuazione di "modalità organizzative e criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi".

La disposizione, secondo l'interpretazione data con Circolare della funzione pubblica n. 3 del 2020, impedisce di ritenere applicabile, a partire dalla entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 34 del 2020, anche il comma 3 dell'art. 87 del d.l. n. 18 del 2020 che ha previsto la possibilità di esonero dal servizio per i dipendenti le cui attività non sia possibile organizzare in modalità agile.

Il decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 263, comma 1, d.l. n. 34 del 2020 è stato emanato il 19.10.2020 ed è stato già bersaglio di numerose critiche, in particolare per la (asserita) pretesa di disciplinare aspetti del lavoro agile già regolamentati con normazione primaria e, quindi, in violazione del principio della gerarchia delle fonti.

Preme segnalare come il decreto abbia indicato la forma del lavoro agile come una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa e come, fino al 31.12.2020, continui a non essere richiesto l'accodo individuale di cui all'art. 19 legge n. 81 del 2017.

Inoltre, al di là delle disposizioni dettate per la dirigenza che è tenuta a disciplinare l'organizzazione della specifica modalità lavorativa della quale si sta trattando, è interessante rilevare come il decreto abbia avuto cura di specificare che "il lavoro agile si svolge ordinariamente in assenza di precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro. In ragione della natura delle attività svolte dal dipendente o di puntuali esigenze organizzative individuate dal dirigente, il lavoro agile può essere organizzato per specifiche fasce di contattabilità. Nei casi di prestazione lavorativa

in modalità agile, svolta senza l'individuazione di fasce di contattabilità, al lavoratore sono garantiti i tempi di riposo e la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro" (art. 5).

Esplicitato, quindi, che ci si trova di fronte ad un rapporto di lavoro nel quale gli elementi "classici" della prestazione, del luogo di svolgimento dell'attività, dell'orario, dell'inserimento nell'organizzazione si atteggiano in maniera affatto peculiare.

In funzione dell'implementazione dell'utilizzazione dello strumento del lavoro agile anche il decreto semplificazioni (d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020) ha previsto specifiche disposizioni in tema di potenziamento della strumentazione tecnologica da parte della Pubblica Amministrazione per garantire l'incremento di tale forma particolare di svolgimento dell'attività lavorativa.

Una modalità che, in prospettiva, potrebbe anche essere sganciata dalla contingenza dettata dall'emergenza epidemiologica in corso e divenire uno strumento ordinario di assolvimento della prestazione di lavoro.

Va ricordato che il D.P.C.M. del 3.11.2020 ha disposto che nelle pubbliche amministrazioni, tenuto conto dell'evolversi della situazione epidemiologica, ciascun dirigente organizza il proprio ufficio assicurando, su base giornaliera, settimanale o plurisettimanale, lo svolgimento del lavoro agile nella percentuale più elevata possibile, e comunque in misura non inferiore a quella prevista dalla legge, del personale preposto alle attività che possono essere svolte secondo tale modalità, compatibilmente con le potenzialità organizzative e l'effettività del servizio erogato.

E' demandato, quindi, all'iniziativa organizzativa dei dirigenti l'individuazione della maggiore percentuale possibile di lavoratori che svolgano la prestazione in modalità agile, senza, tuttavia, che venga pregiudicata l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Il legislatore, così come le fonti normative di rango inferiore, continua a tentare una mediazione tra le esigenze della continuità dell'azione amministrativa e quelle della tutela della salute individuale e pubblica.

Mentre nel settore pubblico la modalità di lavoro agile è ordinaria, nel settore privato, il datore di lavoro, tranne i casi che si vedranno, può utilizzare tale forma di organizzazione della prestazione lavorativa.

E' demandata alla scelta datoriale la possibilità di ricorrere al lavoro agile.

La struttura dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 2020 prevede al primo comma l'individuazione dei casi in cui il lavoratore ha diritto (casi successivamente ampliati dalla normativa succedutasi nel tempo) allo svolgimento della prestazione agile con la conseguente descrizione delle modalità e delle prescrizioni formali.

Assumono particolare rilievo il comma 1 della norma che ha affermato il diritto allo svolgimento del lavoro agile per "i genitori lavoratori dipendenti del settore

privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, (…) anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione."

Lo stesso diritto è stato riconosciuto " ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa".

Il diritto del lavoratore è riconosciuto a condizione che vi sia la compatibilità della modalità di lavoro agile con le "caratteristiche della prestazione", ossia deve trattarsi di una prestazione lavorativa che sia effettivamente realizzabile senza la presenza fisica del lavoratore nei luoghi "ordinari".

Analogamente a quanto previsto per il pubblico impiego "la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro".

Sempre in analogia con quanto previsto in materia di pubblico impiego, la modalità di lavoro agile può essere applicata dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dagli artt. da 18 a 23 della lege n. 81 del 2017, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti (comma 4 dell'art. 90).

Dunque, rispetto al lavoro pubblico, la prospettiva cambia radicalmente: in quel caso è prevista una modalità organizzativa in cui il lavoro agile deve essere preferito, nel lavoro privato la scelta, con le eccezioni dei casi in cui è configurabile un diritto soggettivo del lavoratore, è rimessa al potere conformativo ed organizzativo del datore di lavoro, pur trattandosi di modalità che (secondo il D.P.C.M. del 3.11.2020 è "raccomandata fortemente" ex art. 5.6.).

Ulteriori casi in cui è stato previsto il diritto allo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile riguardano, in primo luogo, i lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (che hanno la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ex art. 39, comma 2, d.l. n. 18 del 2020).

Altra categoria che fruisce di analogo diritto è quella dei dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di disabilità grave, di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita.

Il diritto allo svolgimento del lavoro in modalità agile può essere realizzato anche attraverso la destinazione a mansione diversa o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto ex art. 26, comma 2bis, d.l. n. 18 del 2020.

Inoltre, i genitori lavoratori dipendenti privati con almeno un figlio con disabilità grave o in quarantena per contatti scolastici hanno diritto di svolgere l'attività lavorativa in modalità agile, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore e che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica fino al 30.6.2021 (caso in cui, invece, il lavoratore ha diritto ad un congedo straordinario retribuito al 50% per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio) ai sensi degli artt. 21bis e 21 ter d.l. n. 104 del 2020 per come modificati anche dal più recente d.l. n. 137 del 2020.

Analogamente per il personale docente e ATA assunto con contratti a tempo determinato nell'anno scolastico 2020/2021, in caso di sospensione delle attività didattiche.

Si tratta, dunque, di casi in cui il lavoro agile è un diritto, per come riconosciuto dalla prime decisioni di merito edite sul punto.

Si registrano i casi di lavoratrice madre con l'esigenza di controllare un figlio disabile per il quale la genitrice ha certificato l'importanza della propria presenza per l'equilibrio e la stabilità dello stesso figlio, per la quale risulta meglio garantita la possibilità di svolgere il lavoro (dipendente asl) presso la propria residenza; lavoro che, in concreto non è incompatibile con la modalità agile (Trib. Roma 20.6.2020).

Ancora, è stato affermato il diritto allo svolgimento del lavoro agile della lavoratrice madre invalida con figlia disabile a carico che può lavorare da casa utilizzando il telefono e strumenti informatici per prevenire il contagio da COVID-19 per sé e per la figlia (Trib. Bologna 23.4.2020).

Infine, nel settore privato, è stato affermato che condizione per avvalersi del diritto al lavoro agile è costituita dalla compatibilità della prestazione da casa con le caratteristiche del lavoro richiesto al dipendente.

E' stato escluso che il lavoro del quadro direttivo con mansioni di responsabile di progettazione impianti nuove strutture ed assistenza tecnica per società di parcheggi possa essere compatibile con la modalità di lavoro agile laddove

l'accudimento della figlia venga svolto dalla moglie che, a sua volta, svolge lavoro agile (Trib. Mantova 26.6.2020).

4. La proroga dei contratti a termine

E' stato ampliato il ricorso al lavoro a termine individuando deroghe alla possibilità di stipulare o prorogare contratti a termine.

Nel contesto delle misure a sostegno del lavoro ed, in particolare, di quelle in tema di ammortizzatori sociali, l'art. 19-bis d.l. n. 18 del 2020 ha previsto che "ai datori di lavoro che accedono agli ammortizzatori sociali di cui agli articoli da 19 a 22 del presente decreto, nei termini ivi indicati, è consentita la possibilità, in deroga alle previsioni di cui agli articoli 20, comma 1, lettera c), 21, comma 2, e 32, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, di procedere, nel medesimo periodo, al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato, anche a scopo di somministrazione".

Fra le misure urgenti in materia di lavoro e politiche sociali, l'art. 93 d.l. n. 34 del 2020 ha inizialmente previsto che "per far fronte al riavvio delle attività in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19, è possibile rinnovare o prorogare fino al 30 agosto 2020 i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in essere alla data del 23 febbraio 2020, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81", ovvero in assenza delle causali che legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro e cioè: a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.

La norma ha subito modificazioni per effetto dell'art. 8 d.l. n. 104 del 2020 che ha esteso la possibilità del rinnovo e della proroga eliminando il riferimento alla data del 23.2.2020 in ordine alla esistenza del contratto a termine, stabilendo ed individuando un periodo massimo di dodici mesi, purchè si tratti di proroga o rinnovo intervenuti entro il 31.12.2020 e con il limite di una sola volta.

La disposizione va intesa nel senso che la proroga o il rinnovo debbano intervenire entro il 31.12.2020 potendo il contratto protrarsi anche successivamente.

In sede di conversione del d.l. n. 34 del 2020 è stato introdotto il comma 1-bis dell'art. 93 secondo cui per cui gli apprendisti ed i titolari di contratti a termine, anche in somministrazione, a cui sia stata sospesa l'attività lavorativa in conseguenza dell'emergenza, possono vedersi prorogato il termine in misura equivalente al periodo per i quali gli stessi sono stati sospesi.

La disposizione è stata poi abrogata dal d.l. n. 104 del 2020 (art. 8 cit.).

Con il dichiarato obiettivo di promuovere il lavoro agricolo l'art. 94 d.l. n. 34 del 2020 ha previsto che i percettori di ammortizzatori sociali, limitatamente al periodo di sospensione a zero ore della prestazione lavorativa, di NASPI e DIS-COLL nonche' di reddito di cittadinanza possono stipulare con datori di lavoro del settore agricolo contratti a termine non superiori a 30 giorni, rinnovabili per ulteriori 30 giorni, senza subire la perdita o la riduzione dei benefici previsti, nel limite di 2000 euro per l'anno 2020.

In relazione ai contratti di somministrazione è stato previsto che, con efficacia fino al 31.12.2021, nel caso in cui il contratto tra agenzia di somministrazione e lavoratore sia a tempo indeterminato, non trovino applicazione i limiti di durata complessiva della missione a tempo determinato presso un soggetto utilizzatore.

L'art. 1, comma 279, della legge 178/2020 (legge di Bilancio 2021) ha sostituito la data 31.12.2020 contenuta nell'art. 93 sopra citato con quella 31.3.2021.

5. Il divieto di licenziamento

Si è detto che l'intervento del legislatore in materia di licenziamenti ricorda il blocco dei recessi datoriali previsto nell'immediata fase post bellica.

Ciò rende, probabilmente, l'idea della fase economica e sociale venutasi a creare e degli sviluppi che è lecito attendersi.

Il legislatore si è dunque preoccupato di individuare una sorta di sottosistema di tutele nel quale si inserisce la riforma temporanea della disciplina dei licenziamenti che, anche in questo caso, come avvenuto per il lavoro agile, ha risentito dell'evoluzione dell'andamento epidemico ed, evidentemente, dei riflessi pratici che hanno avuto le misure di volta in volta adottate.

La prima norma introdotta è stata l'art. 46, comma 1, d.l. n. 18 del 2020 nella quale è stato previsto che "a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per cinque mesi e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604. Sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

L'eccezione riguarda, dunque, i soli casi in cui sia la contrattazione nazionale (e non quella decentrata) a prevedere la riassunzione, mentre il riferimento ai casi in cui sia la legge a disporla, viene ritenuto ininfluente non essendo la materia disciplinata da alcuna norma primaria.

Nonostante la previsione letterale della norma sembrerebbe riferirla ai soli licenziamenti collettivi, pare preferibile, secondo quanto sostenuto dalla prevalente dottrina, l'interpretazione secondo cui essa riguarda sia i licenziamenti collettivi che quelli individuali, dovendosi privilegiare una lettura della norma secondo quelle che sono le intenzioni del legislatore ai sensi dell'art. 12 preleggi

Il divieto è stato inizialmente previsto per cinque mesi.

Il comma 1-bis della medesima disposizione ha inoltre previsto un'ipotesi eccezionale di revoca del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo stabilendo che "il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 17 marzo 2020 abbia proceduto al recesso dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, può, in deroga alle previsioni di cui all'articolo 18, comma 10, della legge 20 maggio 1970, n. 300, revocare in ogni tempo il recesso purchè contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli articoli da 19 a 22, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. In tal caso, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, senza oneri nè sanzioni per il datore di lavoro".

Si è individuato un collegamento tra le vicende del rapporto di lavoro e la cassa integrazione subordinando il (sostanziale) ripristino del rapporto alla richiesta di intervento degli ammortizzatori sociali.

Si tratta di una norma di favore per il datore di lavoro che ha la funzione di "alleggerire" il peso della permanenza del rapporto in un momento di (probabile) difficoltà del datore nel consentire il ripristino del rapporto.

Il quadro normativo di riferimento è stato modificato per effetto dell'art. 14 d.l. n. 104 del 2020 che ha previsto un divieto subordinato alla ricorrenza di determinate condizioni.

La norma si pone in discontinuità rispetto alla precedente disciplina della quale ha ridisegnato i contorni ed i presupposti, verosimilmente, in ragione della prevista e prevedibile maggiore durata di vigenza, nonostante l'utilizzazione di terminologia che parrebbe lasciare intendere una volontà di esprimere continuità ("il licenziamento *resta* precluso").

I primi due commi della norma così recitano: "Ai datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui all'articolo 1 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto

resta precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto. 2. Alle condizioni di cui al comma 1, resta, altresì', preclusa al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge".

Si è verificato, dunque, il passaggio dal divieto generalizzato a quello condizionato alla impossibilità per il datore di fruire della cassa integrazione o dell'esonero contributivo come disciplinati dal d.l. 104 del 2020.

E' stata introdotta una condizione per rendere legittimo l'esercizio del licenziamento, ossia l'esaurimento delle misure di integrazione salariale o esonero contributivo.

Occorre, inoltre, che il datore di lavoro abbia sospeso o ridotto l'attività a seguito Covid; ciò viene desunto, secondo una parte della dottrina, dal meccanismo di rinvii al sistema di integrazione salariale ed esonero contributivo.

Il terzo comma ha previsto una serie di eccezioni alle preclusioni di cui ai punti precedenti:

licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attivita' dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della societa' senza continuazione, anche parziale, dell'attivita', nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attivita' che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile;

accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo, a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22;

fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione.

Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.

La fattispecie che, allo stato, ha suscitato il maggiore interesse della dottrina è senza dubbio quella degli accordi collettivi aziendali ai quali il singolo lavoratore può aderire.

Si tratta di una fattispecie risolutiva consensuale a formazione progressiva che presuppone la premessa dell'accordo aziendale e che si conclude con l'accesso del lavoratore alla NASPI.

Una fattispecie (che ricorda l'analoga procedura prevista dall'art. 7 legge n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 1, comma 40, legge n. 92 del 2012 per i lavoratori assunti entro il 6.3.2015) che non richiede l'attivazione delle procedure per il licenziamento collettivo, né una dichiarazione di eccedenza del personale.

La norma è stata prorogata fino al 31.1.2021 dall'art. 12 del d.l. n. 137 del 2020 con il quale è stato previsto un ulteriore periodo massimo di sei settimane di trattamenti di integrazione salariale, ordinari e in deroga, e di assegno ordinario esclusivamente per periodi intercorrenti tra il 16 novembre 2020 e il 31 gennaio 2021 in favore dei datori di lavoro ai quali sia stato già interamente autorizzato l'ulteriore periodo di nove settimane previsto dal d.l. n. 104 del 2020, decorso il periodo già autorizzato, nonché dei datori di lavoro operanti nei settori oggetto delle nuove restrizioni disposte dal D.P.C.M. 24 ottobre 2020.

Altra causa di sospensione della procedura di licenziamento già avviata è stata individuata dall'art. 60, comma 3, lett. c), d.l. n. 104 del 2020 per l'ipotesi di proroga della CIG di sei mesi per cessazione dell'azienda (ex art. 44 d.l. n. 109 del 2018).

Un'ipotesi particolare di divieto di licenziamento è stata prevista anche dall'art. 23 d.l. 18 del 2020 ove è stato stabilito che "i genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di anni 16, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia altro genitore non lavoratore, hanno diritto di astenersi dal lavoro per l'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità nè riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro".

Si tratta, evidentemente, di un licenziamento nullo per contrarietà a norma imperativa in quanto l'assenza del lavoratore dal posto di lavoro, in tal caso, costituisce esercizio di un diritto.

Altro divieto temporaneo è stato previsto dall'art. 47, comma 2, d.l. n. 18 del 2020: "Fermo quanto previsto dagli articoli 23, 24 e 39 del presente decreto e fino alla data del 30 aprile 2020, l'assenza dal posto di lavoro da parte di uno dei genitori conviventi di una persona con disabilità non può costituire giusta causa di recesso dal contratto di lavoro ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile, a condizione che

sia preventivamente comunicata e motivata l'impossibilità di accudire la persona con disabilità a seguito della sospensione delle attività dei Centri di cui al comma 1".

L'art. 1, comma 309, legge n. 178 del 2020 ha esteso il blocco dei licenziamenti fino al 31.3.2021.

La "ratio" della disciplina originariamente introdotta dall'art. 46 cit., secondo una plausibile lettura, non è unica e non può essere individuata solo nella logica contrattualistica del rapporto di lavoro articolandosi, piuttosto in una pluralità di ragioni: "la tutela del reddito e della stabilità in una fase in cui il mercato del lavoro non darebbe alternative, la stabilità del mercato e del sistema economico nel suo complesso (sia come conservazione del capitale umano sia nelle dinamiche di consumo in una economia già fortemente rallentata dai provvedimenti restrittivi), lo stesso contributo alla prevenzione dei contagi, concorrendo alla stabilità delle relazioni sociali".

Un sistema complesso e multiforme di tutele con una pluralità di interventi su più fronti che, nel caso dei limiti al recesso datoriale, trova la sua massima applicazione essendo indissolubilmente legata la disciplina del blocco (o della sospensione) dei licenziamenti con quella degli ammortizzatori sociali.

Tanto più con l'introduzione delle c.d. condizionalità per effetto del d.l. n. 104 del 2020.

Ciò porta a qualche cenno sui dubbi di costituzionalità che, una parte dei commentatori, ha sollevato con riferimento alla disciplina introdotta dalla normativa emergenziale.

Secondo una lettura la temporaneità del divieto dei licenziamenti, le ragioni che l'hanno ispirata, in uno con la previsione di misure di sostegno alle imprese consentono di individuare una compatibilità con l'art. 41 Cost., specie se si tiene conto della previsione di cui al secondo comma della norma costituzionale che individua il limite del contrasto con l' "utilità sociale" della (libera) iniziativa economica.

A tale proposito si richiama il vincolo posto al licenziamento nella disciplina di tutela della maternità di cui alla legge n. 151 del 2001 nella quale le ragioni del recesso datoriale sono subvalenti rispetto alla necessità di garantire la tutela della stabilità del rapporto di lavoro.

Altri sostengono che il lungo blocco dei licenziamenti costituisca un ostacolo alla libertà di impresa in quanto non fornisce alcun parametro per garantire, nel rispetto dell'art. 41 Cost. , un bilanciamento tra il libero esercizio dell'attività d'impresa ed il diritto del lavoro e dell'occupazione.

A proposito dell'ampiezza del blocco è stata evocata la possibile rilevanza di quanto sostenuto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 in punto di "principio di ragionevolezza".

Sul punto si ricordano altre sentenze della Corte costituzionale (nn. 548 del 1990 e 339 del 2001) con le quali è stata proposta una interpretazione dell'art. 41 Cost. in termini di "riconoscimento del mercato concorrenziale", con la conseguenza, secondo tale lettura, che non sarebbero legittimi interventi che possano così rigidamente limitare le libere scelte imprenditoriali.

Perplessità sono state sollevate anche con riferimento alla presunta violazione dell'art. 3 Cost. in quanto l'art. 14 d.l. n. 104 del 2020 ha disciplinato in maniera identica molteplici fattispecie l'una diversa dall'altra.

Dubbi sono stati espressi anche con il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 1958 traducendosi il blocco in un imponibile di manodopera.

Con la sentenza in questione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale (per contrasto con l'art. 41 Cost.) del d.l.c.p.s. n. 929 del 1947 che, tramite un decreto prefettizio, le proposte e i criteri formulati dalla Commissione provinciale, gli elenchi delle aziende e dei lavoratori agricoli predisposti dalla Commissione comunale, imponevano "l'obbligo per i conduttori a qualsiasi titolo di aziende agrarie o boschive di assumere la mano d'opera da adibirsi nell'annata agricola o durante le singole stagioni di essa alla coltivazione e alla manutenzione ordinaria o straordinaria dei fondi"[1].

---

[1] In motivazione si legge il seguente passaggio argomentativo:" il decreto viene a gravemente interferire e incidere sulla personale iniziativa dell'operatore agricolo; la libera valutazione e conseguente autodeterminazione in ordine a quelli che, a suo giudizio, possono essere gli adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione sono notevolmente turbate o sostituite da immissione, nel complesso equilibrio dell'azienda, di elementi non richiesti, spesso non ritenuti idonei. (…) certo é che il conduttore - ancorché di azienda assai modesta - viene obbligato all'assunzione di prestatori d'opera e all'esborso dell'importo delle relative retribuzioni maggiorate di una penale qualora egli non intenda usufruire dell'opera di tali lavoratori. Né ritiene la Corte che nel secondo e nel terzo comma dell'art. 41 possa rinvenirsi giustificazione, sempre dal punto di vista della legittimità costituzionale, del sistema attuato col decreto n. 929. Nel secondo comma sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata: essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in senso collettivo, essa non può comunque recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori). Dispone il terzo comma del citato articolo che siano determinati programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Non gioverebbe, a sostegno di tesi opposta a quella che viene dalla Corte accolta nella presente sentenza, invocare la locuzione costituzionale per ravvisare in essa l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera. Nel terzo comma, invero, la Corte ravvisa possibilità di norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare,

Le ragioni che hanno determinato l'introduzione della disciplina limitativa del recesso datoriale e la natura dell'antecedente fattuale (di portata planetaria e non limitato a singole - marginali - realtà) che l'ha generata paiono deporre, in ragione della eccezionalità della situazione, per la compatibilità della limitazione con l'assetto costituzionale.

Va peraltro precisato che l'attuale disciplina di cui all'art. 14 d.l. n. 104 del 2020 e le relative modifiche che sono state introdotte alla disciplina del blocco dei licenziamenti pone, senza dubbio, minori problemi di costituzionalità essendo stati modificati i presupposti e le eccezioni all'operatività del divieto, nonchè la possibilità della revoca del licenziamento (ora soppressa dalla legge n. 126 del 2020).

In relazione all'ambito di applicazione del blocco dei licenziamenti, qualche problema sorge in punto di esatta individuazione dell'area di applicabilità per i licenziamenti individuali.

Si propone, da autorevoli commentatori, un approccio non formalistico che consenta di operare una interpretazione estensiva della limitazione con particolare riferimento ai licenziamenti per superamento del periodo di comporto, di quello per inidoneità sopravvenuta o altre ragioni oggettive collegate alla persona del lavoratore.

Nell'ottica di una lettura non formalistica delle norme che limitano il licenziamento si propone l'estensione del blocco anche ai licenziamenti per giustificato motivo soggettivo con preavviso.

Per quanto riguarda i dirigenti, invece, si esclude l'applicabilità del divieto nel caso di licenziamenti collettivi, ma non nell'ipotesi di licenziamenti individuali.

Viene ritenuta estendibile il blocco anche alle ipotesi di licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, per superamento del periodo di comporto e di recesso *ante tempus* nel contratto a termine.

Così come si ritiene rientrante nella preclusione ogni ipotesi di recesso datoriale giustificato ai sensi degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c.

---

come é auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare fruttuoso assorbimento di mano d'opera. Non può pertanto la Corte riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che é garantita dal primo comma dello stesso articolo. L'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadrarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste".

In ordine al mancato superamento del periodo di prova, si propone, invece, una lettura che vede prevalere "l'elemento causale della valutazione", con la precisazione che quando l'attività lavorativa sia stata sospesa, anche il decorso della prova dovrebbe esserlo ed il lavoratore dovrebbe potere accedere agli ammortizzatori .

Quanto, poi, alla valutazione negativa posta a giustificazione del recesso, essa non potrebbe fondarsi sulla modifica del contesto economico e, dunque, di convenienza direttamente ricollegabile alla pandemia in quanto si determinerebbe una contraddizione con le ragioni del blocco dei licenziamenti.

E' pacifica l'esclusione dal blocco per i lavoratori domestici per i quali vi è altresì l'esclusione dalla fruizione degli ammortizzatori sociali.

Sono certamente esclusi dal blocco i licenziamenti per giusta causa ex art. 2119 c.c., quelli per giustificato motivo soggettivo ex art. 3 legge n. 604 del 1966 e quelli *ad nutum* senza necessità di giustificazione con il solo limite del preavviso.

Dovrebbe essere escluso anche il licenziamento per scarso rendimento che, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. L, 8 maggio 2018, n. 10963, in motivazione), rientra tra le ipotesi di giustificato motivo soggettivo.

Per quanto riguarda i licenziamenti collettivi, si pone solo il problema della sospensione delle procedure amministrative pendenti, avviate fino al 23 febbraio 2020 che, ad una lettura formalistica delle norme non sarebbero "coperte" e potrebbero trovarsi in diversi stadi (fase sindacale, fase amministrativa, esaurita la procedura ma non ancora comunicati i recessi).

Si è affermato che essendo l'atto di recesso all'esito della procedura di licenziamento collettivo, comunque, un licenziamento individuale per giustificato motivo, sarebbe comunque precluso dal blocco.

In tal senso deporrebbe anche la *ratio* complessiva delle norme limitatrici del recesso.

Sembra esserci unanimità in ordine alle conseguenze del licenziamento intimato in violazione dei divieti introdotti con le norme in commento.

Si parla espressamente, a tale proposito, di nullità e di conseguente applicazione, nelle sue diverse declinazioni, della tutela ripristinatoria del rapporto, sia che si intenda fare applicazione dell'art. 18 legge n. 300 del 1970, sia che si voglia ricondurre la fattispecie ad una ipotesi di nullità per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Analogamente deve concludersi per il licenziamento intimato in violazione dell'art. 23 d.l. n. 18 del 2020 che prevede per i genitori dipendenti del settore privato con figli minori di 16 anni il diritto di assentarsi dal lavoro per i periodi di sospensione dei servizi per l'infanzia.

In assenza di una espressa disposizione si deve ritenere che il termine di 60 giorni per l'impugnazione del licenziamento eventualmente intimato non sia sospeso, mentre lo è stato quello per l'impugnazione giudiziale ex art. 83, comma 2, d. l. n. 18 del 2020 ed ex art. 36, comma 1, d.l. n. 23 del 2020

XII) LA TUTELA DEL DANNO ALLA SALUTE DEL LAVORATORE TRA INDENNIZZO INAIL E RISARCIMENTO DEL DANNO; DUE RIMEDI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA DA COVID-19.

(DI MILENA D'ORIANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Indennizzo e risarcimento: una difficile coesistenza. - 3. Esonero, danno differenziale, regresso: le disarmonie ormai composte - 3.1. La natura non integralmente satisfattiva dell'indennizzo sociale. - 3.2. Gli oneri di allegazione nell'azione per il danno differenziale. - 4. L'esonero: ambito applicativo, superamento e conseguenze. - 4.1. I criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato. - 5. I criteri di calcolo del danno differenziale e del regresso. - 5.1. La legge 30 dicembre 2018 n. 145: una novella di breve durata. - 6. I danni complementari. - 7. Il presupposto del risarcimento: la responsabilità ex art. 2087 c.c. - 8. La tutela della salute del lavoratore ai tempi del COVID 19.

1. Premessa.

La tutela del danno alla salute del lavoratore costituisce un sottosistema, peculiare ma non autonomo, nell'articolato panorama del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali; un sottosistema complesso ed articolato in quanto nell'ambito dei rapporti di lavoro opera l'assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL che, finanziata dai premi versati dal datore di lavoro, prevede al verificarsi di eventi protetti l'erogazione di un indennizzo sociale a favore del lavoratore.

La tutela indennitaria in caso di infortunio sul lavoro o malattia professionale trova il suo fondamento nell'art. 38 della Cost.: la sua finalità è quella di garantire al lavoratore un sostegno adeguato ed immediato, di tipo economico e sanitario, per liberarlo dal bisogno in un momento in cui è impossibilitato a rendere la prestazione lavorativa.

Le prestazioni erogate dall'INAIL, avendo una esclusiva finalità sociale, sono parametrate sull'adeguatezza rispetto alle esigenze di vita, e sebbene si collochino ad un livello superiore a quello necessario ad assicurare il bisogno minimo vitale che caratterizza le prestazioni assistenziali, scontano comunque un'insufficienza rispetto all'integralità del risarcimento assicurata in ambito civilistico.

Al fine di evitare, da un lato che l'istituto dell'indennizzo sociale da misura di sostegno e di favore del lavoratore infortunato o tecnopatico degradi ad ostacolo all'integralità del risarcimento del danno, dall'altro che il doppio binario di tutela determini una indebita duplicazione delle poste risarcitorie con un effetto di locupletazione per il lavoratore, l'ordinamento ha previsto delle misure correttive.

La coesistenza della tutela assicurativa, immediata ma non esaustiva, garantita ai lavoratori, con la tutela risarcitoria integrale del danno spettante a qualsiasi cittadino

è regolata dagli art. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 (di seguito T.U.) incentrato sull'istituto dell'esonero e sull'endiadi danno differenziale/regresso.

Si tratta di un meccanismo complesso che ha origini risalenti, sovrapponibile addirittura a quello regolato dai previgenti artt. 4 e 5 del r.d. n. 1765 del 1935, sicché non meraviglia tanto che sia stato inciso da ripetuti interventi correttivi della Corte costituzionale quanto piuttosto che sia sopravvissuto al mutato contesto costituzionale ed alle evoluzioni giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno.

Dove sussiste la copertura assicurativa, e quindi solo per quei danni che rientrano nella tutela indennitaria, opera l'esonero, per questo motivo definito parziale, che può essere superato nel caso in cui l'evento assicurato consegua ad una condotta del datore di lavoro che costituisce reato perseguibile d'ufficio; in tal caso il datore di lavoro sarà chiamato a rispondere dell'eventuale differenza, tra il danno civilistico e quello coperto da assicurazione, nei confronti del lavoratore, e pur avendo pagato i contributi assicurativi sarà tenuto a rispondere per l'intero, inoltre sarà esposto all'azione di regresso da parte dell'Istituto assicuratore per il recupero, nei limiti del danno civilistico, di quanto già erogato al lavoratore a titolo di indennizzo.

2. Indennizzo e risarcimento: una difficile coesistenza

Il sistema virtuoso predisposto dal nostro ordinamento per il risarcimento del danno da infortuni sul lavoro e malattia professionale appare a prima vista di facile attuazione.

Il lavoratore ha diritto di ottenere, nell'immediatezza ed a prescindere da ogni indagine su di un suo concorso colposo al verificarsi del danno, con il solo limite del dolo e del rischio elettivo, le prestazione economiche e sanitarie erogate in suo favore dall'INAIL; ha diritto inoltre al risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro colpevole, per intero e secondo le regole generali della responsabilità civile, in presenza di voci di danno non indennizzate dall'INAIL (cd danni complementari), mentre per le voci oggetto di copertura assicurativa, nell'ipotesi in cui venga accertata una responsabilità datoriale per un fatto che costituisce reato perseguibile d'ufficio, entro i limiti del cd danno differenziale.

L'Istituto assicuratore, nei limiti del danno liquidabile in sede civile, e sulla base degli stessi presupposti richiesti per il danno differenziale, è abilitato ad agire in regresso nei confronti del datore di lavoro per il recupero di quanto erogato in favore del lavoratore.

L'effetto finale, nel caso in cui venga accertata una responsabilità civile del datore di lavoro idonea ad escludere il beneficio dell'esonero, sarà che, applicato il

diffalco dell'indennizzo Inail dal risarcimento spettante civilisticamente, il lavoratore avrà ricevuto il ristoro integrale del suo pregiudizio, senza alcuna locupletazione, il datore di lavoro sarà stato chiamato a risarcire integralmente il danno arrecato, l'Istituto avrà recuperato quanto erogato rifinanziando così le sue finalità sociali.

Molti tuttavia sono gli ostacoli, sia di natura processuale che sostanziale, che si frappongono a tale idilliaca ricostruzione:

a) la tutela del lavoratore, ed eventualmente dei suoi prossimi congiunti, viene garantita dalla sinergia di una pluralità di azioni, ciascuna caratterizzata da autonomi presupposti e regole sostanziali e di rito, con un evidente aggravio in termini di lungaggini processuali e risorse: quella di natura previdenziale, esperibile nei confronti dell'Istituto assicuratore per far valere il diritto alle prestazioni indennitarie, e quella lavoristica di c.d. danno differenziale, ex art. 1218 e 2087 c.c., esercitabile nei confronti del datore di lavoro per completare l'integralità del risarcimento del danno, nelle due diverse accezioni del danno differenziale quantitativo e qualitativo, quest'ultimo definito anche danno complementare;

b) il sistema pubblico dell'assicurazione INAIL si caratterizza per una marcata selettività, nel senso che non garantisce una protezione globale e capillare per tutti i lavoratori, per tutte le attività, per tutti gli eventi dannosi, per tutti i danni.

Sebbene sia in atto da anni un lento processo di ampliamento dell'ambito applicativo iniziale, grazie ad interventi legislativi e giurisprudenziali, sia costituzionali che di legittimità, la tutela resta di tipo selettivo e si è ben lontani dall'utopia di una copertura assicurativa universale del lavoro in quanto tale.

La selezione opera sul piano soggettivo, in quanto l'assicurazione sociale è riconosciuta solo a determinate categorie di lavoratori, e sul piano oggettivo, sia perché è limitata a determinate attività ritenute protette o pericolose, sia perché garantisce la copertura di limitate voci di danno rispetto a quelle potenzialmente risarcibili in ambito civilistico.

c) la tutela indennitaria si presenta parcellizzata e modulata secondo parametri autonomi, non sempre coincidenti con quelli convenzionalmente utilizzati dalla giurisprudenza civile per la liquidazione del danno sia patrimoniale che non patrimoniale, caratteristiche che rendono non agevoli le operazioni di computo e scomputo in sede di calcolo del danno differenziale, che viene individuato nella maggior somma eventualmente dovuta per il risarcimento della stessa voce di danno in ambito civilistico rispetto a quanto corrisposto dall'INAIL per la stessa lesione.

In tema di danno patrimoniale, ad esempio, mentre per la liquidazione dell'indennità temporanea erogata dall'INAIL rileva la capacità di guadagno, misurata secondo il criterio molto favorevole della retribuzione concretamente percepita, ai fini dell'inabilità permanente si tiene conto solo dell'astratta attitudine al lavoro e non anche della cd invalidità specifica.

In tema di danno non patrimoniale, l'indennizzo INAIL si limita alla copertura del danno biologico, inteso come menomazione dell'integrità fisico-psichica medicalmente accertabile, che pur includendo gli aspetti dinamici-relazionali medi, non contempla la cd personalizzazione, né tanto meno le voci di danno morale, esistenziale o da perdita del diritto alla vita, cd terminale.

In tema di rendita ai superstiti, prestazione del tutto autonoma rispetto alla rendita dell'assicurato, spettante *iure proprio* e non *iure hereditatis*, risulta indennizzato il solo pregiudizio patrimoniale subito dagli eredi in ragione del loro rapporto di dipendenza economica con il defunto, ma non anche il danno parentale o tanto meno la perdita del diritto alla vita né il danno terminale, biologico e morale, patito dalla vittima.

Da tale disamina si evince che le tutele previste in caso di danni arrecati ad un lavoratore sono estremamente ampie per i valori costituzionali di cui costituiscono espressione, ma sono anche assicurate da norme che pongono problemi di coordinamento.

Per i lavoratori non protetti, per le attività che non rientrano nella copertura assicurativa, per le voci non indennizzate, il risarcimento del danno spetta per intero e, secondo le regole della responsabilità civile di cui agli artt. 1218 e 2087 c.c., previa verifica dell'imputazione per colpa a carico del datore di lavoro.

Per i lavoratori, le attività e le voci indennizzabili, operando l'assicurazione obbligatoria INAIL, il risarcimento del danno spetta a condizione che, accertata una responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato, sussistano i presupposti per il superamento dell'esonero; in tal caso il danno verrà risarcito nei limiti del cd danno differenziale, pari alla differenza tra il risarcimento spettante secondo i criteri civilistici e le indennità potenzialmente erogabili dall'INAIL.

Il sistema, che coinvolge settori giuridici differenti, quali il diritto previdenziale e del lavoro, il diritto civile, il diritto penale, il diritto processuale civile e penale, presenta da sempre incongruenze che hanno costretto gli interpreti a composizioni ermeneutiche articolate; esse sono la conseguenza di una normazione stratificata nel tempo, che è stata oggetto di significativi adeguamenti manipolativi della Corte costituzionale e di una elaborazione giurisprudenziale settoriale e spesso disomogenea, sempre in bilico tra l'esigenza di adeguarsi alle spinte innovative provenienti dall'evoluzione della tematica generale del risarcimento del danno alla persona, prima di tutto quella relativa alle aperture all'ampliamento alla tutela del danno non patrimoniale, e quella di restare ancorata alle peculiarità del microsistema lavoristico.

Difficile infatti coordinare:

1) il diritto del lavoratore al riconoscimento di una tutela piena ed effettiva in presenza di una lesione all'integrità fisica e alla dignità morale;

2) l'aspirazione del datore di lavoro a contenere i suoi obblighi risarcitori, avvantaggiandosi del meccanismo dell'esonero dalla responsabilità civile di cui all'art. 10 del T.U., quale contropartita al pagamento dei premi assicurativi;

3) la necessità dell'Istituto assicuratore di recuperare, nella misura più ampia possibile, quanto erogato all'avverarsi dell'evento assicurato, ai fini di una più efficiente gestione delle sue finalità istituzionali.

3. Esonero, danno differenziale, regresso: le disarmonie ormai composte

Nel corso degli ultimi anni molte questioni che avevano per lungo tempo animato dibattiti dottrinali e dato vita a contrasti giurisprudenziali, specie a seguito dell'ampliamento della tutela assicurativa al danno biologico di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, hanno trovato una definitiva ed ottimale composizione grazie ad un capillare intervento nomofilattico della Suprema Corte; pochi dunque i nodi ancora da sciogliere, mentre resta sempre attuale ed in evoluzione il tema della tutela della sicurezza sul lavoro e della salute del lavoratore, come la recente emergenza pandemica ci ha confermato.

3.1. La natura non integralmente satisfattiva dell'indennizzo sociale.

È ormai definitivamente acquisito che le somme versate dall'INAIL a titolo di indennizzo ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 non possono ritenersi integralmente satisfattive.

A seguito della riforma si era posto il problema se vi fosse ancora spazio per un danno differenziale; ci si è chiesti cioè se il danno biologico, come liquidato o liquidabile dall'Istituto, si potesse ritenere esaustivo e quindi idoneo e sufficiente a coprire tutto il danno biologico subito dal lavoratore, senza spazio per un danno differenziale ulteriore.

Dopo un iniziale dibattito, sia nella dottrina che nella giurisprudenza di merito, la S.C. ha definitivamente escluso "che le prestazioni eventualmente erogate dall'INAIL esauriscano di per sé e a priori il ristoro del danno patito dal lavoratore infortunato od ammalato." (**Vedi Sez. L, n. 09166/2017, F. Amendola, Rv. 644028-01; Sez. L, n. 20392/2018, Calafiore, Rv. 650088-01)**

L'erogazione effettuata dall'INAIL è strutturata in termini di mero indennizzo, indennizzo che, a differenza del risarcimento, è svincolato dalla sussistenza di un illecito e può essere disposto anche a prescindere dall'elemento soggettivo di chi ha realizzato la condotta dannosa e da una sua responsabilità.

Si sono così evidenziate le notevoli divergenze strutturali tra l'indennizzo erogato dall'INAIL e il risarcimento del danno biologico in quanto "mentre

quest'ultimo trova titolo nell'art. 32 Cost., l'indennizzo INAIL è invece collegato all'art. 38 Cost., e risponde alla funzione sociale di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore" e quindi dalla "differenza strutturale e funzionale tra l'erogazione INAIL ex art. 13 cit. e il risarcimento del danno biologico" se ne è fatta discendere la preclusione "a ritenere che le somme eventualmente a tale titolo versate dall'istituto assicuratore possano considerarsi integralmente satisfattive del diritto al risarcimento del danno biologico in capo al soggetto infortunato od ammalato, nel senso che esse devono semplicemente detrarsi dal totale del risarcimento spettante al lavoratore", anche perché ritenere il contrario significherebbe attribuire al lavoratore "un trattamento deteriore - quanto al danno biologico - del lavoratore danneggiato rispetto al danneggiato non lavoratore", con dubbi di legittimità costituzionale.

3.2. Gli oneri di allegazione nell'azione per il danno differenziale.

Risolto anche il tema degli oneri di allegazione del lavoratore nell'ambito dell'azione per danno differenziale.

Da una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito si era sostenuto che, a pena di inammissibilità per difetto di specificità, la domanda di danno differenziale dovesse contenere una puntuale e formale qualificazione dei fatti in termini di illiceità penale nonché delle deduzioni sul quantum, in termini differenziali con l'indennizzo liquidato (o liquidabile) dall'INAIL, che ne prospettassero l'esistenza in concreto.

Di contrario avviso altra parte della dottrina rilevava, quanto all'illiceità penale del fatto, che la qualificazione giuridica dei fatti rientra nei compiti del giudice per cui l'allegazione nel ricorso introduttivo di un fatto integrante, in astratto, nei suoi presupposti oggettivi e soggettivi, un reato perseguibile di ufficio è sufficiente a incardinare validamente la causa per danno biologico nei confronti del datore di lavoro, radicando nel giudice il potere - dovere di dar corso all'istruttoria attraverso l'accertamento anzitutto dell'esistenza del fatto-reato e poi, superato positivamente tale accertamento, dell'esistenza in concreto di un danno differenziale; in ordine al quantum si osservava che la regola cardine dell'esonero costituisce un precetto di necessaria applicazione che attiene agli elementi costitutivi della responsabilità, per cui il giudice deve scomputare dai danni quanto ottenuto o ottenibile dall'INAIL per effetto dell'assicurazione obbligatoria anche d'ufficio, e quindi anche in assenza di specifica allegazione.

Tali ultime posizioni hanno trovato l'avallo della giurisprudenza di legittimità secondo cui, ai fini dell'accertamento del danno differenziale, è sufficiente che siano dedotte in fatto dal lavoratore circostanze che possano integrare gli estremi di un

reato perseguibile d'ufficio, sottolineando che anche la violazione delle regole di cui all'art. 2087 c.c. è idonea a concretare la responsabilità penale; che la richiesta del lavoratore di risarcimento dei danni, patrimoniali e non, è idonea a fondare un *petitum* rispetto al quale il giudice dovrà applicare d'ufficio il meccanismo legale previsto dall'art. 10 del TU, pur dove non sia specificata la superiorità del danno civilistico in confronto all'indennizzo, atteso che, rappresentando il differenziale normalmente un *minus* rispetto al danno integrale preteso, non può essere considerata incompleta una domanda in cui si richieda l'intero danno ed anche perché la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale è una domanda di carattere onnicomprensivo che si riferisce a tutte le possibili voci di danno originate dalla condotta denunciata. (**Vedi, da ultimo, Sez. 6-L, n. 17655/2020, Riverso, Rv. 658658-01).**

4. L'esonero: ambito applicativo, superamento e conseguenze.

Altri dubbi finalmente dissipati quelli relativi all'ambito di operatività ed alla sopravvivenza dell'esonero ed alle conseguenze del suo superamento.

L'esonero è un meccanismo complesso il cui raggio di azione risulta delimitato da confini esterni, dettati dall'estensione della copertura assicurativa, ed è condizionato all'interno dalla possibilità di un suo superamento nel caso in cui l'evento assicurato consegua ad una condotta del datore di lavoro che costituisce reato perseguibile d'ufficio.

Come affermato dalla Corte cost. nelle note sentenze n. 356 e n. 485 del 1991 "se non si fa luogo a prestazione previdenziale non c'è assicurazione; mancando l'assicurazione cade l'esonero".

Per gli eventi ed i danni riconducibili all'assicurazione obbligatoria l'art. 10 del TU pone al comma 1 la regola dell'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile ed ai commi successivi prevede quale eccezione un meccanismo in relazione al quale permane la responsabilità del datore di lavoro; ai sensi del comma 2, l'esonero viene meno "a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato".

L'istituto dell'esonero, da sempre al centro di numerose questioni interpretative, è legato a doppio filo con i presupposti dell'azione di regresso e della risarcibilità del danno differenziale; poiché è destinato a cadere nell'ipotesi in cui l'infortunio o la malattia professionale siano conseguenza di una condotta datoriale integrante gli estremi di una fattispecie di reato perseguibile d'ufficio, il suo superamento espone il datore di lavoro sia all'azione di regresso dell'istituto assicuratore per le somme versate all'assicurato sia all'azione di risarcimento da parte del lavoratore, seppur limitatamente al ristoro del danno differenziale.

La norma di natura speciale consente al lavoratore di ricevere dal datore di lavoro esonerato, ma di cui sussista una responsabilità di rilievo penale, il danno "differenziale", che viene individuato per differenza, nell'ambito di quei danni qualitativamente coperti dall'assicurazione e quindi soggetti al regime dell'esonero, in quanto danno quantitativamente superiore a quello oggetto dell'assicurazione INAIL.

In presenza delle stesse condizioni l'art. 11, consente all'Istituto assicuratore di rivalersi di quanto erogato nei confronti del datore e di altri responsabili.

La regola dell'esonero parziale, destinata ad operare nei limiti innanzi delineati, seppure mai modificata nella sua formulazione originaria, né investita direttamente da dichiarazioni di illegittimità costituzionale, ha subito negli anni un lento processo di svuotamento che ha inciso su due distinti fronti:

a) quello procedurale, in seguito al superamento del vincolo di pregiudizialità del processo penale;

b) quello sostanziale, dovuto da un lato all'ampliamento del campo operativo della deroga prevista in presenza di un reato perseguibile d'ufficio che è conseguito all'utilizzo ad opera della giurisprudenza penale dell'art. 2087 c.c. quale criterio di imputazione soggettiva della colpa penale, e dall'altro alla storica evoluzione della giurisprudenza civilistica in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.

I due profili, pur incidendo su piani diversi, hanno avuto insieme un effetto potenziato, in quanto la possibilità riconosciuta al giudice civile di procedere autonomamente all'accertamento del reato si è evoluta nell'ammettere l'applicazione delle regole probatorie civilistiche anche in sede di verifica dell'illiceità penale.

L'effetto finale è stato quello di una progressiva restrizione del raggio di azione dell'esonero e la sua trasfigurazione da regola ad eccezione, idonea ad inibire solo in ipotesi residuali l'ingresso dei principi generali in tema di responsabilità civile nel sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni.

Una parte della dottrina ha addirittura dubitato della sopravvivenza dell'istituto, individuando una crisi di effettività e di legittimità dell'esonero, ma da altri è stato giustamente evidenziato che la regola esiste e continua ad esistere seppure nell'ambito residuale di efficacia incondizionata a cui è stato relegato: quello delle ipotesi in cui l'infortunio o la tecnopatia integrino il reato di lesioni colpose lievi, guaribili sino a 40 gg, e quindi perseguibili a querela, e sempre che si raggiunga la soglia minima di indennizzabilità del 6%, al di sotto della quale non opera la tutela indennitaria e quindi neanche l'esonero.

In ipotesi di responsabilità datoriale per un fatto che integri un reato procedibile esclusivamente a querela di parte (quali le lesioni colpose lievi, guaribili sino a 40

gg), che dia luogo a postumi permanenti indennizzabili (cioè superiori al 6%), il datore di lavoro resta sempre esonerato ed il lavoratore non potrà mai avanzare una domanda di danno differenziale ma dovrà accontentarsi dell'indennizzo previdenziale - salvo agire per le voci di danno complementare conseguenti a queste stesse lesioni che non rientrino nella copertura assicurativa - né il datore di lavoro potrà essere chiamato a rispondere in regresso per quanto indennizzato dall'Istituto .

4.1. I criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato.

Quanto ai presupposti del superamento dell'esonero, solo di recente la S.C. ha esaminato e risolto la questione, molto dibattuta in dottrina, dei criteri di accertamento della responsabilità del datore di lavoro per un fatto costituente reato.

Affidata al giudice civile la verifica della illiceità penale del fatto a seguito del superamento della pregiudizialità penale, è restata a lungo questione controversa se il giudice civile, tenuto a procedere nell'individuazione della responsabilità del datore di lavoro riconducibile ad un fattispecie di reato, nelle sue componenti oggettive e soggettive, fosse tenuto a farlo applicando i più rigidi criteri di imputazione e le più severe regole probatorie della responsabilità penale, o gli fosse consentito giovarsi di quelli rispettivamente più favorevoli operanti in tema di responsabilità civile di natura contrattuale.

Mutuando una felice immagine utilizzata per descrivere la posizione del giudice nazionale nella gestione dei rapporti tra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo, ci si è chiesti se il giudice civile nell'effettuare l'accertamento della illiceità penale del fatto dovesse continuare a vestire i suoi panni o piuttosto indossare la "giacca" del giudice penale.

Le ricadute di tale scelta non sono di poco momento.

L'opzione penalistica impone di utilizzare nella verifica del nesso causale, il cui onere probatorio incomberebbe sul lavoratore, la regola probatoria dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" e di porre sempre a carico del lavoratore la prova della colpevolezza del datore di lavoro.

L'opzione civilistica consente di utilizzare, in tema di causalità materiale, la regola probatoria del "più probabile che non", ed al lavoratore di avvantaggiarsi dell'inversione dell'onere della prova sull'elemento soggettivo, di cui all'art. 1218 c.c., con possibilità del datore di lavoro di provare la non imputabilità dell'evento e quindi l'assenza di colpa.

Quanto al nesso causale, (a partire da Sez. U, n. 00576/2008, Segreto, Rv. 600899- 01; conformi tra le tante Sez. 3, n. 16123/2010, Spirito, Rv. 613967-01; Sez. 3, n. 08430/2011, Vivaldi, Rv. 616864-01) si sottolinea da tempo come il più

importante divario tra il campo penale (da cui si sono elaborati i principi anche per la causalità civile) e il campo civile stia proprio nella regola probatoria: "Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico - giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" …mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti", conformemente agli standard delle prove negli ordinamenti occidentali e anche alla giurisprudenza della C.G.U.E.

Quanto all'elemento soggettivo - posto che in ambito civilistico risulta sufficiente la colpa, ed ininfluente il dolo, e che, seppure con qualche perdurante rimostranza della dottrina più attenta, risulta ormai affermato un concetto unitario di colpa, generica per negligenza, imperizia e imprudenza, specifica per violazione di norme, regolamenti, ordini e discipline, determinato dal fatto che anche in sede penale la violazione della regola cautelare generale desumibile dall'art. 2087 c.c. è sufficiente a configurare la colpa - la differenza tra responsabilità civile contrattuale e responsabilità penale opera sul piano del riparto degli oneri probatori.

In ambito penalistico l'accusa è tenuta a dimostrare la colpa in concreto e in positivo, la regola probatoria è sempre quella generale" dell'oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 c.p.p.; anche nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale, ad eccezione che per le ipotesi speciali di responsabilità oggettiva di cui agli artt. da 2047 a 2054 c.c., l'onere della prova dell'elemento soggettivo della colpa incombe sul danneggiato.

In riferimento alla responsabilità contrattuale opera, invece, il meccanismo dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c., costituendo ormai principio consolidato che in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

La dottrina, nella consapevolezza delle conseguenze collegate alla selezione del criterio di accertamento, si era da subito appassionata al tema distinguendosi tra posizioni più intransigenti, seppure con qualche distinguo, a favore dell'utilizzo dei criteri penalistici, in difesa della specialità di un sottosistema frutto della combinazione di tutele indennitarie e risarcitorie, e posizioni evolutive che ne hanno

propugnato il superamento attraverso l'adozione dei criteri civilistici, in nome della tutela dei principi costituzionali desumibili dagli artt. 32 e 38 Cost.

In passato la giurisprudenza di legittimità era intervenuta sullo sganciamento dell'accertamento del fatto costituente reato perseguibile d'ufficio dai rigidi criteri penalistici, sia con riferimento al danno differenziale sia con riguardo all'azione di regresso, ma in termini puramente assertivi e senza esplicitare le motivazioni di tale scelta di campo. (Vedi **Sez. L, n. 09817/2008, De Matteis, Rv. 602899-01,** in tema di danno differenziale; **Sez. L, n. 10529/2008, De Matteis, Rv. 602947-01**, in tema di regresso, cui contra **Sez. L. n. 15715/2012, Blasutto, non massimata**, che ha optato per i criteri civilistici per il danno differenziale e per quelli penalistici in caso di regresso.)

Da ultimo una maggiore attenzione al tema era rinvenibile nelle decisioni di legittimità che, con un significativo percorso evolutivo in materia previdenziale, hanno valorizzato da un lato l'ampliamento soggettivo del regresso nei confronti dei terzi, portando l'azione oltre l'ambito dei datori assicurati, e dall'altro hanno individuato espressamente il fondamento della tutela assicurativa nel precetto costituzionale dell'art. 38, da coordinarsi con l'art. 32 Cost. ed evidenziato che, al fine di garantire massima efficacia alla tutela fisica e sanitaria dei lavoratori, non può più sostenersi che il premio assicurativo INAIL abbia la funzione di delimitare la tutela assicurativa a rischi precisamente individuati in base alle tabelle, assolvendo invece quella di provvedere al finanziamento del sistema. (Vedi Sez. L, n. 05066/2018, Riverso, Rv. 647460-01; Sez. L, n. 26497/2018, Riverso, non massimata; Sez. L, n. 27102/2018, Calafiore, Rv. 651255-01; **Sez. L, n. 08948/2020, Ciriello, Rv. 657630-01; Sez. 6-L, n. 12465/2020, Riverso, Rv. 658114-01)**

Sez. L, n. 12041/2020, F. Amendola, Rv. 657981-01 all'esito di una rivisitazione sistematica di tutti gli aspetti processuali e sostanziali più rilevanti, si è orientata a netto favore dell'opzione civilistica, sia per il danno differenziale che per il regresso, affermando che gli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 devono essere interpretati nel senso che l'accertamento incidentale in sede civile del fatto che costituisce reato, sia nel caso di azione proposta dal lavoratore per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del cd danno differenziale, sia nel caso dell'azione di regresso proposta dall'INAIL, deve essere condotto secondo le regole comuni della responsabilità contrattuale, anche in ordine all'elemento soggettivo della colpa ed al nesso causale tra fatto ed evento dannoso.

Nel dettaglio la S.C. evidenzia il definitivo superamento della pregiudizialità penale, l'estensione della tutela assicurativa al danno biologico, l'evoluzione che ha portato il sistema dell'assicurazione sociale ad abbandonare la logica originaria della transazione sociale, legata alla corrispettività tra contributi ed esonero, ed a privilegiare la funzione di socializzazione del rischio e di tutela previdenziale imposta

dall'art. 38 Cost., trasformando l'esonero da regola cardine ad elemento tendenzialmente recessivo rispetto all'esigenza prioritaria di assicurare alla vittima dell'infortunio una integrale riparazione del danno alla persona.

Molteplici e concorrenti gli argomenti che indirizzano la scelta verso le regole di ingaggio civilistiche:

a) la posizione già espressa dalla giurisprudenza di legittimità in casi analoghi in cui è stata chiamata ad esaminare i rapporti tra giudizio penale e giudizio civile; il riferimento è alle pronunce che, a partire da **Sez. U, n. 27337/2008, Segreto, Rv. 605537-01**, seguita tra le tante da **Sez. 3, n. 24988/2014, Armano, Rv. 633383-01; Sez. 3, n. 02350/2018, Ambrosi, Rv. 647930-01**, in tema di individuazione del termine di prescrizione del fatto illecito ai sensi dell'art. 2947, comma 3, c.c., (la norma prevede che in presenza di un fatto considerato dalla legge come reato, il termine di prescrizione quinquennale per l'azione di responsabilità extracontrattuale beneficia della prescrizione più lunga eventualmente prevista per il reato) hanno affermato che l'attuale autonomia del giudizio civile da quello penale comporta la necessità che il giudice civile, chiamato ad accertare in via incidentale la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto-reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi, utilizzi i mezzi propri previsti dal codice di rito civile, e quindi strumenti probatori, quali le presunzioni legali e le prove legali del tutto sconosciute all'ordinamento penale, ed i diversi standard di certezza probatoria, operando nel processo penale la regola probatoria della prova "oltre il ragionevole dubbio" mentre nel processo penale quella della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti.

b) la necessità di evitare che, in caso di infortunio o malattia, il lavoratore subisca un trattamento deteriore rispetto a quello garantito ad un semplice cittadino-danneggiato che in un rapporto contrattuale agisca per la tutela dello stesso danno, in conseguenza di un aggravamento dei suoi carichi probatori.

La tutela indennitaria deve restare una prerogativa ulteriore, aggiuntiva, tutelata costituzionalmente dall'art. 38 Cost., ma non tramutarsi in un ostacolo ingiustificato al pieno risarcimento del danno alla persona dando la stura ad una immotivata disparità di trattamento, con il rischio che nella stessa sede processuale e rispetto al medesimo fatto, il giudice operi con criteri di giudizio diversi a seconda che sia chiamato a determinare danni "complementari" oppure "differenziali", arrivando addirittura a riconoscere i primi e a negare i secondi per il diverso onere probatorio applicato.

Ne consegue che tra le interpretazioni possibili va certamente privilegiata quella "conforme ai principi costituzionali laddove quella diversa ponga dubbi di

compatibilità con la Carta fondamentale", specie in un ambito che ha ad oggetto la garanzia della salute, quale diritto fondamentale ed inviolabile della persona umana, per il quale opera il principio dell'integrale riparazione del pregiudizio quale aspetto essenziale della tutela risarcitoria;

c) l'evoluzione giurisprudenziale, innanzi evidenziata, che ha portato al superamento della logica transattiva per cui il rischio professionale assicurato non è più soltanto quello dell'impresa, ma anche quello del lavoratore vittima di infortuni e malattie professionali, ed il premio assicurativo ha assunto la veste di una forma di finanziamento di un sistema finalizzato a garantire tutela alla salute del lavoratore.

Completa l'iter della motivazione la confutazione dell'obiezione secondo cui l'applicazione dei criteri di accertamento civilistici determinerebbe in modo surrettizio l'eliminazione dell'istituto dell'esonero.

Sebbene un processo di ridimensionamento sussista, e l'opzione scelta possa contribuire ad accentuarlo, la Corte sottolinea che l'esonero è destinato a sopravvivere anche a tale soluzione interpretativa in quanto:

1) la responsabilità civile non è mai oggettiva, ma presuppone comunque la prova della colpa, seppure agevolata dall'inversione dell'onere probatorio;

2) qualsiasi posizione si assuma rispetto ai criteri di accertamento permane un'area, quella della responsabilità datoriale per un fatto che integri un reato procedibile a querela di parte, quali le lesioni colpose lievi guaribili in meno di 40 gg, da cui consegua una invalidità permanente superiore alla franchigia del 6%, per la quale il lavoratore non potrà mai avanzare una domanda di danno differenziale né il datore di lavoro essere chiamato a risponderne in regresso;

3) il lavoratore assicurato non potrà mai pretendere in prima battuta dal datore di lavoro il risarcimento integrale del danno, potendo questi sempre opporgli l'operatività dell'esonero, con la conseguenza che, nell'eventualità che il lavoratore non abbia poi, per qualsiasi ragione processuale, sostanziale o per sua semplice inerzia, ricevuto in concreto l'indennizzo dall'INAIL, che secondo la più recente giurisprudenza va detratto anche d'ufficio e pur se non corrisposto, il datore di lavoro potrà avvantaggiarsi di tale mancata erogazione non essendone chiamato a rispondere né in sede di differenziale né in sede di regresso; analogamente potrebbe anche avvantaggiarsi del mancato esperimento dell'azione di regresso da parte dell'Istituto, ad esempio nei casi di intervenuta prescrizione triennale dell'azione ex art. 112 del TU.

5. I criteri di calcolo del danno differenziale e del regresso.

In tema di liquidazione del danno differenziale si sono contrapposti due orientamenti, uno secondo il quale la determinazione dovesse avvenire secondo un

calcolo per sommatoria, un altro che optava per la scomposizione per voci omogenee.

Secondo il primo indirizzo il danno risarcibile si distingue in due poli unitariamente identificati, quelli del danno non patrimoniale e del danno patrimoniale con cui è necessario operare un confronto per sommatoria, sottraendo dal danno civile, complessivamente considerato, la somma delle indennità previdenziali indistintamente erogate dall'INAIL.

La tecnica del calcolo per sommatoria svantaggia tendenzialmente il lavoratore perché comprime l'area del danno non patrimoniale con il surplus di danno patrimoniale tendenzialmente liquidato in misura maggiore dall'INAIL, e avvantaggia specularmente l'INAIL a cui è consentito un recupero integrale, in via di regresso, della quota aggiuntiva di rendita per l'invalidità permanente, anche nei casi in cui essa, come quasi sempre avviene, sia superiore al danno patrimoniale civilistico.

Per il secondo indirizzo, poiché nel sottosistema dell'assicurazione contro gli infortuni, retto dalle speciali previsioni di cui al T.U. ed al d.lgs. n. 38 del 2000, vi sarebbe una distinzione netta del danno biologico (statico o puro) dalle altre componenti del danno non patrimoniale, oltre che come ovvio dal danno patrimoniale, tale distinzione andrebbe mantenuta anche ai fini della liquidazione del danno differenziale effettuando un calcolo non già per sommatoria, ma per singole voci o poste omogenee.

La S.C., a partire da Sez. 3, n. 13222/2015, Rossetti, non massimata, seguita da Sez. 6-3, n. 17407/2016, Rossetti, non massimata; Sez. 6-3, n. 03296/2018, Rossetti, Rv. 647577-01; Sez. 6-3, n. 25618/2018, Rossetti, Rv. 651368-01, ha fatto proprio tale ultimo indirizzo.

Secondo tale orientamento, che si è poi consolidato nella Sezione lavoro, ai fini del calcolo della differenza, lo scomputo va operato mettendo a confronto valori omogenei; si è così statuito che ai fini della liquidazione del danno biologico cd. differenziale, di cui il datore di lavoro è chiamato a rispondere nei casi in cui opera la copertura assicurativa INAIL in termini coerenti con la struttura bipolare del danno-conseguenza, va operato un computo per poste omogenee, sicché, dall'ammontare complessivo del danno biologico, va detratto non già il valore capitale dell'intera rendita costituita dall'INAIL, ma solo il valore capitale della quota di essa destinata a ristorare, in forza dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, il danno biologico stesso, con esclusione, invece, della quota rapportata alla retribuzione ed alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato, volta all'indennizzo del danno patrimoniale. (Vedi **Sez. L, Sentenza n. 20807/2016, Spena, Rv. 641425-01)**

È stato anche chiarito che il giudice di merito deve procedere d'ufficio allo scomputo, dall'ammontare liquidato a detto titolo, dell'importo della rendita INAIL,

anche se l'istituto assicuratore non abbia, in concreto, provveduto all'indennizzo, trattandosi di questione attinente agli elementi costitutivi della domanda, in quanto l'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965, ai commi 6, 7 e 8, fa riferimento a rendita "liquidata a norma", implicando, quindi, la sola liquidazione, un'operazione contabile astratta, che qualsiasi interprete può eseguire ai fini del calcolo del differenziale. Diversamente opinando, il lavoratore locupleterebbe somme che il datore di lavoro comunque non sarebbe tenuto a pagare, né a lui, perché, anche in caso di responsabilità penale, il risarcimento gli sarebbe dovuto solo per l'eccedenza, né all'INAIL, che può agire in regresso solo per le somme versate; inoltre, la mancata liquidazione dell'indennizzo potrebbe essere dovuta all'inerzia del lavoratore, che non abbia denunciato l'infortunio, o la malattia, o abbia lasciato prescrivere l'azione. (Vedi **Sez. L, n. 13819/2017, Patti, Rv. 644529-01)**

Si è infine precisato che il credito risarcitorio residuo spettante a chi, avendo patito una lesione della salute, abbia ottenuto dall'INAIL un indennizzo del danno biologico ai sensi del d.lgs. n. 38 del 2000, va liquidato non già sottraendo dal grado percentuale di invalidità permanente, individuato sulla base dei criteri civilistici, quello determinato dall'INAIL coi criteri dell'assicurazione sociale, bensì, dapprima, monetizzando l'uno e l'altro grado di invalidità, e successivamente sottraendo il valore capitale dell'indennizzo Inail dal credito risarcitorio aquiliano. (Vedi **Sez. 6-3, n. 25327/2016, Rossetti, Rv. 642318-02)**

Quanto al regresso, in assenza di precedenti di legittimità sul punto, sembra corretto ritenere che specularmente a quanto avvenuto in sede di liquidazione di danno differenziale a favore del lavoratore, il limite andrà verificato voce per voce, e quindi confrontando il danno patrimoniale spettante civilisticamente con la corrispondente posta liquidata dall'INAIL per le rendite superiori al 16% e le indennità per inabilità temporanea, ed il danno non patrimoniale civilistico con la quota liquidata dall'INAIL a titolo di danno biologico per le rendite superiori al 6%.

Mentre in punto di danno differenziale il diffalco per poste omogenee avvantaggia il lavoratore, perché in genere la liquidazione del danno patrimoniale Inail è sempre sufficientemente, se non maggiormente, satisfattiva, a differenza di quanto avviene per la liquidazione del danno biologico INAIL rispetto al complesso danno non patrimoniale civilistico, in sede di regresso tale criterio opera a vantaggio del datore di lavoro in quanto evita che ricada sullo stesso quella eventuale parte di danno patrimoniale liquidata in eccesso dall'Istituto.

In caso di azione di regresso ex art. 11 del TU, l'INAIL è infatti legittimato a recuperare dal datore di lavoro penalmente responsabile quanto erogato al lavoratore a titolo di indennizzo solo nei limiti del danno civile, sicché non sarà recuperabile quanto l'Istituto abbia eventualmente corrisposto in eccesso a titolo di danno patrimoniale.

5.1 La legge 30 dicembre 2018 n. 145: una novella di breve durata.

La soluzione giurisprudenziale della liquidazione per poste omogenee era stata contraddetta dalla previsione contenuta nell'art. 1, comma 1126, della l. n. 145 del 2018, entrata in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2019; la cd legge di bilancio 2019 era infatti intervenuta novellando il testo degli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965 in materia di danno differenziale e di azione di regresso dell'INAIL, nonché il testo dell'art. 142 del codice delle assicurazioni in tema di azione di surroga dell'INAIL nei confronti dell'impresa di assicurazione, attraverso la ripetuta interposizione all'interno dei testi di legge dell'avverbio "complessivamente" (e dell'aggettivo "complessivo"), sia con riferimento al risarcimento dovuto al lavoratore che per la rendita da rapportare ai fini del calcolo, sia per l'azione di regresso che per quella surroga ex art. 142

A seguito di questo intervento normativo il raffronto tra l'entità dell'importo del danno differenziale spettante al lavoratore e quello dell'azione di regresso e surroga spettanti all'INAIL non poteva che avvenire secondo un calcolo per voci complessive ovvero per sommatoria, e non più per voci distinte, come ritenuto dalla giurisprudenza prevalente.

La previsione è risultata da subito estremamente problematica e di dubbia legittimità costituzionale, tanto da suscitare un animato dibattito dottrinale.

Secondo una prima opzione esegetica , l'effetto della riforma degli artt. 10 e 11 TU sarebbe stato nel senso di consentire all'INAIL di pretendere in regresso anche somme destinate a risarcire danni che non erano oggetto di copertura assicurativa, riducendo di conseguenza il credito dell'assicurato verso il datore civilmente responsabile; per una seconda lettura, costituzionalmente orientata, l'innovazione legislativa doveva invece intendersi strettamente limitata al mero danno differenziale (quantitativo), escludendo qualunque incidenza della stessa sul danno propriamente complementare.

In assenza di una chiara disposizione di natura transitoria, si era posta anche una questione di diritto intertemporale, che **Sez. L, n. 08580/2019, Ponterio, Rv. 653211- 01**, trattandosi di innovazione di diritto sostanziale incidente sul riparto di competenze tra tutela previdenziale antinfortunistica e tutela civile risarcitoria, ha risolto secondo la regola generale dell'art. 11 delle preleggi, nel senso che le nuove norme sarebbero state applicabili soltanto agli infortuni sul lavoro occorsi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, come anche alle malattie professionali denunciate dopo il 1° gennaio 2019, mentre ai giudizi pendenti avrebbero continuato ad applicarsi - alla stregua del generale principio *tempus regit actum* - le regole in vigore sino al 31 dicembre 2018, così come interpretate dalla consolidata giurisprudenza di legittimità.

L'intervento legislativo di cui all'art. 1, comma 1126, cit. ha avuto breve durata; la legge 28 giugno 2019 n. 58, di conversione, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2019 n. 34 (c.d. Decreto crescita) con l'aggiunta dell'art. 3-sexies ne ha abrogato le lettere a), b), c), d), e) e f), e previsto che le disposizioni ivi indicate riacquistassero efficacia nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della medesima l. n. 145 del 2018.

Del precedente contesto normativo sopravvive una sola norma, introdotta dalla lett. g) del comma 1126, al comma 3 dell'art. 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965, che consente al giudice di liquidare l'importo dovuto dal datore di lavoro all'INAIL in sede di regresso operando una riduzione della somma tenendo conto della condotta precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo e dell'adozione di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro.

Al giudice viene attribuito un potere discrezionale, di natura sostanzialmente equitativa, modulato su criteri di valutazione originali, rispetto a quelli valevoli ai fini della determinazione del danno civilistico risarcibile, che richiamano parametri tipici del diritto penale, facendo riferimento alla condotta del responsabile, precedente e successiva al verificarsi dell'evento lesivo, e all'adozione, da parte di questi di efficaci misure per il miglioramento dei livelli di salute e sicurezza sul lavoro, come una sorta di misura premiale, o uno sconto di pena rispetto a comportamenti "virtuosi", posti in essere sia a favore del danneggiato sia indistintamente a favore della generalità dei dipendenti.

Venuta meno la novella, per abrogazione espressa ad opera di una normativa successiva, nessun dubbio si pone sulla riemersione della disciplina precedente in quanto il legislatore ha espressamente previsto la riviviscenza delle disposizioni modificate, che riacquistano efficacia nel testo previgente.

Resta tuttavia il problema della disciplina applicabile in riferimento agli infortuni verificatesi o alla malattia manifestatesi nel periodo di limitata vigenza della normativa che va dal 1° gennaio al 30 giugno 2019, in quanto il legislatore non ha anche disposto che la reviviscenza avesse effetto retroattivo.

Come efficacemente osservato da Sez. L n. 8580/2019 già cit., la legge finanziaria del 2019 aveva mutato i criteri di calcolo del danno differenziale rendendo indistinte le singole poste (di danno biologico e patrimoniale) oggetto specularmente di risarcimento civilistico e di tutela indennitaria Inail, ed aveva direttamente inciso sul contenuto del danno differenziale cioè sulle componenti dello stesso, con inevitabili ripercussioni sulla integralità del risarcimento del danno alla persona; ad essa era dunque inapplicabile la giurisprudenza che in materia di criteri generali equitativi di risarcimento del danno formatasi in tema delle tabelle di liquidazione dei danni non patrimoniali, ha affermato l'obbligo di utilizzare i parametri vigenti al momento della decisione,

Ne deriva che l'abrogazione di tali norme, che non consegue ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale ma ad un intervento normativo successivo, non può che operare per l'avvenire, senza escluderne l'applicabilità nel limitato periodo di vigenza.

Siamo dunque in presenza di un insolito intervento del legislatore che dopo aver introdotto una significativa modifica dei criteri di liquidazione del danno biologico e dell'azione di regresso Inail, ha avuto una repentina resipiscenza ripristinando dopo appena sei mesi la vecchia disciplina, senza attendere neppure di verificare le ricadute pratiche della novella.

L'effetto paradossale prodotto è l'applicazione di una disciplina significativamente meno favorevole agli eventi assicurati che sono maturati nel breve tempo di vigenza, con una evidente ed illogica disparità di trattamento con casi analoghi antecedenti ed immediatamente successivi.

Tale effetto forse potrebbe essere evitato grazie ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, che attribuisca retroattività alla ripresa di efficacia della vecchia normativa, puntando su una sorta di ricostruzione dell'intenzione per così dire obiettivata del legislatore ed avendo come fattore di ispirazione la razionalità del sistema normativo.

6. I danni complementari.

Definitivamente acquisito è anche che le voci di danno subite dal lavoratore non coperte dall'assicurazione, e quindi ulteriori rispetto a quelle oggetto di tutela indennitaria, vanno considerate danni complementari, vanno poste integralmente a carico del datore di lavoro, non costituiscono oggetto di esonero, vanno liquidate in giudizio secondo gli ordinari criteri civilistici senza che delle stesse si debba tenere conto *ab origine* nella determinazione del danno differenziale.

Per il riconoscimento di tali danni non si pone una questione di rilevanza penale del fatto, non rientrando gli stessi nel raggio di operatività degli art. 10 e 11 del TU in quanto non oggetto di assicurazione.

L'individuazione dei danni complementari come ad origine estranei alla copertura assicurativa, e delle ripercussioni di tale differenza qualitativa sul calcolo del danno differenziale, risulta ormai acquisita dalla giurisprudenza di legittimità come ricostruito da **Sez. L, n. 09112/2019, Boghetich, Rv. 653452-01** secondo cui il giudice di merito, dopo aver liquidato il danno civilistico, deve procedere alla comparazione di tale danno con l'indennizzo erogato dall'INAIL secondo il criterio delle poste omogenee, tenendo presente che detto indennizzo ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi che compongono la nozione pur unitaria di danno non patrimoniale; pertanto, occorre dapprima distinguere il

danno non patrimoniale dal danno patrimoniale, comparando quest'ultimo alla quota Inail rapportata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato; successivamente, con riferimento al danno non patrimoniale, dall'importo liquidato a titolo di danno civilistico vanno espunte le voci escluse dalla copertura assicurativa (danno morale e danno biologico temporaneo) per poi detrarre dall'importo così ricavato il valore capitale della sola quota della rendita Inail destinata a ristorare il danno biologico permanente.

In tale arresto la S.C. precisa che nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale (categoria giuridicamente, anche se non fenomenologicamente, unitaria), vi sono alcune voci escluse *in apicibus* dalla copertura assicurativa INAIL, definite danni complementari, quali il danno biologico temporaneo, il danno biologico in franchigia (fino al 5%,), il danno morale.

La definizione di danno biologico che si ricava dall'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 comprende sia la lesione statica che le ripercussioni dinamico-relazionali nella vita del danneggiato, ma dalla nozione legislativa appaiono senz'altro escluse voci che concorrono pur sempre a costituire il danno non patrimoniale: le lesioni all'integrità psicofisica di natura transitoria (il danno biologico temporaneo), le lesioni sotto una determinata soglia minima, il danno morale ossia la sofferenza interiore (ad esempio il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione) che non ha base organica ed è estranea alla determinazione medico-legale.

La nozione di danno biologico in senso omnicomprensivo, quale lesione alla salute, secondo i criteri civilistici, comprende invece la lesione medico legale (ossia la perdita anatomica o funzionale), il danno dinamico-relazionale sia nei suoi aspetti ordinari, comuni a qualunque persona con la medesima invalidità, sia in quelli peculiari, specifici del caso concreto), e tutti i conseguenti pregiudizi che la lesione produce sulle attività quotidiane, personali e relazionali.

La S.C. non si è espressamente pronunciata in tema di cd personalizzazione e, a differenza di quanto avvenuto per il danno morale ed il biologico temporaneo, non ha chiarito se costituisca danno complementare o rientri nella comparazione per il danno differenziale.

Dall'esame della fattispecie risulta che la quota di risarcimento imputabile alla personalizzazione non sia stata ritenuta estranea alla copertura assicurativa, e quindi autonomamente ed integralmente risarcibile in quanto danno di natura complementare, ma inserita come componente del danno civilistico non patrimoniale da utilizzare poi ai fini dello scomputo per poste omogenee con l'indennizzo Inail.

Nel caso esaminato questa soluzione non ha determinato delle conseguenze pratiche in quanto era stato applicato il criterio della comparazione per poste

omogenee e la voce civilistica liquidata a titolo di danno biologico permanente, già al netto della personalizzazione era superiore all'indennizzo INAIL, per cui per la quota eccedente si poneva solo un problema definitorio.

L'esatta qualificazione avrebbe avuto invece rilevanza qualora fosse stato applicato il criterio di comparazione cumulativo per sommatoria (quale quello che era stato introdotto dalla cd legge di bilancio 2019), perché in tal caso considerare o meno la personalizzazione tra le voci scomputabili o piuttosto estranee alla copertura assicurativa ha delle ricadute in termini quantitativi

Sussistono posizioni in dottrina che, partendo dalla definizione del danno biologico ai fini INAIL, e confrontando la stessa con le componenti del risarcimento del danno non patrimoniale ritenute rilevanti in ambito civilistico, come individuate dalla giurisprudenza, anche di legittimità, tenuto conto dei criteri elaborati con le Tabelle milanesi, ritengono concettualmente estranea alla copertura assicurativa anche la cd personalizzazione.

Secondo la definizione normativa di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, come integrata dal d.m. 12 luglio 2000, il danno biologico INAIL copre gli aspetti dinamico relazionali di tipo medio/standardizzato e non quelli eventualmente specifici della persona, connessi alle ripercussioni in concreto delle lesioni sulla sfera personale e relazionale del singolo.

I danni incidenti su tali ultimi aspetti, in quanto esterni alla copertura assicurativa, dovrebbero pertanto essere liquidati al lavoratore al di fuori dei limiti dell'esonero, previo assolvimento dei necessari oneri di allegazione e prova.

Nella relazione esplicativa delle Tabelle milanesi si legge che nella prima colonna sono ricompresi indici legati ad una tabella di valori monetari "medi", corrispondenti al caso di incidenza della lesione in termini "standardizzabili" in quanto frequentemente ricorrenti" sia del danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale", anche nei suoi risvolti anatomo-funzionali e relazionali medi ovvero peculiari, sia del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione.

Il dato economico contenuto in tale tabella, articolata sempre sulla base del valore di punto parametrata alla gravità della lesione ed all'età del danneggiato, attiene, a detta dei giudici di Milano, alla liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di: c.d. danno biologico "standard", c.d. personalizzazione - per particolari condizioni soggettive - del danno biologico, c.d. danno morale.

Il secondo indice, invece, attiene alla percentuale di aumento dei valori "medi" da utilizzarsi "onde consentire una adeguata "personalizzazione" complessiva della liquidazione, laddove il caso concreto presenti peculiarità che vengano allegate e

provate (anche in via presuntiva) dal danneggiato, in particolare: sia quanto agli aspetti anatomo-funzionali e relazionali (ad es. lavoratore soggetto a maggior sforzo fisico senza conseguenze patrimoniali; lesione al "dito del pianista dilettante"), sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva (ad es. dolore al trigemino; specifica penosità delle modalità del fatto lesivo).

Dal raffronto dell'indennizzo Inail, per il quale si ripete rilevano solo gli aspetti dinamico relazionali medi, ed i criteri di liquidazione applicati in ambito civile, si evince che gli aspetti dinamico relazionali medi rientrano interamente nel punto di danno non patrimoniale standard, con la conseguenza che la percentuale di personalizzazione dovrebbe costituire anch'essa una voce *in apicibus* esclusa dalla copertura assicurativa.

Questione problematica è anche quella relativa al cd danno terminale in caso di morte del lavoratore assicurato.

Innanzitutto va sgombrato il campo dall'equivoco che in sede di calcolo del differenziale si possa tenere conto della rendita ai superstiti che costituisce una prestazione di natura patrimoniale spettante *iure proprio* agli eredi, e non all'infortunato, in conseguenza della morte del congiunto, che non ha alcuna rilevanza ai fini della liquidazione del danno differenziale, non potendo scomputarsi quanto dovuto a soggetti diversi dal danneggiato-lavoratore; né tanto meno, quale voce di danno patrimoniale può scomputarsi dal danno biologico INAIL.

Tale prestazione, ex art. 85 del TU, presuppone, ai sensi del successivo art. 106, la cosiddetta "vivenza a carico", la quale sussiste ove i superstiti a seguito dell'evento vengano a trovarsi senza sufficienti mezzi di sussistenza autonoma in quanto in precedenza al loro mantenimento concorreva in modo efficiente il lavoratore defunto (Vedi **Sez. L, n. 18658/2020, Cavallaro, Rv. 658597-01**); il riconoscimento di tale rendita del resto prescinde dalla circostanza che per quello stesso evento dall'esito infausto fosse già stata costituita la rendita in favore del lavoratore deceduto (**Vedi Sez. 6-L, n. 30879/2019, Riverso, Rv. 655901-01)**

Analogo ragionamento va effettuato per il cd danno da perdita parentale da perdita di congiunto che, pur costituendo danno non patrimoniale, viene riconosciuto sempre iure proprio ai superstiti e quindi a soggetti diversi dal lavoratore.

Residua il danno non patrimoniale eventualmente trasmesso *iure hereditatis* dal lavoratore; esclusa la risarcibilità di un danno da perdita della vita tout court (da **Sez. U, n. 15350/2015, Salmè, Rv. 635985-01),** la risarcibilità del danno biologico "terminale", cioè da invalidità temporanea assoluta, si ritiene configurabile in capo alla vittima solo nell'ipotesi in cui la morte sopravvenga dopo apprezzabile lasso di tempo dall'evento lesivo e di danno morale "terminale o catastrofale o catastrofico", quale danno consistente nella sofferenza patita dalla vittima che lucidamente attende

lo spegnersi della propria vita. (tra le tante. **Sez. L, n. 17577/2019, F. Amendola, Rv. 654381-01; Sez. 3, n. 18056/2019, Rossetti, Rv. 654378 -01).**

Ebbene il danno terminale biologico e morale del lavoratore spettante *iure hereditatis* ai superstiti non rientra tra le voci indennizzabili dall'INAIL in quanto la perdita della vita non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute e pertanto non rientra nella nozione di danno biologico recepita dall'art. 13 del d.lgs. n 38 del 2000, che fa riferimento alla "lesione dell'integrità psicofisica", suscettibile di valutazione medico-legale e causativa di una menomazione valutabile secondo le tabelle di cui al d.m. 12 luglio 2000; venendo in questione un bene, quale la vita, diverso dalla salute va escluso che l'INAIL indennizzi, se configurabile il danno da "perdita del diritto alla vita"(**Sez. 3, n. 24474/2020, Gorgoni, Rv. 659761-01)**

Il danno terminale va quindi collocato tra i danni complementari da liquidarsi per intero, e senza che dallo stesso possa scomputarsi quanto eventualmente erogato in vita al lavoratore a titolo di rendita in conseguenza dei postumi permanenti ma ingravescenti che poi lo hanno portato alla morte.

7. Il presupposto del risarcimento: la responsabilità ex art. 2087 c.c.

Mentre la tutela indennitaria Inail spetta al lavoratore a prescindere da un accertamento in merito ad una responsabilità del datore di lavoro, ovvero di un terzo, operando anche nei casi in cui l'evento assicurato sia riconducibile a negligenza o imperizia dello stesso lavoratore o caso fortuito, con il solo limite del dolo e del rischio elettivo, la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno presuppone l'accertamento di una sua responsabilità per colpa.

In presenza di infortuni sul lavoro o malattie professionali il lavoratore agisce per il risarcimento del danno alla salute nei confronti del datore di lavoro invocando la sua responsabilità ex art. 2087 c.c.; tale disposizione impone al datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore adottando tutte le misure richieste dalla particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica.

In relazione al disposto dell'art. 2087 c.c. si registrano posizioni ormai consolidate, quali quelle relative alla natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro ed all'estensione degli obblighi di sicurezza e protezione; qualche incertezza sussiste ancora per gli aspetti relativi all'ampiezza degli oneri di allegazione e prova incombenti sul lavoratore ed al profilo dell'accertamento della colpa del datore di lavoro.

Pacifico che l'obbligo di sicurezza operi all'interno della struttura del rapporto di lavoro e sia fonte di obblighi positivi e negativi del datore che è tenuto a predisporre un ambiente ed una organizzazione di lavoro idonei alla protezione del bene fondamentale della salute, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione

lavorativa con la conseguenza che è possibile per il prestatore di eccepirne l'inadempimento e rifiutare la prestazione pericolosa (art. 1460 c.c.).

L'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. impone all'imprenditore di adottare non soltanto le misure tassativamente prescritte dalla legge in relazione al tipo di attività esercitata, che rappresentano lo standard minimale fissato dal legislatore per la tutela della sicurezza del lavoratore, ma anche le altre misure richieste in concreto dalla specificità del rischio, atteso che la sicurezza del lavoratore è un bene protetto dall'art. 41, comma 2, Cost. (Vedi **Sez. L, n. 15112/2020, Piccone, Rv. 658187-01; Sez. L, n. 16749/2019, Ponterio, Rv. 654359 -01)**

In quanto norma "aperta", il cui contenuto va determinato sulla base di parametri desumibili dal complesso di rischi e pericoli che caratterizzano la specifica attività lavorativa, aggiornati tenendo conto del progresso scientifico e tecnologico, costituisce la norma di chiusura del sistema di prevenzione, operante cioè anche in assenza di specifiche regole d'esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma volta a sanzionare, anche alla luce delle garanzie costituzionali del lavoratore, l'omessa predisposizione di tutte quelle misure e cautele atte a preservare l'integrità psicofisica e la salute del lavoratore nel luogo di lavoro, tenuto conto della concreta realtà aziendale e della maggiore o minore possibilità di venire a conoscenza e di indagare sull'esistenza di fattori di rischio in un determinato momento storico.

Alla disposizione viene attribuita una 'funzione dinamica', quale norma diretta a spingere l'imprenditore ad attuare, nell'organizzazione del lavoro, un'efficace attività di prevenzione con la continua e permanente ricerca delle misure suggerite dall'esperienza e dalla tecnica più aggiornata al fine di garantire, nel miglior modo possibile la sicurezza dei luoghi di lavoro. (**Sez. L, n. 08911/2019, Marotta, Rv. 653217-01**).

Secondo la giurisprudenza unanime la disposizione, come tutte le clausole generali, ha una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica, e vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione sussidiaria rispetto a quest'ultima e di adeguamento di essa al caso concreto.

Nel nostro ordinamento, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, opera un corpus normativo molto articolato, che trova il suo testo fondamentale nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (che ha sostituito il d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626) e la sua sintesi nell'art. 2087 c.c., che impone il rispetto non solo di regole d'esperienza e regole tecniche preesistenti e già collaudate, ma anche tutte quelle misure e cautele, cd innominate, che si rendano indispensabili in un determinato momento storico, in base alle conoscenze scientifiche e delle tecnologie disponibili (richiamate anche nel d.lgs. n. 81 del 2008, all'art. 2, lett. n).

Gli obblighi di prevenzione sul lavoro non operano limitatamente a rischi specifici, predeterminati, già analizzati e neutralizzati in prevenzione da disposizioni normative, ma si estendono anche a rischi nuovi, imprevisti, rispetto ai quali non è stato ancora possibile intervenire con la previsione di norme di cautela specifiche, ma di cui si abbia comunque consapevolezza e conoscenza.

L'art. 2087 c.c. non configura in ogni caso un'ipotesi di responsabilità oggettiva ma è necessario che l'evento dannoso sia riferibile ad una colpa del datore di lavoro, intesa quale difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire ragioni di danno per il lavoratore.

Il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 c.c., è tenuto a prevenire anche le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore, dimostrando di aver messo in atto a tal fine ogni mezzo preventivo idoneo, non potendo essere ragione di esonero totale da responsabilità l'eventuale concorso di colpa di altri dipendenti, se non quando la loro condotta rappresenti la causa esclusiva dell'evento. (**Sez. L, n. 30679/2019, Bellè, Rv. 655882-02)**

L'unico limite è sempre quello del cd. rischio elettivo, da intendere come condotta personalissima del dipendente, intrapresa volontariamente e per motivazioni personali, al di fuori delle attività lavorative ed in modo da interrompere il nesso eziologico tra prestazione e attività assicurata avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa o ad essa riconducibile, esercitata ed intrapresa volontariamente in base a ragioni e a motivazioni del tutto personali, al di fuori dell'attività lavorativa e prescindendo da essa, come tale idonea ad interrompere il nesso eziologico tra prestazione ed attività assicurata. (Sez. L, n. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-02; Sez. L, n. 07649/2019, Ghinoy, Rv. 653410-01)

Da ultimo la giurisprudenza ha precisato che non può desumersi dall'indicata disposizione un obbligo assoluto in capo al datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire così un ambiente di lavoro a 'rischio zero', quando di per sé il pericolo di una lavorazione o di un'attrezzatura non sia eliminabile; egualmente non può pretendersi l'adozione di accorgimenti per fronteggiare evenienze infortunistiche ragionevolmente impensabili ; la responsabilità datoriale dunque non è suscettibile di essere ampliata fino al punto da comprendere, sotto il profilo meramente oggettivo, ogni ipotesi di lesione dell'integrità psico-fisica dei dipendenti e di correlativo pericolo. (Sez. L, n. 14066/2019, Patti, Rv. 653969-01; Sez. L, n. 26495/2018, Marchese, Rv. 651196-01)

Né è ascrivibile al datore di lavoro qualunque evento lesivo, pur se imprevedibile ed inevitabile, in quanto non si può presupporre dal semplice verificarsi del danno, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate, ma è necessario, piuttosto, che la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinati

obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto.

Tale precisazione si ripercuote sulla ripartizione degli oneri di allegazione e prova.

Secondo la impostazione tradizionale, il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa e del danno, nonché il nesso causale tra quest'ultimo e la prestazione, mentre incombe sul datore di lavoro provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, vale a dire di aver adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile **Sez. L, n. 16869/2020, Negri della Torre, non massimata).**

Ne consegue che il lavoratore, in parziale deroga al principio generale stabilito dall'art. 2697 c. c., non è gravato dall'onere della prova relativa alla colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra ad integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, onere che incombe sul datore di lavoro e che si concreta nel provare la non imputabilità dell'inadempimento; ai fini del superamento della presunzione di cui all'art. 1218 c.c., grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di aver rispettato le norme specificamente stabilite in relazione all'attività svolta, e di aver adottato tutte le misure che, in considerazione della peculiarità dell'attività e tenuto conto dello stato della tecnica, siano necessarie per tutelare l'integrità del lavoratore, vigilando altresì sulla loro osservanza. (Sez. L, n. 14468/2017, Tricomi, Rv. 644681-01)

Con posizione più rigorosa, ed un aggravamento degli oneri probatori del lavoratore, si è però ritenuto che il concetto di specificità del rischio, da cui consegue l'obbligo del datore di provare di avere adottato le misure idonee a prevenire ragioni di danno al lavoratore, va inteso nel senso che incombe al lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di allegare e provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'una e l'altra, e solo se il lavoratore abbia fornito tale prova sussiste per il datore di lavoro l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi (Sez. L, n. 24742/2018, F. De Gregorio, Rv. 650725-01; Sez. L, n. 26495/2018, Marchese, Rv. 651196-01)

In altra recente decisione, ai fini della responsabilità datoriale, ai sensi dell'art. 2087 c.c., si richiede la sola allegazione (e quindi non anche la prova) da parte del lavoratore, che agisce deducendo l'inadempimento, degli indici della nocività dell'ambiente lavorativo cui è esposto, da individuarsi nei concreti fattori di rischio,

circostanziati in ragione delle modalità della prestazione lavorativa. (Sez. L, n. 28516/2019, Blasutto, Rv. 655608-01**)**

Fermo un onere di allegazione del lavoratore, il contenuto dei rispettivi oneri probatori viene poi ricostruito in termini diversi a seconda che le misure di sicurezza siano espressamente e specificamente definite dalla legge (o da altra fonte ugualmente vincolante), in relazione ad una valutazione preventiva di rischi specifici (quali le misure previste dal d.lgs. n. 81 del 2008 e successive integrazioni e modificazioni come dal precedente d.lgs. n. 626 del 1994 e prima ancora dal precedente n. 547 del 1955), oppure debbano essere ricavate dallo stesso art. 2087 c.c., che impone l'osservanza del generico obbligo di sicurezza.

Nel primo caso - riferibile alle misure di sicurezza cosiddette 'nominate' - il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa - ovvero il rischio specifico che si intende prevenire o contenere- nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura ed il danno subito.

La prova liberatoria incombente sul datore di lavoro si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore, ossia nel riscontro dell'insussistenza dell'inadempimento e del nesso eziologico tra quest'ultimo e il danno.

Nel secondo caso - in cui si discorre di misure di sicurezza cosiddette 'innominate' - la prova liberatoria a carico del datore di lavoro (fermo restando il suddetto onere probatorio spettante al lavoratore) viene correlata alla quantificazione della misura della diligenza ritenuta esigibile, nella predisposizione delle indicate misure di sicurezza, imponendosi, di norma, al datore di lavoro l'onere di provare l'adozione di comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge (o altra fonte equiparata), siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe. (Sez. L, n. 00034/2016, Tria, Rv. 638243-01; Sez. L, n. 10319/2017, Patti, Rv. 644034-01; Sez. L, n. 29879/2019, Balestrieri, Rv. 655856-01)

8. La tutela della salute del lavoratore ai tempi del COVID 19

Il sistema vigente per la protezione dei luoghi di lavoro ha dato prova di completezza ed esaustività; in occasione dell'imprevedibile emergenza pandemica del COVID-19, per la cui gestione non si sono resi necessari interventi di modifica o di integrazione normativa ma è stato sufficiente ricorrere ad indicazioni operative e mere raccomandazioni.

Regole pratiche che, anche in mancanza di disposizioni prescrittive specifiche, sarebbero divenute ugualmente obbligatorie per ogni imprenditore, all'atto dello

svolgimento di una qualsiasi prestazione di lavoro, ai sensi dell'art.2087 c.c. perché imposte in questo momento storico dalla prudenza, dall'esperienza e dalle conoscenze scientifiche acquisite e conoscibili in quanto di dominio pubblico.

All'uopo il 14 marzo 2020 è stato sottoscritto fra il Governo e le parti sociali un protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, ulteriormente integrato il 24 aprile 2020.

Tali protocolli, poiché volti a procedimentalizzare le modalità con cui vengono esercitati i poteri datoriali e, in particolare, l'adempimento dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., sono stati qualificati come contratti collettivi gestionali, applicabili alla generalità dei lavoratori in quanto finalizzati a realizzare il superiore obiettivo del bilanciamento tra il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica privata.

Diversi i d.p.c.m. che sono stati emanati in attuazione del d.l. 25 marzo 2020 n. 19, conv. con modif. dalla l. 23 maggio 2020 n. 35, in base all'evoluzione dell'emergenza sanitaria; il d.p.c.m. del 10 aprile 2020 all'art. 2, comma 10, ha disposto che le imprese le cui attività non sono sospese rispettino "i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali", mentre all'art. 1, lett. ii), con riferimento alle attività professionali, che proseguono, raccomanda, tra l'altro, di assumere protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione, "laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento", di strumenti di protezione individuale, e di incentivare le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro.

Il d.p.c.m. del 26 aprile 2020 contiene analoghe previsioni rispettivamente, all'art. 2, comma 6, con riferimento al Protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 per le attività produttive, di cui è stato anche disposto l'inserimento come allegato 6, ed all'art. 1, lett. 11), punto c), per le attività professionali.

I provvedimenti innanzi menzionati assicurano al Protocollo una sorta di copertura legislativa, sebbene le misure dallo stesso previste, rispecchiando sostanzialmente le raccomandazioni precauzionali fornite dall'OMS, già si integravano perfettamente con i principi e i precetti propri del sistema di prevenzione delineato dal d.lgs. n. 81 del 2008 e dall'art. 2087 c.c.

Alcune prescrizioni risultano obbligatorie, altre solo raccomandate, ciò che rileva è che vengano garantite le condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative: la mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione può comportare la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni richieste.

Anche con riguardo alle attività pubbliche sono stati stipulati dal Ministro per la pubblica amministrazione con le sigle sindacali maggiormente rappresentative nella pubblica amministrazione, in data 3 e 8 aprile 2020, due protocolli di sicurezza analoghi a quelli del settore privato.

L'art. 42, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 ("Decreto Cura Italia"), conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, ha previsto che l'infezione da Covid-19 contratta "in occasione di lavoro" costituisce infortunio sul lavoro indennizzabile dall'INAIL.

Sulla base di tale norma, se il contagio da Coronavirus avviene in "occasione di lavoro", l'INAIL è obbligato ad erogare le prestazioni dovute ai soggetti protetti a seconda dell'evento subito (lesione o decesso) e delle conseguenze riportate dal lavoratore, sia esso pubblico o privato.

Coloro che hanno contratto il virus sul lavoro avranno quindi diritto all'indennizzo per il periodo di inabilità temporanea assoluta e all'indennizzo in capitale o alla rendita per i postumi permanenti; in caso di morte, ai loro familiari spetterà poi la rendita ai superstiti.

La norma oltre a riconoscere una protezione economica di natura sociale per il danno alla salute ed alla capacità lavorativa dei lavoratori, nonché alle loro famiglie per la perdita del reddito nell'ipotesi del decesso prevede anche che non vi sarà alcun onere aggiuntivo per le imprese in termini di aumento di premi assicurativi.

In linea con una elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata, la disposizione chiarisce che in caso di infezione da coronavirus si applica la protezione più ampia garantita dall'art. 2 per infortunio (subito "in occasione di lavoro"), anche in itinere, e non quella prevista dall'art. 3 per la malattia professionale che, richiedendo un nesso causale col lavoro ("a causa delle lavorazioni"), è meno agevole da provare.

Così l'INAIL interviene non solo nelle ipotesi in cui il lavoro ne sia stato la causa (come avverrebbe, ai sensi dell'art. 3 del T.U), ma anche quando il lavoro ne rappresenti la semplice occasione (ai sensi dell'art. 2 T.U.).

La differenza tra i due tipi di evento si fonda sulla concentrazione e violenza del fattore causale: la "causa virulenta" (l'azione di fattori microbici o virali) viene considerata "causa violenta", per cui l'evento è protetto come infortunio sul lavoro e non come malattia.

La giurisprudenza ha chiarito da tempo che costituisce causa violenta (e quindi infortunio) anche l'azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell'organismo umano, ne determinino l'alterazione dell'equilibrio anatomo-fisiologico, sempreché tale azione, pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa, anche in difetto di una specifica causa violenta alla base dell'infezione.

La circostanza molto frequente che la malattia da Coronavirus colpisca persone che già soffrono di altre patologie importanti non preclude né limita la tutela INAIL in quanto altro principio pacifico è quello dell'applicazione della regola contenuta nell'art. 41 c.p., per cui il rapporto causale tra evento e danno è governato dalla regola dell'equivalenza delle condizioni, sicché va riconosciuta l'efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, anche soltanto quale fattore accelerante, salvo il caso in cui il nesso di causalità sia interrotto dalla sopravvenienza di un fattore sufficiente da solo a produrre l'evento

Sul piano probatorio, premesso che in materia di infortuni sussiste sempre la possibilità di ricorrere alle presunzioni gravi, precise e concordanti ex art. 2729 c.c. ai fini della prova presuntiva del rapporto di occasionalità, per chi opera in ambienti sanitari, come ospedali, cliniche, ambulatori medici o farmacie, è senz'altro legittimo il ricorso a presunzioni semplici anche quando l'identificazione delle specifiche cause lavorative del contagio si presenti problematica; ciò perché, sebbene alcune infezioni si possano contrarre anche in condizioni estranee al lavoro, per quei lavoratori che operano in un determinato ambiente e che sono adibiti a specifiche mansioni, con una ripetuta e consistente esposizione ad un particolare rischio, la presunzione dell'origine lavorativa è così grave da raggiungere quasi la certezza .

Il ricorso alle presunzioni è poi consentito anche ai lavoratori che non operano nel settore sanitario; seppure per essi la presunzione di sussistenza del nesso eziologico/occasionale con l'attività lavorativa ha minore forza rispetto agli operatori sanitari, sarà comunque possibile fare riferimento alla specificità delle mansioni e del lavoro svolto, alla diffusione del virus nella località o nell'azienda dove sono stati costretti ad operare e agli altri fatti noti dai quali sia possibile evincere un collegamento della patologia da COVID-19 con l'attività protetta.

Trattandosi di infortunio, e non di malattia, va certamente ammessa la tutela anche dell'infortunio in itinere, per chi contrae la malattia da Coronavirus andando e tornando dal lavoro; sarà quindi solo un problema di prova (per esempio quella di aver viaggiato con un compagno di lavoro, precedentemente infettato dal virus) da fornire anche a mezzo presunzioni (es. uso di mezzi pubblici affollati in zona ad alto rischio).

L'art. 42 citato riconosce espressamente l'indennizzo dell'inabilità temporanea per il periodo in cui il lavoratore si trova in quarantena o in isolamento domiciliare per fini precauzionali in conseguenza della malattia da Coronavirus, immediatamente dopo la guarigione o per l'intervenuto accertamento della positività al virus, trattandosi di situazioni di impedimento assoluto al lavoro che, come quelle derivanti da altri stati patologici vanno tutelati nel caso in cui siano state occasionate dal lavoro.

L'INAIL già si era conformato alla giurisprudenza in tema di causa virulenta a partire dagli anni 90 con la Circolare del 1° luglio 1993, relativa alle "Modalità di trattazione dei casi di epatite virale a trasmissione parenterale e AIDS" e la Circolare Inail n. 74 del 23 novembre 1995 e "Linee guida per la trattazione dei casi di malattie infettive e parassitarie" del 1° dicembre 1998; con l'Istruzione operativa del 17 marzo 2020 ha ribadito che la malattia da Coronavirus, contratta nell'ambiente di lavoro o a causa dello svolgimento dell'attività lavorativa, va tutelata come infortunio sul lavoro.

Sebbene la norma avesse una esclusiva valenza sul piano dell'assicurazione sociale, da più parti si è temuto che la stessa avesse accentuato per i datori di lavoro il rischio di incorrere in responsabilità civile e penale allorché il contagio da Covid-19 avvenga all'interno dei luoghi di lavoro.

Il legislatore è così nuovamente intervenuto e con l'art. 29-bis della l. 5 giugno 2020 n. 40, di conversione del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, ha stabilito che i datori di lavoro adempiono all'obbligo di garantire la sicurezza dei lavoratori previsto dall'art. 2087 c.c. mediante l'applicazione del Protocollo sottoscritto il 24 aprile 2020 dal Governo e dalle Parti Sociali.

Questo intervento normativo potrà porre a lungo termine qualche problema interpretativo in quanto, cristallizzando il rispetto degli obblighi di protezione e sicurezza imposti dall'art. 2087 c.c. al rispetto di specifiche disposizioni, adottate a mezzo protocolli tra le parti sociali, si pone in antitesi con la funzione dinamica della norma e la sua ratio di norma aperta.

Le perplessità sono dovute al fatto che si è tipizzato un obbligo di sicurezza per definizione dinamico; indubbiamente le misure indicate dai Protocolli condivisi risultano ad oggi esaustive, in quanto rappresentano l'approdo della scienza nel contrasto alla diffusione del coronavirus, ma se dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche si evidenziasse l'inadeguatezza e l'insufficienza delle misure adottare con i Protocolli, basti pensare alle nuove prospettive aperte dalla campagna vaccinale sul piano degli obblighi di prevenzione, sarebbe difficile sostenere che i datori di lavoro non siano tenuti ad adeguarsi ai nuovi standard di sicurezza.

Conforta in ogni caso la tenuta del sistema, nella speranza che l'adozione di misure precauzionali in tema di tutela della salute nel mondo del lavoro restino anche nel futuro una priorità condivisa.

XIII) TRASFERIMENTO D'AZIENDA E TUTELA DEI LAVORATORI

(DI GIOVANNI MARIA ARMONE)

SOMMARIO: 1. La vicenda Alitalia-*Etihad Airways*. - 2. Licenziamenti collettivi, accordi sindacali e trasferimento d'azienda: gli interventi della Suprema Corte nel 2020. - 3. Le questioni ancora aperte. - 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema dei diritti dei lavoratori in caso di cessione d'azienda. - 5. Le nuove regole del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

1. La vicenda Alitalia-*Etihad Airways*.

Il licenziamento collettivo disposto nel 2014 da CAI-Alitalia, in occasione del trasferimento di parte del compendio aziendale a una società di nuova creazione, denominata SAI-Alitalia, nell'ambito della *partnership* commerciale con *Etihad Airways*, ha dato luogo a un ampio contenzioso, sfociato nel 2020 davanti alla Corte di cassazione.

La vicenda ha costituito il punto di emersione di alcuni gravi problemi nel rapporto tra l'ordinamento italiano e il diritto dell'Unione europea in materia di garanzie dell'occupazione in caso di trasferimento d'azienda[1].

Sullo sfondo si staglia infatti la direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, che già in passato aveva dato origine a una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia.

In estrema sintesi, tale direttiva prevede, in occasione del trasferimento e a protezione dei diritti dei lavoratori, alcuni limiti sia al potere unilaterale dell'imprenditore-cedente di licenziare, sia agli accordi sindacali di derogare alle previsioni della direttiva stessa. Il trasferimento dell'azienda o di parte di essa non può giustificare di per sé il licenziamento dei lavoratori, a meno che la riduzione

[1] In dottrina, per una panoramica completa e aggiornata dei problemi che si pongono nella materia in esame, v., tra gli altri, i contributi contenuti nel volume collettaneo R. COSIO – G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2019, A. CAIAFA, *Le vicende dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda dell'impresa in crisi, in Conversazioni di San Cerbone sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, di prossima pubblicazione in *Informazione previdenziale*, 2020, nonché, con particolare attenzione al caso Alitalia-*Etihad*, G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – n. 347/2017.

dell'occupazione non sia realizzata nell'ambito di una procedura liquidatoria dell'impresa cedente, che si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica.

Nell'ordinamento nazionale, simili divieti erano già contenuti di fatto nell'art. 2112 c.c., ma l'art. 47 della l. n. 428 del 1990, nel testo *ratione temporis* vigente, prevedeva che l'art. 2112 non trovasse applicazione, con la conseguente possibilità di non far transitare tutti i lavoratori presso il cessionario, non solo quando l'impresa fosse stata dichiarata fallita o comunque sottoposta a procedura concorsuale, ma anche quando lo stato di crisi aziendale fosse stato accertato nell'ambito della procedura speciale disciplinata dall'art. 2, comma 5, lett. c), della l. n. 675 del 1977. Si tratta di una procedura amministrativa, in cui la situazione di crisi aziendale che presenti "*particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore*" è accertata dal CIPI su proposta del Ministro del lavoro (oggi, abolito il CIPI, la decisione è del Ministro del lavoro).

La previsione non è stata ritenuta conforme alla direttiva dalla Commissione europea, che ha avviato una procedura d'infrazione, sfociata nella sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07, Commissione c. Repubblica Italiana.

Dopo aver ripercorso la genesi della direttiva 2001/23, i giudici di Lussemburgo hanno osservato che "l'accertamento dello stato di crisi aziendale non può necessariamente e sistematicamente rappresentare un motivo economico, tecnico o d'organizzazione che comporti variazioni sul piano dell'occupazione" e hanno escluso che la procedura prevista dall'art. 47, sesto comma, della legge n. 428 del 1990, potesse rientrare tra i casi, contemplati dalla direttiva ma tassativi, in cui le garanzie in favore dei lavoratori possono essere derogate.

Ne è scaturita la condanna dell'Italia e, a seguire, la modifica dell'art. 47 e l'introduzione al suo interno di un comma 4-bis[1]. All'interno di tale nuova disposizione, la procedura amministrativa guidata dal CIPI (poi dal Ministero del lavoro) continua a costituire il presupposto per derogare all'art. 2112 in caso di trasferimento d'azienda, ma con la mediazione necessaria di un accordo sindacale sul mantenimento, almeno parziale, dell'occupazione.

[1] Con l'art. 19-quater, comma 1, lett. a) e b) del d.l. n. 135 del 2009, conv., con modif., dalla l. n. 166 del 2009. Il comma 4-bis è stato poi modificato ulteriormente dapprima dall'art. 46-bis del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 66 del 2012 e, poi, come si vedrà, anche per far fronte ai problemi esaminati in questo Approfondimento, dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. n. 14 del 2019 (v. par. 5).

Il comma 4 bis è stato immediatamente sottoposto a severa critica dalla dottrina, che l'ha giudicato elusivo della sentenza della Corte di giustizia[1]. Ma è sopravvissuto, alla stregua di un ordigno inesploso, fino alla crisi aziendale Alitalia del 2014, in cui ha mostrato concretamente tutte le sue incongruenze[2].

La procedura di licenziamento collettivo in questione, con il connesso accordo sindacale, è stata infatti avviata sulla base dell'espresso presupposto che la riduzione si rendesse necessaria perché era stato raggiunto un accordo commerciale volto al trasferimento dell'azienda.

Una parte della giurisprudenza di merito ha cominciato a sindacare la legittimità dell'accordo e dei conseguenti licenziamenti, evidenziando due profili, tra loro strettamente collegati:

a) in primo luogo, ci si è interrogati sulla legittimità in sé del licenziamento, una volta che si sia escluso che lo stato di crisi aziendale certificato in sede amministrativa sia idoneo a giustificare il recesso e che si sia dunque ravvisato nel trasferimento d'azienda il vero e unico motivo della riduzione del personale; una parte dei giudici di merito ha negato che il comma 4 bis sia rispettoso della direttiva e, attraverso la sua interpretazione conforme e/o la sua disapplicazione, è giunta a dichiarare nullo il licenziamento ex art. 2112, comma 4, c.c.[3];

b) a seguire, si è posto il problema, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, se la reintegrazione debba essere disposta presso il cedente o presso il

---

[1] Per una ricostruzione dell'intera vicenda e ampie citazioni v. R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in R. COSIO – G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 139 ss.; A. CAIAFA, *Le vicende dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda dell'impresa in crisi,* cit.; a ridosso della sentenza della Corte di giustizia e della modifica normativa che ne seguì, v. M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in Riv. giur. lav., 2010, 3, p. 330; A. CAIAFA, *Crisi di impresa trasferimento d'azienda e normativa comunitaria*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 13; A.M. PERRINO, *Le deroghe delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di imprenditore in crisi o insolvente tra i reiterati inadempimenti del legislatore nazionale*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 268.

[2] Nella giurisprudenza di legittimità, non sono mancate, beninteso, le decisioni che, citando la direttiva e le precisazioni fornite dalla Corte di giustizia, avevano ammesso il trasferimento parziale dei lavoratori e le deroghe all'art. 2112 c.c. in ipotesi di procedure liquidatorie concorsuali: v. Sez. L., n. 31946/2019, Raimondi, Rv. 656527-01, Sez. L, n. 01383/2018, Boghetich, Rv. 646367-01. A venire in rilievo non erano tuttavia grandi imprese in crisi e dunque il comma 4-bis dell'art. 47, come hanno sottolineato le sentenze del 2020 nei paragrafi finali. Per una critica alla soluzione adottata da Cass. n. 31946/2019, v. comunque A.M. PERRINO, *Ancora su trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali e diritto unionale: la Corte di cassazione come Alibante di Toledo*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1333.

[3] V. tra le altre Trib. Milano, 15 ottobre 2015, Maraschi c. Alitalia CAI e Alitalia SAI, Trib. Roma 15 gennaio 2016, Trevisan c. Alitalia CAI e Alitalia SAI (quest'ultimo provvedimento è stato reso in un procedimento che ha poi dato origine a una delle sentenze della S.C. del 2020).

cessionario, visto che anche su questo l'accordo sindacale conteneva previsioni derogatorie all'art. 2112; tale secondo profilo è stato analizzato sia dalla giurisprudenza che ha aderito all'idea esposta sub a), della radicale nullità del licenziamento, sia da quelle sentenze che, pur non condividendola, hanno comunque riscontrato un vizio del licenziamento meritevole della tutela reale[1].

Come si vedrà, la Suprema Corte si è dovuta confrontare solo con il secondo dei problemi appena illustrati, poiché nessuna delle decisioni che avevano dichiarato *tout court* la nullità del licenziamento ha sinora resistito ai vari gradi del rito Fornero e davanti alla Cassazione il problema non è stato riproposto dai lavoratori in forma di ricorso incidentale.

Si tratta tuttavia del nodo più difficile da sciogliere ed è verosimile pensare che il confronto con esso offrirà l'occasione per un interpello della Corte di giustizia e/o della Corte costituzionale, costituirà in altri termini una nuova tessera del dialogo multilivello[2].

2. Licenziamenti collettivi, accordi sindacali e trasferimento d'azienda: gli interventi della Suprema Corte.

La risposta fornita dalla S.C. alle questioni ad essa sottoposte è stata ad ampio raggio e ha costituito l'occasione per numerose puntualizzazioni in tema di trasferimento d'azienda e impugnazione dei licenziamenti connessi (**Sez. L, n. 10414/2020, Blasutto, Rv. 657851-01 Sez. L, n. 10415/2020, F. Amendola, Rv. 657871-01)[3].**

Anzitutto, la Cassazione (**Sez. L, n. 10415/2020, F. Amendola, Rv. 657871-01**) ha confermato che il rito speciale cd. Fornero è utilizzabile anche quando il lavoratore, impugnando il licenziamento, chieda di essere reintegrato presso un soggetto diverso dal datore di lavoro che lo ha adottato. L'ampiezza della formula utilizzata dall'art. 1, comma 47, della l. n. 92 del 2012 consente di far operare il rito speciale ogni qualvolta la domanda miri, secondo la prospettazione attorea non palesemente artificiosa, a ottenere una tutela rientrante nella sfera dell'art. 18 st.lav. novellato, anche quando

[1] V. G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, p. 22 ss.

[2] R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, cit., p. 158 ss.

[3] Le sentenze citate nel testo, alle quali continuerà a farsi riferimento per comodità espositiva, sono le uniche due massimate di un gruppo di decisioni conformi, adottate alla stessa udienza e frutto di una linea interpretativa unitaria della Sezione Lavoro: si vedano anche **Sez. L, n. 17202/2020, F. Amendola**, **Sez. L, n. 17202/2020, F. Amendola**, **Sez. L, n. 17201/2020, F. Amendola**, **Sez. L, n. 17199/2020, F. Amendola**, **Sez. L, n. 17198/2020, Pagetta**, **Sez. L, n. 17195/2020, Blasutto**, **Sez. L, n. 17194/2020, Blasutto**, **Sez. L, n. 17193/2020, Blasutto**, non massimate.

dunque presupponga una dissociazione tra autore del licenziamento e destinatario del provvedimento di reintegrazione. Solitamente utilizzato per le ipotesi di dedotta interposizione fittizia, questo allargamento vale *a fortiori* per le ipotesi di cessione d'azienda, in cui la dissociazione dipende non frodi realizzate in sede di costruzione del rapporto di lavoro, ma da illegittimità connesse a un trasferimento che di per sé rimane valido. A ben vedere, l'impugnativa di licenziamento e l'azione di tutela conseguente, reale o indennitaria poco importa, restano domande diverse, solitamente indirizzate nei confronti dello stesso soggetto; qualora però questa coincidenza non vi sia, le due domande restano tra loro connesse e sono fondate sugli identici fatti costitutivi del rapporto di lavoro e del licenziamento, con conseguente piena applicabilità dell'art. 1, comma 48, terzo periodo.

Ma il cuore delle decisioni del 2020 (**Sez. L, n. 10414/2020, Blasutto, Rv. 657851-01)** riguarda l'interpretazione dell'art. 47, commi 4-bis e 5, della l. n. 428 del 1990, alla luce della direttiva n. 2001/223 e della giurisprudenza della Corte di giustizia U.E., nei termini sintetizzati nel paragrafo precedente.

Al riguardo, va ricordato che nei casi giunti davanti al giudice di legittimità la questione controversa non riguardava (più) il potenziale contrasto con la direttiva n. 2001/23 della decisione di licenziare in sé considerata. Le sentenze d'appello avevano infatti affermato l'illegittimità del licenziamento per motivi diversi da questo, perlopiù per violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, ma avevano poi ordinato la reintegrazione nei confronti del cedente.

La Cassazione si è dovuta dunque confrontare con la l. n. 428 del 1990 non già per valutare la legittimità dell'accordo sindacale in funzione della scelta, a monte, di riduzione del personale, bensì per giudicarne gli effetti nei rapporti tra cedente e cessionario.

La cosa è significativa e paradossale, dato che l'accordo sindacale si inseriva comunque in una procedura di riduzione del personale, in un contesto cioè in cui la decisione delle parti sociali era concorde nel senso di sacrificare una parte dei lavoratori in ragione dello stato di crisi dell'azienda cedente. Se dunque un appello alle esigenze di parziale mantenimento dell'occupazione, ossia all'inevitabilità del male minore, può comprendersi per difendere l'avvio della procedura di licenziamento collettivo e la conclusione di un accordo sindacale volto comunque a salvare una parte dei lavoratori trasferendo la titolarità dei loro rapporti al più solido cessionario, molto meno un simile appello si giustifica, dopo che l'illegittimità del licenziamento sia stata accertata per altre cause, al fine di invocare la reintegrazione nei confronti del cedente, ossia del soggetto il cui stato di difficoltà economica è all'origine dell'intera vicenda.

Il fatto è che la procedura di mobilità collettiva "*sembra presidiare i soli interessi del sindacato*"[1], senza che i lavoratori possano intervenire per contestare le informazioni rese in quella fase, mentre, in sede giudiziaria, a difendere quella procedura e gli accordi con le parti sociali ivi raggiunti è solo l'azienda, la quale ben può strumentalizzare a proprio vantaggio il senso e la funzione di detti accordi. Appare tuttavia davvero incongruo che, dopo essersi affermato che lo stato di crisi del cedente rende legittimo da parte sua un licenziamento in vista del trasferimento d'azienda, la reintegrazione possa essere disposta proprio presso quello stesso soggetto, ossia presso l'azienda che si trova in uno stato certificato di difficoltà economica e che, con più facilità e fondamento, potrà presto o tardi rinnovare il licenziamento.

La Cassazione ha così avuto buon gioco nello smontare una simile ricostruzione, attraverso una rigorosa analisi del dato normativo e delle vicende storiche che lo hanno riguardato.

La Corte ha anzitutto ripreso i brani salienti della sentenza della Corte di giustizia del 2009 per sottolineare la diversità di *ratio* dei due attuali commi 4-bis e 5 dell'art. 47. Se il vecchio comma 5 è stato sdoppiato e riformulato, ciò è dipeso proprio da quella sentenza e dalla necessità per il legislatore italiano di conformarsi al fondamentale principio espresso dal diritto eurounitario (ma in realtà anche italiano), secondo cui il trasferimento dell'azienda di regola non può mutare l'assetto del personale.

A tale principio può derogarsi solo quando il trasferimento si inserisca in una procedura concorsuale liquidatoria della società cedente, svolta sotto il controllo di un'autorità pubblica e vi siano dunque adeguate garanzie che l'accordo sindacale raggiunto non serve a liberarsi di una parte dei lavoratori; solo in tal caso, può escludersi che l'art. 2112 trovi applicazione, salve condizioni di miglior favore per i lavoratori (nuovo comma 5).

Qualora invece la crisi aziendale sia solo certificata dall'autorità amministrativa o ci si trovi in una fase preliquidatoria (comma 4-bis) l'art. 2112 può essere sì derogato, ma non sino al punto di rendere l'ipotesi in esame equivalente ("*con sovrapposizione di effetti*", sottolinea la S.C.) a quella disciplinata nel comma 5.

Resta indifferente, secondo le sentenze, che entrambi i commi facciano riferimento al raggiungimento di "*un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione*" poiché, se l'espressione avesse la stessa portata nelle due ipotesi, tra le stesse non vi sarebbe

[1] Lo rileva A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, in R. COSIO – G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 174.

differenza e il comma 4-bis equivarrebbe a un aggiramento della pronuncia della Corte di giustizia che è stata all'origine del suo inserimento nel corpo dell'art. 47.

In altri termini, le deroghe all'art. 2112 c.c. sono ammissibili nei confronti dei lavoratori "*il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente*" (comma 5), il che presuppone come già risolta positivamente la questione del loro passaggio al cessionario, sia che si tratti dei lavoratori originariamente compresi nell'accordo, sia che il passaggio sia dipeso dall'intervento del giudice che abbia dichiarato illegittima la loro esclusione.

A contrario, e in linea con il diritto dell'Unione europea, è da "escludere che l'accordo sindacale di cui al comma 4-bis possa disporre in senso limitativo del diritto al trasferimento dei rapporti di lavoro" (§ 5.7. della motivazione). La Cassazione ne ha così tratta la conclusione che in simili ipotesi la reintegrazione debba essere necessariamente disposta presso il cessionario.

3. Le questioni ancora aperte.

Come accennato, le questioni più delicate sono quelle che la Suprema Corte si troverà ad affrontare nel prossimo futuro.

Prima della (e indipendentemente dalla) illegittimità del licenziamento per vizi attinenti alle modalità di svolgimento della procedura, occorre infatti chiedersi se il diritto U.E. sia di ostacolo a una normativa nazionale che consenta di licenziare in occasione del trasferimento d'azienda, sulla base di una situazione di crisi che, certificata o meno in via amministrativa, non conduca alla liquidazione dei beni aziendali del cedente sotto il controllo di un'autorità pubblica; se e a quali condizioni la crisi aziendale, che inevitabilmente emerge allorché si faccia ricorso a una procedura collettiva di riduzione del personale, debba essere immediatamente sospettata di illegittimità allorché si ponga in connessione anche solo temporale con la cessione dell'azienda[1].

[1] V. per questi interrogativi F. CURCURUTO, *Trasferimento d'azienda e licenziamento*, in R. COSIO – G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 129 ss. e ivi ampie citazioni. La giurisprudenza (v. Sez, L, n. 11410/2018, Patti, Rv. 648819-01, Sez. L, n. 15495/2008, Cuoco, Rv. 603694-01) richiede, perché il licenziamento sia legittimo, che esso "abbia fondamento nella struttura aziendale autonomamente considerata e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo" ed esclude che l'imminenza del licenziamento rispetto al trasferimento ponga in essere di per sé un atto emulativo. Non sempre è tuttavia tradurre in pratica queste direttive di massima.

Le argomentazioni utilizzate dalle sentenze del 2020 per affermare la reintegrabilità presso il cessionario sono spendibili anche allo scopo di affermare la illegittimità del licenziamento?

Prendiamo le mosse dall'ambito nazionale.

Fino a non poco tempo fa, i poli entro cui il dibattito era calato erano i seguenti.

Secondo dottrina e giurisprudenza assolutamente prevalenti, "il licenziamento motivato con il fatto del trasferimento in sé o intimato per cessazione dell'attività da un datore di lavoro che l'abbia, in realtà, ceduta ad altri, o proseguita altrove, è nullo per violazione di norma imperativa"[1]. La nullità del licenziamento portava poi alla tutela reale, sia sotto il vecchio testo dell'art. 18 st.lav., sia nel regime novellato dalla legge Fornero.

Nondimeno, la giurisprudenza non escludeva la possibilità che il cedente, prima di realizzare il trasferimento, potesse procedere a un licenziamento, individuale o collettivo, fondato su autonome e ordinarie giustificazioni. E giungeva perfino ad ammettere che la cessione d'azienda, pur non potendo costituire in sé un giustificato motivo di licenziamento del lavoratore da parte dell'imprenditore cedente, "*può concorrere a costituirlo qualora quest'ultimo possa dimostrare la sussistenza di un ulteriore elemento consistente nella necessità di provvedere, al fine di attuare la cessione, ad un ridimensionamento dell'aspetto organizzativo dell'azienda, afferente al personale occupato, per avere il cessionario accettato l'operazione solo a condizione di una preventiva e drastica riduzione dei dipendenti dell'azienda medesima*"[2].

In breve tempo, lo sfondo è radicalmente mutato[3].

Il d.lgs. n. 23 del 2015 ha fortemente ridotto lo spazio della tutela reintegratoria. Rispetto ai licenziamenti individuali nulli, l'art. 2 richiede, ai fini dell'applicazione della tutela reale, che la nullità sia espressamente prevista dalla legge, mettendo in discussione la possibilità che la reintegrazione possa essere disposta in caso di semplice nullità virtuale (come sarebbe l'art. 2112 c.c.). L'art. 10 ha poi riportato la maggior parte dei vizi del licenziamento collettivo (dalle violazioni procedurali all'inosservanza dei criteri di scelta) sotto l'ombrello della tutela indennitaria ex art. 3.

Più o meno nello stesso frangente, è intervenuta una pronuncia della S.C., che è in attesa di trovare conferma, ma che per il momento ha sconfessato il tradizionale

---

[1] G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Milano, 2014, p. 71; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, p. 267; v. Sez. L, n. 02521/1998, Roselli, Rv. 513433-01.

[2] V. Sez. L, n. 09462/1991, Prestipino, Rv. 473777-01.

[3] V. per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, F. CURCURUTO, *Trasferimento d'azienda e licenziamento*, cit., p. 127 ss.

orientamento che vedeva nel licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda un recesso nullo. Sez. L, n. 03186/2019, Balestrieri, Rv. 652879-01, ha infatti affermato che il licenziamento causato dal trasferimento d'azienda non è nullo ma annullabile per difetto di giustificato motivo oggettivo, in quanto l'art. 2112 c.c. non pone un generale divieto di recesso datoriale, ma si limita ad escludere che la vicenda traslativa possa di per sé giustificarlo; ne consegue che il licenziamento intimato in vista di una futura fusione societaria - non ancora attuale al momento del recesso - concretizza l'ipotesi della manifesta insussistenza del fatto ex art. 18, comma 7, st.lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012.

Se dal contesto interno volgiamo però lo sguardo al diritto sovranazionale ci rendiamo conto che i profondi mutamenti sin qui descritti sono avvenuti a legislazione e giurisprudenza eurounitaria invariate.

In un quadro di riferimento così frastagliato e contraddittorio, potrebbe affermarsi che le sentenze analizzate abbiano compiuto lo sforzo massimo esigibile e che, quando verrà in evidenza la questione della legittimità in sé del licenziamento collettivo in vista del trasferimento d'azienda, la Corte di cassazione non mancherà di recepire i suggerimenti della dottrina, di affidarsi alla Corte di giustizia e/o alla Corte costituzionale prima di dire la parola definitiva sulla portata del comma 4-bis dell'art. 47.

Il prossimo paragrafo sarà per questo motivo dedicato a una rapida panoramica degli orientamenti della Corte di giustizia sul tema, onde tracciare le coordinate entro le quali i giudici nazionali sono chiamati a muoversi.

Sin d'ora si può dire però che le sentenze della Cassazione qui analizzate hanno già ricostruito con grande completezza e lucidità l'assetto dei rapporti tra diritto nazionale e diritto eurounitario in tema di trasferimento d'azienda. La nettezza della conclusione raggiunta, secondo la quale l'accordo sindacale di cui al comma 4-bis **non può disporre** in senso limitativo del diritto al trasferimento dei rapporti di lavoro, autorizza a pensare che la S.C. abbia inteso ascrivere l'ipotesi in esame tra quelle in cui l'imprenditore, anche se appoggiato dalle parti sociali, versa in una condizione di carenza di potere sui diritti dei lavoratori. E la carenza di potere è, in ambito privatistico, il preludio alla nullità dell'atto adottato e alla pienezza della tutela conseguente[1].

Se a questo si aggiunge che l'evoluzione normativa nel frattempo intervenuta (su cui v. il par. 5, dedicato alla riforma attuata dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) va nella medesima direzione, non sembrano esservi molti spazi per il

[1] I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 215.

mantenimento dell'orientamento favorevole alla licenziabilità parziale al di fuori delle procedure liquidatorie.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema dei diritti dei lavoratori in caso di cessione d'azienda.

Benché ripetutamente sollecitata sul tema dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, la Corte di giustizia non ha sinora dovuto affrontare direttamente e in sé il problema del licenziamento collettivo disposto dal cedente in una situazione di difficoltà economica. Il nodo da sciogliere è infatti quello se le ragioni oggettive di riorganizzazione e dunque di licenziamento, fatte salve dall'art. 5 della direttiva n. 2001/23/CE, possano essere fatte valere dal cedente anche quando, sotto altri aspetti, la procedura utilizzata confligge con i dettami della direttiva e l'accordo sindacale eventualmente raggiunto realizza una deroga illegittima alle norme sul trasferimento dei diritti dei lavoratori.

La pronuncia con la quale i giudici di Lussemburgo sono andati più vicini ad analizzare la questione cruciale appena delineata è Corte giust. 22 giugno 2017, C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging*.

Qui la Corte ha anzitutto operato una ricapitolazione dei principi che guidano la propria giurisprudenza, tanto sotto la precedente direttiva (la direttiva n. 77/187/CEE, come modificata dalla direttiva 98/50/CE) quanto nel vigore della nuova.

L'obiettivo di tali strumenti comunitari è quello di tutelare i lavoratori in caso di trasferimento d'impresa. Ne consegue che tutte le norme ivi contenute, che deroghino a tale obiettivo, in particolare l'art. 5, comma 1, devono essere interpretate restrittivamente (§ 41). L'art. 5, comma 1, può dunque trovare applicazione a condizione che la procedura scelta dalle parti soddisfi le condizioni stabilite in tale disposizione, ossia a condizione che il cedente sia oggetto di una procedura di fallimento o di una procedura di insolvenza analoga. Inoltre, questa procedura deve essere aperta per la liquidazione dei beni del cedente e deve svolgersi sotto il controllo di un'autorità pubblica competente.

Nella fattispecie, la Corte di giustizia ne ha tratto la conclusione che la tutela dei lavoratori garantita dagli articoli 3 e 4 della direttiva n. 2001/23 permane in una situazione, in cui un'impresa sia trasferita in seguito ad una dichiarazione di fallimento nell'ambito di un cd. *pre-pack*, ossia un accordo preparato anteriormente a detta dichiarazione e realizzato immediatamente dopo la pronuncia di fallimento, nell'ambito del quale, in particolare, un «curatore designato», nominato da un giudice, esamini le possibilità di un'eventuale prosecuzione delle attività dell'impresa ad opera di un terzo e prepari azioni da svolgere subito dopo la pronuncia di fallimento per realizzare tale prosecuzione. Resta inoltre irrilevante, per la Corte, che l'obiettivo perseguito da tale

operazione di *pre-pack* miri anche a massimizzare gli introiti della cessione per l'insieme dei creditori dell'impresa in oggetto.

Già questo inquadramento dovrebbe rendere chiaro che, nell'ottica della Corte di giustizia, la soglia oltre la quale le procedure scelte sono considerate elusive delle tutele garantite dalla direttiva è molto bassa.

Basti considerare che la procedura esaminata dalla sentenza *Federatie Nederlandse Vakvereniging*, prevista dalla legislazione dei Paesi Bassi, è liquidatoria e contempla la presenza di organi pubblici (curatore e giudice) al momento di certificazione della crisi e di trasferimento dell'azienda. Nonostante ciò, la Corte ha ravvisato un'elusione della direttiva perché tali organi pubblici non hanno reali poteri e intervengono in seconda battuta, limitandosi a ratificare le decisioni prese dall'organo amministrativo dell'impresa che conduce le trattative e adotta le decisioni in preparazione alla vendita dell'impresa in fallimento.

Non basta dunque che la procedura che conduce al trasferimento preveda comunque la liquidazione dei beni del cedente, perché tale operazione mira a massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori e dunque si pone in potenziale conflitto con le esigenze dei lavoratori[1]. Di qui la necessità che la liquidazione avvenga sotto il controllo di un'autorità pubblica.

In sintesi, si ha elusione quando la procedura tiene (o si ha il sospetto che tenga) in considerazione i soli interessi dell'impresa. E tale risultato si verifica (o rischia di verificarsi) sia quando i lavoratori vengono licenziati nonostante che l'impresa prosegua sostanzialmente immutata nelle mani di un diverso soggetto, sia quando la liquidazione dei beni del cedente avvenga senza controllo pubblico, perché vi è la seria possibilità che il compendio trasferito sia ridotto al minimo, sì da soddisfare i creditori con la liquidazione della parte non ceduta e rendere oggettivamente ingiustificato il passaggio al cessionario di tutti i lavoratori. Per questa ragione, le due condizioni (liquidazione dei beni del cedente e controllo pubblico) devono sussistere cumulativamente affinché la riduzione degli occupati possa dirsi legittima.

Un'altra forma di elusione sulla quale la giurisprudenza di Lussemburgo ha posto la sua attenzione è quella che tende a verificarsi in caso di cambi d'appalto nella gestione di un servizio.

---

[1] In dottrina, nell'ambito di un'indagine che muove proprio dall'endemico conflitto tra due microcosmi tra loro potenzialmente collidenti (quello dei lavoratori, presidiato dal diritto del lavoro e quello dei creditori, governato dal diritto fallimentare e dal principio della *par condicio creditorum*), la prevalenza data dalla Corte ai lavoratori a scapito degli altri *stakeholders* aziendali è sottolineata da A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, cit., p. 169 ss., spec. p. 174.

Dapprima, è intervenuta Corte giust. 7 agosto 2018, C-472/16, Colino Siguenza, che ha portato nel cono di luce della direttiva n. 2001/23 l'ipotesi in cui l'aggiudicatario di un appalto di servizi avente ad oggetto la gestione di una scuola, che riceve dall'amministrazione comunale tutti i mezzi materiali necessari all'esercizio di tale attività, cessa l'attività due mesi prima della conclusione dell'anno scolastico in corso, licenziando il personale e restituendo detti mezzi materiali all'amministrazione comunale, la quale procede a una nuova aggiudicazione esclusivamente per l'anno scolastico successivo e trasferisce al nuovo aggiudicatario gli stessi mezzi materiali.

Più di recente vi è stata poi Corte giust. 16 maggio 2019, C-509/17, Plessers.

La legislazione belga prevede che, in caso di cessione d'azienda, il cessionario sia libero di scegliere i lavoratori da riassumere tra quelli alle dipendenze del precedente datore di lavoro (il cedente), purché la scelta si fondi su motivi tecnici, economici e organizzativi, e sia compiuta senza disparità di trattamento. Se tuttavia tale libertà viene inquadrata nell'ambito della più ampia operazione di trasferimento, si vede che essa comporta un rischio di riduzione ulteriore dell'occupazione, perché la facoltà di non riassunzione riguarda i lavoratori il cui contratto di lavoro sia stato trasferito e non tutti quelli alle dipendenze del cedente. Il cessionario è così esonerato dall'obbligo di dimostrare che i licenziamenti intervenuti nell'ambito del trasferimento siano dovuti a motivi di ordine tecnico, economico o organizzativo, quando invece la direttiva responsabilizza anche lui nella dimostrazione della correttezza della complessiva operazione. Ciò, secondo la Corte, rischia di compromettere seriamente il rispetto dell'obiettivo principale della direttiva 2001/23, ossia garantire, per quanto possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modifiche, con il cessionario, per impedire che i lavoratori interessati si trovino in una situazione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento (v. già Corte giust. 15 settembre 2010, C-386/09, Briot).

La conclusione è che la direttiva osta a una legislazione nazionale, la quale, in caso di trasferimento di un'impresa intervenuto nell'ambito di una procedura di riorganizzazione giudiziale mediante trasferimento soggetto a controllo giudiziario, applicata al fine di conservare in tutto o in parte l'impresa cedente o le sue attività, prevede, per il cessionario, il diritto di scegliere i lavoratori che intende riassumere[1].

Com'è facile rilevare, si tratta di un approdo in grado di mettere in seria crisi gli accordi collettivi che, nell'ordinamento italiano, tendono a essere raggiunti in caso di

[1] Sul tema dei cambi appalto, v. anche Corte giust. 26 marzo 2020, C-344/18, ISS Facility Services NV.

cambio d'appalto. È vero che la sostituzione dell'appaltatore non dà luogo di per sé a trasferimento d'azienda, ma è noto come, specie nelle ipotesi di appalti *labour intensive* e nonostante alcune modifiche legislative[1], il confine tra le due fattispecie sia labile e i tentativi di aggiramento delle norme sul mantenimento dell'occupazione perpetrati attraverso sostituzioni fittizie dell'appaltatore siano frequenti nella prassi[2].

Anche questo aspetto è dunque da tenere in conto nel valutare la sorte dei lavoratori all'interno delle complesse operazioni di cessione dei compendi aziendali.

5. Le nuove regole del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La materia della protezione dei lavoratori in caso di trasferimento dell'azienda in crisi è stata profondamente modificata dal d.lgs. n. 14 del 2019 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), che sembra aver recepito la maggior parte degli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali sintetizzati nei paragrafi precedenti.

Attraverso l'art. 368, comma 4, il codice, la cui entrata in vigore è stata più volte differita, almeno per le parti che qui interessano, da ultimo al 1° settembre 2021[3], è nuovamente intervenuto sugli artt. 4-bis e 5 dell'art. 47 della l. n. 428 del 1990[4].

Il comma 4-bis è stato sostituito e disciplina ora le ipotesi di procedure non liquidatorie, con due importanti novità.

Anzitutto, nell'ambito di tali procedure non trova più posto la procedura amministrativa di cui all'articolo 2, quinto comma, lettera c), della l. n. 675 del 1977 (lo stato di crisi aziendale certificato dal CIPI).

Inoltre, è stato esplicitato ciò che la giurisprudenza aveva, in linea con la disciplina unionale, già evidenziato, e cioè che l'accordo sindacale raggiunto nel corso della procedura non liquidatoria non può non essere finalizzato al mantenimento dell'occupazione, con conseguente applicazione dell'art. 2112. La norma appare però

---

[1] Ci si riferisce alla modifica dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, nel testo introdotto dall'art. 30 della l. n. 122 del 2016, resasi necessaria per una procedura di pre-infrazione avviata dalla Commissione nei confronti dell'Italia.

[2] Sul tema v. A.M. PERRINO, *Tra demolizione del passato e incertezza del presente: quale futuro per la distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda?*, in Foro it., 2018, IV, c. 469; F. AMENDOLA, *Appalti e trasferimenti d'impresa*, in R. COSIO – G. VIDIRI (a cura di), *Il trasferimento d'impresa in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, cit., p. 63 ss.

[3] L'ultimo differimento è opera del d.l. n. 23 del 2020 e concerne tutte le disposizioni del codice, fatta eccezione per quelle contenute negli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, entrate in vigore il 16/03/2019.

[4] Per un primo commento a queste parti del codice v. A. CAIAFA, *Le vicende dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda dell'impresa in crisi*, cit., p. 14 ss.; A.M. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa insolvente*, cit., p. 194.

depotenziata dal fatto che l'accordo, "*da concludersi anche attraverso i contratti collettivi di cui all'articolo* 51 *del decreto legislativo* 15 *giugno* 2015*, n.* 81", può comunque introdurre limitazioni all'ambito applicativo della norma codicistica, quanto alle condizioni di lavoro. In dottrina, si è sottolineato come "*ancora una volta non è fissato un argine al dispiegarsi dell'esercizio dell'autonomia privata e, quindi, alle possibilità di deroga alle garanzie stabilite dall'art.* 2112 *c.c. almeno per quel che concerne le condizioni di lavoro*"[1].

Dovrebbe essere tuttavia ormai chiaro che, in caso di procedure non liquidatorie, le deroghe non possono mai concernere il mantenimento dell'occupazione e dunque la possibilità di licenziare.

Il nuovo comma 5 dell'art. 47 riguarda invece le procedure liquidatorie (liquidazione giudiziale, concordato preventivo liquidatorio, liquidazione coatta amministrativa). Se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, i rapporti di lavoro di regola continuano con il cessionario, ma i contratti collettivi appositamente stipulati possono derogare ai commi 1, 3 e 4, dell'art. 2112. Anche il licenziamento è dunque da considerare possibile, se funzionale alla salvaguardia parziale dell'occupazione.

In una posizione intermedia si colloca invece il nuovo comma 5-ter dell'art. 47 nell'ipotesi di amministrazione straordinaria liquidatoria. Qui è sostanzialmente riprodotto il vecchio testo del comma 5, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2112, salve le condizioni di miglior favore, e possibilità che il personale eccedentario resti alle dipendenze dell'alienante.

Se però il comma 5-ter viene messo a raffronto con il nuovo comma 5, in cui, come detto, la possibilità di deroga si estende anche al comma 4 dell'art. 2112, sembra doversene concludere che nell'amministrazione straordinaria liquidatoria non può esservi mai un licenziamento neanche parziale che trovi origine nella procedura liquidatoria.

[1] Così A.M. PERRINO, Il trasferimento dell'impresa insolvente, cit., p. 194.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

Anno 2020

VOLUME I

La giurisprudenza delle Sezioni Penali

Anno 2020

DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Acierno*

VICE-DIRETTORE: *Gastone Andreazza*

COORDINATORE: *Francesca Costantini*

hanno collaborato alla redazione

Autori: *Maria Cristina Amoroso, Paolo Bernazzani, Elena Carusillo, Francesca Costantini, Alessandro D'Andrea, Paolo Di Geronimo, Fulvio Filocamo, Bruno Giordano, Luigi Giordano, Mariaemanuela Guerra, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Stefania Riccio, Andrea Antonio Salemme, Gennaro Sessa, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni.*

INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE XXV

PARTE PRIMA
QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I
LA PENA

CAPITOLO I

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E CONDIZIONI APPLICATIVE
(ANDREA NOCERA)

1. Premessa. 1
2. L'ammissibilità della subordinazione della sospensione condizionale alle restituzioni in favore della vittima in assenza di costituzione di parte civile. 2
3. La possibilità di integrazione delle statuizioni in tema di sospensione condizionale subordinata all'adempimento di obblighi risarcitori o di ripristino. 7
4. La verifica della possibilità di adempimento dell'obbligo risarcitorio cui è condizionalmente sospesa la condanna. 10
5. Revoca di diritto della sospensione condizionale e decorrenza del termine di prescrizione della pena. 14
6. Sospensione condizionale e confisca per equivalente. 17
Indice delle sentenze citate 22

CAPITOLO II

LA RILEVABILITA' D'UFFICIO, NEI GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE, DELLA ILLEGALITA' DELLA PENA FAVOREVOLE ALL'IMPUTATO.
(PAOLA PROTO PISANI)

1. La notizia di decisione delle Sezioni Unite Acquistapace. 25
2. Il contrasto. 25
3. La giurisprudenza della Corte di cassazione sui rapporti tra principio devolutivo, divieto di reformatio in peius, e disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. 28
4. La giurisprudenza delle Sezioni Unite sui rapporti tra effetto parzialmente devolutivo dell'appello, giudicato, e questioni rilevabili d'ufficio. 31
5. La giurisprudenza di legittimità relativa alla nozione di illegalità della pena e al fondamento e ai limiti della sua rilevabilità d'ufficio oltre i limiti del devoluto. 33
5.1. La nozione di pena illegale "ab origine" sviluppata nella giurisprudenza della Corte, al fine di riconoscerne la rilevabilità d'ufficio, oltre i limiti del *devolutum*: la sola pena illegale "di sfavore". 35
5.2. La nozione di pena illegale elaborata dalla giurisprudenza della Corte ai fini della definizione dell'ambito della sindacabilità della sentenza ex art. 444 cod. proc. pen.: la pena illegale sia di favore che di sfavore, nei limiti del *devolutum*. 36
6. La giurisprudenza di legittimità sulla prevalenza del principio costituzionale di legalità della pena sul giudicato. 38
6.1. L'individuazione di un rimedio *in executivis* all'illegalità "sopravvenuta" della pena per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione relativa al trattamento sanzionatorio. 39
6.2. L'estensione del rimedio *in executivis* alla pena illegale *ab origine*, in senso sfavorevole all'imputato. 40
6.3. La giurisprudenza relativa alla rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena inflitta in malam partem, in caso di inammissibilità dell'impugnazione. 41

6.4. Le Sezioni unite "Jazouli" e "Sebbar": la precisazione e l'ampliamento della nozione di illegalità sopravvenuta della pena, e la sua rilevabilità d'ufficio anche nel caso di inammissibilità del ricorso. ..43
7. La sentenza delle Sezioni Unite. 45
Indice delle sentenze citate 46

SEZIONE II
CAUSE DI NON PUNIBILITA' E DI GIUSTIFICAZIONE

CAPITOLO I

L'APPLICABILITÀ DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITA' DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa 49
2. La natura della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen. 51
3.L'orientamento che esclude l'applicabilità della causa di non punibilita' al convivente *more uxorio*. 53
3.1 La non estensibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale. 54
4. L'orientamento favorevole ad un'interpretazione estensiva "in bonam partem" della norma. 56
Indice delle sentenze citate 62

CAPITOLO II

LA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE
(BRUNO GIORDANO)

1. L'ulteriore riforma della legittima difesa nel sistema normativo delle scriminanti. 65
2. La proporzione tra offesa e difesa. Giudizio relativistico e gerarchia dei valori costituzionali. 66
3. La presunzione di proporzionalità, la necessità della difesa e l'attualità del pericolo: un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. 68
4. Il pericolo attuale nell'art. 52, comma 4, cod. pen. 70
5. L'uso di un'arma e la proporzione che "sussiste sempre". I requisiti aggiuntivi della legittima difesa domiciliare. 71
6. I nuovi requisiti della legittima difesa domiciliare e la successione di leggi penali nel tempo. 73
7. La disciplina dell'eccesso colposo di legittima difesa domiciliare: l'esclusione dell'imputazione colposa. 74
8. Il grave turbamento e il duplice nesso causale. 76
9. Le conseguenze sul piano civile. 78
Indice delle sentenze citate 79

SEZIONE III
REATI DEL CODICE PENALE
DELITTI CONTRO LA PERSONALITA' DELLO STATO

CAPITOLO I

ASSOCIAZIONE CON FINALITA' DI TERRORISMO *EX* ART. 270-*BIS* COD.PEN.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Premessa. 81
2. Quadro giuridico internazionale ed europeo. 82
3. La condotta di partecipazione nell'associazione di terrorismo internazionale, cenni introduttivi. 86
3.1. L'inclusione progressiva nell'associazione. 88
3.2 La condotta posta in essere dai c.d. "lupi solitari". 91

3.3 La condotta di partecipazione rappresentata dalla scelta di combattere come *Foreign Terrorist Fighters*. 96
3.4 Il richiamo alla necessaria verifica degli elementi sintomatici della partecipazione all'associazione costituita a fine di terrorismo a matrice idologico - religiosa. 99
4. L'evoluzione più recente della giurisprudenza: mera adesione psicologica e condotta di partecipazione, il necessario discrimine rispetto alle organizzazioni terroristiche interne, il rapporto "smaterializzato" con l'organizzazione "madre". 103
4.1 La condotta di partecipazione, adesione ideologica supportata da seri propositi criminali, la natura di reato di pericolo presunto dell'art. 270-*bis* cod. pen. 113
5. L'arruolamento passivo: è sufficiente la dimostrazione dell'incondizionata disponibilità al compimento di atti terroristici? 118
6. Art. 270-*quinquies* cod. pen., gli elementi caratterizzanti le due figure di addestratore e informatore. 124
7. L'attività di apologia. 128
Indice delle sentenze citate 133

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

CORRUZIONE FUNZIONALE E CORRUZIONE PROPRIA
(STEFANIA RICCIO)

1. Premessa. 135
2. L'evoluzione normativa dell'istituto e le interpretazioni della giurisprudenza. 135
3. I rapporti tra le due figure di corruzione: l'indirizzo della giurisprudenza che si pone in continuità con il precedente. 137
4. L'anticipazione della tutela: il reato di pericolo. 139
5. Delitti di corruzione e discrezionalità amministrativa 141
Indice delle sentenze citate 144

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI TRAFFICO DI INFLUENZE
(GENNARO SESSA)

1. Premessa. 145
2. Le pronunzie relative alla continuità normativa tra l'abrogato delitto di millantato credito e il delitto di traffico di influenze illecite. 145
3. Le pronunzie relative agli elementi differenziali tra il delitto di traffico di influenze illecite e i delitti di corruzione. 148
Indice delle sentenze citate. 151

CAPITOLO III

CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO ED OMESSO VERSAMENTO DEL PRELIEVO UNICO ERARIALE.
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. 153
2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato. 154
2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili. 155
2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti. 158
3. L'orientamento contrario. 159
4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite. 161
Indice delle sentenze citate 162

DELITTI CONTRO L'ECONOMIA PUBBLICA, L'INDUSTRIA E IL COMMERCIO

CAPITOLO I

ILLECITA CONCORRENZA CON VIOLENZA O MINACCIA, LA PORTATA DELLA CONDOTTA.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 13178 del 28/11/2019, dep. 28/04/2020, Guadagni, Rv. 278735 - 01. 163
2. La vicenda processuale. 163
3. I motivi di ricorso. 164
4. L'ordinanza di rimessione. 165
5. La giurisprudenza di legittimità sul tema. 167
6. Accenni alla disciplina civilistica. 168
7. Casistica recente. 174
8. La decisione delle Sezioni Unite. 175
Indice delle sentenze citate 184

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO I

ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI CON VIOLENZA O MINACCIA ALLE PERSONE: NATURA, DISTINZIONE CON L'ESTORSIONE, CONCORSO DEL TERZO.
(ALESSANDRO D'ANDREA)

1. Premessa. 187
2. Le questioni controverse. 187
3. La natura di reato proprio non esclusivo dei delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. 188
4. Il criterio di distinzione tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione: i diversi orientamenti giurisprudenziali. 190
4.1. La soluzione delle Sezioni Unite. 192
5. La configurabilità del concorso del terzo nel reato ex art. 393 cod. pen. 194
Indice delle sentenze citate 196

CAPITOLO II

RICICLAGGIO E AUTORICICLAGGIO
(ELENA CARUSILLO)

1. Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio: l'evoluzione normativa. 199
2. Le condotte di riciclaggio: il trasferimento del bene in luogo in cui è difficile individuarne la provenienza delittuosa. 200
3. Autoriciclaggio e irrilevanza della condotta di mero trasferimento occasionale del bene. 203
4. Concorso tra autoriciclaggio e bancarotta. 204
5. Il prodotto, il profitto e il prezzo dei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio. 205
6. Impiego del profitto illecito derivante da violazione finanziaria e clausola di esonero. 208
7. Capacità dissimulatoria della condotta e sua valutazione *ex ante*. 211
Indice delle sentenze citate 214

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO ALLA LUCE DEL PROVVEDIMENTO DEL PRIMO PRESIDENTE AGGIUNTO IN DATA 17-23/07/2019

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Inquadramento: utilizzabilità del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto in data 17-23/07/2019 come schema di lettura. 215
2. Antefatto: rimessione degli atti al Primo Presidente su un ritenuto contrasto tra la tesi della necessaria mafiosità in atto e la tesi della sufficienza di una mera mafiosità in potenza. 216
3. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: sintesi 217
4. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: l'associazione di tipo mafioso in generale. 218
4.1. Esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà: prospettive comuni alle due sentenze del 2020 su mafia capitale e sul clan Fasciani. 219
4.2. Elementi motivazionali di differenziazione tra dette due sentenze. 221
4.3. Orientamento opposto all'esegesi "causalmente orientata": affermazioni di principio e temperamenti recenti. 224
5. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: delocalizzazioni 'ndranghetiste in particolare. 225
5.1. (Segue). «Nuov[i] aggregat[i]»: distinzione tra quelli adottanti la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» e quelli costituenti «mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa». Il problema delle associazioni reviviscenti 226
5.2. Associazioni reviviscenti: tesi della necessaria esibizione di una concreta forza di intimidazione. 227
5.3. Associazioni reviviscenti: tesi della sufficienza della dote di mafiosità. 228
5.4. Associazioni distaccate da altre maggiori 231
5.5. Questioni di competenza territoriale. 232
6. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture 'ndranghetiste attive in territori di storico radicamento 234
7. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture non 'ndranghetiste. 235
8. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso". 235
8.1. Sentenza su mafia capitale in ordine all'equiparazione tra mafie storiche e "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso". 236
8.2. L'opposta tesi della «progressiva attenuazione della rilevanza giuridica delle ricadute esterne della metodologia associativa» 237
9. Condivisione del contenuto del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto da parte di pronunce relative alla 'ndrangheta 240
9.1. Volti puliti della 'ndrangheta e cosche 'ndranghetiste di seconda generazione nei territori refrattari dell'Italia settentrionale. 241
9.2. Condivisione del contenuto del provvedimento del P.P.A. da parte di una pronuncia relativa ad una "nuova ed autonoma associazione di tipo mafioso". 243
10. Possibile ricaduta sistematica della tesi della necessaria mafiosità in atto: dalla specialità all'alterità dell'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. rispetto all'associazione di cui all'art. 416 cod. pen. 243
11. Continuazione tra partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso e reati-fine e tra plurimi segmenti di condotta partecipativa ad una medesima associazione 246
Indice delle sentenze citate 249

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE "GENCO" ED I LIMITI ALL'ESTENSIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU.
(Paolo Di Geronimo)

1. L'origine della questione: la sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada".....251
2. L'estensione del principio ai soggetti non ricorrenti in sede europea. 253
3. La soluzione accolta dalle Sezioni unite: la natura della sentenza "Contrada".....255
4. I limiti all'obbligo di conformazione ai principi affermati nelle sentenze CEDU. 256
5. Violazione dell'art.7 CEDU ed verifica degli orientamenti giurisprudenziali in sede convenzionale. 257
6. Il concorso esterno e la presunta "creazione giurisprudenziale" della fattispecie. 260
7. Evoluzione giurisprudenziale ed "overruling" *in malam partem*. 261
Indice delle sentenze citate 263

CAPITOLO III

LA NATURA DELL'AGGRAVANTE SPECIALE GIA' PREVISTA DALL'ART. 7, D.L. 13 MAGGIO 1991, N. 132.
(Paola Proto Pisani)

1. Premessa. 265
2. Il contrasto. 265
3. La sentenza delle Sezioni Unite Chioccini. 268
Indice delle sentenze citate 274

DELITTI CONTRO L'ONORE

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI DIFFAMAZIONE
(Alessandro D'Andrea)

1. Premessa. 275
2. L'esimente del diritto di cronaca. 275
3. Il diritto di critica. 281
4. Questioni ulteriori. 285
Indice delle sentenze citate 288

DELITTI CONTRO LA PERSONA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI PEDOPORNOGRAFIA DOMESTICA
(Maria Cristina Amoroso)

1. Premessa. 289
2. Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia domestica. 289
3. La cessione e divulgazione non autorizzata del materiale pedopornografico autoprodotto destinato ad uso "privato". 290
4. La pronuncia della Terza Sezione n. 5522 del 21 novembre 2019, dep. 2020. 292
Indice delle sentenze citate 295

CAPITOLO II

L'ABUSO DI AUTORITÀ DI CUI ALL'ART. *609-BIS*, COMMA PRIMO, COD. PEN.
(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Premessa. ... 297
2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. ... 297
3. Le Sezioni Unite n. 27326 del 16/07/2020, C., Rv. 27952001. ... 299
Indice delle sentenze citate ... 301

CAPITOLO III

L'ATTENUANTE DEL CONSEGUIMENTO DI UN LUCRO DI SPECIALE TENUITÀ E IL REATO DI CESSIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI
(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Premessa. ... 303
2. La Giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. ... 303
3. Le Sezioni Unite n. 24990 del 30 gennaio 2020, Dabo Kabiru. ... 305
Indice delle sentenze citate ... 309

SEZIONE IV
LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

CAPITOLO I

COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI E PRINCIPIO DI OFFENSIVITA'
(STEFANIA RICCIO)

1. L' ordinanza di rimessione (Sez. 3, n. 35346, 11/06/2019). ... 311
2. Le Sezioni Unite "Di Salvia": i termini della questione. ... 312
3. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione. ... 314
3.1 Il primo indirizzo: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo. ... 314
3.2 Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni. ... 315
3.3 L'ulteriore indirizzo: l'incremento della provvista di stupefacente e l'idoneità ad alimentare il mercato. ... 315
4. La soluzione delle Sezioni Unite "Caruso". ... 317
Indice delle sentenze citate ... 320

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE
(PAOLA PROTO PISANI)

1. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro ... 321
2. Il termine per far valere, nel giudizio di opposizione a decreto penale di condanna, la nullità derivante dall'omesso avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nell'esame alcolemico. ... 324
Indice delle sentenze citate ... 328

CAPITOLO III

IL PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA DI CASSAZIONE IN TEMA DI REATI FALLIMENTARI
(ANNA MAURO)

1. Premessa. ... 329

2. Amministratore formale e amministratore di fatto: gli elementi indicatori per individuare tale ultima figura. 330
3. Responsabilità per il reato di bancarotta in capo ai sindaci. 333
4. Bancarotta documentale. 334
5. Bancarotta "riparata". 337
6. Pagamenti preferenziali con scopo di salvataggio. 338
7. Profili processuali. 340
Indice delle sentenze citate 343

CAPITOLO IV

PERCORSI ERMENEUTICI DI LEGITTIMITA' IN MATERIA DI REATI TRIBUTARI
(PAOLO BERNAZZANI)

1. Premessa. 345
2. Rapporti fra norme. Le singole fattispecie. 345
2.1. Rapporti fra norme incriminatrici e successione di leggi extrapenali. 346
2.2. Le singole fattispecie contemplate dal d.lgs. n. 74 del 2000: art. 4. 347
2.3. Art. 5. 347
2.4. Art. 10-bis. 349
2.5. Art. 10-ter. 353
2.6. Art. 10-quater. 354
2.7. Art. 11. 357
2.8. Concorso di persone nei reati di cui agli artt. 2 ed 8. 358
2.9. Art. 5-septies d.l. n. 167 del 1990. 358
3. Cause di non punibilità e circostanze attenuanti. 360
3.1. Art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000. 360
3.2. Art. 131-bis cod. pen. 361
3.3. Circostanza attenuante ex art. 13-*bis*, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000. 362
4. Sequestro e confisca. 364
5. Questioni processuali. 367
Indice delle sentenze citate 375

CAPITOLO V

SEZ. U. N. 14722 DEL 30/01/2020, POLITO, RV. 279005, DROGHE LEGGERE E INGENTE QUANTITA'
(BRUNO GIORDANO)

1. Il contrasto. 377
2. L'evoluzione giurisprudenziale che conduce alla sentenza Biondi. 378
3. Giurisprudenza che ritiene il superamento dei principi della sentenza Biondi. 381
4. L'attualità dei principi dettati dalla sentenza Biondi. 382
5. I presupposti della Sentenza Polito. 383
6. Gli argomenti delle Sezioni Unite. 385
7. Il criterio aritmetico temperato e le droghe leggere. 388
8. La definizione della dose-soglia. 390
Indice delle sentenze citate 391

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' DEL PROFITTO

CAPITOLO I

LA CONFISCA LOTTIZZATORIA "SENZA CONDANNA"
(LUIGI GIORDANO)

1. La decisione delle Sezioni unite. 393
2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazioni nella giurisdizione di legittimità. . 394
3. La sentenza della Corte EDU "Varvara". 395
4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara". 396
5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale. 397
6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. . 398
7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione. 398
8. La giurisprudenza di legittimità successiva e la rimessione del tema alle Sezioni Unite. 400
9. La sentenza delle Sezioni unite. 400
10. Il fondamento del problema. 401
11. L'indirizzo che consentiva l'annullamento con rinvio per la declaratoria della prescrizione. 402
12. L'area operativa dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. 403
13. L'applicazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non presuppone una condanna di primo grado. 407
14. Il rilievo della natura della confisca. 411
15. I principi di diritto affermati. 412
16. La decisione della vicenda posta al vaglio delle Sezioni Unite. 412
17. La giurisprudenza di legittimità successiva. 414
Indice delle sentenze citate 416

CAPITOLO II

LA CONFISCA PER EQUIVALENTE: NATURA E COMPATIBILITÀ CON LA PRESCRIZIONE DEL REATO.
(PAOLO DI GERONIMO)

1. Premessa. 419
2. La confisca per equivalente in rapporto all'art.578-bis cod.proc.pen. 421
3. La natura della confisca per equivalente. 423
4. Confisca per equivalente e finalità riparatoria. 424
5. Estensione del principio alle altre ipotesi di confisca per equivalente. 426
6. Le confische in materia di reati tributari. 427
Indice delle sentenze citate 429

VOLUME II

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

APPLICAZIONE DI MISURA CAUTELARE IN ACCOGLIMENTO DELL'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO E INTERROGATORIO DI GARANZIA.
(FULVIO FILOCAMO)

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite....431
2. Il contrasto. 432
3. La giurisprudenza che esclude la necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. 433
4. La pronuncia sulla necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. 435
5. La soluzione accolta dalle Sezioni unite....436
Indice delle sentenze citate 442

CAPITOLO II

INFORMAZIONE E PROTEZIONE DELLA PERSONA OFFESA NELL'INCIDENTE CAUTELARE
(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa. 443
2. Gli oneri di notifica della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale a favore della persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona. 444
2.1. L'affermazione dell'orientamento che delimita la categoria delle vittime dei delitti commessi con violenza alla persona....446
2.2. L'esercizio del diritto all'informazione *de libertate* della persona offesa. 447
2.3 La notifica tramite PEC. 452
3. L'inammissibilità dell'istanza cautelare per violazione dell'art. 299 cod. proc. pen.....453
4. La valutazione di idoneità cautelare della misura nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona....453
Indice delle sentenze citate 455

CAPITOLO III

GIUDIZIO DI RINVIO IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI: INDIVIDUAZIONE DEL *DIES A QUO* PER LA DECISIONE.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 27104 del 16/07/2020, Calella, Rv. 279533-01.....457
2. La vicenda processuale. 457
3. I motivi di ricorso. 458
4. L'ordinanza di rimessione ed i precedenti di legittimità....459
4.1. L'orientamento minoritario. 460
4.2. L'orientamento maggioritario....461
5. La decisione delle Sezioni Unite. 470
6. Conclusioni. 474
Indice delle sentenze citate 477

CAPITOLO IV

IL CRITERIO DI COMPUTO DELLA RETRODATAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. 479
2. La tesi favorevole al computo per fasi omogenee. 480
3. La tesi favorevole al computo dell'intero periodo di custodia cautelare. 481
4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. 483
5. L'interpretazione della norma alla luce della giurisprudenza costituzionale. 484
6. Retrodatazione e procedimenti pendenti dinanzi a diverse autorità. 486
7. La rilevabilità d'ufficio della carenza dei presupposti per la retrodatazione. 488
Indice delle sentenze citate 490

CAPITOLO V

LE SEZIONI UNITE SUL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE DEL DETENUTO ALL'UDIENZA CAMERALE DI RIESAME
(ANNA MAURO)

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. 491
2. I punti essenziali del contrasto. 491
3. La decisione delle Sezioni Unite. 494
Indice delle sentenze citate 499

SEZIONE II
RICUSAZIONE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE "GERBINO", IN MATERIA DI RICUSAZIONE ED INCIDENZA SUGLI ATTI DEL PROCESSO.
(STEFANIA RICCIO)

1. Premessa 501
2. L'ordinanza di rimessione e i termini del contrasto 501
3. L'impostazione delle Sezione Unite "Tanzi". 504
4. La soluzione delle Sezioni Unite Gerbino. 505
Indice delle sentenze citate 509

SEZIONE III
PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

NOTIFICAZIONI ALL'IMPUTATO DETENUTO
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, questione controversa e principi di diritto enunciati da Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020. 511
2. Orientamento maggioritario in generale. 512
2.1. Elezione di domicilio effettuata dall'imputato detenuto. 512
2.2. Notificazione all'imputato detenuto eseguita nel domicilio eletto prima della detenzione. 513
3. Orientamento minoritario. 514
4. Orientamento tradizionale-intermedio. 515
5. Decisione delle Sezioni Unite: necessità che la notificazione all'imputato detenuto sia svolta mediante consegna personale al destinatario nel luogo in cui egli è ristretto. 516

5.1. Passaggi essenziali della motivazione della sentenza. 516
5.2. Nullità a regime intermedio della notificazione all'imputato detenuto effettuata nel domicilio dichiarato o eletto. 518
6. Ulteriore principio enunciato dalle Sezioni Unite in relazione alle conseguenze dello smarrimento di fonoregistrazioni riproducenti dichiarazioni testimoniali. 520
Indice delle sentenze citate 521

CAPITOLO II

IL PROCESSO IN ASSENZA: LE SEZIONI UNITE E IL DIRITTO ALLA CONOSCENZA DEL PROCESSO DA PARTE DELL'ACCUSATO
(ANNA MAURO)

1. La questione controversa. 523
2. Il fatto. 523
3. Le ragioni del contrasto. 524
4. La decisione delle Sezioni Unite. 526
Indice delle sentenze citate 530

SEZIONE IV
PROVE

CAPITOLO I

QUESTIONI RELATIVE ALL'USO DEL CAPTATORE INFORMATICO NELLE INDAGINI
(LUIGI GIORDANO)

1. La disciplina delle intercettazioni per mezzo del captatore informatico. 531
2. La disciplina transitoria della riforma. 533
3. L'utilizzo del captatore informatico nelle indagini in attesa delle nuove norme. 535
4. L'uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione. 537
5. Il captatore informatico come mero mezzo tecnico per eseguire intercettazioni tra presenti. 538
6. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata. 539
7. L'intercettazione di immagini. 539
8. Le questioni "tecniche" conseguenziali all'uso del *trojan*. 540
9. La mancata indicazione nel verbale del nominativo dell'ausiliario di polizia giudiziaria che ha inoculato il virus. 541
10. La pretesa natura "fraudolenta" del mezzo adoperato. 542
11. L'uso dell'energia elettrica altrui. 544
12. L'area operativa delle questioni di inutilizzabilità. 544
13. Il rischio di captare dialoghi con il difensore. 544
14. L'intercettazione tramite *trojan* di conversazioni intervenute all'estero. 545
Indice delle sentenze citate 548

SEZIONE V
PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. 551
2. La vicenda processuale. 551

3. I motivi di ricorso. 552
4. L'ordinanza di rimessione. 552
5. La giurisprudenza di legittimità. 555
6. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. 561
7. La decisione delle Sezioni Unite. 565
Indice delle sentenze citate 570

SEZIONE VI
IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

DICHIARAZIONE DI INCOMPETENZA TERRITORIALE DEL GIP, ANNULLAMENTO DELL'ORDINANZA APPLICATIVA DELLA MISURA CAUTELARE E INTERESSE AD IMPUGNARE DEL PUBBLICO MINISTERO

(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. 571
2. L'orientamento contrario all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. 575
3. L'orientamento favorevole all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. 577
4. La decisione delle Sezioni Unite. 579
Indice delle sentenze citate 585

CAPITOLO II

IL RICORSO CAUTELARE PER CASSAZIONE: TOPOGRAFIA E TEMPISTICA.

(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. 587
2. Le ragioni della questione controversa. 588
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa: il profilo topografico. 590
4. La sentenza delle Sezioni Unite "D'Alfonso": una traccia per la soluzione della questione. 594
5. Il profilo temporale: la tempestività della presentazione dell'atto impugnatorio. 599
6. La decisione. 602
Indice delle sentenze citate 604

CAPITOLO III

LE SEZIONI UNITE "SAVIN" E "MELZANI" ED I LIMITI ALLA DEDUCIBILITÀ IN SEDE DI LEGITTIMITÀ DEL VIZIO DI MOTIVAZIONE RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA O DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE.

(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 607
2. Le questioni controverse. 608
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Savin: la legittimità del patteggiamento complesso e le sue ricadute sul regime di impugnazione. 611
3.1 Il carattere vincolante dell'accordo sulle misure di sicurezza e la motivazione della sentenza di patteggiamento. 613
4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Melzani. 614
4.1 La deducibilità dell'omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie. 615
5. La diversa soluzione adottata dalle sezioni Unite Savin in tema di omessa applicazione delle misure di sicurezza. 617
6. Le tutele alternative al ricorso per cassazione negli arresti delle sezioni semplici. 618

7. Le questioni ancora aperte in tema di impugnazione del "patteggiamento in appello". 619
Indice delle sentenze citate 623

SEZIONE VII
ESECUZIONE

CAPITOLO I

RIMEDI RISARCITORI PER TRATTAMENTO CARCERARIO CONTRARIO ALL'ART. 3 CEDU: COME CALCOLARE LO SPAZIO DETENTIVO MINIMO
(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa 625
2. La peculiare formulazione del precetto contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. 627
3. Lo spazio minimo detentivo secondo il diritto positivo. 631
4. I principi espressi dalla Corte EDU. 633
5. Le ragioni del contrasto. 640
6. Analisi degli orientamenti in campo. 641
6.1. Il calcolo dello spazio al netto degli arredi. 641
6.2. L'area occupata dal letto. 644
6.3. Il calcolo al lordo degli arredi. 647
7. Gli arresti della Corte di giustizia dell'unione europea 650
8. Autonomia del giudice e portata vincolante della giurisprudenza della Corte EDU. 652
9. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite. 656
Indice delle sentenze citate 657

CAPITOLO II

I DIRITTI DEL DETENUTO IN REGIME DETENTIVO DIFFERENZIATO
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. La natura giuridica del regime detentivo differenziato. 663
2. Il regime detentivo differenziato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu. 666
3. Recenti questioni in tema di applicazione e proroga del regime detentivo differenziato. 668
4. Il diritto ai colloqui con i familiari e conviventi. 669
5. Le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza. 672
6. Il diritto alla salute 674
6.1 (segue) Recenti problematiche insorte a seguito della pandemia da COVID 19. 677
7. La permanenza all'aperto e la socialità. 678
8. I permessi premio. 680
9. La questione di legittimità costituzionale concernente l'applicazione del regime detentivo differenziato agli internati. 681
Indice delle sentenze citate 683

CAPITOLO III

L'ESEGUIBILITA' DEL GIUDICATO PARZIALE
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 685
2. L'eseguibilità del giudicato progressivo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. 686
3. Le ricadute processuali del giudicato progressivo: a) sulle misure cautelari in corso. 690
3.1 b) in tema di reato continuato. 691
3.2 c) in tema di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. 692
3.3 d) in tema di remissione della querela. 693
3.4 e) in tema di revisione 693

4. Il contrasto giurisprudenziale sulla eseguibilità del giudicato parziale interno al capo: la tesi della predeterminazione nella sentenza della "pena minima" 694
5. La tesi della "pena minima determinabile". 696
6. Il giudice competente ad individuare la pena minima da eseguire. 697
Indice delle sentenze citate 699

CAPITOLO IV

LA DEDUCIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLE NULLITÀ INSANABILI DERIVANTI DALL'OMESSA CITAZIONE IN GIUDIZIO

(ANDREA NOCERA)

1. La questione controversa. 701
2. La giurisprudenza di legittimità. 704
2.1. L'orientamento tradizionale che esclude la deducibilità delle nullità "in executivis". 704
2.2 L'orientamento che ritiene ammissibile l'incidente di esecuzione. 706
2.3 La possibilità di conversione dell'incidente di esecuzione nel rimedio rescissorio. 708
3. Considerazioni di sintesi. 710
Indice delle sentenze citate 714

CAPITOLO V

RIDETERMINAZIONE DELLA PENA "IN EXECUTIVIS"

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1.1. "Abolitio criminis" e fenomeno della successione di leggi penali nel tempo. 715
1.2. Sorti della continuazione che avvinca il reato oggetto di abolizione quale reato più grave: poteri e limiti del giudice dell'esecuzione. 717
1.3. Sentenze dell'ultimo anno in cui è stata esclusa la ricorrenza di ipotesi di "abolitio criminis". 719
2. "Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena. 720
3. Introduzione di una nuova scriminante o ampliamento della sfera di operatività di una scriminante già esistente. 721
4.1. Conseguenze "in executivis" delle declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: introduzione. 722
4.2. Il percorso della giurisprudenza di legittimità sull'idoneità ad incidere sul giudicato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio. 722
4.3.1. L'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e l'enucleazione del problema dei limiti temporali oltre i quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio è insuscettiva di produrre effetti. 724
4.3.2. Limite nel presente: i giudizi pendenti. 725
4.3.3. Limite nel passato (o "a ritroso"): i rapporti esauriti. 726
4.3.4. Problematica determinazione, nella materia penale, del "discrimen" tra rapporti ancora pendenti e rapporti esauriti alla luce dell'idoneità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio ad oltrepassare il segno del mero giudicato. 727
4.4.2. Regola e parziale eccezione. 730
4.4.3.1. Regola e due temperamenti, quanto a circostanze e riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. 731
4.4.3.2. Giurisprudenza essenziale con riferimento alle circostanze. 731
4.4.3.3. Giurisprudenza essenziale con riferimento alla riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. 732
4.5. Concordato sui motivi d'appello. 733
4.6. Reato continuato. 733
5. Rideterminazione "in executivis" delle pene accessorie. 734
6.1. Riconoscimento della continuazione ex art. 671 cod. proc. pen.: inquadramento. 735

6.2.1. Dovere di motivazione del giudice dell'esecuzione sugli aumenti di pena: contrasto tra la tesi che ne ritiene sempre la configurabilità …. 736
6.2.2. … e la tesi che invece ne ridimensiona la portata ai soli casi di aumenti prossimi alla pena irrogata, per il singolo reato satellite, dal giudice della cognizione. 738
6.3.1. Parallelo con il giudizio di cognizione: introduzione. 739
6.3.2. I tre orientamenti che si contendono il campo nel giudizio di cognizione. 739
6.3.3. Riflessioni conclusive, in rapporto all'applicazione della disciplina del reato continuato, sui poteri-doveri del giudice dell'esecuzione e di quello della cognizione. 740
Indice delle sentenze citate 742

SEZIONE VIII
INGIUSTA DETENZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI RIPARAZIONE PER L'INGIUSTA DETENZIONE
(FRANCESCA COSTANTINI)

1. Premessa. 745
2. La condizione ostativa del dolo e della colpa grave. 745
3. La verifica della assenza di cause di estinzione del reato. 749
4. Pluralità di contestazioni e diritto alla riparazione. 749
5. Morte del ricorrente e presentazione della domanda. 751
6. Quantificazione dell'indennizzo. 753
7. Ingiusta detenzione e riparazione dell'errore giudiziario. 755
Indice delle sentenze citate 757

SEZIONE IX
RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO I

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON LE AUTORITA' STRANIERE
(STEFANIA RICCIO E ANDREA VENEGONI)

1. Estradizione. 759
2. Il riconoscimento delle decisioni straniere. 764
3. L'ordine di indagine europeo. 766
4. Il mandato di arresto europeo. 769
4. 1. Gravi indizi. 769
4. 2. Aspetti procedurali. 770
4. 3. Motivi di rifiuto. 774
4. 4. Principio di specialità. 779
4.5. Consegna successiva. 780
4.6. Brexit. 780
Indice delle sentenze citate: 781

PARTE QUARTA

SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I
INDENNITA' DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?
(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa. 783
2. La questione controversa. 783
3. L'ordinanza di rimessione. 784
4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo. 784
5. La giurisprudenza di legittimità sulla locuzione "magistrato che procede". 785
6. Il decreto di archiviazione e la sua natura. 788
7. La pronunzia delle Sezioni Unite. 790
Indice delle sentenze citate 793

SEZIONE II
PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN ORDINE ALLA LIQUIDAZIONE DELLE SPESE DELLA PARTE CIVILE AMMESSA AL GRATUITO PATROCINIO
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione e decisione delle Sezioni Unite. 795
2. Orientamento maggioritario. 796
3.1. Orientamento minoritario. 798
3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale. 798
4. Orientamento intermedio. 799
5. Cenni ai passaggi fondamentali della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite. 799
6. Giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite. 801
Indice delle sentenze citate 802

CAPITOLO II

LA RILEVANZA DELLA FALSITA' O INCOMPLETEZZA DELLE INDICAZIONI CONTENUTE NELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL BENEFICIO DEL PATROCINIO DEI NON ABBIENTI IN CASO DI MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO.
(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa. 803
2. La questione controversa. 803
3. L'ordinanza di rimessione. 804
4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni. 805
5. Il controllo dello *status* di "non abbiente" da parte del giudice: limiti. 806
6. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002: il contrasto sviluppatosi in merito alla norma e la soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Infanti". 808
7. Altre ipotesi di revoca: l'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. 812

8. La natura del provvedimento di revoca. 814
9. La pronunzia delle Sezioni Unite. 815
Indice delle sentenze citate 817

PARTE QUINTA

LEGISLAZIONE EMERGENZIALE

SEZIONE I
DISCIPLINA IN TEMA DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA EMERGENZIALE INTRODOTTA PER FRONTEGGIARE LA PANDEMIA DA COVID-19.

(PAOLO DI GERONIMO)

1. Premessa. 819
2. La disciplina in tema di sospensione della prescrizione. 820
3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo alla sospensione della prescrizione. 822
4. Le prime pronunce della Cassazione. 826
4.1. L'orientamento maggioritario e la valorizzazione dell'art.159 cod. pen. 829
5. La sentenza della Corte costituzionale. 832
6. La sospensione della prescrizione nel giudizio in Cassazione. 835
6.1. Le ragioni della rimessione della questione alle Sezioni Unite. 835
6.2. La tesi restrittiva. 837
7. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. 838
8. Le modalità di computo della sospensione della prescrizione ex art.83, comma 4 e 9. 840
Indice delle sentenze citate 843

PRESENTAZIONE

Anche per l'anno 2020, da poco concluso, torna, nel segno di una ormai quasi ventennale tradizione (che ha avuto inizio infatti nell'anno 2004), la rassegna della giurisprudenza di legittimità penale predisposta dell'Ufficio del Massimario.

E', la rassegna, un corollario ormai indispensabile dell'attività principale dell'Ufficio, rappresentata, come noto, dalla massimazione delle sentenze della Corte; se infatti la massimazione è opera capace, già solo per la necessità della trasposizione ragionata del principio enunciato dalla sentenza in un documento autosufficiente nella forma e, allo stesso tempo, inserito nel tracciato degli orientamenti della Corte, di disvelare le "sorgenti", anche sotterranee, da cui fluisce la giurisprudenza di legittimità, la rassegna si pone come indispensabile arricchimento, finalizzato a selezionare, nel panorama delle pronunce annualmente rese, che per il loro elevatissimo numero, rischiano di suonare come contraddizione alla funzione nomofilattica della Corte, i "temi" di pulsante attualità, o perché investiti da letture di segno diverso, o perché frutto di norme di nuovo conio.

Nell'anno 2020, poi, accanto alla finalità di lettura coordinata della giurisprudenza delle sezioni penali, che da sempre la rassegna vuole perseguire, si è affiancata la non secondaria necessità, inespressa, ma, cionondimeno, emergente con chiara nettezza, di dare testimonianza tangibile di un lavoro (quello della Corte intera) che, pur di entità inferiore rispetto agli anni precedenti a causa della pandemia da Covid-19 ancora oggi incombente, si è mantenuto, ciononostante, inalterato nella capacità di contenere il costante "assedio" cui la Corte è ormai da tempo sottoposta e, così, di rispondere ancora una volta, in tempi più che adeguati, alle innumerevoli istanze di decisione.

La pandemia ha del resto posto la Corte di cassazione, in particolare penale, innanzitutto dinanzi alla necessità di districarsi tra inediti modelli processuali elaborati dal legislatore per assicurare la prosecuzione dell'attività con modalità compatibili con le esigenze sanitarie e di sicurezza imposte dal virus, così imponendo ai magistrati e al personale uno sforzo organizzativo non indifferente, capace di coniugare le molteplici istanze sottese; ed anche su tale versante, allora, l'Ufficio del massimario ha offerto, con le numerose relazioni svolte via via che i vari decreti legge delineavano progressivamente il modello emergenziale di trattazione di ricorsi, il proprio contributo, in tempi spesso assai rapidi, di analisi delle nuove norme e di raccordo, non sempre semplice, tra norme "ordinarie" e norme eccezionali.

E sotto tale profilo, anche la presente rassegna, tra i cui contributi figura proprio una specifica analisi dedicata ai riflessi della disciplina emergenziale in particolare sul piano della prescrizione reca quindi il segno dell'evento epocale purtroppo ancora in corso.

Non può sfuggire, d'altro canto, che, se, nonostante la pandemia, anche il 2020 ha continuato a caratterizzarsi per un panorama, ormai consueto, di ricorsi, contraddistinto da numeri non conosciuti nelle altre realtà europee (se nel 2019 risultano depositate 52.148 sentenze penali, mentre, per il 2020, e pur a fronte della grave emergenza ricordata, si è giunti, sino ad oggi, a

circa 38.000), è allora davvero essenziale, come già si diceva a prefazione della rassegna dell'anno 2019, che il Massimario continui a restare, prima di tutto, attraverso la "condensazione", nelle massime, dei principi estratti dalle singole pronunce, strumento della Corte di lettura ragionata delle proprie decisioni e, in definitiva, di garanzia, anche per il futuro, di ininterrotto esercizio della funzione di uniforme interpretazione della legge.

Per tali ragioni, resta dunque essenziale il compito di massimazione, attività insostituibile ai fini delle attribuzioni proprie del giudice di legittimità: la Corte ha bisogno di elaborare, oggi più che mai, per la funzione di uniformità che per legge incarna, decisioni non solo tempestive, ma anche "leggibili", e mirate non ad "affaticare" un quadro normativo già di per sé oscuro e a volte indecifrabile, ma a tracciare, con nettezza, le linee interpretative che sono richieste dalla società per regolare i rapporti umani.

Il che, peraltro, non può significare, a tali fini, un incremento del numero, già elevato, delle massime; al contrario, solo il contenimento dello stesso in limiti fisiologici appare funzionale a garantire un efficace e davvero autorevole esercizio della funzione nomofilattica e, allo stesso tempo, ad assicurare un alto livello qualitativo della massima, sia con riguardo agli aspetti linguistici e di contenuto, sia con riguardo all'imprescindibile "tracciato" segnato dai precedenti.

Lo scenario così delineato pone dunque ancora una volta l'Ufficio del Massimario dinanzi a nuove sfide, consapevole del proprio, non surrogabile ruolo, al servizio della Corte, di "carburante" per il motore di una moderna nomofilachia.

Anche per la giurisprudenza intervenuta nel 2020, pertanto, la rassegna, secondo un collaudato schema, ha posto l'attenzione, per un verso, sulle pronunce delle Sezioni Unite intervenute a risolvere contrasti o a prevenirne la possibile insorgenza e, per l'altro, su temi affrontati dalle sezioni semplici oggetto di letture non sempre convergenti o meritevoli di segnalazione perché relative ad istituti di recente impronta normativa.

Tale doppio tracciato compone dunque lo schema della Rassegna penale, che, strutturata come sempre in due volumi, è stata suddivisa in cinque parti, corrispondenti, rispettivamente, la prima, al versante del diritto sostanziale, la seconda, alle questioni in tema di profitto degli illeciti, la terza, al diritto processuale, e, le restanti due, alle spese di giustizia e, appunto, alla legislazione dell'emergenza pandemica.

Solo a mo' di sintesi, e rimandandosi naturalmente alla lettura dei contenuti, va ricordato come una particolare attenzione sia stata dedicata, nella prima parte, sia a questioni, maturate all'esito di un fecondo dibattito interno, di particolare attualità, poi approdate all'esame delle Sezioni Unite (come quella, attraversata da delicati profili interpretativi intrecciati con principi costituzionali, sull'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen., al convivente more uxorio), sia a decisioni delle Sezioni Unite che hanno richiesto un attento lavoro di enucleazione di concetti coordinati con profili dettati in sede sovranazionale (come le decisioni in tema di illecita concorrenza con violenza o minaccia di cui all'art. 513-bis cod. pen. e in tema di confisca urbanistica, quest'ultima ancor più rilevante per l'esigenza di ponderato esame delle ricadute di "sistema"), sia, infine, su temi di perdurante attualità (come

l'evoluzione della giurisprudenza sull'associazione di tipo mafioso e la analisi dei percorsi ermeneutici in tema di diritto penale tributario).

Tra i temi di diritto processuale, collocati nella seconda parte, sono state in particolare approfondite, solo per citarne alcune, le decisioni delle Sezioni Unite intervenute sul criterio di computo della retrodatazione delle misure cautelari personali, di evidente rilievo per gli effetti sul piano della libertà personale, le questioni, di non facile decifrazione anche a causa di una normativa le cui modifiche si sono stratificate in un breve arco di tempo, sull'uso del cosiddetto captatore informatico, e, infine, le pronunce sugli effetti delle modifiche del tessuto processuale ad opera della riforma "Orlando" del 2017 come quella, di perdurante attualità per la "tensione", anche costituzionale, che da sempre inevitabilmente contraddistingue l'istituto del "patteggiamento", dei limiti di ricorribilità, dinanzi alla Corte, della sentenza di applicazione di una pena richiesta dalle stesse parti, oggetto delle sentenze "Savin" e "Melzani".

Il merito di avere realizzato la Rassegna, coordinata da Francesca Costantini, va naturalmente attribuito ai colleghi Maria Cristina Amoroso, Paolo Bernazzani, Elena Carusillo, Francesca Costantini, Alessandro D'Andrea, Paolo Di Geronimo, Fulvio Filocamo, Bruno Giordano, Luigi Giordano, Mariaemanuela Guerra, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Andrea Antonio Salemme, Gennaro Sessa, Stefania Riccio, Debora Tripiccione e Andrea Venegoni.

La rifinitura dell'editing é merito invece, come sempre, del personale addetto alla Cancelleria e alla Segreteria dell'Ufficio.

Un affettuoso saluto e un ringraziamento, davvero non di rito, per l'appassionato, attento, e sempre illuminato, lavoro svolto come Direttore dell'Ufficio del Massimario, devono essere infine dedicati al Presidente Maria Rosaria San Giorgio, che ha lasciato, sul finire dell'anno, tali funzioni, per approdare ai prestigiosi lidi della Corte costituzionale.

Roma, 19 febbraio 2021

GASTONE ANDREAZZA

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

LA PENA

CAPITOLO I

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E CONDIZIONI APPLICATIVE

(ANDREA NOCERA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ammissibilità della subordinazione della sospensione condizionale alle restituzioni in favore della vittima in assenza di costituzione di parte civile. - 3. La possibilità di integrazione delle statuizioni in tema di obblighi risarcitori o di ripristino. - 4. La verifica della possibilità di adempimento dell'obbligo risarcitorio. - 5. Revoca di diritto della sospensione condizionale e decorrenza del termine di prescrizione della pena. - 6. Sospensione condizionale e confisca per equivalente.

1. Premessa.

La sospensione condizionale della pena ha ormai assunto una proiezione finalistica di carattere sanzionatorio, quale concreta alternativa alle pene principali nel complessivo sistema sanzionatorio.

La condanna a pena sospesa, ai sensi dell'art. 165 cod. pen., infatti, consente la imposizione di obblighi e adempimenti che arricchiscono la funzione retributiva della sanzione, connotandola di uno specifico profilo risarcitorio e ripristinatorio delle posizioni soggettive lese dall'illecito, che finisce per sostituirsi alla pena. L'imposizione di obblighi e prescrizioni, spesso onerosi e particolarmente punitivi, orientati verso la realizzazione coatta degli obblighi risarcitori verso le persone offese risponde alla medesima funzione di prevenzione generale e speciale (*sub specie* di individualizzazione) della pena principale, atteso che all'adempimento degli incombenti imposti con la condanna a pena sospesa consegue l'estinzione del reato, mentre l'inottemperanza agli stessi dà luogo alla revoca della sospensione, così confermando, in funzione ripristinatoria, la pena che si era originariamente ritenuta non applicabile.

Quanto al contenuto delle prescrizioni, la norma prevede un ampio ventaglio di soluzioni, di contenuto restitutorio, di ripristino, anche per equivalente, del

danno, di misure volte a neutralizzare le conseguenze del reato, oltre ad accentuare la rilevanza delle ragioni della vittima, sia essa un individuo o una collettività, in una prospettiva di ricomposizione del rapporto conflittuale che ha dato luogo all'azione illecita.

La formula polimorfa dell'art. 165 cod. pen., suscettibile di ulteriore espansione, consente al giudice di comporre, secondo un modello di tipo correzionale, gli adempimenti condizionali che possono essere imposti dal giudice del merito - e, in taluni casi, dal giudice dell'esecuzione - anche in modo alternativo o cumulativo in relazione ai casi di prima concessione o meno, secondo tempi e modi definiti in sentenza.

2. L'ammissibilità della subordinazione della sospensione condizionale alle restituzioni in favore della vittima in assenza di costituzione di parte civile.

Nel dibattito giurisprudenziale si è riproposto il contrasto interpretativo in ordine alla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena ad un adempimento di carattere risarcitorio dei danni prodotti dall'agire penalmente illecito in favore della vittima del reato che non si sia costituita parte civile e, dunque, abbia fatto valere le proprie pretese in sede penale.

In particolare, **Sez. 2, n. 23917 del 15/07/2020, Mansi, Rv. 279550 - 01**, ha affermato il principio così massimato: «in tema di sospensione condizionale della pena, il giudice, in difetto della costituzione di parte civile, non può subordinare il beneficio all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato, perché queste, come il risarcimento, riguardano solo il danno civile e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze di tipo pubblicistico che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale e che assumono rilievo, a norma dell'art. 165 cod. pen., solo se i loro effetti non sono ancora cessati». Nel caso di specie la Corte, con riferimento ad una condanna per truffa aggravata in danno di ente previdenziale, ha annullato la sentenza impugnata nella parte cui aveva subordinato la concessione del beneficio alla restituzione dell'importo erogato indebitamente a titolo di indennità di disoccupazione.

L'arresto ha inteso dare continuità all'orientamento giurisprudenziale espresso pochi mesi prima dalla medesima Sezione (Sez. 2, n. 45854 del 13/09/2019, Cappello Rv. 277632-01) con riferimento ad analoga fattispecie di truffa aggravata in danno dell'INPS e, ancor prima, da Sez. 2, n. 3858 del 18/12/2013 (dep. 2014), Olivieri, Rv. 258045-01.

Tale opzione interpretativa individua la costituzione di parte civile come presupposto necessario per la concessione della sospensione condizionale della pena subordinata all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno e delle restituzioni, di cui all'art. 165, comma primo, prima parte, cod. pen.; ciò a differenza della nulla incidenza che, di contro, la costituzione in giudizio della parte civile assume per la concessione del beneficio subordinato all'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato, ai sensi della seconda parte del primo comma dell'art. 165 cod. pen. La *ratio* normativa risiede nella differenza degli effetti determinati dalla perpetrazione del reato, distinguendosi il cd. danno criminale, di natura pubblicistica, consistente in «quelle conseguenze che ineriscono alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata», dal danno civilistico, che «la persona offesa subisce in quanto vittima del reato», di natura «esclusivamente privatistica e che può essere fatto valere dalla persona offesa anche in sede penale» (cfr. sul tema, la citata Sez. 2, "Olivieri").

La conclusione affonda le proprie radici nell'*excursus* legislativo che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 165, comma primo, cod. pen. Inizialmente il testo della norma prevedeva che «la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno». Con la legge n. 689 del 1981, è stata aggiunta la possibilità di subordinare il beneficio, «salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna». Infine, con legge n. 145 del 2004, è stata ampliata la possibilità di subordinare il beneficio all'adempimento di obblighi di natura sociale («se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa»). L'ampliamento del ventaglio applicativo della norma - inizialmente dettata nell'esclusivo interesse della parte civile di vedere subordinato il beneficio della sospensione condizionale della pena, concesso al condannato, all'adempimento delle obbligazioni civilistiche - in virtù delle ulteriori declinazioni apportate dal legislatore in termini di subordinazione del beneficio sia alla eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato, sia alla prestazione di attività non retribuite a favore della collettività, si propone come risposta alla necessità di riparare non più soltanto il danno civile, cioè il pregiudizio economicamente apprezzabile e risarcibile arrecato alla persona offesa, ma anche il danno

criminale, cioè il pregiudizio causato al bene giuridico protetto dalla norma penale violata.

Resta netta, secondo la tesi in esame, la distinzione tra le due ipotesi di subordinazione del beneficio previste dall'art, 165, comma primo, l'una ricollegata alla riparazione del danno civile e l'altra alla riparazione del danno criminale, tale da rende impraticabile qualsiasi possibilità di includere l'obbligo restitutorio (civilistico) alla più generale locuzione «eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» di cui all'art. 165, comma primo, seconda parte, cod. pen. Di qui, la soluzione che consente la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo risarcitorio o restitutorio in favore della parte offesa solo nel caso in cui quest'ultima abbia esercitato l'azione civile nel processo penale. In assenza di una istanza della parte interessata deve ritenersi, infatti, preclusa al giudice del merito la possibilità di prevedere adempimenti a carico del condannato, che dovranno essere limitati alla eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato, ossia al danno criminale.

Una diversa interpretazione che privilegi la piena trasponibilità dei due differenti obblighi, oltre a contrastare sul piano esegetico le innovazioni «aggiuntive e non modificative» dell'art. 165 cod. pen. apportate nel tempo dal legislatore, dà luogo ad «una inutile duplicazione della norma», in evidente contrasto «con il canone interpretativo del c.d. principio economico o regola della non ridondanza, che inibisce all'interprete di attribuire a due disposizioni appartenenti al medesimo ambito normativo significati identici» (cfr. Sez. 2, Olivieri).

In linea di continuità con l'orientamento in esame si pone Sez. 2, n. 12895 del 5/03/2015, Pulpo, Rv. 262932-01, che ha ribadito pedissequamente il principio espresso da Sez. 2, "Olivieri", in applicazione del quale la Corte, con riferimento ad una condanna per appropriazione indebita di denaro, ha annullato la sentenza impugnata nella parte cui aveva subordinato la concessione del beneficio alla restituzione della somma di denaro indebitamente riscossa.

L'illustrata Sez. 2, "Mansi", ha inteso porsi in consapevole contrasto con un orientamento, parzialmente difforme, maturato in seno alla medesima Sezione (da ultimo, Sez. 2, n. 42583 del 24/09/2019, De Vivo, Rv. 277631-01) anch'esso caratterizzato da continuità nel tempo.

Con tale orientamento, in una fattispecie in tema di truffa aggravata - del tutto sovrapponibile a quello oggetto di Sez. 2, "Mansi" - la medesima Seconda Sezione ha ritenuto legittima la subordinazione del beneficio alla restituzione in favore dell'INPS delle somme indebitamente riscosse dall'imputato, pur in assenza di costituzione di parte civile dell'ente previdenziale, trattandosi di somme

corrispondenti all'illecito profitto del reato e, quindi, all'evento penalmente rilevante, tale da determinare il c.d. danno penale, non necessariamente coincidente con l'ulteriore pregiudizio civilistico cagionato all'ente stesso, del quale non avrebbe potuto essere disposto il risarcimento in assenza di domanda di parte. In motivazione la Corte ha evidenziato che, dal testo normativo dell'art. 165, comma primo, cod. pen., «risulta evidente che le due ipotesi previste dalla norma - l'adempimento dell'obbligo delle restituzioni e quella del pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno - sono state intese dal legislatore in termini di separazione, dovendosi, quindi, distinguere le stesse» e che «il vincolo costituito dalla necessità della esistenza di una preventiva domanda giudiziale, spiegata nel giudizio penale tramite la costituzione di parte civile del danneggiato, riguardi solamente l'ipotesi in cui la subordinazione della sospensione condizionale della pena concerna espressamente, in tutto od in parte, il preventivo adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno e non anche quello delle restituzioni».

La Corte distingue l'obbligo delle restituzioni da quello risarcitorio del danno, termini che non rappresentano una endiadi. La subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni prescinde da una espressa domanda giudiziale, rappresentando lo strumento idoneo non soltanto a rendere percepibile la rimozione degli effetti dannosi attraverso una condotta riparatoria, ma anche a consentire di intravedere nel condannato quella resipiscenza necessaria ai fini della concessione del beneficio di legge in questione.

Tale diverso orientamento era stato espresso in precedenza da Sez. 3, n. 1324 del 24/06/2014 (dep. 2015), Volturno, Rv. 261778, secondo cui, in relazione ad una fattispecie di condanna per omesso versamento di contributi previdenziali, «la concessione della sospensione condizionale della pena può legittimamente essere subordinata alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato mediante l'adempimento dell'obbligo di restituzione, anche qualora manchi una richiesta in tal senso per la mancata costituzione di parte civile della persona offesa», essendo irrilevante a tal fine la mancata costituzione di parte civile dell'ente previdenziale.

Sez. 3, "Volturno", osserva che il dato testuale dell'art.165, comma primo, cod. pen., nella parte in cui dispone «che la sospensione condizionale della pena possa essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso», manifesta l'intento del legislatore di separare e distinguere l'ipotesi di adempimento dell'obbligo delle restituzioni da quella del pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento

del danno, così potendosi ritenere ragionevole «che il vincolo costituito dalla necessità della esistenza di una preventiva domanda giudiziale spiegata nel giudizio penale tramite la costituzione di parte civile del danneggiato, concerna solamente l'ipotesi in cui la subordinazione della sospensione condizionale della pena» riguardi «espressamente, in tutto od in parte, il preventivo adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno e non anche quello delle restituzioni» orientato, invece, alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (in senso conforme, Sez. 3, n. 45250 del 12/06/2018, Frattolin, che ammette la possibilità che la concessione della sospensione condizionale della pena sia subordinata alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato mediante l'adempimento dell'obbligo di restituzione, anche qualora manchi una richiesta in tal senso per la mancata costituzione di parte civile della persona offesa).

La distinzione tra obbligazioni restitutorie e risarcitorie era stata già affermata dalla più remota Sez. 2, n. 16629 del 29/03/2007, Baglivo, Rv. 236655-01, secondo cui «la subordinazione della concessione della sospensione condizionale all'adempimento dell'obbligo risarcitorio presuppone, a differenza della subordinazione all'obbligo delle restituzioni, la costituzione di parte civile, perché solo in tal caso il giudice penale può prendere in esame, per l'individuazione degli adempimenti imponibili, gli accadimenti lesivi connessi causalmente al reato». In continuità con tale principio, inoltre, Sez. 2, n. 41376 del 28/09/2010, Trenti, Rv. 248924-01, ha ritenuto che «rientra nella nozione di condotte di eliminazione delle conseguenze dannose del reato di circonvenzione di persona incapace, a cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena irrogata anche in assenza di una richiesta in tal senso conseguente alla mancata costituzione di parte civile, la restituzione delle somme di denaro illegittimamente percepite in relazione al fatto criminoso». In applicazione di tale principio la Corte ha rigettato il ricorso proposto avverso la decisione di condanna per il delitto di circonvenzione di persona incapace con la quale, in assenza di costituzione di parte civile, il beneficio della sospensione condizionale della pena irrogata era stato subordinato alla restituzione del denaro transitato dal patrimonio della vittima a quello del ricorrente, sul presupposto che la somma di denaro, in quanto strettamente collegata alla configurazione stessa del reato, rappresentasse l'accadimento lesivo collegato al fatto, eliminabile con l'adempimento di «prestazioni certe e determinate» orientate non «alla tutela degli interessi civili del danneggiato, bensì al reinserimento sociale del reo».

3. La possibilità di integrazione delle statuizioni in tema di sospensione condizionale subordinata all'adempimento di obblighi risarcitori o di ripristino.

La possibilità di imporre specifici obblighi risarcitori o ripristinatori in sede di condanna a pena condizionalmente sospesa, al fine di realizzare le istanze delle parti civili, riguarda la definizione dei margini di intervento del giudice della esecuzione in tema di revoca del beneficio.

La scelta degli adempimenti condizionali da imporre e la determinazione in concreto dei contenuti, dei modi e tempi di adempimento, quale espressione qualificata di giurisdizione vede, infatti, coinvolto anche il giudice della esecuzione.

In via generale la Corte ha dichiarato «illegittima la revoca "in executivis" della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, quarto comma, cod. pen., in presenza di una causa ostativa nota al giudice d'appello, anche se non sia stato investito dell'impugnazione o da formale sollecitazione del pubblico ministero in ordine all'illegittimità del beneficio, non essendo precluso al giudice dell'impugnazione il potere di revoca, esercitabile anche d'ufficio» (**Sez. 5, n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906 - 01**, con riferimento alla rilevata presenza nel fascicolo di appello del certificato penale dell'imputato che riportava i suoi precedenti penali).

Nella pronuncia si richiama il principio espresso dalle Sezioni Unite, n. 37345 del 23/04/2015, Longo, Rv. 264381-01, ove non solo si afferma che al giudice dell'esecuzione non è consentita la revoca della sospensione condizionale della pena nel caso in cui le cause ostative al beneficio fossero documentalmente note al giudice della cognizione (in senso conforme, Sez. 1, n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832 - 01), ma si precisa che tale condizione negativa è integrata anche laddove il dato sia stato oggetto di una valutazione implicita in sede di cognizione, che è da ritenersi integrata nel fatto che la causa ostativa, documentata agli atti e pertanto conoscibile, risulti oggettivamente compresa nel perimetro di quel giudizio.

La Corte precisa, inoltre, che il tema della mancanza di impugnazione o sollecitazione rivolta dal pubblico ministero alla corte di appello sul punto non rileva ai fini della insussistenza della preclusione, così superando, in ossequio all'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite, la «isolata pronuncia di legittimità» di Sez. 1, n. 3709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01, in ragione del potere di revoca d'ufficio riconosciuto in capo al giudice di secondo grado e della doverosità della verifica giudiziale sul punto, che prevede la possibilità di acquisire gli atti necessari per la decisione.

Due ulteriori questioni hanno investito il tema dei poteri di intervento del giudice della esecuzione.

La prima attiene alla possibilità della individuazione, da parte del giudice dell'esecuzione, del termine, qualora non sia stato stabilito dalla sentenza, entro il quale il condannato deve adempiere alla prestazione - nella specie, il pagamento di una somma di danaro a titolo di risarcimento per equivalente liquidata con sentenza provvisionale - cui il giudice, ai sensi dell'art. 165 cod. pen., ha condizionato l'operatività del beneficio della sospensione condizionale della pena.

La revoca del beneficio presuppone l'accertamento di un inadempimento colpevole. A tal fine, la sentenza di condanna a pena sospesa condizionata deve necessariamente prevedere la determinazione del termine di adempimento dell'obbligo condizionante, la cui omissione, ove non rilevata mediante gli ordinari mezzi di impugnazione - e non deducibile *aliunde* dal complesso della decisione di merito - è destinata ad essere emendata in fase di esecuzione. Ciò che apre la possibilità alla valutazione da parte del giudice della esecuzione della concessione di un termine congruo per l'adempimento, in luogo dell'imposizione dell'immediato adempimento al momento del passaggio in giudicato della sentenza.

Sulla questione, con una serie di pronunce (S**ez. 1, n. 23742 del 08/07/2020, Priori, Rv. 279458-01**; **Sez. 1, n. 10867 del 16/01/2020, Cirota, Rv. 278693 - 01**; **Sez. 1, n. 6368 del 28/01/2020, Incalacaterra, Rv. 278075 - 01**), la Corte ha ribadito il principio, ritenuto espressione di orientamento prevalente, secondo cui «in caso di sospensione condizionale della pena subordinata al pagamento di una somma liquidata a titolo di provvisionale in favore della parte civile, il termine entro il quale l'imputato deve provvedere all'adempimento dell'obbligo risarcitorio, qualora non sia stato fissato in sentenza, coincide con quello del passaggio in giudicato della stessa, trattandosi di obbligazione pecuniaria immediatamente esigibile» (in senso conforme, in precedenza, Sez. 1, n. 47649 del 22/11/2019, Pucci, Rv. 277458 - 01, in tema di assegno di mantenimento del coniuge separato, Sez. 1, n. 47650 del 18/04/2019, Agostini, Rv. 278460 - 01; Sez. 5, n. 40480 del 24/06/2019, P., Rv. 278381 - 01). Tale principio è stato posto in discussione dal non remoto arresto di Sez. 5, n. 9855 del 08/11/2018, dep. 2009, Perticari, Rv. 275502 - 01 (e ancor prima, da Sez. 1, n. 42109 del 19/06/2013, Damiano, Rv. 256765-01) secondo cui in caso di subordinazione del beneficio della sospensione condizionale della pena alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, la omissione della indicazione del termine entro il quale gli obblighi, ai quali il beneficio risulta condizionato, devono essere adempiuti non comporta la nullità della clausola, ma solo la sua integrazione con il termine legale di sospensione condizionale della pena previsto

dal comma primo dell'art. 163 cod. pen. (due o cinque anni a seconda che trattasi di contravvenzione o delitto).

A sostegno dell'assunto, Sez. 1, "Priori" evidenzia, da un lato, la diversa *ratio* del termine di cui all'art. 163 cod. pen. e, dall'altro, la previsione legale di specifici termini di adempimento degli obblighi rientranti nella previsione di cui all'art. 165 cod. pen. In particolare, in tema di obbligazione pecuniaria, l'art. 1183 cod. civ. stabilisce che «se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita il creditore può esigerla immediatamente», salvi i casi in cui «in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine», che «in mancanza di accordo delle parti è stabilito dal giudice». La condanna al pagamento di provvisionale fa sorgere un'obbligazione pecuniaria immediatamente esigibile dal suo creditore, se non è stato apposto uno specifico termine di adempimento, con la conseguenza che l'omessa previsione in sentenza di un termine per l'adempimento dell'obbligo di corrispondere una somma di denaro determina l'applicazione dell'art. 1183 cod. civ., che prevede l'immediata esigibilità della prestazione.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi espressa da Sez. 1, "Priori", si rinviene nel fatto che, ove l'adempimento condizionale sia il pagamento di una provvisionale, per la natura di credito certo, liquido ed esigibile, potrebbe venire in essere il presupposto per la revoca di diritto della sospensione condizionale ai sensi dell'art. 168, primo comma, n. 1, cod. pen. già dopo la sentenza di primo grado. Si prospetterebbe un inadempimento "colpevole" del reo, anche in assenza di un titolo divenuto definitivo, che, peraltro, dipenderebbe dalle scelte discrezionali della parte civile.

Una seconda questione riguarda l'aspetto - non controverso - dei limiti al potere del giudice di appello di disporre d'ufficio la subordinazione della sospensione condizionale della pena al pagamento delle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno.

Sulla questione **Sez. 2, n. 12789 del 13/02/2020, Vinci, Rv. 279033** ha affermato che è illegittima, perché peggiorativa per l'imputato ed adottata in violazione dell'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., la statuizione, adottata d'ufficio dal giudice di appello, in assenza di impugnazione della parte pubblica sul punto, con la quale il già concesso beneficio della sospensione condizionale sia condizionato al pagamento delle somme dovute per il risarcimento dei danni in favore della parte civile. Nel caso di specie, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla introdotta subordinazione all'obbligo risarcitorio, con la quale il giudice di appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, aveva subordinato la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena al pagamento delle somme liquidate a titolo di

risarcimento alla parte civile, confermando la condanna per il delitto di tentata estorsione. In senso conforme, Sez. 3, n. 30557 del 15/07/2011, Di Martino ed altri, Rv. 251041 - 01 ha ritenuto illegittima la statuizione d'ufficio della corte distrettuale con la quale il beneficio veniva subordinato all'abbattimento del manufatto abusivo, perché emessa, n palese violazione del principio del divieto della *reformatio in pejus*, in assenza di specifica impugnazione del p.m.

4. La verifica della possibilità di adempimento dell'obbligo risarcitorio cui è condizionalmente sospesa la condanna.

Al giudice della esecuzione può essere affidata, inoltre, la valutazione della concreta possibilità di adempiere da parte del condannato, momento che realizza pur sempre la finalità rieducativa della pena.

L'art. 165 cod. pen. consente al giudice di individualizzare gli effetti della sospensione condizionale della pena, fornendo un contenuto positivo che supera la classica funzione di una rinuncia alla punizione, così modellando l'opportunità di irrogare la sanzione in prospettiva della prevenzione speciale.

La giurisprudenza ha avvertito l'esigenza di valutare l'eccessiva onerosità della prescrizione degli adempimenti risarcitori anche in relazione alle concrete condizioni economiche del reo.

La previsione di obblighi ai quali è subordinato l'effetto tipico della sospensione condizionale della pena non può essere infatti di ostacolo all'attuazione della funzione rieducativa della pena, in relazione alla quale deve, invece, rappresentare un ampliamento delle soluzioni sanzionatorie.

Si è, dunque, riproposto il contrasto, mai sopito, sulla sussistenza o meno dell'obbligo del giudice della cognizione di procedere all'accertamento delle condizioni economiche dell'imputato, al fine di sancire la esigibilità dell'adempimento, nel caso in cui la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinato all'adempimento dell'obbligo risarcitorio o al pagamento di una somma a titolo di provvisionale. Ciò, ancor più quando sin dal processo emergano (o siano allegate dalla difesa) situazioni che facciano dubitare della capacità economica di adempiere ovvero nelle quali siano forniti dalla parte interessata elementi che inducano a ritenere una tale incapacità.

La Quarta Sezione, con la sentenza **n. 4626 dell'08/11/2019 (dep. 2020), Sgrò, Rv. 278290 - 01**, ha affermato il principio di diritto così massimato: «in tema di sospensione condizionale della pena, nel caso in cui il beneficio venga subordinato all'adempimento dell'obbligo risarcitorio, il giudice della cognizione non è tenuto a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, atteso che la verifica dell'eventuale impossibilità di adempiere del

condannato rientra nella competenza del giudice dell'esecuzione». Nel caso di specie, la sospensione condizionale della pena per il reato di lesioni colpose derivante dalla violazione delle norme antinfortunistiche è stata subordinata alla corresponsione delle somme liquidate a favore della parte civile, avuto riguardo al fatto che il lavoratore non aveva ottenuto alcun risarcimento per l'incidente occorsogli.

La sentenza ripropone l'orientamento espresso, tra le altre, da due conformi pronunce della Quinta Sezione **(Sez. 5, n. 12614 del 09/12/2015, Fanella, Rv. 266873 - 01 e Sez. 5, n. 15800 del 17/11/2015, Foddi, Rv. 266690 - 01)** ove si è evidenziato che l'istituto della sospensione condizionale della pena è ispirato a criteri che trascendono la limitata sfera dell'interesse particolare dell'imputato, ciò che esclude che il giudice della cognizione debba svolgere una indagine sulle sue condizioni economiche in caso di subordinazione della concessione della sospensione condizionale al risarcimento del danno. Del resto, all'obbligato non può derivare alcun grave e irreparabile danno in ipotesi d'incolpevole inadempimento del predetto obbligo, non comportando l'inosservanza dello stesso la revoca automatica del beneficio ed essendo fatta salva la possibilità, in sede di esecuzione, di allegare la comprovata assoluta impossibilità dell'adempimento ai fini della valutazione circa l'attendibilità e la rilevanza dell'impedimento dedotto.

Inoltre, l'accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato in sede di merito, avendo ad oggetto la capacità economica di questi, comporterebbe la necessità di una istruttoria nel contraddittorio delle parti che potrebbe rivelarsi inutile, non essendo precluso al soggetto interessato di dimostrare, in sede esecutiva, la modifica peggiorativa della propria situazione economica, oltre che in concreto non attuabile, sussistendo la possibilità, nei casi in cui l'imputato sia assente o contumace, che il giudice della cognizione non abbia a disposizione elementi per verificare tale capacità economica (in senso conforme, sul punto, la coeva Sez. 5, n. 31606 del 21/07/16 Desogus).

Con la sentenza Sez. 4, "Sgro", la Corte si è mossa nell'intento di superare il patente conflitto giurisprudenziale in atto, privilegiando l'accertamento in sede esecutiva delle concrete possibilità di adempimento delle obbligazioni risarcitorie da parte del condannato. Ciò in consapevole contrasto con la recente Sez. 5, n. 40041 del 18/06/2019, Peron, Rv. 277604 - 01, che, con riferimento ad un caso di documentata situazione di difficoltà economica esposta dalla difesa dell'imputato nel corso del giudizio di appello, ha affermato l'opposto principio secondo cui «il giudice che intenda subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno (nella specie, al pagamento della provvisionale stabilita) ha l'obbligo di valutare le reali condizioni economiche del

condannato in ogni caso e, ancor di più, quando vi sia un accenno di prova dell'incapacità di questo di sopportare l'onere del pagamento risarcitorio» (in adesione, gli arresti di Sez. 5, n. 21557 del 2/2/2015, Solazzo, Rv. 263675-01; Sez. 5, n. 4527 del 03/11/2010, dep. 2011, Rizk, Rv. 249248 - 01 e Sez. 2, n. 22342 del 15/02/2013, Cafagna, Rv. 255665-01).

Il citato contrario orientamento fa leva sulla necessità di preferire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 165 cod. pen. In tal senso si richiamano le indicazioni fornite da C. Cost. n. 49 del 1975 che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui consente di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, ha sottolineato che spetta comunque al giudice la valutazione, caratterizzata da un apprezzamento motivato pur se discrezionale, della capacità economica del condannato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento del danno. Il dovere di sondare le effettive possibilità del condannato di fruire del beneficio della sospensione condizionale subordinandolo ad un obbligo risarcitorio che egli possa realmente assolvere è coerente con il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost., così da evitare che si realizzi sin dal momento della condanna, un trattamento di sfavore a carico dell'imputato in disagiate condizioni economiche.

In realtà, dall'esame delle fattispecie oggetto delle citate divergenti decisioni, il contrasto emergente nei più recenti interventi della Corte sembra solo apparente: anche quando si demanda al giudice dell'esecuzione l'accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, si ammette in via di eccezione che esso possa essere anticipato alla fase di merito, quando emergano situazioni che facciano dubitare della capacità economica di adempiere ovvero quando tali elementi siano forniti dalla parte interessata. L'indirizzo, che tenta la composizione del contrasto, è espresso da **Sez. 2, n. 26958 del 24/07/2020, Valente, Rv. 279648 -01**, secondo cui «in tema di sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, il giudice, pur non essendo tenuto a svolgere un preventivo accertamento delle condizioni economiche dell'imputato, deve tuttavia effettuare un motivato apprezzamento di esse se dagli atti emergano elementi che consentano di dubitare della capacità di soddisfare la condizione imposta ovvero quando tali elementi vengano forniti dalla parte interessata in vista della decisione». Nel caso di specie la Corte ha ritenuto «votate all'irricevibilità» le doglianze relative all'omessa verifica da parte del giudice di merito della possibilità per l'imputato di pagare la provvisionale, in assenza di specifiche deduzioni difensive in ordine alla pretesa incapienza dello stesso, trattandosi di «professionista con studio legale in una prestigiosa zona della città».

In senso conforme, si richiamano Sez. 2, n. 45405 del 25/09/2019, Caserta; Sez. 5, n. 5500 del 20/12/2018, dep. 2019, Toto e Sez. 2, n. 1148 del 6/12/2018, dep. 2019, Barile; Sez. 6, n. 11371, del 15/02/2018 C., Rv. 272544 - 01; Sez. 5, n. 48913, del 01/10/2018 Asllani, Rv. 274599 - 01 e Sez. 5, 24/06/2019 n. 40480, P., Rv. 278381-02, in cui si precisa che la mera circostanza dell'ammissione al gratuito patrocinio non può costituire situazione che induce a dubitare della capacità economica dell'imputato di adempiere all'obbligazione risarcitoria).

In linea di continuità Sez. 5, n. 11299 del 09/12/2019, Gullino, Rv. 278799-01, ha affermato che «in tema di sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, il giudice, pur non essendo tenuto a svolgere un preventivo accertamento delle condizioni economiche dell'imputato, deve tuttavia effettuare un motivato apprezzamento di esse se dagli atti emergano elementi che consentano di dubitare della capacità di soddisfare la condizione imposta ovvero quando tali elementi vengano forniti dalla parte interessata in vista della decisione.» Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la decisione del giudice di merito che, senza operare una effettiva verifica della capacità economica del condannato, aveva subordinato al pagamento di una provvisionale la concessione del beneficio della sospensione della pena, nonostante risultasse dagli atti che il destinatario del provvedimento era stato dichiarato fallito in proprio dopo la sentenza di condanna di primo grado e spogliato dei suoi beni, venduti all'asta.

L'ambito del potere discrezionale del giudice ex art. 165 cod. pen. circa la possibilità di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno o al pagamento di una determinata somma è, del resto, definito dai parametri di cui all'art. 164 cod. pen., che, rinviando all'art. 133 cod. pen., implicano una valutazione anche delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato.

Tali conclusioni, ad una verifica concreta della fattispecie, sembrano non antinomiche rispetto all'approdo più rigido di Sez. 4, "Sgrò", che ha escluso la valutazione in sede di merito circa la possibilità di subordinazione del beneficio della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno patito dal lavoratore in ragione del fatto che la difesa del ricorrente non aveva indicato elementi nè fornito allegazioni dai quali desumere una particolare condizione di disagio economico che determinasse l'impossibilità di adempimento dell'obbligo risarcitorio.

5. Revoca di diritto della sospensione condizionale e decorrenza del termine di prescrizione della pena.

L'art. 163, comma primo, cod. pen. prevede un termine legale di sospensione condizionale della pena (due o cinque anni a seconda che trattasi di contravvenzione o delitto), il cui decorso ne determina l'estinzione.

La previsione di un termine di prescrizione della pena è suscettibile di incidere sulla possibilità di revoca di diritto della stessa nei casi di inadempimento colpevole ai sensi dell'art. 168, primo comma, n. 1, cod. pen. per aver il condannato commesso un delitto o una contravvenzione per la quale sia irrogata condanna a pena detentiva.

Sul tema degli effetti della revoca della sospensione condizionale, **Sez. F, n. 27328 del 02/09/2020, Francavilla, Rv. 279759-01** ha affermato il principio così massimato: «Il termine di decorrenza della prescrizione della pena, divenuta eseguibile in ragione del verificarsi delle condizioni per la revoca del beneficio della sospensione condizionale, ha inizio nel momento in cui diviene definitiva la decisione di accertamento della causa della revoca e non in quello in cui sia adottato dal giudice dell'esecuzione il provvedimento di revoca». Nel caso di specie, a fronte della richiesta della difesa del reo di dichiarazione dell'estinzione della pena condizionalmente sospesa per effetto del decorso del termine di legge eseguibilità della pena, il giudice dell'esecuzione aveva ritenuto che il beneficio dovesse essere revocato, ai sensi dell'art. 168, comma primo n. 1, cod. pen., perché nel quinquennio successivo, il condannato aveva commesso un ulteriore delitto per il quale aveva riportato condanna. La Corte, nel condividere la decisione del primo giudice, laddove, ai sensi dell'art. 172, comma quinto, cod. pen., ha ritenuto la decorrenza del termine di prescrizione dalla data in cui era intervenuta la causa di revoca del beneficio, con conseguente eseguibilità della pena inflitta, trattandosi di condanna con il beneficio della sospensione condizionale della pena, ha precisato che la pronuncia (del giudice della esecuzione) che rileva l'operatività di una causa di revoca di diritto della sospensione condizionale della pena ha natura meramente dichiarativa.

La decisione conferma il consolidato indirizzo giurisprudenziale che ricollega gli effetti della revoca all'accertamento del presupposto e non al provvedimento formale (del giudice della esecuzione). Sul punto, Sez. 1, n. 11156 del 02/12/2015 (dep. 2016), Ouledfares, Rv. 266343 - 01, ha affermato che «il termine di decorrenza della prescrizione della pena, per sopravvenuta eseguibilità in ragione del verificarsi delle condizioni per la revoca del beneficio della sospensione condizionale, ha inizio nel momento in cui diviene definitiva la decisione di accertamento della causa della revoca e non in quello in cui sia adottato dal

giudice dell'esecuzione il provvedimento di revoca» (in senso conforme, Sez. 1, Sentenza n. 21008 del 24/01/2012, Mignemi, Rv. 253548 - 01 e Sez. 1, n. 5689 del 10/06/2014 (dep. 2015), Mercurio, Rv. 262462 - 01, secondo cui «il "dies a quo" del termine di prescrizione della pena oggetto di sospensione condizionale poi revocata coincide con il giorno in cui è passata in giudicato la decisione che ha disposto la revoca del beneficio e non dal momento in cui è stato commesso il reato che ha dato luogo alla revoca»).

Il principio espresso da Sez. F, "Francavilla", ribadisce la soluzione maggioritaria adottata dalla Corte secondo cui il *dies a quo* della decorrenza del termine di prescrizione coincide con il momento di verificazione dei presupposti da cui la legge fa derivare la revoca del beneficio, mentre il successivo provvedimento di revoca ha mera funzione ricognitiva della condizione risolutiva e i relativi effetti si producono *ex tunc*, retroagendo al momento in cui la condizione si è verificata. La revoca della sospensione condizionale della pena consegue, come si rileva dal dettato dell'art. 168, primo comma, numero 1, cod. pen. alla fattispecie complessa, costituita dalla commissione del reato (fatto storico), nel quinquennio di osservazione (requisito cronologico) e dalla inflizione per il ridetto reato di una pena detentiva (evento giuridico). Non è sufficiente, infatti, il dato fattuale della commissione di un reato entro il previsto termine quinquennale, essendo indispensabile l'accertamento della relativa responsabilità con sentenza irrevocabile di condanna, da cui la revoca consegue. Il momento in cui la sentenza di condanna, per effetto della revoca del beneficio, diviene eseguibile va, dunque, individuato in quello in cui è perfezionata la causa di revoca, e dunque nella data di irrevocabilità della condanna, a pena detentiva, per il nuovo reato, e non nella data di commissione del reato, che è elemento necessario, ma non sufficiente ad integrare la causa di revoca.

La soluzione adottata risponde alla *ratio* sottesa alla disciplina della prescrizione, ispirata all'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, e, soprattutto, si pone in sintonia con il principio espresso dalle Sezioni Unite (Sez. U., n. 2 del 30/10/2014 (dep. 2015), Maiorella, Rv. 261399-01), in materia di revoca dell'indulto, secondo cui «nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca dell'indulto, il termine di prescrizione della pena decorre dalla data d'irrevocabilità della sentenza di condanna, quale presupposto della revoca del beneficio» e non dalla data del provvedimento di revoca del condono. L'anticipazione del tempo dell'esecuzione della pena al momento certo dell'avveramento della condizione risolutiva è, del resto, coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 27, secondo comma, e 111 Cost. e con i principi convenzionali di ragionevole durata, sollecita definizione e minor sacrificio esigibile, evincibili dalle norme degli artt. 5 e 6 CEDU.

La ricostruzione in termini di fattispecie complessa della causa di revoca della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 168, primo comma, numero 1, cod. pen., è implicitamente affermata anche da **Sez. 5, n. 11759 del 22/11/2019 Cc. (dep. 2020), Greco, Rv. 279015-01**, così massimata: «in tema di sospensione condizionale della pena, il concetto di commissione del reato, dal quale la legge fa dipendere l'ostacolo all'effetto estintivo del reato, è ancorato alla data di consumazione dello stesso con riferimento al quinquennio, ma l'effetto ostativo di tale evenienza è subordinato all'accertamento definitivo del reato medesimo, in ragione della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost.» (in senso conforme, Sez. 1, n. 17878 del 30/01/2017, Manno, Rv. 269824 - 01, che, ai fini dell'accoglimento dell'istanza di estinzione del reato ex art. 167 cod. pen. per il quale l'imputato è stato condannato a pena condizionalmente sospesa, ha escluso che ostino le pendenze giudiziarie non definitive, in quanto la condizione, cui è sottoposta in tali casi l'estinzione del reato, è unicamente la mancata commissione di un nuovo reato nel termine di cinque anni, commissione che deve essere accertata con sentenza irrevocabile).

Il principio della decorrenza del termine di prescrizione della pena condizionalmente sospesa dal momento dell'accertamento della causa di revoca del beneficio si applica alle cause di revoca previste dai nn. 1 e 2 del primo comma dell'art. 168 cod. pen., che riguardano, rispettivamente, il caso in cui il condannato «commetta un delitto ... per cui venga inflitta una pena detentiva ...» (n. 1) ovvero il fatto che il condannato «riporti un'altra condanna per un delitto anteriormente commesso ... (n. 2). Nel primo caso la causa di revoca è integrata al passaggio in giudicato della condanna che infligge la pena detentiva per il delitto, o per la contravvenzione della stessa indole, commesso nel quinquennio dal passaggio in giudicato della sentenza che ha riconosciuto il beneficio, mentre nel secondo la causa di revoca si realizza con la irrevocabilità della condanna, sopravvenuta nel quinquennio, per delitto anteriormente commesso.

Di contro, nel caso in cui la revoca del beneficio sia disposta, nella cognizione, dal giudice che pronuncia la condanna per il reato commesso nel quinquennio (art. 168 n. 1 cod. pen.) ovvero anteriormente commesso (art. 168 n. 2 cod. pen.) si avrà coincidenza tra la pronuncia che revoca di diritto il beneficio e il verificarsi della causa della revoca.

Deve evidenziarsi, del resto, che nei casi di revoca obbligatoria e di diritto della sospensione condizionale della pena previsti dall'art. 168, comma primo, cod. pen., sussiste piena fungibilità tra il giudice di merito e quello dell'esecuzione. La Corte ha affermato che, nei casi di revoca di diritto della sospensione condizionale della pena, si configura «un obbligo di provvedere in capo al giudice dell'esecuzione, a prescindere dal fatto che la sussistenza della causa di revoca di

diritto del beneficio fosse o meno rilevabile dagli atti in possesso del giudice della cognizione, semplicemente facoltizzato alla revoca» (**Sez. 1, n. 14853 del 12/02/2020 Jandoubi Kamel, Rv. 279053-01**). Si è in tal modo data continuità all'indirizzo espresso da Sez. 1, n. 34237 del 29/05/2015, Are, Rv. 264156-01. L'ipotesi contemplata nel primo comma dell'art. 168 cod. pen. si inquadra nella fisiologia dell'istituto della sospensione condizionale in quanto la temporanea sospensione dell'esecuzione della pena è per la sua stessa essenza giuridica sottoposta alle condizioni risolutive stabilite dalla legge, in carenza delle quali trova attuazione la prospettiva premiale della estinzione del reato. A questa è del tutto estranea la revoca prevista dall'art. 168, comma terzo, cod. pen., che è preordinata alla eliminazione della patologia occorsa nella concessione del beneficio elargito in violazione della legge a colui al quale non doveva essere concesso. L'affermazione non si pone in contrasto con i limiti al potere di intervento del giudice della esecuzione individuati da Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, PM in proc. Longo, Rv. 264381 - 01, che riguarda ipotesi affatto diversa, in cui si afferma il seguente principio di diritto: «Il giudice dell'esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, cod. pen. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione. A tal fine il giudice dell'esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio».

6. Sospensione condizionale e confisca per equivalente.

Le plurime modalità applicative del beneficio della sospensione condizionale della pena, nella richiamata ottica di prevenzione generale e speciale che realizza il complesso sistema repressivo, consente di individuare nell'istituto una funzione sanzionatoria, che va ben al di là della caducazione della minaccia edittale per effetto dell'atto di fiducia, revocabile con il ritorno alla pena commisurata in concreto, verso il reo, potendo essere arricchito da precipui obblighi e prescrizioni. Funzione intrinsecamente punitiva è quella espressa dai doveri risarcitori che si sovrappongono al pagamento della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater*, cod. proc. pen. La riparazione pecuniaria, infatti, si cumula con gli effetti della confisca, anche per equivalente, e non incide con il diritto ad ulteriore risarcimento del danno, secondo quanto disposto dall'art. 2, l. 27 maggio 2015 n. 69 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. g), l. 9 gennaio 2019, n. 3.

Se appare pacifica la cumulabilità tra prescrizioni riparatorie imposte in funzione della sospensione condizionale e confisca, per la comune natura

sanzionatoria delle misure, appare incerta la possibilità che il beneficio della sospensione condizionale possa estendere i propri effetti a detta misura ablatoria accessoria.

Costituisce approdo condiviso della dottrina la finalità recuperatoria - e non sanzionatoria - della confisca per equivalente, che si configura come una modalità alternativa di esecuzione della confisca diretta, in funzione semplificativa del procedimento, avendo ad oggetto un bene fungibile ed immediatamente reperibile nel patrimonio del destinatario della misura, in luogo del bene direttamente connesso alla perpetrazione del reato. Tale alternatività, che incide sull'oggetto della misura, non altera la funzione di recupero tipica della confisca, alla cui realizzazione è volta la apprensione del bene.

La confisca per equivalente condivide le finalità proprie delle pene principali, di carattere dissuasivo ed afflittivo, mentre quella diretta persegue lo scopo di ripristinare lo *status quo ante* e di prevenzione in senso lato. Tuttavia, non mutua la funzione di prevenzione propria della confisca diretta, quale misura di sicurezza, pur condividendo con questa la natura sanzionatoria. Né il riconoscimento di una funzione eminentemente sanzionatoria della confisca per equivalente si traduce in una totale equiparazione alla pena principale.

La specificità sanzionatoria della confisca per equivalente ha indotto la dottrina e la giurisprudenza in modo univoco ad escludere la possibilità di estendere gli effetti della sospensione condizionale della pena principale alla confisca per equivalente, non ravvisandosi una piena parificazione ad una pena accessoria.

Sul tema, **Sez. 2, n. 8538 del 3/03/2020, De Gregorio, Rv. 278241**, ha affermato che la confisca per equivalente, pur avendo funzione sanzionatoria, non può essere equiparata *in toto* alla sanzione penale, con la conseguente esclusione dell'applicabilità della sospensione condizionale della pena, evidenziando come tale forma di ablazione patrimoniale non può essere parificata né ad una pena accessoria, in assenza della funzione preventiva tipica di questa, né alla pena principale, in quanto non è definita in proporzione alla gravità della condotta ed alla colpevolezza del reo e, piuttosto che "affliggere", mira a "ripristinare" la situazione patrimoniale preesistente alla consumazione del reato. Nel caso di specie, in sede di applicazione della pena con la concessione del beneficio della sospensione condizionale, il giudice aveva ordinato la confisca di una somma di denaro e, in subordine, per equivalente dei beni del ricorrente fino alla concorrenza del medesimo valore. La confisca per equivalente si configura, infatti, come presidio ripristinatorio autonomo, connotato da obbligatorietà ed assenza di discrezionalità nella determinazione del *quantum*, rispetto alle sanzioni principali ed accessorie.

L'arresto si pone in continuità con il principio espresso in un caso analogo da Sez. 2, n. 45324 del 14/10/2015, Soddu, Rv. 264958, secondo cui «la sospensione condizionale della pena non estende i propri effetti alla confisca per equivalente, non potendosi essa parificare ad una "pena accessoria", ponendo l'accento sul diverso regime di operatività e la differente disciplina.»

La Corte rinvia alla definizione della natura della confisca per equivalente elaborata dalla Corte costituzionale, qualificata come misura che attinge beni non intrinsecamente pericolosi e che non sono in rapporto di diretta pertinenzialità (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) con il reato per cui si procede, il che esclude la riconducibilità dell'istituto alla categoria delle misure di sicurezza e consente di assegnare alla misura ablatoria una connotazione prevalentemente afflittiva e una natura "eminentemente sanzionatoria" tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 cod. pen. (C. Cost., sentenza n. 97 del 2009).

L'orientamento della Corte costituzionale porta ad operare una netta distinzione tra i due tipi di confisca: la confisca diretta e obbligatoria del prezzo o del profitto del reato, *ex* art. 240, secondo comma, n. 1 cod. pen., costituisce misura di sicurezza patrimoniale con effetto ripristinatorio, che va disposta anche nei casi di sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione, mentre in questi casi la confisca indiretta non può essere disposta, proprio per la sua diversa natura.

Le Sezioni Unite (Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami e altro, Rv. 255037) hanno affermato che «la confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007 ha natura eminentemente sanzionatoria e, quindi, non essendo estensibile ad essa la regola dettata per le misure di sicurezza dall'art. 200 cod. pen., non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge».

Proprio in ragione del carattere afflittivo e sanzionatorio della misura, le Sezioni Unite hanno, inoltre, escluso che il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, possa disporre la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto atteso (Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435). La confisca del profitto del reato non costituisce pena accessoria, bensì misura ablatoria con finalità ripristinatoria (diretta o per equivalente, a seconda dell'oggetto del profitto), con la conseguenza che, qualora l'istanza di applicazione venga proposta in fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione decide ai sensi dell'art. 676 cod. proc. pen. con ordinanza impugnabile solo con l'opposizione ex art. 667, comma 4, cod. proc. pen. Sul tema, Sez. 3, Sentenza n. 43397 del 10/09/2015, Lombardo, Rv. 265093 - 01, ha

precisato che l'eventuale ricorso per cassazione erroneamente proposto non deve essere dichiarato inammissibile, ma qualificato come opposizione e trasmesso al giudice competente.

Peraltro, l'estensione degli effetti della sospensione condizionale della pena principale alle misure di sicurezza, prevista dall'art. 164, comma 3, cod. pen., esclude espressamente la confisca del profitto del reato ex art. 240 cod. pen., sicché, in caso di sospensione condizionale della pena principale, gli effetti di tale provvedimento non si estendono, né alla confisca diretta, per specifica previsione normativa, né alla confisca indiretta, non essendo questa riconducibile alle pene accessori

L'approdo non è posto in discussione dal principio espresso da **Sez. 1, n. 282 del 11/12/2019 (dep. 2020), Primiterra, Rv. 278464 - 01** (conf., Sez. 1, n. 23716 del 15/12/2016 - dep. 2017, Soddu, Rv. 270112), che ammette in sede di esecuzione, in forza del disposto di cui all'art. 676 cod. proc. pen., la possibilità di disporre la confisca per equivalente del profitto del reato di cui all'art. 640-*bis* cod. pen., qualora la sentenza irrevocabile di applicazione della pena non vi abbia provveduto.

Si evidenzia, infatti, che la confisca per equivalente non può essere equiparata alle pene accessorie. La citata misura differisce «dalle pene accessorie perché persegue lo scopo di ripristinare la situazione economica del reo, qual era prima della violazione della legge penale, privandolo delle utilità ricavate dal crimine commesso e sottraendogli beni di valore ad esse corrispondenti senza esplicare alcuna funzione preventiva, diversamente da quanto accade per le pene accessorie e le misure di sicurezza, compresa la stessa confisca diretta del prezzo o profitto del reato» si tratta dunque di uno «strumento ablatorio ripristinatorio dal carattere affittivo», applicabile anche in sede esecutiva pur non essendo catalogabile tra le pene accessorie (in tal senso, la citata Sez. 1, "Soddu").

Del resto, in una coeva pronuncia la Corte ha affermato che la confisca per equivalente ha «natura "omologa" alle sanzioni penali principali», sicché in caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice la sentenza deve essere revocata ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen. anche nella parte relativa alla confisca, salvo che questa non abbia ancora avuto esecuzione, con restituzione dei beni all'avente diritto (Sez. 3, n. 38857 del 10/05/2016 - dep. 20/09/2016, Maffei, Rv. 267696, che, nella specie, ha ritenuto "per equivalente" la confisca di somme di danaro disposta contestualmente alla sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10-ter, d.lgs. n. 74 del 2000; Sez. 3, n. 44912 del 07/04/2016, Bernasconi, Rv. 268773 - 01, che, in tema di associazione per delinquere finalizzata alla truffa ed alla evasione fiscale, in mancanza di beni materialmente apprensibili costituenti il profitto del reato, ha ritenuto ammissibile il sequestro

preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente di somme di denaro depositate su conto corrente bancario dell'indagato).

Sez. 2, "De Gregorio", in modo schematico, ha riassunto quelli che sono gli approdi della giurisprudenza sul tema, rilevando come la confisca per equivalente: «(a) non sia assimilabile ad una misura di sicurezza in quanto non si riferisce a cose "pericolose" in sé, sicché non è retroattiva; b) non sia assimilabile ad una sanzione accessoria, dato che è assente la funzione preventiva tipica di tali misure; (c) non sia assimilabile alla sanzione principale in quanto non è definita in proporzione alla gravità della condotta ed alla colpevolezza del reo, e piuttosto che "affliggere", mira a "rispristinare" la situazione patrimoniale preesistente alla consumazione del reato».

Sulla scorta di tali valutazioni, definisce i caratteri della confisca per equivalente come «misura (a) "rigida" in quanto il *quantum* da confiscare non è sottoposto a valutazioni discrezionali, ma dipende solo dall'accertamento del profitto e del prezzo del reato; (b) "obbligatoria" e non gestibile, come attraverso l'accordo delle parti (che ove vi sia può anche essere disatteso)».

Da quanto sopra emerge la natura ibrida della confisca indiretta, che non può essere qualificata, né come pena accessoria, né come misura di sicurezza.

Dal profilo eminentemente sanzionatorio della misura in esame deriva la non piena equiparabilità alla sanzione principale, perché carente della tipica funzione repressiva, o alle sanzioni accessorie, non essendo riconoscibile la tipica funzione "preventiva" di tali sanzioni satellite. Ne deriva la inapplicabilità della sospensione condizionale, che pacificamente investe solo le sanzioni *stricto sensu* intese.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. 2, n. 16629 del 29/03/2007, Baglivo, Rv. 236655-01
Sez. 2, n. 41376 del 28/09/2010, Trenti, Rv. 248924-01
Sez. 5, n. 4527 del 03/11/2010, dep. 2011, Rizk, Rv. 249248
Sez. 3, n. 30557 del 15/07/2011, Di Martino Rv. 251041
Sez. 1, n. 21008 del 24/01/2012, Mignemi, Rv. 253548-01
Sez. 1, n. 42109 del 19/06/2013, Damiano, Rv. 256765
Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami e altro, Rv. 255037
Sez. 2, n. 22342 del 15/02/2013, Cafagna, Rv. 255665
Sez. 2, n. 3858 del 18/12/2013 (dep. 2014), Olivieri, Rv. 258045-01
Sez. 1, n. 5689 del 10/06/2014 (dep. 2015), Mercurio, Rv. 262462
Sez. 3, n. 1324 del 24/06/2014 (dep. 2015), Volturno, Rv. 261778
Sez. 2, n. 45324 del 14/10/2015, Soddu, Rv. 264958
Sez. 3, n. 43397 del 10/09/2015, Lombardo, Rv. 265093 - 01
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435
Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, Longo, Rv. 264381 - 01
Sez. U., n. 2 del 30/10/2014 (dep. 2015), Maiorella, Rv. 261399-01
Sez. 1, n. 34237 del 29/05/2015, Are, Rv. 264156
Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, Longo, Rv. 264381-01
Sez. 5, n. 12614 del 09/12/2015, Fanella, Rv. 266873
Sez. 2, n. 12895 del 5/03/2015, Pulpo, Rv. 262932-01
Sez. 1, n. 23716 del 15/12/2016 - dep. 2017, Soddu, Rv. 270112
Sez. 3, n. 38857 del 10/05/2016, Maffei, Rv. 267696
Sez. 3, n. 44912 del 07/04/2016, Bernasconi, Rv. 268773 - 01
Sez. 5, n. 31606 del 21/07/16 Desogus
Sez. 1, n. 17878 del 30/01/2017, Manno, Rv. 269824
Sez. 5, n. 5500del 20/12/2018, dep. 2019, Toto
Sez. 2, n. 1148 del 6/12/2018, dep. 2019, Barile
Sez. 5, n. 48913, del 01/10/2018 Asllani, Rv. 274599
Sez. 6, n. 11371, del 15/02/2018 C., Rv. 272544
Sez. 5, n. 9855 del 08/11/2018, dep. 2009, Perticari, Rv. 275502
Sez. 1, n. 19457 del 16/01/2018, Signoretto, Rv. 272832 - 01
Sez. 3, n. 45250 del 12/06/2018, Frattolin
Sez. 2, n. 42583 del 24/09/2019, De Vivo, Rv. 277631-01
Sez. 1, n. 47649 del 22/11/2019, Pucci, Rv. 277458
Sez. 4, n. 4626 dell'08/11/2019 (dep. 2020), Sgrò, Rv. 278290
Sez. 2, n. 45405 del 25/09/2019, Caserta

Sez. 5, n. 40480 del 24/06/2019, P., Rv. 278381
Sez. 1, n. 3709 del 10/05/2019, Coccia, Rv. 276504-01
Sez. 1, n. 47650 del 18/04/2019, Agostini, Rv. 278460
Sez. 2, n. 45854 del 13/09/2019, Cappello Rv. 277632-01
Sez. 5, n. 40480 del 24/06/2019 P., Rv. 278381-02
Sez. 5, n. 40041 del 18/06/2019, Peron, Rv. 277604
Sez. 2, n. 23917 del 15/07/2020, Mansi, Rv. 279550 - 01
Sez. 5, n. 23133 del 09/07/2020, Bordonaro, Rv. 279906 - 01
Sez. 1, n. 23742 del 08/07/2020, Priori, Rv. 279458
Sez. 2, n. 12789 del 13/02/2020, Vinci, Rv. 279033
Sez. 1, n. 6368 del 28/01/2020, Incalacaterra, Rv. 278075
Sez. 1, n. 10867 del 16/01/2020, Cirota, Rv. 278693
Sez. 2, n. 26958 del 24/07/2020, Valente, Rv. 279648
Sez. F, Sentenza n. 27328 del 02/09/2020, Francavilla, Rv. 279759
Sez. 1, n. 14853 del 12/02/2020 Jandoubi Kamel, Rv. 279053
Sez. 5, n. 11759 del 22/11/2019 Cc. (dep. 2020), Greco, Rv. 279015
Sez. 2, n.8 8538 del 3/03/2020, De Gregorio, Rv. 278241,
Sez. 1, n. 282 del 11/12/2019 (dep. 2020), Primiterra, Rv. 278464 - 01

CAPITOLO II

LA RILEVABILITA' D'UFFICIO, NEI GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE, DELLA ILLEGALITA' DELLA PENA FAVOREVOLE ALL'IMPUTATO.

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. La notizia di decisione delle Sezioni Unite Acquistapace. 2. Il contrasto. 3. La giurisprudenza delle Sezioni unite sui rapporti tra l'effetto parzialmente devolutivo dell'appello, il divieto di *reformatio in peius* e la disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. 4 La giurisprudenza delle Sezioni unite sui rapporti tra effetto parzialmente devolutivo dell'appello, giudicato, e questioni rilevabili d'ufficio. 5. La giurisprudenza di legittimità relativa alla nozione di illegalità della pena e al fondamento e ai limiti della sua rilevabilità d'ufficio oltre i limiti del devoluto. 5.1. La nozione di pena illegale "ab origine" sviluppata nella giurisprudenza della Corte, al fine di riconoscerne la rilevabilità d'ufficio, oltre i limiti del *devolutum*: la sola pena illegale "di sfavore". 5.2. La nozione di pena illegale elaborata dalla giurisprudenza della Corte ai fini della definizione dell'ambito della sindacabilità della sentenza ex art. 444 cod. proc. pen.: la pena illegale sia di favore che di sfavore, nei limiti del *devolutum*. 6. La giurisprudenza di legittimità sulla prevalenza del principio costituzionale di legalità della pena sul giudicato. 6.1. L'individuazione di un rimedio *in executivis* all'illegalità "sopravvenuta" della pena per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione relativa al trattamento sanzionatorio. 6.2. L'estensione del rimedio *in executivis* alla pena illegale *ab origine*, in senso sfavorevole all'imputato. 6.3. La giurisprudenza relativa alla rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena inflitta *in malam partem*, in caso di inammissibilità dell'impugnazione. 6.4. Le Sezioni unite "Jazouli" e "Sebbar": la precisazione e l'ampliamento della nozione di illegalità sopravvenuta della pena, e la sua rilevabilità d'ufficio anche nel caso di inammissibilità del ricorso. 7. La sentenza delle Sezioni unite Acquistapace.

1. La notizia di decisione delle Sezioni Unite Acquistapace.

Nell'anno in rassegna le Sezioni Unite della Corte, con sentenza in data 17/12/2020, Acquistapace, di cui ad oggi è nota solo la notizia di decisione, hanno risolto in senso affermativo la seguente questione controversa loro rimessa: «*Se il giudice di appello, investito dell'impugnazione del solo imputato che, giudicato con il rito abbreviato per reato contravvenzionale, lamenti l'illegittima riduzione della pena ai sensi dell'art.* 442 *cod. proc. pen. nella misura di un terzo anziché della metà, debba applicare detta diminuente nella misura di legge pur quando la pena irrogata dal giudice di primo grado sia illegale perché in violazione delle previsioni edittali, e di favore per l'imputato*».

2. Il contrasto.

La questione controversa decisa dalla Sezioni unite Acquistapace attiene alla configurabilità o meno di un potere del giudice d'appello, a fronte di una pena illegalmente determinata a vantaggio dell'imputato dalla sentenza di primo grado, di negare gli effetti di ulteriore favore sulla pena conseguenti all'accoglimento dell'appello dell'imputato. Secondo un primo orientamento, ove la pena inflitta dalla sentenza di primo grado sia illegale in senso favorevole al condannato, le

pretese dell'imputato, fatte valere con l'atto di impugnazione e volte a ottenere una riduzione della pena complessiva, non meriterebbero considerazione: ciò in quanto l'accoglimento della domanda di parte finirebbe per aggravare la condizione di illegalità della pena, con la conseguenza paradossale per cui la correzione di un errore aggraverebbe le conseguenze di un altro (Sez. 5, n. 51615 del 17/10/2017, Pala, Rv. 271604; Sez. 4, n. 6966 del 20/11/2012 - dep. 2013 -, Martinelli, Rv. 254538; Sez. 3, n. 39882 del 03/10/2007, Costanzo, Rv. 238009; Sez. 3, n. 7306 del 25/01/2007, Bougataya Assan). In base a tale orientamento, quindi, il meccanismo della riduzione di pena, previsto dall'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. per il caso di accoglimento dell'appello dell'imputato in punto di reato concorrente o circostanze, opererebbe a condizione che la pena complessivamente irrogata in primo grado sia stata determinata in modo legale. E la mancata impugnazione del pubblico ministero per ricondurre la pena alla misura legale impedirebbe correzioni officiose in ragione del divieto di *reformatio in peius*, ma non giustificherebbe la perpetrazione di un errore. Tale orientamento – secondo l'ordinanza di rimessione - si porrebbe in contrasto con il consolidato orientamento per il quale il giudice, in mancanza di impugnazione del pubblico ministero sul punto, non potrebbe modificare la sentenza che abbia irrogato la pena illegale di favore, essendo il rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità nel solo caso di pena illegale sfavorevole al condannato (Sez. 3, n. 34139 del 07/06/2018, Xhixha, Rv 273677; Sez. 6, n. 49858 del 20/11/2013, G., Rv. 257672; Sez. 4, n. 49404 del 21/11/2013, Colombini, Rv. 258128; Sez. 5, n. 771 del 15/02/2000, Bosco, Rv. 215727). Ciò in quanto l'inibizione, nel caso di pena illegale di favore, dell'applicazione dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. – che rappresenta uno strumento permeato dalla stessa *ratio* sottesa al divieto di *reformatio in peius* - costituisce un aggiramento del principio dell'immodificabilità della pena illegale di favore ad opera del giudice dell'impugnazione in mancanza di impugnazione del pubblico ministero sul punto.

La questione controversa sembra attenere all'interpretazione dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. ed in particolare alla sua applicabilità o meno ove la pena da diminuire sia illegale in senso favorevole all'imputato, perché inferiore ai minimi edittali del trattamento sanzionatorio che conseguirebbe all'accoglimento dell'appello dell'imputato.

In tali termini la questione è posta, infatti, dall'orientamento maggioritario che nega, nel caso considerato, l'applicabilità della disposizione in esame.

Tuttavia, l'ordinanza di rimessione individua quale termine del contrasto il consolidato orientamento della Corte secondo cui, se non vi è stato appello del pubblico ministero sulla statuizione della sentenza di primo grado relativa alla

pena illegale di favore, quest'ultima resta «*immodificabile da parte del giudice dell'impugnazione*», il quale non si basa su una diversa interpretazione dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., bensì sulla preclusione della rilevabilità d'ufficio della pena illegale di favore derivante dall'effetto parzialmente devolutivo dell'appello e dal divieto di *reformatio in peius*. Ed effettivamente il giudice d'appello che, investito dall'appello del solo imputato su una circostanza o su un reato concorrente, ritenga di non dover diminuire la pena corrispondentemente all'accoglimento di tale appello perché la pena base su cui dovrebbe operare la riduzione è stata determinata dal giudice di primo grado in contrasto con la legge in senso favorevole all'imputato, sembra, a seconda dei casi concreti (e/o della nozione di "punto della decisione che si accolga):

o estendere la sua cognizione oltre il "punto" del trattamento sanzionatorio devoluto alla sua cognizione dall'appello dell'imputato, e quindi esercitare un potere di rilievo d'ufficio che espande la sua cognizione oltre il *devolutum*;

o, ove anche tale punto sia stato (o si ritenga) devoluto dall'appello del solo imputato (ma per motivi diversi dall'illegalità della pena di favore), esercitare un potere di rilievo d'ufficio nell'ambito del devoluto, che incide sull'esercizio dei suoi poteri decisori per come configurati, nel caso di appello del solo imputato, dai commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen.

La questione controversa sembra, pertanto, non potersi esaurire nell'interpretazione dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., coinvolgendo anche il tema della compatibilità del rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena di favore con l'effetto parzialmente devolutivo dell'appello e con il divieto di *reformatio in peius* espresso dai commi 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., nonché quello del fondamento di un potere di rilievo d'ufficio, del giudice dell'impugnazione, dell'illegalità della pena di favore.

La questione controversa sembra, infatti, porre il problema se la negazione dell'applicabilità dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., nel caso in cui la pena inflitta in primo grado - che andrebbe diminuita in conseguenza della fondatezza dell'appello del solo imputato vertente su un punto del trattamento sanzionatorio diverso da quello illegalmente determinato a suo vantaggio – sia illegale in senso favorevole all'imputato, integri una deroga al principio devolutivo e/o al divieto di *reformatio in peius*, e, in tal caso, quale sia il fondamento giuridico di tale deroga.

Si pone, quindi, preliminarmente la questione se – e in che misura – l'effetto parzialmente devolutivo dell'appello e il divieto di *reformatio in peius* possano essere considerate regole generali.

Si pone altresì la questione se, nell'ambito del trattamento sanzionatorio, possano individuarsi diversi punti della decisione o se invece la statuizione

relativa alla determinazione della pena complessivamente irrogata costituisca un unico punto della decisione.

D'altra parte, fondandosi tale tesi su una interpretazione restrittiva dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., appare rilevante la giurisprudenza della Corte relativa al rapporto tra tale norma e quella di cui al comma 3 del medesimo art. 597.

Stante la configurazione del contrasto operata dall'ordinanza di rimessione sembra assumere rilevanza anche il tema della configurabilità, in mancanza di una norma che lo prevede espressamente, del potere del giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio l'illegalità della pena di favore, al pari di quello riconosciuto dalla Corte, di rilevare, oltre il *devolutum*, l'illegalità della pena inflitta *in malam partem*.

3. La giurisprudenza della Corte di cassazione sui rapporti tra principio devolutivo, divieto di reformatio in peius, e disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen.

In ordine ai rapporti tra principio devolutivo, divieto di *reformatio in peius*, e disposizione di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., sulla base delle pronunce delle Sezioni unite Pellizzoni (Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., Rv. 201034), Morales (Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, Morales, Rv. 232066), Papola (Sez. U, n. 33752 del 18/04/2013, Papola, Rv. 255660) C. (Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258652), Magotti (Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Magotti, Rv. 197700) e Punzo (Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo Rv. 269125) può ritenersi acquisito nella giurisprudenza di legittimità che:

- la norma di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. è stata introdotta nel codice del 1988 al fine di ovviare ad un indirizzo interpretativo affermatosi nella giurisprudenza della Corte di legittimità sotto il codice previgente che, riferendo il divieto di *reformatio in peius* alla sola pena complessiva irrogata in primo grado, riteneva che il giudice di appello potesse confermare tale pena, nonostante l'applicazione di circostanze attenuanti o l'eliminazione di circostanze aggravanti o di reati concorrenti, così vanificando – nella sostanza - l'operatività del divieto stesso (Sezioni unite Pellizzoni e Morales, cit.);
- pertanto, la norma di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. costituisce, un rafforzamento del divieto di *reformatio in peius*, aggiungendo, al limite ai poteri del giudice previsti dal comma 3 dell'art. 597 cod. proc. pen., il dovere di diminuire "la pena complessiva irrogata" in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione, nei casi previsti dall'art. 597, comma 4, cod. proc. pen.; e ciò anche quando, oltre all'imputato, sia appellante il

pubblico ministero, il cui gravame può avere effetti di aumento sugli elementi della pena ai quali si riferisce, ma non impedire le diminuzioni corrispondenti all'accoglimento dei motivi dell'imputato (Sezioni unite Pellizzoni cit.);

- il divieto in questione concerne non soltanto l'entità complessiva della pena ma tutti gli elementi autonomi che concorrono a determinarla (Sezioni unite Morales, cit.), ed è pertanto violato nel caso in cui il giudice dell'impugnazione, pur ritenendo fondato il motivo d'appello dell'imputato relativo a uno di tali elementi, non diminuisca corrispondentemente la pena irrogata dalla sentenza impugnata (Sezioni unite Pellizzoni cit.);
- nel caso in cui il giudice d'appello eluda tale obbligo di diminuzione della pena, aumentando altro elemento che concorre alla determinazione della pena complessiva, non investito da un motivo d'appello del pubblico ministero, si ha una violazione del principio dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello, in forza del quale il giudice d'appello non può intervenire su elementi di pena relativi a capi o a punti in nessun modo coinvolti nell'impugnazione (Sezioni unite Pellizzoni, Morales, e Papola cit.);
- il divieto di *reformatio in peius*, essendo correlato e coerente con l'effetto parzialmente devolutivo dell'appello (Sezioni unite Morales, Papola e C cit.), ha carattere non eccezionale, ed è, pertanto, applicabile anche nel giudizio di rinvio, sebbene espressamente previsto per il solo giudizio d'appello (Sezioni unite "C" cit. e Sez. U, n. 17050 del 11/04/2006, Maddaloni, Rv. 233729);
- l'obbligo di "corrispondente" diminuzione della pena previsto all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., «è limitato ad ipotesi interessate da un metodo di calcolo comportante mere operazioni di aggiunta od eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla pena-base» con esclusione dei casi in cui, in conseguenza dell'accoglimento dell'impugnazione della parte, il giudice debba riesercitare poteri discrezionali (Sezioni unite "Papola" e "C." cit.);
- conseguentemente, il principio parzialmente devolutivo dell'appello e il divieto di *reformatio in peius,* nel caso di impugnazione di una sentenza di condanna per più reati unificati dalla continuazione, hanno effetti profondamente diversi a seconda che i motivi di impugnazione investano la responsabilità o la pena in relazione: ai soli reati satelliti, nel qual caso la fondatezza dell'impugnazione comporta la necessaria riduzione della pena complessiva, attraverso l'eliminazione o la riduzione dell'aumento di pena per la continuazione stabilito dalla sentenza di primo grado, senza che il giudice d'appello possa intervenire a modificare la pena base per il reato più grave, trattandosi di "punto" (*rectius*: "capo") della sentenza non devoluto alla sua cognizione (Sezioni unite Pellizzoni, cit.); oppure al reato ritenuto

più grave dal giudice di primo grado, o all'individuazione stessa del reato più grave tra quelli riconosciuti in continuazione, caso in cui la fondatezza dell'impugnazione non comporta la necessaria riduzione della pena complessiva, ben potendo il giudice d'appello riesercitare il potere di determinazione della pena *ex* art. 81 cod. pen., essendogli (implicitamente) devoluta la cognizione anche sul punto della pena inflitta per i reati satelliti, trattandosi di punto dipendente (o "in connessione essenziale") da quello relativo alla determinazione della pena base (Sezioni unite C., cit.);

- che le norme (come l'art. 597, comma 5, cod. proc. pen.) che ampliano il potere di cognizione del giudice d'appello oltre quanto devoluto dalle parti con i motivi di impugnazione, e attribuiscono poteri d'ufficio al giudice d'appello, hanno carattere eccezionale (con conseguente inammissibilità di una loro interpretazione estensiva o applicazione analogica) in quanto rappresentano deroghe alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello posta dal comma 1 dell'art. 597 cod. proc. pen. (Sezioni unite Papola, Magotti e Punzo cit.).

Pur non spingendosi a dichiararlo espressamente, le Sezioni unite, nelle sentenze "Pellizzoni" "Morales" e "Papola" - riferendo il divieto di *reformatio in peius* ai singoli elementi che concorrono a determinare il complessivo trattamento sanzionatorio inflitto dalla sentenza di primo grado, e ritenendo violato il principio dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello nel caso in cui il giudice eluda l'obbligo di diminuzione di pena previsto dal comma 4, dell'art. 597 cod. proc. pen. aumentando altro elemento che concorre alla determinazione della pena complessiva, non investito da un motivo d'appello del pubblico ministero - hanno posto le basi per configurare i singoli elementi del calcolo della pena quali autonomi punti della decisione impugnata.

Sui singoli elementi del calcolo della pena la cognizione del giudice d'appello è stata infatti ritenuta preclusa in ragione dell'effetto parzialmente devolutivo di tale mezzo di impugnazione, e del fatto che, in tal modo, si elude il divieto di *reformatio in peius*.

Tali premesse sono state sviluppate dalla giurisprudenza successiva che ha riconosciuto la possibilità di enucleare diversi punti nell'ambito del tema del trattamento sanzionatorio in coerenza con il principio della specificità dei motivi di impugnazione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 581, comma 1, lett. c), 591, comma 1, lett. c) e 597, comma 1, cod. proc. pen.

In particolare le Sezioni unite, nella citata sentenza Punzo, escludendo il carattere omnicomprensivo della devoluzione del tema del trattamento sanzionatorio - in quanto in contrasto con il principio della specificità dei motivi di impugnazione - hanno ritenuto l'autonomia del punto della decisione relativo

alla concessione delle pene sostitutive rispetto a quello relativo al trattamento sanzionatorio, devoluto censurando il giudizio di bilanciamento delle circostanze**.** (Nel senso della possibilità di distinguere diversi punti nell'ambito del trattamento sanzionatorio si vedano anche, senza pretesa di esaustività: Sez. 6, n. 20275 del 07/05/2013, M., Rv. 257010; Sez. 6, n. 800 del 06/12/2011 – dep. 2012 -, Bidognetti, Rv. 251529; Sez. 6, n. 37461 del 8/07/2010, Fontana).

Peraltro, la necessità della specificità dei motivi d'appello è stata valorizzata dalle Sezioni unite nella sentenza Galtelli (Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016 - dep. 2017- , Galtelli, Rv. 268822), nell'ambito di una configurazione dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello in linea con le tesi sostenute dalla dottrina contemporanea (secondo cui i motivi di impugnazione limitano i soli poteri di cognizione del giudice d'appello, ai punti a cui si riferiscono, ma non anche i poteri di decisione, che trovano la loro disciplina nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 597 cod. proc. pen.) ma attenta ai temi del frequente uso meramente dilatorio dell'appello dell'imputato, della limitatezza delle risorse della giustizia, e della ragionevole durata del processo.

Le sezioni unite Galtelli, infatti, pur riconoscendo la pienezza dei poteri del giudice d'appello nell'ambito del *devolutum*, hanno accentuato il carattere di strumento di controllo sulla decisione di primo grado dell'appello, affermando che la «*la piena cognitio che caratterizza i poteri del giudice d'appello, privo di vincoli rispetto sia al contenuto dei motivi di ricorso, sia alle argomentazioni svolte dal primo giudice, viene in rilievo solo se e nei limiti in cui questo sia stato legittimamente investito di quei poteri: ciò che può avvenire solo a seguito di un'impugnazione che risulti rispettosa anche delle previsioni di cui all'art.* 581 *cod. proc. pen., funzionali alla tutela di esigenze sistematiche che assumono rilievo costituzionale*», quali quella della ragionevole durata del processo, realizzabile tramite la configurazione del giudizio d'appello come strumento di controllo, su specifici punti e per specifiche ragioni, della decisione impugnata ed evitando *«le iniziative meramente dilatorie che pregiudicano il corretto utilizzo delle risorse giudiziarie, limitate e preziose».*

4. La giurisprudenza delle Sezioni Unite sui rapporti tra effetto parzialmente devolutivo dell'appello, giudicato, e questioni rilevabili d'ufficio.

In ordine al tema dei rapporti tra principio dispositivo, effetto parzialmente devolutivo delle impugnazioni, giudicato e questioni rilevabili d'ufficio da parte del giudice dell'impugnazione, in base alle sentenze delle Sezioni unite Cellerini (Sez. U, n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196890) Tuzzolino (Se. U, n. 1 del 19/01/2000, Tuzzolino, Rv. 216238) Michaeler (Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006

- dep. 2007 -, Michaeler, Rv. 235699) Magotti e Punzo cit., nonché Ricci (Sez. U., n. 12602 del 17/12/2015, dep. 2016, Ricci, Rv. 266818), Bracale (Sez. U., n. 23428 del 22/3/2005, Bracale, Rv. 231164), Cavalera (Sez. U., n. 33542 del 27/6/2001, Cavalera, Rv. 219532), De Luca (Sez. U., n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266) e Aiello (Sez. U., n. 6903 del 27/5/2016, Aiello, Rv. 268965) può ritenersi acquisito:

- la stretta correlazione tra l'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione e il principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni ("disponibilità del rapporto processuale in sede di gravame"), nel senso che il primo è diretta conseguenza del secondo (Sezioni unite Cellerini, Tuzzolino, Michaeler, cit.);
- le nozioni di capo della sentenza (da intendersi, nella sentenza plurima o cumulativa, come «ciascuna decisione emessa relativamente ad uno dei reati attribuiti all'imputato… tale da poter costituire da sola, anche separatamente, il contenuto di una sentenza») e punto della decisione, cui fa espresso riferimento l'art. 597, comma 1, cod. proc. pen., («che ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo»), correlate, rispettivamente, a quella di giudicato parziale e di preclusione conseguente all'effetto parzialmente devolutivo dell'appello (Sezioni unite Tuzzolino e Michaeler cit.);
- la possibilità di distinguere diversi punti nell'ambito del trattamento sanzionatorio (Sezioni unite Punzo cit.);
- la configurazione dei poteri decisori d'ufficio del giudice dell'impugnazione, previsti dagli artt. 129, 597, comma 5, 609, comma 2, cod. proc. pen., come una deroga alla regola del principio devolutivo che amplia, oltre i limiti del devoluto, l'ambito in cui il giudice può esercitare i suoi poteri decisori officiosi, salvo il giudicato parziale (Sezioni unite Tuzzolino Magotti e Punzo cit.);
- la preclusione dell'esercizio dei poteri officiosi del giudice dell'impugnazione (con specifico riguardo a quelli di cui all'art. 129 cod. proc. pen.) nel caso di giudicato sostanziale, ritenuto configurabile sia nel caso giudicato parziale sul singolo capo (Sezioni unite Tuzzolino, cit..) sia nel caso di inammissibilità dell'impugnazione (Sezioni unite Ricci, Bracale, Cavalera, De Luca cit.), anche sul singolo capo della decisione (Sezioni unite Aiello);
- la legittimità, invece, dell'esercizio dei poteri officiosi del giudice dell'impugnazione, in tutti i casi di inammissibilità dell'impugnazione (eccettuato quello per tardività della stessa) limitatamente alla rilevabilità

d'ufficio dell'*abolitio criminis* o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice in ragione dell'eccezionale possibilità di agire "in executivis" sul provvedimento in relazione al quale si è formato il giudicato (Sezioni unite De Luca e Bracale, cit.).

5. La giurisprudenza di legittimità relativa alla nozione di illegalità della pena e al fondamento e ai limiti della sua rilevabilità d'ufficio oltre i limiti del devoluto.

L'analisi della giurisprudenza di legittimità relativa alla nozione di illegalità della pena, e al fondamento e ai limiti della sua rilevabilità d'ufficio oltre i limiti del devoluto, e addirittura oltre il giudicato, sostanziale e formale, appare rilevante al fine di comprendere se sia individuabile un fondamento giuridico alla rilevabilità d'ufficio della illegalità della pena anche quando tale illegalità si risolva in un vantaggio per l'imputato, che giustifichi una deroga alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo dell'appello o al divieto di *reformatio in peius*, e se tale potere officioso sia coerente con il sistema delle impugnazioni delineato dalla giurisprudenza della Corte.

La nozione di pena illegale è frutto di una lunga e progressiva elaborazione giurisprudenziale (in tal senso si veda Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, P., Rv. 273934) che è stata svolta:

- dapprima, nella prospettiva di riconoscere al giudice dell'impugnazione il potere di rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena irrogata in senso sfavorevole all'imputato, oltre i limiti del *devolutum* (cd. illegalità originaria della pena, in *malam partem,* oltre i limiti del devoluto);
- poi, nell'ottica della definizione dei limiti di sindacabilità, quanto alla determinazione della pena, della sentenza resa *ex* art. 444 cod. proc. pen (cd. illegalità originaria della pena, *in malam* e *in bonam partem,* entro i limiti del devoluto);
- successivamente, al fine di evitare l'esecuzione di una pena illegittima, nel caso in cui, dopo che la sentenza di condanna è divenuta irrevocabile, intervenga una pronuncia della Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità costituzionale della norma, diversa da quella incriminatrice, attinente al trattamento sanzionatorio, sulla cui base è stata inflitta la pena da eseguire o in esecuzione (cd. illegalità sopravvenuta della pena, *in malam partem,* prevalente sul giudicato sostanziale e formale);
- quindi al fine di evitare l'esecuzione di una pena illegittima anche nel caso di pena illegale ab origine, in *malam partem;*

- poi al fine di consentire il rilievo d'ufficio, anche in caso di inammissibilità dell'impugnazione (e quindi oltre il giudicato sostanziale), dell'illegalità cd. originaria della pena, infllitta *in malam partem*;
- più recentemente, al fine di consentire la rideterminazione, in sede di cognizione, della pena inflitta sulla base di una norma relativa al trattamento sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui tale pena rientri nei diversi e più favorevoli limiti edittali "ripristinati" a seguito dell'intervento del giudice delle leggi;
- infine, onde consentire, in sede di impugnazione - anche nel caso di inammissibilità del ricorso, per cause diverse dalla tardività - il rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena commisurata in base ai parametri edittali sfavorevoli per l'imputato, previsti da una disposizione relativa al trattamento sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale, e la conseguente rideterminazione del trattamento sanzionatorio alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina.

La nozione di pena illegale, così elaborata dalla giurisprudenza della Corte, secondo prospettive e fini profondamente diversi, comprende dunque:

- sia la pena illegale "ab origine", cioè la pena non corrispondente per specie o per quantità (sia in eccesso che in difetto) a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice e dalle altre disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio;
- sia la pena determinata dal giudice in base a una norma successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, con conseguente applicabilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole (c.d. "illegalità sopravvenuta" della pena).

Dalla disanima della giurisprudenza della Corte emerge che i poteri di rilievo d'ufficio, oltre il *devolutum*, e oltre il giudicato, dell'illegalità della pena (tanto originaria, quanto sopravvenuta) sono stati sempre circoscritti alla sola pena illegale di sfavore, trovando il loro fondamento nella necessità di assicurare il principio costituzionale di legalità della pena, inteso quale garanzia del principio di libertà personale, idonea a giustificare una deroga non soltanto alla preclusione derivante dal principio devolutivo ma addirittura a quella derivante dal giudicato.

La più ampia nozione di pena illegale comprensiva della pena illegale di favore, viene invece in rilievo nella giurisprudenza di legittimità solo entro i limiti del *devolutum,* nell'ottica dell'individuazione dei vizi della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti deducibili tramite il ricorso per cassazione, ben diversa da quella del riconoscimento di poteri di rilievo d'ufficio del giudice

dell'impugnazione in deroga alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione.

5.1. La nozione di pena illegale "ab origine" sviluppata nella giurisprudenza della Corte, al fine di riconoscerne la rilevabilità d'ufficio, oltre i limiti del *devolutum*: la sola pena illegale "di sfavore".

La nozione di pena illegale è stata elaborata dalla giurisprudenza in un primo tempo nella prospettiva di riconoscere al giudice dell'impugnazione un potere decisorio, *in bonam partem*, oltre il *devolutum*.

Tale potere officioso è stato riconosciuto al giudice dell'impugnazione in applicazione analogica prima dell'art. 152 del codice di rito previgente (Sez. 2, n. 595 del 22/01/1988 – dep. 1989 - Gualano, Rv. 180210; Sez. 2, n. 11230 del 04/07/1985, Gioffrè, Rv. 171202; Sez. 5 n. 6280 del 21/03/1985, De Negri, Rv. 169897; Sez. 4, n. 3369 del 22/01/1985, Laranga, Rv. 168651) e poi dell'art. 129 del codice del 1988 (Sez. 3, n. 3877 del 14/11/1995, Prati, Rv. 203205; Sez. 4, n. 39631 del 24/09/2002, Gambini, Rv. 225693; Sez. 5, n. 3945 del 13/11/2002 - dep. 2003, De Salvo, Rv. 224220; Sez. 2, n. 44667 del 08/07/2013, Aversano, Rv. 257612), in ragione di «*un fondamentale principio di giustizia ricollegato a quello di tutela della libertà del cittadino*» e della necessità di evitare la lesione del valore costituzionale della legalità della pena di cui all'art. 25 Cost., che prevale sul principio devolutivo di cui all'art. 597 cod. proc. pen. «*per i fondamentali principi costituzionali di libertà che ne sono sottesi, e per il principio del favor rei che, altrimenti, risulterebbe in concreto vanificato*» (Sez. 5, n. 10054 del 22/05/1980, Taormina, Rv. 146121; Sez. 2, n. 12991 del 19/02/2013, Stagno, Rv. 255197; Sez. 1, n. 8405 del 21/01/2009, Porreca, Rv. 242973)

In tale ambito, conformemente con la *ratio* posta alla base della sua rilevabilità d'ufficio, la pena illegale rilevabile d'ufficio è quella irrogata dal giudice di merito «*superiore ai limiti edittali ovvero in genere o specie più grave di quella prevista in astratto*» (Sez. 3, n. 3877 del 14/11/1995, Prati, Rv. 203205).

La pena illegale di favore per l'imputato non viene, invece ritenuta rilevabile d'ufficio, in mancanza dell'articolazione di un corrispondente motivo di impugnazione del pubblico ministero, né nel giudizio d'appello (Sez. 3, n. 34139 del 07/06/2018, Xhixha, Rv 273677), né in quello di legittimità (Sez. 4, n. 49404 del 21/11/2013, Colombini, Rv. 258128; Sez. 5, n. 44897 del 30/09/2015, Galiza Lima, Rv. 265529 e Sez. 6, n. 49858 del 20/11/2013, G., Rv. 257672), in ragione:

- della preclusione derivante alla cognizione del giudice dell'impugnazione dall'effetto devolutivo della stessa;

- del divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata dall'imputato che non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione;

- del fatto che, in caso di illegalità della pena in senso favorevole all'imputato, non vengono in gioco il valore costituzionale di legalità della pena di cui all'art. 25 Cost. né il principio della funzione rieducativa della pena, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., che stanno a fondamento del potere di rilievo d'ufficio della pena illegale sfavorevole.

5.2. La nozione di pena illegale elaborata dalla giurisprudenza della Corte ai fini della definizione dell'ambito della sindacabilità della sentenza ex art. 444 cod. proc. pen.: la pena illegale sia di favore che di sfavore, nei limiti del *devolutum*.

In una prospettiva completamente diversa, volta a definire i limiti di sindacabilità in sede di legittimità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti quanto alla determinazione della pena, la nozione di pena illegale è stata estesa dalla giurisprudenza anche alla pena illegale di favore.

Si tratta di un'ottica differente perché non è volta a riconoscere alla Corte di cassazione un potere officioso oltre il *devolutum*, ma a circoscrivere - a fronte di impugnazione dell'imputato o del pubblico ministero - il sindacato del giudice di legittimità in relazione alla determinazione della pena applicata ex art. 444 cod. proc. pen., cioè la deducibilità con il ricorso per cassazione dei vizi inerenti la legalità della pena.

In tale diversa ottica, viene in gioco una nozione più ampia di pena illegale che comprende non soltanto la pena diversa per genere o specie, in senso sfavorevole all'imputato (Sez. 5, n. 13589 del 19/02/2015, B., Rv. 262943; Sez. 2, n. 24411 del 09/06/2010, Calandra, Rv. 247856; Sez. 5, n. 24054 del 23/05/2014, Restaino, Rv. 259894; Sez. 5, n. 5018 del 19/10/1999 - dep. 2000, Rezel D, Rv. 215673; Sez. 1, n. 17108 del 18/02/2004, Merlini, Rv. 228650; Sez. 1, n. 2174 del 14/03/1997, Salvatori, Rv. 207246; Sez. 1, n. 2322 del 22/05/1992, Riccardi, Rv. 191362) ma anche la pena illegale in senso favorevole all'imputato perché inferiore rispetto a quella astrattamente irrogabile (**Sez. 4, n. 10688 del 05/03/2020, Tonoli, Rv. 278970**; Sez. 5, n. 49546 del 21/09/2018, Antinori, Rv. 274600; Sez. 6, n. 44336 del 05/10/2004, Mastrolorenzi, Rv. 230252; Sez. 6, n. 18173 del 04/11/2002 - dep. 2003 -, Broccolo, Rv. 225186; Sez. 5, n. 1749 del 19/04/1999, Schirra, Rv. 213211; Sez. 1, n. 5313 del 26/09/1997, Nisi, Rv. 208971; Sez. 3, n. 29985 del 03/06/2014, Lan, Rv. 260263; Sez. 3, Sentenza n. 1883 del 22/09/2011 - dep. 2012, La Sala, Rv. 251796; Sez. 5, n. 46790 del

25/10/2005, Grifantini, Rv. 233033; Sez. 5, Sentenza n. 40840 del 20/09/2004, Terzetti, Rv. 230216; Sez. 6, n. 4917 del 03/12/2003 - dep. 2004, Pianezza, Rv. 229995; Sez. 5, n. 1743 del 19/04/1999, Fracasso, Rv. 213210; Sez. 3 n. 34302 del 14/06/2007, Catuogno, Rv. 237124; Sez. 5, n. 1411 del 22/09/2006 - dep. 2007 - , Braidich, Rv. 236033; Sez. 1, n. 16766 del 07/04/2010, Ndiaye, Rv. 246930), o diversa in senso favorevole all'imputato rispetto a quella prevista dalla legge (Sez. 1, n. 4828 del 12/11/1993 - dep. 1994, Boccanera, Rv. 196088).

Tale più ampia nozione di pena illegale, comprensiva della pena illegale di favore, viene in rilievo nell'ambito del (e non in deroga al) principio devolutivo, consentendosi il sindacato della Corte di cassazione sulla pena illegale di favore per l'imputato, in relazione allo (e in ragione dello) specifico motivo di ricorso proposto sul punto dal pubblico ministero.

Al riguardo si segnala che, proprio in tema di sindacato in sede di legittimità sulla legalità della pena applicata su accordo delle parti, la Corte, nella già citata sentenza Bosco (Sez. 5, n. 771 del 15/02/2000, Bosco, Rv. 215727, pronunciatasi sul ricorso per cassazione proposto dal pubblico ministero - avverso una sentenza che su accordo delle parti aveva applicato la pena di "giorni sei di reclusione" - con cui era stato dedotto un vizio di motivazione della sentenza, ma non l'illegalità della pena applicata), pur dando atto dell'illegalità della pena in quanto inferiore al minimo edittale, ha ritenuto che tale illegalità, in quanto favorevole all'imputato, non potesse essere rilevata d'ufficio, in quanto la possibilità di correggere in sede di legittimità la illegalità della pena, in osservanza all'art. 1 cod. pen. ed in forza del compito istituzionale proprio della Corte di cassazione di correggere le deviazioni da tale disposizione, è limitata all'ipotesi in cui l'errore sia avvenuto a danno e non in vantaggio dell'imputato, essendo anche in detta sede non superabile il limite del divieto della *reformatio in peius* (enunciato per il giudizio di appello, ma espressione di un principio generale, valevole anche per il giudizio di cassazione).

Solo in una isolata e risalente pronuncia (Sez. 1, n. 1711 del 14/04/1994, Marchese, Rv. 197464) la Corte risulta, per vero, avere affermato la rilevabilità d'ufficio della violazione del principio di legalità della pena pur se non dedotta nei motivi di impugnazione, in una fattispecie in cui la pena inflitta su accordo delle parti era stata determinata in misura inferiore ai minimi edittali, e in cui il ricorso per cassazione del pubblico ministero concerneva profili diversi da quello dell'entità della pena.

Nell'ambito del controllo di legittimità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, e sempre nei limiti del devoluto, la nozione di pena illegale è stata estesa anche al caso di «*pena determinata attraverso una riduzione per il patteggiamento non consentita per la mancanza dei presupposti richiesti dalla legge per l'accesso*

al rito speciale» (**Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019 – dep. 2020, Bentivogli, Rv. 278014**; Sez. 2, n. 23548 del 30/04/2019, P., Rv. 276120; Sez. 6, n. 3828 del 10/01/2019, Taha Bouzekri, Rv. 274981 e Sez. 2, n. 54958 del 11/10/2017, D'Onofrio, Rv. 271526)

L'illegalità della pena viene, in tal caso, riconosciuta partendo dal dato secondo cui, sebbene l'illegalità originaria sia in linea di massima riconducibile all'applicazione di una pena diversa da quella stabilita per un reato ovvero inferiore o superiore ai relativi limiti edittali, tuttavia «l'illegalità deve essere più in generale valutata con riguardo a tutti i limiti che presiedono alla sua concreta determinazione, tali per cui l'eventuale superamento debba ritenersi contra legem», ivi compresi i limiti previsti per il rito speciale di cui all'art. 444 cod. proc. pen. tra cui «quello della reclusione non superiore ad anni cinque, contemplato dal primo comma, e quello della reclusione non superiore ad anni due, contemplato dal comma 1-bis. Il superamento di un siffatto limite, che inerisce al contenuto intrinseco dell'accordo e dunque alla pena applicata, ne determina l'illegalità, in quanto non consentita nel quadro applicativo del rito speciale, illegalità pertanto deducibile ai sensi dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen.» (Sez. 6, n. 3828 del 10/01/2019, Taha Bouzekri, Rv. 274981).

6. La giurisprudenza di legittimità sulla prevalenza del principio costituzionale di legalità della pena sul giudicato.

La nozione di illegalità della pena è venuta poi in rilievo, nella elaborazione della giurisprudenza di legittimità, nell'ottica di evitare l'esecuzione della pena illegale inflitta in *malam partem* con sentenza irrevocabile, e di individuare quindi, un rimedio che consenta l'intervento, in sede esecutiva, sul giudicato formale, per la riconosciuta prevalenza, sui valori ad esso sottesi, del principio costituzionale di legalità della pena, in ragione della funzione di garanzia della libertà individuale ad esso riconosciuta.

In tale prospettiva il problema si è posto, dapprima, con riferimento alla pena inflitta in base a una disposizione, relativa al trattamento sanzionatorio, dichiarata incostituzionale dopo l'intervenuta irrevocabilità della sentenza, con conseguente applicabilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole.

In tale ambito è emersa la nozione della c.d. illegalità "sopravvenuta" della pena, ed è stata individuata la soluzione della rideterminazione della pena *in executivis*, in ragione della riconosciuta prevalenza del principio costituzionale di legalità della pena sul giudicato formale.

La soluzione della rideterminazione della pena *in executivis* è stata poi estesa, per la medesima ragione, dalla giurisprudenza della Corte anche ai casi di pena illegale "ab origine" inflitta *in malam partem,* con sentenza irrevocabile.

Quindi, si è iniziato a riconoscere la prevalenza del principio costituzionale di legalità della pena anche sul giudicato sostanziale, consentendo il rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena di sfavore in sede di cognizione, anche nel caso di inammissibilità dell'impugnazione, per cause diverse dalla tardività.

Infine, con riguardo alla cd. illegalità sopravvenuta della pena, è stata estesa la nozione di pena illegale anche a quella determinata sulla base di parametri edittali dichiarati incostituzionali, pur se rientrante nei più favorevoli limiti edittali "ripristinati" per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Tanto al fine di consentire la rideterminazione, in sede di cognizione, della pena determinata sulla base di una norma dichiarata incostituzionale con conseguente applicabilità di un più favorevole regime sanzionatorio, dando rilievo, nell'ambito della nozione di pena illegale, non più soltanto al "risultato finale" della commisurazione giudiziale della pena, ma anche allo stesso procedimento giudiziale di commisurazione, allorchè si sia fondato su parametri dichiarati costituzionalmente illegittimi, stante la rilevanza costituzionale del principio di proporzionalità della pena.

6.1. L'individuazione di un rimedio *in executivis* all'illegalità "sopravvenuta" della pena per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione relativa al trattamento sanzionatorio.

La nozione di illegalità della pena è stata estesa dalle Sezioni unite della Corte (Sez. U., n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano Rv. 258649- 258650- 258651; Sez. U., n. 42858 del 29/05/2014, Gatto Rv. 260695 - 260696 – 260697- 260698 – 260699 -260700 e Sez. U., n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264859) anche alla pena inflitta in base a una disposizione, relativa al trattamento sanzionatorio, dichiarata incostituzionale dopo l'intervenuta irrevocabilità della sentenza, con conseguente applicabilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole, nella prospettiva di evitare l'esecuzione di una pena costituzionalmente illegittima, e di individuare un rimedio all'irrevocabilità delle decisioni penali volto a ripristinare la legalità della pena.

In tale prospettiva, la nozione di illegalità della pena viene estesa, non venendo più limitata all'illegalità cd. "originaria" (integrata nel caso di pena non corrispondente per specie o per quantità - sia in eccesso che in difetto - a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice) ma comprendendosi anche la cd. "illegalità sopravvenuta", integrata dalla pena inflitta in base a una

disposizione relativa al trattamento sanzionatorio, successivamente dichiarata incostituzionale, con conseguente applicabilità di un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Si verte, tuttavia, sempre intorno all'individuazione di un rimedio alla pena inflitta *in malam partem*, sebbene l'illegalità della pena non dipenda dal suo essere stata inflitta "extra o contra legem", bensì dall'intervento, dopo il giudicato formale, di una declaratoria di illegittimità costituzionale che abbia reso applicabile un trattamento sanzionatorio in senso lato (comprensivo della riduzione per il rito: si vedano le Sezioni unite Ercolano) di maggior favore.

Con le sentenze delle Sezioni unite "Ercolano", "Gatto" e "Marcon" emerge, quindi, la nozione di "illegalità sopravvenuta della pena", perché inflitta sulla base di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima successivamente al giudicato formale, che non può avere esecuzione non essendo legittimata da una legge conforme alla Costituzione (artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo) e non potendo assolvere alla funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost.

L'ostacolo all'esecuzione della pena determinata sulla base di una norma dichiarata incostituzionale (il "*divieto di dare esecuzione a una pena illegittima*", quale principio costituzionale) viene individuato nella necessità, derivante dagli artt. 13, comma secondo, 25, comma secondo Cost., che la restrizione della libertà personale del condannato sia legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione; con la conseguenza che il diritto fondamentale alla libertà personale, e più in generale dei diritti della persona, prevalgono sul valore del giudicato, in relazione al quale viene riconosciuta copertura costituzionale soltanto nella sua dimensione di garanzia dell'individuo ("ne bis in idem"), e non anche per le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, proprie della collettività, che pure gli sono sottese.

Emerge, quindi, da tali sentenze, che il principio di legalità della pena, che impedisce di dare esecuzione alla pena illegale, è quello inteso nell'accezione costituzionale di garanzia dell'individuo, volto, in ultima analisi, a garantire la libertà personale, e che la pena illegale che non può ricevere esecuzione è conseguentemente soltanto quella inflitta *in malam partem*, al pari di quella rilevabile d'ufficio oltre il *devolutum*.

6.2. L'estensione del rimedio *in executivis* alla pena illegale *ab origine*, in senso sfavorevole all'imputato.

La prevalenza del valore della legalità della pena sulla intangibilità del giudicato, con conseguente possibilità di rideterminare la pena in sede esecutiva

- consacrata dalle Sezioni unite Ercolano e Gatto con riferimento alla pena inflitta in base a una disposizione relativa al trattamento sanzionatorio dichiarata incostituzionale dopo l'irrevocabilità della sentenza - è stata successivamente ribadita dalle Sezioni unite, nella sentenza Basile (Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327 - 262328) riguardo alle pene accessorie applicate "extra o contra legem" e nella sentenza, Butera (Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106), anche con riferimento alla pena illegale "ab origine" perché non prevista dall'ordinamento giuridico ovvero, per specie e quantità, eccedente il limite legale (sia pure in un *obieter dictum,* che avalla i principi espressi sul punto dalle Sezioni semplici: Sez. 1, n. 1436 del 25/06/1982, Carbone, Rv 156173; Sez. 5, n. 809 del 29/04/1985, Lattanzio, Rv 169333; Sez. 1, n. 4869 del 06/07/2000, Colucci, Rv 216746; Sez. 1, n. 12453 del 03/03/2009, Alfieri, Rv 243742; Sez. 4, n. 26117 del 16/05/2012, Toma, Rv 253562; Sez. 1, n. 38712 del 23/01/2013, Villirillo, Rv 256879; Sez. 1, n. 14677 del 20/01/2014, Medulla, Rv 259733).

Ciò in ragione del divieto di dare esecuzione alla pena illegale, espressione del principio di legalità della pena, che informa in sé tutto il sistema penale e non può ritenersi operante solo in sede di cognizione, e che vieta, pertanto, che una pena che non trovi fondamento in una norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, possa avere esecuzione, essendo avulsa da una pretesa punitiva dello Stato.

Il rilievo costituzionale del principio di legalità della pena - volto a dare «*fondamento legale alla potestà punitiva del giudice*» e a evitare «*che il potere discrezionale del giudice si trasformi in arbitrio*» - palesemente violato nel caso di pena determinata in contrasto con il dato normativo, viene ritenuto prevalente sul valore costituzionale intrinseco all'intangibilità del giudicato, per la necessità di tutela della libertà personale, garantita costituzionalmente.

6.3. La giurisprudenza relativa alla rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena inflitta in malam partem, in caso di inammissibilità dell'impugnazione.

La Corte, a Sezioni unite, ha ritenuto che l'inammissibilità dell'impugnazione per tardività preclude la rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena, essendosi il giudicato sostanziale già trasformato in giudicato formale in conseguenza del decorso del termine previsto per l'impugnazione (Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106; lo stesso principio è stato ritenuto applicabile al caso di inammissibilità per tardività dell'appello da Sez. 5, n. 37931 del 05/05/2017, T., Rv. 270824).

Nel caso di ricorso inammissibile per cause diverse dalla tardività, l'illegalità della pena inflitta *in malam partem*, è stata ritenuta rilevabile d'ufficio sia in relazione alla pena determinata in misura superiore al massimo edittale (Sez. 5, n. 46122 del 13/06/2014, Oguekemma, Rv. 262108; Sez. 4, n. 17221 del 02/04/2019, Iacovelli, Rv. 275714; Sez. 1, n. 15944 del 21/03/2013, Aida, Rv. 255684), sia in relazione all'applicazione di una circostanza aggravante entrata in vigore successivamente al fatto commesso (Sez. 5, n. 27945 del 17/05/2018, Bonavita, Rv. 273234), sia relativamente all'illegalità della pena accessoria (Sez. 2, n. 7188 del 11/10/2018 - dep. 2019 - Elgendy Ashraf Ahmed Aly, Rv. 276320 e Sez. 3, n. 6997 del 22/11/2017 - dep. 2018, C., Rv. 272090).

Con riferimento alla rilevabilità d'ufficio, in caso di inammissibilità dell'impugnazione, dell'illegalità della pena connessa all'omessa applicazione delle sanzioni previste per i reati di competenza del giudice di pace, si registrano, tuttavia, orientamenti diversi nella giurisprudenza della Corte: se alcune sentenze, infatti, ne affermano la rilevabilità d'ufficio (Sez. 5, n. 24128 del 27/04/2012, Di Cristo, Rv. 253763; Sez. 5, n. 51726 del 12/10/2016, Sale, Rv. 268639; Sez. 5, n.552 del 07/07/2016, - dep. 2017-, Jomle, Rv. 268593), tuttavia, in senso contrario, si è ritenuto che l'inammissibilità dell'impugnazione, impedendo il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio, preclude sempre l'esercizio del potere del giudice dell'impugnazione di cognizione e decisione su qualsiasi questione, e quindi anche su quelle rilevabili d'ufficio, quale quella dell'illegalità della pena inflitta *in malam partem* (Sez. 5 n. 24926 del 03/12/2003 – dep. 2004, Marullo, Rv. 229812 e Sez. 5, n. 36293 del 09/07/2004, Raimo, Rv. 230636).

Secondo un ulteriore, diverso, orientamento, invece, la rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena, nel giudizio di legittimità, in caso di inammissibilità del ricorso per ragioni diverse dalla tardività, dipende dalla deducibilità o meno, in sede di esecuzione, della specifica causa di illegalità (**Sez. 5, n. 15817 del 18/02/2020, Di Rocco, Rv. 279252,** che ha escluso la rilevabilità di ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., della illegalità della pena derivante dalla erronea applicazione delle pene in tema di reati di competenza del giudice di pace, conformemente a quanto affermato, in un *obiter dictum,* dalle citate Sezioni unite Butera in punto di non emendabilità, in sede esecutiva, di tale ipotesi di illegalità della pena).

6.4. Le Sezioni unite "Jazouli" e "Sebbar": la precisazione e l'ampliamento della nozione di illegalità sopravvenuta della pena, e la sua rilevabilità d'ufficio anche nel caso di inammissibilità del ricorso.

La nozione di illegalità sopravvenuta della pena è stata recentemente approfondita e ampliata dalle Sezioni unite della Corte (Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264207 e Sez. U., n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263717) nell'ottica di consentire la rideterminazione, in sede di cognizione, della pena inflitta sulla base di una norma relativa al trattamento sanzionatorio successivamente dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui tale pena rientri nei diversi e più favorevoli limiti edittali "ripristinati" a seguito dell'intervento del giudice delle leggi.

Le Sezioni unite Jazouli e Sebbar come è noto, si sono pronunciate in occasione della rimessione delle questioni interpretative postesi in relazione alle ricadute della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 che, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49, (nota come "legge Fini-Giovanardi", che aveva eliminato la differenza di trattamento sanzionatorio tra droghe cd. "leggere" e droghe cd. "pesanti") determinando la reviviscenza dell'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nell'originaria formulazione che prevede pene più miti per le droghe leggere.

Il problema riguardava l'applicabilità della disciplina penale più favorevole soggetta a "reviviscenza", per effetto della pronuncia della Consulta, nei processi in corso per i fatti commessi nella vigenza della legge n. 49 del 2006, nel caso in cui il giudice di merito, pur avendo usato per il calcolo i limiti edittali dichiarati incostituzionali, avesse in concreto inflitto una sanzione rientrante nei rinnovati limiti edittali.

In tale prospettiva, viene approfondita la nozione di pena illegale *in malam partem* derivante da vizio sopravvenuto di incostituzionalità della norma sulla cui base è stato determinato il trattamento sanzionatorio: si evidenzia come anche l'"illegalità sopravvenuta della pena" sia un'illegalità originaria, nel senso che quella che sopravviene è la declaratoria di illegittimità costituzionale che però rileva un vizio che è originario (Sezioni unite Jazouli).

Inoltre, viene ampliata la nozione di illegalità della pena inflitta *in malam partem*, rilevabile d'ufficio in sede di impugnazione, oltre il caso della pena inflitta "extra o contra legem", in relazione alla quale la giurisprudenza della Corte aveva sempre predicato la rilevanza del solo "risultato finale".

La pena complessivamente legittima, ma determinata secondo un percorso argomentativo viziato, non viene, infatti, ritenuta illegale né nella prospettiva della

rilevabilità d'ufficio oltre il *devolutum* (tra le altre, Sez. 5, n. 8639 del 20/1/2016, De Paola, Rv. 266080; Sez. 6, n. 32243 del 15/07/2014, Tanzi, Rv. 260326; Sez. 2, n. 12991 del 07/05/2013, Stagno, Rv. 255197; Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255729; Sez. 6, n. 20275 del 07/05/2013, M., Rv. 257010; Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255729; Sez. 6, n. 20275 del 07/05/2013, M., Rv. 257010), né in quella dei limiti dell'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, quando vengano dedotti motivi attinenti al trattamento sanzionatorio (Sez. 6, n. 44907 del 30/10/2013; Marchisella, Rv. 257151; Sez. 3, n. 28641 del 28/05/2009, Fontana, Rv. 244582; Sez. 4, n. 1853 del 17/11/2005 - dep. 2006, Federico, Rv. 233185; Sez. 4, n. 518 del 28/01/2000, Carrello, Rv. 216881; Sez. 5, n. 5047 del 21/10/1999, Paulon, Rv. 214602; Sez. 5, n. 3351 del 29/05/1998 - dep. 1999, Carli, Rv. 212379; nello stesso senso, anche dopo l'introduzione dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, Sez. 5, n. 18304 del 23/01/2019, Rosettani, Rv. 275915. Ispirata allo stesso principio, sebbene inespresso, sembrerebbe anche Sez. 2, n. 400 del 25/01/2000, Foschi, Rv. 215409).

Le Sezioni unite Jazouli estendono, invece, la nozione di pena illegale di sfavore - rilevabile d'ufficio in sede di impugnazione, oltre il *devolutum* – ricomprendendovi anche il caso di pena determinata in base ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale, (e quindi in base a una cornice edittale sostanzialmente mai esistita) anche se rientrante nella cornice edittale ripristinata: tale pena è illegale in quanto in contrasto del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, con conseguente rilevanza della illegalità non soltanto del risultato finale, ma anche del procedimento di commisurazione della pena (Sezioni unite Jazouli).

La nozione di pena illegale di sfavore, rilevabile d'ufficio in sede di impugnazione, oltre il *devolutum*, viene, inoltre, estesa anche al caso in cui, in base alla norma dichiarata incostituzionale, sia stato determinato il solo aumento per la continuazione, in relazione al meno grave reato satellite, richiamando un più ampio concetto di "pena legale", che comprende non soltanto la pena prevista – tra un minimo e un massimo – per le singole fattispecie penali, ma, «*anche quella risultante dalle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio*», quali sono, appunto, tra le altre, quelle concernenti il reato continuato (Sezioni unite "Sebbar").

L'illegalità sopravvenuta della pena così individuata (cioè l'illegalità della pena inflitta in base ai parametri edittali sfavorevoli per l'imputato previsti da una disposizione relativa al trattamento sanzionatorio, successivamente dichiarata incostituzionale, con reviviscenza di limiti edittali più favorevoli) viene, infine,

ritenuta dalle Sezioni unite rilevabile d'ufficio anche nel caso di inammissibilità del ricorso, per cause diverse dalla tardività (Sezioni unite Jazouli) in ragione:

- della contiguità della situazione in cui la declaratoria di incostituzionalità riguardi la pena con quella in cui la declaratoria di incostituzionalità riguardi la norma incriminatrice, «*dovendo il reato essere inteso nella sua dimensione globale, considerando tutti gli elementi normativi che lo conformano*», e quindi anche la sanzione;
- e del fatto che anche nel caso di declaratoria di incostituzionalità di norma relativa al trattamento sanzionatorio (così come in quello di declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice) è consentito l'intervento in sede di esecuzione, ai fini di rideterminare la pena in favore del condannato, così come statuito dalle già citate Sezioni unite Gatto.

7. La sentenza delle Sezioni Unite.

Da quanto è desumibile dalla notizia di decisione sembra che le Sezioni Unite della Corte, con la sentenza del 17/12/2020, Acquistapace – riconoscendo il dovere del giudice d'appello di applicare la diminuente di rito nella misura di legge nel caso in cui ritenga fondato l'appello proposto dal solo imputato sul punto, anche allorquando la pena irrogata dal giudice di primo grado sia illegale perché in violazione dei limiti edittali, e di favore per l'imputato - si siano poste in linea di continuità con l'elaborazione della giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte in tema di rapporto tra principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni, regole dell'effetto parzialmente devolutivo delle impugnazioni e del divieto di *reformatio in peius*, in tema di rapporto tra tale divieto e norma di cui all'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., in tema di natura eccezionale dei poteri di rilievo d'ufficio riconosciuti dalla legge al giudice dell'impugnazione oltre il devoluto, e in punto di limitazione del potere (non previsto dalla legge) di rilievo d'ufficio dell'illegalità della pena nei soli casi di illegalità *in malam partem*, in ragione del fondamento di tale potere, ravvisato nel principio costituzionale di legalità della pena quale garanzia posta a presidio della libertà personale.

Si attende il deposito della motivazione per comprendere se vi sia stata anche l'adesione, da parte delle Sezioni Unite, alla tesi espressa nella giurisprudenza delle Sezioni semplici secondo cui la statuizione relativa al trattamento sanzionatorio è suscettibile, ai fini della devoluzione in sede di impugnazione, di suddivisione in una pluralità di punti della decisione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 10054 del 22/05/1980, Taormina, Rv. 146121
Sez. 4, n. 3369 del 22/01/1985, Laranga, Rv. 168651
Sez. 5 n. 6280 del 21/03/1985, De Negri, Rv. 169897
Sez. 2, n. 11230 del 04/07/1985, Gioffrè, Rv. 171202
Sez. 2, n. 595 del 22/01/1988 – dep. 1989 - Gualano, Rv. 180210
Sez. 1, n. 2322 del 22/05/1992, Riccardi, Rv. 191362
Sez. 1, n. 4828 del 12/11/1993 - dep. 1994 -, Boccanera, Rv. 196088
Sez. U, n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196890
Sez. U, n. 7346 del 16/03/1994, Magotti, Rv. 197700
Sez. 1, n. 1711 del 14/04/1994, Marchese, Rv. 197464
Sez. U, n. 5978 del 12/05/1995, P., Rv. 201034
Sez. 3, n. 3877 del 14/11/1995, Prati, Rv. 203205
Sez. 1, n. 2174 del 14/03/1997, Salvatori, Rv. 207246
Sez. 1, n. 5313 del 26/09/1997, Nisi, Rv. 208971
Sez. 5, n. 3351 del 29/05/1998 - dep. 1999, Carli, Rv. 212379
Sez. 5, n. 1749 del 19/04/1999, Schirra, Rv. 213211
Sez. 5, n. 1743 del 19/04/1999, Fracasso, Rv. 213210
Sez. 5, n. 5018 del 19/10/1999 - dep. 2000 -, Rezel, Rv. 215673
Sez. 5, n. 5047 del 21/10/1999, Paulon, Rv. 214602
Sez. U, n. 1 del 19/01/2000, Tuzzolino, Rv. 216238
Sez. 2, n. 400 del 25/01/2000, Foschi, Rv. 215409
Sez. 4, n. 518 del 28/01/2000, Carrello, Rv. 216881
Sez. 5, n. 771 del 15/02/2000, Bosco, Rv. 215727
Sez. U., n. 32 del 22/11/2000, De Luca, Rv. 217266
Sez. U., n. 33542 del 27/6/2001, Cavalera, Rv. 219532
Sez. 6, n. 18173 del 04/11/2002 - dep.2003 -, Broccolo, Rv. 225186
Sez. 6, n. 4917 del 03/12/2003 - dep. 2004 -, Pianezza, Rv. 229995
Sez. 1, n. 17108 del 18/02/2004, Merlini, Rv. 228650
Sez. 5, n. 40840 del 20/09/2004, Terzetti, Rv. 230216
Sez. 6, n. 44336 del 05/10/2004, Mastrolorenzi, Rv. 230252
Sez. U., n. 23428 del 22/3/2005, Bracale, Rv. 231164
Sez. U, n. 40910 del 27/09/2005, Morales, Rv. 232066
Sez. 5, n. 46790 del 25/10/2005, Grifantini, Rv. 233033
Sez. 4, n. 1853 del 17/11/2005 - dep. 2006 -, Federico, Rv. 233185
Sez. U, n. 17050 *del* 11/04/2006, Maddaloni, Rv. 233729
Sez. 5, n. 1411 del 22/09/2006 - dep. 2007 -, Braidich, Rv. 236033

Sez. U, n. 10251 del 17/10/2006 - dep. 2007 -, Michaeler, Rv. 235699
Sez. 3, n. 7306 del 25/01/2007, Bougataya Assan
Sez. 3 n. 34302 del 14/06/2007, Catuogno, Rv. 237124
Sez. 3, n. 39882 del 03/10/2007, Costanzo, Rv. 238009
Sez. 1, n. 8405 del 21/01/2009, Porreca, Rv. 242973
Sez. 3, n. 28641 del 28/05/2009, Fontana, Rv. 244582
Sez. 1, n. 16766 del 07/04/2010, Ndiaye, Rv. 246930
Sez. 2, n. 24411 del 09/06/2010, Calandra, Rv. 247856
Sez. 6, n. 37461 del 8/07/2010, Fontana
Sez. 3, n. 1883 del 22/09/2011 - dep. 2012 -, La Sala, Rv. 251796
Sez. 6, n. 800 del 06/12/2011 – dep. 2012 -, Bidognetti, Rv. 251529
Sez. 4, n. 6966 del 20/11/2012 - dep.2013 -, Martinelli, Rv. 254538
Sez. 2, n. 12991 del 19/02/2013, Stagno, Rv. 255197
Sez. 2, n. 22136 del 19/02/2013, Nisi, Rv. 255729
Sez. U, n. 33752 del 18/04/2013, Papola, Rv. 255660
Sez. 6, n. 20275 del 07/05/2013, M., Rv. 257010
Sez. 2, n. 12991 del 07/05/2013, Stagno, Rv. 255197
Sez. 6, n. 20275 del 07/05/2013, M., Rv. 257010
Sez. 6, n. 44907 del 30/10/2013; Marchisella, Rv. 257151
Sez. U., n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano Rv. 258649- 258650- 258651
Sez. 6, n. 49858 del 20/11/2013, G., Rv. 257672
Sez. 4, n. 49404 del 21/11/2013, Colombini, Rv. 258128
Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258652
Sez. 5, n. 24054 del 23/05/2014, Restaino, Rv. 259894
Sez. U., n. 42858 del 29/05/2014, Gatto Rv. 260695
Sez. 3, n. 29985 del 03/06/2014, Lan, Rv. 260263
Sez. 6, n. 32243 del 15/07/2014, Tanzi, Rv. 260326
Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327 - 262328
Sez. 5, n. 13589 del 19/02/2015, B., Rv. 262943
Sez. U., n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264859
Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264207
Sez. U., n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263717
Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265106
Sez. 5, n. 44897 del 30/09/2015, Galiza Lima, Rv. 265529
Sez. U., n. 12602 del 17/12/2015 - dep. 2016 -, Ricci, Rv. 266818
Sez. 5, n. 8639 del 20/1/2016, De Paola, Rv. 266080
Sez. U., n. 6903 del 27/5/2016, Aiello, Rv. 268965
Sez. U, n. 8825 *del* 27/10/2016 - dep. 2017 -, Galtelli, Rv. 268822
Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125

Sez. 2, n. 54958 del 11/10/2017, D'Onofrio, Rv. 271526
Sez. 5, n. 51615 del 17/10/2017, Pala, Rv. 271604
Sez. 3, n. 34139 del 07/06/2018, Xhixha, Rv 273677
Sez. 5, n. 49546 del 21/09/2018, Antinori, Rv. 274600
Sez. 6, n. 3828 del 10/01/2019, Taha Bouzekri, Rv. 274981
Sez. 5, n. 18304 del 23/01/2019, Rosettani, Rv. 275915
Sez. 2, n. 23548 del 30/04/2019, P., Rv. 276120
Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019 – dep. 2020 -, Bentivogli, Rv. 278014
Sez. 4, n. 10688 del 05/03/2020, Tonoli, Rv. 278970

SEZIONE II

CAUSE DI NON PUNIBILITA' E DI GIUSTIFICAZIONE

CAPITOLO I

L'APPLICABILITÀ DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITA' DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La natura della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen. - 3. L'orientamento che esclude l'applicabilità della causa di non punibilità al convivente more uxorio. - 3.1 La non estensibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale. - 4. L'orientamento favorevole ad un'interpretazione estensiva "in bonam partem" della norma.

1. Premessa

L'art. 384, comma 1, cod. pen., prevede la non punibilità dei reati contro l'amministrazione della giustizia specificamente contemplati (si tratta dei reati di omessa denuncia di reato di cui agli artt. 361, 362 , 363 e 364 cod. pen., omissione di referto, rifiuto di uffici legalmente dovuti, autocalunnia, false informazioni al pubblico ministero o al Procuratore della Corte penale internazionale, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione, frode processuale e favoreggiamento personale) qualora commessi dal soggetto per la necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto (c.d. soccorso di necessità) da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore.

La *ratio* di tale disposizione viene comunemente individuata nella rilevanza attribuita dal legislatore, da un lato, all'istinto di conservazione della libertà e dell'onore proprio – secondo il principio del *nemo tenetur se detegere* – e, dall'altro, nel riconoscimento della forza incoercibile dei sentimenti familiari.

Il secondo comma dell'art. 384 cod. pen. prevede, invece, un'ipotesi d'irresponsabilità penale per i reati di false informazioni al pubblico ministero o al Procuratore della Corte penale internazionale (art. 371-bis cod. pen.), false dichiarazioni al difensore (art. 371-ter cod. pen.), falsa testimonianza (art. 372 cod. pen.) e falsa perizia o interpretazione (art. 373 cod. pen.), se commessi da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente tecnico o interprete ovvero non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere

o avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, consulenza o interpretazione. A seguito delle sentenze additive della Corte costituzionale n. 416 del 1996 e n. 75 del 2009 è, altresì, esclusa la punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle a norma dell'art. 199 cod. proc. pen. e da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o, comunque, a rispondere, in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato, a norma dell'art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

Il rapporto tra le due ipotesi contemplate dall'art. 384 cod. pen. è stato esaminato da Sez. U., n. 7208 del 29/11/2007, Genovese, Rv. 238383 con riferimento al delitto di falsa testimonianza. In tale occasione, la Corte ha escluso che la causa di non punibilità prevista dal primo comma sia applicabile anche nel caso in cui il testimone abbia deposto il falso pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi. Secondo il Supremo Consesso, infatti, vi è una strettissima connessione tra l'istituto sostanziale previsto dall'art. 384 cod. pen. e la prescrizione processuale di cui all'art. 199 cod. proc. pen.: il primo, infatti, trova la propria giustificazione nell'istinto di conservazione della propria libertà e del proprio onore *(nemo tenetur se detegere)* e nell'esigenza di tener conto, agli stessi fini, dei vincoli di solidarietà familiare che è anche alla base del riconoscimento della facoltà di astensione in capo ai prossimi congiunti prevista dall'art. 199 cod. proc. pen., la cui *ratio* viene unanimemente ravvisata nell'esigenza di tutela del sentimento familiare e nel riconoscimento del conflitto che si può determinare, in colui che è chiamato a testimoniare, tra il dovere di deporre e dire la verità e la volontà di non danneggiare il prossimo congiunto. Quanto ai rapporti tra i due commi dell'art. 384 cod. pen., il Supremo Consesso ha chiarito che il primo comma si riferisce chiaramente ai casi in cui il dichiarante non ha facoltà di astenersi, come si desume dalla considerazione che la causa di non punibilità riguarda in primo luogo chi ha commesso il fatto per salvare sé medesimo da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore. Diversamente, l'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 384 cod. pen. riguarda, invece, le persone che non avrebbero dovuto essere assunte come testimoni che «non sono punibili, quale che sia la dichiarazione falsa e la ragione che l'ha determinata.»

La definizione di "prossimi congiunti", rilevante ai fini della perimetrazione dell'ambito di applicabilità del primo comma, è contenuta all'art. 307, comma 4, cod. pen. che, sebbene inserita nella norma relativa al reato di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, secondo quanto si legge nei lavori preparatori al Codice penale, vale per tutti i casi in cui la legge penale si serve di tale formula per designare le persone legate tra loro da vincoli di parentela o di

affinità. La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 237 del 1986, ha considerato l'art. 307, comma 4, cod. pen. quale norma di integrazione generale del sistema legislativo penale della nozione di "prossimi congiunti".

La norma considera tali solo i soggetti legati da un rapporto di coniugio, parentela (ascendenti, discendenti, fratelli, sorelle, zii e nipoti) o affinità (nello stesso grado).

La latitudine applicativa della nozione di prossimo congiunto è stata successivamente estesa alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso dall'art.1, comma 1, lett. a), d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6.

La lettera della norma non contempla la posizione del convivente *more uxorio,* che, per converso, rileva ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità prevista dal secondo comma dell'art. 384 cod. pen. dal momento che lo stesso rientra tra i soggetti cui l'ordinamento processuale riconosce la facoltà di astenersi dal deporre (art. 199 cod. proc. pen.).

La questione relativa alla possibile estensione del perimetro applicativo del primo comma anche al convivente *more uxorio* ha suscitato opposte soluzioni ermeneutiche sia in dottrina che in giurisprudenza. A tale dibattito non è rimasta insensibile la giurisprudenza di legittimità in seno alla quale, soprattutto a seguito della riforma introdotta dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà), è emerso un orientamento favorevole ad "estendere" l'ambito di applicabilità del primo comma dell'art. 384 cod. pen. anche al convivente *more uxorio.*

Il contrasto con il consolidato orientamento ermeneutico che, anche sulla scorta di numerose pronunce della Corte costituzionale, ha adottato una lettura in chiave restrittiva e tassativa della norma, è stato rimesso alle Sezioni Unite con ordinanza n. 1825 del 19/12/2019 della Sesta sezione (ric. Fialova).

La questione è stata esaminata dal Supremo Consesso all'udienza del 26/11/2020 all'esito della quale, secondo quanto si legge nell'informazione provvisoria, la Corte ha adottato la soluzione favorevole all'applicabilità della causa di non punibilità anche al convivente more uxorio.

2. La natura della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen.

La natura giuridica della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen. costituisce oggetto di dibattito dottrinario.

Secondo una prima e risalente impostazione, rappresenta una causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto che bilancia due contrapposti interessi: da un lato, la prevenzione dei reati contro l'amministrazione della giustizia, e, dall'altro, l'onore e la libertà del soggetto deponente o la salvaguardia

dell'istituzione familiare. Nell'ambito di tale impostazione ermeneutica, si è, inoltre, ipotizzata l'estensione all'esimente in esame dei requisiti propri dello stato di necessità, (quale, ad esempio, la proporzione tra il fatto e il nocumento) tenendo conto della Relazione di accompagnamento al codice che qualifica la norma come una *species* dell'art. 54 cod. pen.

L'orientamento prevalente in dottrina ritiene, invece, che la norma in esame attiene al piano della colpevolezza, configurandosi come una scusante ovvero quale causa di inesigibilità della condotta, basata non sul bilanciamento di interessi in conflitto, ma sulla riconosciuta rilevanza alla situazione soggettiva del soggetto agente di conflitto interiore fra l'obbligo giuridico di collaborare con la giustizia, da un lato, e l'istinto di autoconservazione o il dovere morale di tutelare la propria vita familiare, dall'altro. In base a tale diversa opzione ermeneutica, dunque, l'esimente in esame, pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto, rende inesigibile una condotta conforme alla norma. Si esclude, dunque, la rimproverabilità soggettiva dell'individuo dal quale l'ordinamento non potrebbe "esigere" una condotta diversa da quella tenuta.

Tale impostazione ermeneutica è condivisa anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità che qualifica l'esimente in esame come causa di esclusione della colpevolezza, e non già dell'antigiuridicità della condotta, in quanto connessa alla particolare situazione soggettiva in cui viene a trovarsi l'agente che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate al comma primo dello stesso art. 384 cod. pen., pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto tipico realizzato (Sez. 6, n. 37398 del 16/6/2011, Galbiati, Rv. 250878; Sez. 5, n.18110 del 12/03/2018, Esposito, Rv. 273181; Sez. 5, n. 57032 del 22/10/2018 Della Santina; Sez. 6, n. 53939 del 20/11/2018, Bonfiglio, Rv. 274583; Sez. 6, n. 15327 del 14/2/2019, Quaranta, Rv. 275320; Sez. 6, n. 51910 del 29/11/2019, Buonaiuto, Rv. 278062).

In particolare, Sez. 5, n.18110 del 12/03/2018, Esposito, Rv. 273181 ha osservato che la non punibilità dell'agente non consegue al bilanciamento di interessi in conflitto che caratterizza la *ratio* delle scriminanti - attesa la profonda eterogeneità e conseguente incomparabilità tra il bene individuale della libertà o dell'onore e quello collettivo dell'amministrazione della giustizia. Pertanto, ad avviso della Corte, la norma non esprime una preferenza per l'interesse individuale a scapito di quello pubblico, ma, più riduttivamente, uno spazio di impunità dipendente dalla irragionevolezza della pretesa di un comportamento conforme alle aspettative. In altri termini, essa tipicizza una situazione di alterazione del normale processo motivazionale del soggetto, spinto ad agire per lo scopo di salvamento indicato dalla norma.

Tale inquadramento dogmatico consente, dunque, di applicare la causa di non punibilità anche quando la situazione di pericolo per la libertà e l'onore, dell'autore del reato o di un suo prossimo congiunto, sia stata da questo determinata o volontariamente prodotta (Sez. 6, n. 51910/2019). In tale situazione, invece, l'orientamento più risalente della giurisprudenza di legittimità escludeva l'applicabilità dell'esimente in esame mutuandone le caratteristiche dalla scriminante dello stato di necessità (tra le tante, Sez. 1, n. 2001 del 10/7/1976, Milone, Rv. 135245; Sez. 1, n. 8845 del 4/5/1981, Albanese, Rv, 150477; Sez. 5, n. 8632 del 23/5/1995, Nizzola, Rv. 202567; Sez. 6, n. 10654 del 20/2/2009, Ranieri, Rv. 243076).

3.L'orientamento che esclude l'applicabilità della causa di non punibilita' al convivente *more uxorio*.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità esclude l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *"more uxorio",* ritenendo che quest'ultimo non può rientrare nella definizione di "prossimi congiunti" di cui all'art. 307 cod. pen. (Sez. 2, n. 7684 del 9/3/1982, Turatello, Rv. 154880; Sez. 6, n. 6365 del 20/2/1988, Melilli, Rv. 178467; Sez. 1, n. 9475 del 5/5/1989, Creglia, Rv. 181759; Sez. 6, n. 132 del 18/1/1991, Izzo, Rv. 187017; Sez. 6, n. 35967 del 28/9/2006, Cantale, Rv. 234862; Sez. 2, n. 20827 del 17/2/2009, Agate, Rv. 244725; Sez. 5, n. 41139 del 22/10/2010, Migliaccio, Rv. 248903; Sez. 7, n. 41498 del 22/6/2017, Irollo). Tale opzione ermeneutica esclude, dunque, l'assimilabilità del rapporto di fatto al vincolo coniugale richiamando a sostegno di tale conclusione la giurisprudenza della Corte costituzionale che, in più occasioni, ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 384 cod. pen., sollevate in relazione agli artt. 2, 3, e 29 Cost., in virtù della diversità tra la convivenza di fatto - fondata su una *affectio* in ogni momento liberamente revocabile e tutelata dall'art. 2 Cost. - ed il rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e reciprocità di diritti e doveri, tutelato dall'art. 29 Cost. (tra le altre, vengono richiamate Corte Cost. n. 8 del 1996, n. 121 del 2004 e n. 140 del 2009).

In particolare, con la sentenza n. 35967 del 2006 la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 cod. pen. sollevata dal ricorrente, richiamando, a tal fine, le considerazioni già espresse dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 8 del 1996 e 121 del 2004, in cui, pur prendendo atto della trasformazione della coscienza e dei costumi sociali sul fenomeno delle convivenza di fatto, il Giudice delle Leggi ha ritenuto l'inammissibilità di analoga questione, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 29

Cost., in considerazione della diversa copertura costituzionale del rapporto di convivenza e di quello coniugale, la cui piena assimilazione, con tutte le conseguenze anche in *malam partem,* rientra nelle sfera di discrezionalità del legislatore.

Nel medesimo arresto n. 35967 del 2006 la Corte ha, inoltre, escluso la possibilità di pervenire in via interpretativa ad una equiparazione del convivente al coniuge ai fini dell'estensione dell'applicabilità della causa di non punibilità dell'art. 384 cod. pen., considerando le possibili conseguenze negative nei casi in cui il vincolo familiare rilevi ai fini della configurabilità di talune fattispecie di reato.

3.1 La non estensibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

L'orientamento giurisprudenziale appena esaminato richiama spesso a fondamento delle proprie conclusioni la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che, più volte investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 384 cod. pen. (in alcuni casi unitamente all'art. 307, comma 4, cod. pen.), ha escluso profili di contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., considerando la non equiparabilità della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima fondata sul matrimonio e ritenendo che spetti alla sola discrezionalità del legislatore l'estensione alla prima della causa di non punibilità di cui all'art. 384 cod. pen. (Corte Cost. sentenze nn. 8 del 1996, 237 del 1986, 352 del 1989, 121 del 2004, 140 del 2009).

Le ragioni che hanno determinato la Corte a ritenere l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sono sostanzialmente riconducibili ai seguenti principi: a) la diversità tra la convivenza *more uxorio* e il rapporto coniugale; b) l'incompatibilità dei risultati conseguenti alla dedotta assimilazione delle due situazioni con i poteri spettanti alla Corte costituzionale in relazione alla discrezionalità riservata al legislatore.

Quanto al primo aspetto, la Corte costituzionale pur riconoscendo la rilevanza costituzionale della convivenza *more uxorio*, quale formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 237 del 1986), ha affermato che la trasformazione del costume e della coscienza sociale, con l'affermazione e l'accettazione della convivenza *more uxorio,* «non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo.» (Corte Cost. n. 140 del 2009).

Si afferma, dunque, che, lungi dal configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, le due situazioni sono tra loro diverse e trovano nella Costituzione una differente tutela negli art. 2, quanto alla prima, e nell'art. 29, quanto al secondo, ponendosi così le premesse per una considerazione giuridica dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, che, fermi restando i diritti e doveri verso i figli e verso i terzi, riconosca nella convivenza un maggiore spazio alla soggettività individuale dei conviventi e dia, invece, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, ossia come "stabile istituzione sovraindividuale", nel rapporto di coniugio (Corte Cost., sentenze, nn. 8 del 1996 e n. 140 del 2009). Oltre ad escludere che il matrimonio possa essere ridotto al rango di mero elemento formale, si sottolinea, inoltre, la diversità tra il rapporto coniugale - caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciproca assunzione di diritti e doveri che nascono soltanto dal matrimonio - e la convivenza di fatto, fondata, invece, sull'*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile da ciascuna parte (Corte cost. n. 8 del 1996). Pertanto, il solo aspetto dei comuni sentimenti affettivi viene ritenuto inidoneo a superare le diversità tra le due situazioni che, ad avviso della Corte, giustifica, invece, il trattamento non omogeneo previsto dalla legge.

Quanto al secondo ordine di motivi, la Corte ha affermato che:

a) l'estensione delle cause di non punibilità, che costituiscono deroghe a norme penali generali, comporta un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti – in primo luogo quelli che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria, che spetta alla discrezionalità del legislatore (Corte Cost. nn. 8 del 1996 e 140 del 2009). In particolare, la Corte, con la sentenza n. 8 del 1996, ha collocato le cause di non punibilità tra le disposizioni di carattere eccezionale che, come tali, non sono suscettibili di interpretazione analogica ai sensi dell'art. 14 preleggi.
b) Nel bilanciamento degli opposti interessi della efficacia della funzione giudiziaria penale e di tutela dei beni afferenti la vita familiare, non è detto che tali ultimi beni debbano avere lo stesso peso in caso di famiglia legittima e di famiglia di fatto (Corte Cost. n. 8 del 1996; Corte Cost. n. 140 del 2009) in quanto, nel primo caso, accanto all'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà familiare «può sommarsi quella di tutela dell'istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale è la stabilità di un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo loro impegno bilaterale quotidiano.» (Corte Cost. nn. 8 del 1996 e 140 del 2009). Pur riconoscendo che anche la posizione del

convivente merita tutela, si afferma, pertanto, che detta tutela non deve necessariamente coincidere con quella del coniuge.

c) Una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, avuto riguardo all'art. 307, comma 4, cod. pen., comporterebbe ricadute che trascendono l'ambito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale (Corte cost. n. 121 del 2004) anche in *malam partem*, nei casi in cui i vincoli familiari rilevano ai fini della legge penale (Corte cost. n. 8 del 1996).

d) Anche l'argomento relativo al confronto con la facoltà di astensione dall'obbligo di deporre riconosciuta al convivente dall'art. 199 cod. proc. pen. costituisce, ad avviso della Corte, la conferma che allorché il legislatore ha inteso attribuire rilevanza alla convivenza di fatto, anziché intervenire sulla nozione di "prossimi congiunti" contenuta all'art. 307, comma 4, cod. pen. includendovi anche il convivente, ha operato delle scelte selettive e mirate a determinati casi, limitando, pertanto, l'assimilazione a singole situazioni anziché procedere ad un "allineamento" generale ed indiscriminato dei due rapporti (Corte cost. n. 140 del 2009).

4. L'orientamento favorevole ad un'interpretazione estensiva "in bonam partem" della norma.

L'orientamento favorevole all'estensione della causa di non unibilità anche al convivente *more uxorio* è stato affermato in epoca più recente da Sez. 2, n. 34147 del 30/4/2015, Agostino, Rv. 264630 e Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206. In precedenza, il medesimo principio era stato affermato, senza un particolare approfondimento della questione, da Sez. 6, n. 22398 del 22/1/2004, Esposito, Rv. 229676 in cui la Corte sembra prospettare una possibile applicazione analogica dell'art. 384 cod. pen.

Tale soluzione è stata disattesa dalla sentenza Agostino che, richiamando al riguardo quanto sostenuto in dottrina, ha sottolineato che gli istituti previsti dall'art. 384 cod. pen. e dall'art. 649 cod. pen. (in cui si è posta una questione analoga a quella in esame) hanno natura giuridica di cause speciali di non punibilità e, come tali, hanno carattere eccezionale che ne preclude l'applicazione analogica.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Agostino si fonda, invece, sull'adozione di una nozione di "famiglia" e di "coniugio" in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso «*perché incontestabilmente oggi famiglia e matrimonio hanno un significato diverso e più ampio rispetto a quello che veniva loro attribuito all'epoca dell'entrata in vigore del codice penale ancora vigente e la stabilità del rapporto, con il venir meno dell'indissolubilità del*

matrimonio, non costituisce più caratteristica assoluta e inderogabile ed anzi spesso caratterizza maggiormente unioni non fondate sul matrimonio». Proprio in considerazione di tale più ampia nozione di "famiglia" la Corte ha affermato che la causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, cod. pen. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente *more uxorio*. Tale soluzione ermeneutica, riprendendo gli spunti argomentativi che già in precedenza avevano indotto Sez. 4, n. 32190 del 21 maggio 2009, Trasatti, Rv. 244692 ad estendere al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità di cui all'art. 649 cod. pen., muove dall'analisi delle interpretazioni giurisprudenziali che, con riferimento a singoli istituti e con effetti, ora, *in bonam partem,* ora, *in malam partem*, hanno sostanzialmente parificato il convivente *more uxorio* al coniuge. In particolare, quanto agli aspetti negativi, si richiamano:

a) gli arresti che, ancor prima delle modifiche normative, hanno ritenuto configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche in danno del convivente *more uxorio* (tra le tante, Sez. 6, n. 20647 del 29/1/2008, Rv. 239726);
b) gli arresti che, in tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato considerano tra i redditi degli altri familiari conviventi anche quello del convivente *more uxorio* (si veda, ad esempio, Sez. 4, n. 109 del 26/1/2005, Curatolo, Rv. 232787).

Quanto agli effetti *in bonam partem*, la sentenza Agostino ha considerato due ulteriori arresti: uno in tema di riconoscimento dell'attenuante della provocazione (Sez. 6, n. 12477 del 18/10/1985, Cito, Rv. 172450); l'altro in tema di estensione della causa di non punibilità dell'art. 649 cod. pen. anche al convivente more uxorio (Sez. 4, n. 32190 del 21/5/2009, Trasatti, Rv. 244692).

La Corte ha, inoltre, considerato talune modifiche normative che hanno esteso la disciplina penalistica ai conviventi di fatto e alla famiglia in genere, quali:

-la legge 15 febbraio 1996, n. 66, che, in più parti, prende in considerazione la figura del convivente di fatto del genitore, equiparandola a quella del coniuge (si richiamano, al riguardo, gli artt. 609-*quater*, co. 2 e 609-septies, co. 4, n. 2, cod.pen.);

- la legge 3 agosto 1998, n. 269, che ha introdotto l'art 600-*sexies* cod.pen. (tale norma è stata abrogata dalla legge 1/10/2012, n. 172 che ha inserito la relativa aggravante nell'art. 602-*ter* cod. pen.) a norma del quale i fatti previsti da alcune norme preesistenti – artt. 600, 601e 602 cod.pen - o di nuova introduzione – artt. 600-*bis* e 600-*ter* cod.pen. - sono aggravati se commessi dal coniuge o dal convivente dell'ascendente o del genitore adottivo;

- la legge 4 aprile 2001, n. 154, che, introducendo la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* cod. proc. pen.), ne consente l'applicazione anche al convivente;

- il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, il cui art. 7 ha introdotto l'art. 612-*bis* cod. pen. che disciplina gli atti persecutori ed equipara, ai fini dell'esistenza dell'aggravante di cui al secondo comma, la posizione del coniuge legalmente separato o divorziato a quella della «persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa», qualità il cui ampio ambito di applicazione appare idoneo a ricomprendere anche la convivenza *more uxorio*.

A sostegno della soluzione ermeneutica accolta, la sentenza Agostino ha, infine, considerato il possibile contrasto tra la rilevanza, agli effetti penali, della convivenza *more uxorio* e l'ampia nozione di famiglia accolta dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu, comprendente anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza (si richiama Corte Edu, 13/6/1979, Marckx c. Belgio. Tale principio è stato successivamente ribadito da Corte Edu, 13/12/2007, Emonet e altri c. Svizzera che ha considerato come elementi ulteriormente valutabili anche la durata della convivenza e l'eventuale nascita di figli).

Ad avviso della Corte, tale evidente contrasto può essere risolto in via interpretativa in quanto il necessario adeguamento della normativa interna a quella sovranazionale (nel senso della completa equiparazione *in bonam partem,* ad ogni effetto penale, della famiglia *pleno iure* a quella di fatto) non risulta contrario ai principi costituzionali fondamentali interni, tenuto, altresì, conto dell'insussistenza di un diritto vivente assolutamente ostativo.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Agostino è stata successivamente ribadita, senza ulteriori argomentazioni, da Sez. 4, n. 23118 del 21/3/2017, De Paola e da Sez. 3, n. 6218 del 12/1/2018, Giancono.

Nel medesimo solco ermeneutico della sentenza Agostino si colloca anche Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206 così massimata: La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 cod. proc. pen. è applicabile anche nei confronti dei componenti di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, dovendosi recepire un'interpretazione "in bonam partem" che consenta la parificazione, sul piano penale, della convivenza *"more uxorio"* alla famiglia fondata sul matrimonio. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'equiparazione ai coniugi dei soli componenti di un'unione civile, prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, non esclude l'estensione della causa di non punibilità ai conviventi "more uxorio", trattandosi di soluzione già consentita dal preesistente quadro

normativo, oltre che dalla nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, ricomprendente anche i rapporti di fatto).

Nell'arresto in esame, la Corte ha esaminato le ricadute nel diritto penale della legge 20 maggio 2016, n. 76, nota come legge Cirinnà, che ha istituito l'unione civile tra persone dello stesso sesso - quale specifica formazione sociale sostanzialmente attratta nello statuto penale della famiglia legittima - ed ha, altresì, introdotto una disciplina delle convivenze di fatto. Quanto allo statuto penale delle unioni civili, si segnala, in particolare:

- la costituzione in capo alle parti dell'unione civile di una posizione di garanzia ex art. 40, comma 2, cod. pen. (analoga a quella istituita per i coniugi dall'art. 143 cod. civ.) derivante dall'art. 1, comma 1, in base al quale dall'unione civile deriva l'obbligo dell'assistenza morale e materiale e alla coabitazione;

- la modifica, ad opera del d.lgs. n. 6 del 2017, della nozione legale di prossimi congiunti, contenuta all'art. 307, comma 4, cod. pen., con l'inclusione della parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Da tale modifica consegue, dunque, quanto agli effetti *"in bonam partem*", l'applicabilità delle circostanze attenuanti per la procurata evasione (art. 386, comma 4, cod. pen.) e per la procurata inosservanza di pene o misure di sicurezza (artt. 390, comma 2, e 391, comma 1, cod. pen.) nonché delle cause di non punibilità di cui agli artt. 307, comma 3, e 384 cod. pen.

- l'introduzione, ad opera del citato d.lgs., dell'art. 574-*ter* cod. pen, (rubricato "Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale") secondo cui "agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un un'unione civile tra persone dello stesso sesso".

- l'estensione dell'ambito di applicabilità della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 649 cd. pen. anche alla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso.

L'assenza di una analoga disciplina di coordinamento del diritto penale con lo statuto delle convivenze *more uxorio*, fatta eccezione per l'estensione ai conviventi di fatto dei diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (art. 1, comma 38), ha indotto la Corte a chiedersi se la legge Cirinnà abbia determinato un arresto, o addirittura un'inversione, del processo di tendenziale parificazione del convivente al coniuge cui anche la Corte costituzionale non è rimasta indifferente.

A tale interrogativo la Corte ha dato una risposta negativa, escludendo che la novità legislativa possa «costituire un insormontabile impedimento per estendere

a ogni altra forma di convivenza la disciplina che si ricava, in tema di equivalenza della figura del convivente a quella del coniuge, dal complesso quadro storico-evolutivo della materia». Si fa, in particolare, riferimento alla sentenza Agostino in relazione all'art. 384 cod. pen., alla analoga estensione dell'art. 649 cod. pen. ad opera di Sez. 4, n. 32190 del 2009 ed alla sentenza della Corte costituzionale n. 416 del 1996 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, comma 2, cod. pen. nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria fornite da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal renderle a norma dell'art. 199 cod. proc. pen. e, dunque, anche del convivente *more uxorio,* per i fatti verificatisi o appresi durante la convivenza.

Ad avviso della Corte, dunque, anche dopo la legge Cirinnà ed il successivo decreto di attuazione, diviene particolarmente stringente l'esigenza di una verifica dell'attuale ragionevolezza - in relazione al mutamento della situazione di fatto e del relativo complesso di norme regolatrici - della disciplina derogatoria prevista dalle varie norme al principio di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, fondata sul dato formale del vincolo matrimoniale. Il tema, ad avviso della Corte, è di particolare rilievo con riferimento alle disposizioni penali in *bonam partem* (attenuanti, scusanti, cause di non punibilità) rispetto alle quali la parificazione di un consolidato rapporto di fatto – che deve essere dimostrato in maniera rigorosa - a quello di coniugio potrebbe essere risolta con una previsione di carattere generale, sebbene sia indubbio, prosegue ancora la Corte, che «già prima della legge 76/2016, sia il legislatore, con riguardo a situazioni di convivenza non occasionali, costituite dai partners senza formalità, che la stessa giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, abbiano equiparato, ai fini penali, e con effetti "in bonam partem" il convivente al coniuge».

Ad avviso della Corte, una diversa soluzione, fondata sul dato letterale, ma non coordinata con il sistema normativo di riferimento, quanto meno con gli istituti in cui si è pervenuti a tale parificazione *"in bonam partem"*, presenta profili di incerta compatibilità costituzionale, con riferimento all'art. 3 Cost., per quanto attiene alla diversificazione delle tutele offerte alla parte dell'unione civile rispetto al convivente di fatto. Si tratta, infatti, di rapporti, prosegue ancora la Corte, rispetto ai quali, quanto agli effetti di favore della parificazione del convivente al coniuge, è possibile tendere ad una parità di trattamento sul terreno penale con una tendenziale riconduzione ad unità del binomio famiglia giuridica-famiglia di fatto.

Riprendendo le argomentazioni già svolte dalla sentenza Agostino, si afferma, infine, che tale interpretazione (con la completa equiparazione *in bonam partem*, ad ogni effetto penale, della famiglia legittima a quella di fatto) consente di superare

l'evidente contrasto con l'art. 8 CEDU che tutela anche i rapporti di fatto (in termini evidentemente maggiori rispetto al livello garantito dalla Costituzione italiana), in quanto ricompresi nell'ampia nozione di famiglia adottata dalla Corte Edu con le sentenza Marckx c. Belgio e Emonet e altri c. Svizzera.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Cavassa è stata da ultimo ribadita da Sez. 1, n. 40122 del 16/5/2019, Balice (massimata per altro). In tal caso la Corte ha escluso l'applicabilità della causa di non punibilità per difetto di prova della stabilità della convivenza, rispetto alla quale, nel caso concreto, difettavano gli elementi del rapporto di coabitazione e di comunanza di vita (si è, a tal fine, richiamato l'art. 1, comma 37 della legge Cirinnà ove si prevede che "..per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 230 maggio 1989, n. 223".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 1825 del 19/12/2019, Fialova
Sez. 6, n. 51910 del 29/11/2019, Buonaiuto, Rv. 278062
Sez. 1, n. 40122 del 16/5/2019, Balice
Sez. 6, n. 15327 del 14/2/2019, Quaranta, Rv. 275320
Sez. 6, n. 53939 del 20/11/2018, Bonfiglio, Rv. 274583
Sez. 5, n. 57032 del 22/10/2018 Della Santina
Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206
Sez. 5, n.18110 del 12/03/2018, Esposito, Rv. 273181
da Sez. 3, n. 6218 del 12/1/2018, Giancono
Sez. 7, n. 41498 del 22/6/2017, Irollo
Sez. 4, n. 23118 del 21/3/2017, De Paola
Sez. 2, n. 34147 del 30/4/2015, Agostino, Rv. 264630
Sez. 6, n. 37398 del 16/6/2011, Galbiati, Rv. 250878
Sez. 5, n. 41139 del 22/10/2010, Migliaccio, Rv. 248903
Sez. 4, n. 32190 del 21/5/2009, Trasatti, Rv. 244692
Sez. 6, n. 10654 del 20/2/2009, Ranieri, Rv. 243076
Sez. 2, n. 20827 del 17/2/2009, Agate, Rv. 244725
Sez. 6, n. 20647 del 29/1/2008, B., Rv. 239726
Sez. U., n. 7208 del 29/11/2007, Genovese, Rv. 238383
Sez. 6, n. 35967 del 28/9/2006, Cantale, Rv. 234862
Sez. 4, n. 109 del 26/1/2005, Curatolo, Rv. 232787
Sez. 6, n. 22398 del 22/1/2004, Esposito, Rv. 229676
Sez. 5, n. 8632 del 23/5/1995, Nizzola, Rv. 202567
Sez. 6, n. 132 del 18/1/1991, Izzo, Rv. 187017
Sez. 1, n. 9475 del 5/5/1989, Creglia, Rv. 181759
Sez. 6, n. 6365 del 20/2/1988, Melilli, Rv. 178467
Sez. 6, n. 12477 del 18/10/1985, Cito, Rv. 172450
Sez. 2, n. 7684 del 9/3/1982, Turatello, Rv. 154880
Sez. 1, n. 8845 del 4/5/1981, Albanese, Rv, 150477
Sez. 1, n. 2001 del 10/7/1976, Milone, Rv. 135245

Sentenze della Corte costituzionale

Corte Cost., sent. n. 140 del 2009
Corte Cost., sent. n. 121 del 2004
Corte Cost., sent. n. 352 del 2000
Corte Cost., sent. n. 8 del 1996

Corte Cost., sent. n. 352 del 1989
Corte Cost., sent. n. 423 del 1988
Corte Cost., sent. n. 237 del 1986

Sentenze della Corte EDU
Corte Edu, 13/12/2007, Emonet e altri c. Svizzera
Corte EDU, 13/6/1979, Marckx c. Belgio

CAPITOLO II

LA LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

(BRUNO GIORDANO)

SOMMARIO: 1. L'ulteriore riforma della legittima difesa nel sistema normativo delle scriminanti. – 2. La proporzione tra offesa e difesa. Giudizio relativistico e gerarchia dei valori costituzionali. – 3. La presunzione di proporzionalità, la necessità della difesa e l'attualità del pericolo: un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. – 4. Il pericolo attuale nell'art. 52, comma 4, cod. pen. – 5. L'uso di un'arma e la proporzione che "sussiste sempre". I requisiti aggiuntivi della legittima difesa domiciliare. – 6. I nuovi requisiti della legittima difesa domiciliare e la successione di leggi penali nel tempo. – 7. La disciplina dell'eccesso colposo di legittima difesa domiciliare: l'esclusione dell'imputazione colposa. – 8. Il grave turbamento e il duplice nesso causale. 9. - Le conseguenze sul piano civile.

1. L'ulteriore riforma della legittima difesa nel sistema normativo delle scriminanti.

La giurisprudenza di legittimità nell'arco dell'anno 2020 pone una specifica attenzione ai casi che ricadono nella c.d. legittima difesa domiciliare, come introdotta dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59, e da ultimo riformata dalla legge 26 aprile 2019, n. 36.

Nel 2006, infatti, il legislatore interviene con una prima riforma che scardina la struttura originaria della legittima difesa prevista dall'art. 52 cod. pen., in vigore dal 1930, notoriamente riconosciuta quale causa di giustificazione più ricorrente, dopo l'esercizio del diritto, e considerata archetipo normativo di tutta la categoria delle cause di giustificazione.

Tradizionalmente invero gli elementi strutturali della legittima difesa - quali sono il contrasto tra il diritto minacciato e il prevalente diritto difeso, la proporzione della reazione all'offesa temuta, il bilanciamento tra i beni giuridici - sono stati considerati elementi costitutivi comuni a tutte le cause di giustificazione, tanto da considerare naturalmente automatico – senza ricorrere ad un'applicazione analogica - l'operatività dei medesimi elementi alle altre cause di giustificazione, quali veri e propri principi generali dell'area della non punibilità per l'elisione dell'antigiuridicità.

Le riforme del 2006 e ancor più quella del 2019 inseriscono nella disciplina della legittima difesa nuovi elementi che mutano il meccanismo scriminante con specifico riguardo ai reati commessi introducendosi o trattenendosi all'interno del domicilio privato o di un luogo adibito ad attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Tali modifiche, in particolare quelle recentemente introdotte con la legge n. 36 del 2019, portano nel 2020 la Corte di cassazione ad occuparsi dei nuovi tratti salienti della c.d. legittima difesa domiciliare. I casi all'attenzione del giudice di legittimità si riferiscono ovviamente a fatti commessi nel vigore della disciplina precedente.

I nuovi contorni della disciplina, indubbiamente innovativi e volti ad allargare, nella *voluntas legis,* l'ambito di operatività della reazione armata dentro il proprio domicilio, hanno ridefinito sia l'area di applicazione della legittima difesa domiciliare sia la non punibilità in caso di eccesso colposo nelle condizioni previste dalla legge.

2. La proporzione tra offesa e difesa. Giudizio relativistico e gerarchia dei valori costituzionali.

Il principale elemento strutturale della legittima difesa, modificato dalla riforma del 2006 e ulteriormente ridefinito dalla l. 26 aprile 2019, n. 36 riguarda il requisito della proporzione tra la difesa e l'offesa temuta, quale primo elemento di giustificazione della reazione; in particolare la riforma del requisito della proporzionalità tra il bene giuridico minacciato dall'aggressore e quello inciso dall'azione difensiva riguarda non tanto la misura della reazione al pericolo quanto la gerarchia valoriale dei beni giuridici rispettivamente minacciati e difesi.

La nuova fattispecie, introdotta nel 2006 e riformata nel 2019, presume che in presenza di una violazione di domicilio, come definita dall'art. 614, commi 1 e 2, cod. pen., o di altro luogo ove si eserciti un'attività professionale, commerciale, imprenditoriale, l'uso di un'arma legittimamente detenuta è sempre proporzionato per difendere l'incolumità personale propria o altrui ovvero i beni, quando non v'è desistenza o ci sia pericolo di aggressione (art. 52, commi secondo e terzo cod. pen.) o per respingere l'intrusione violenta, con minaccia di armi da parte di una o più persone.

Non v'è dubbio che la presunzione di proporzionalità - che per la nuova disciplina "sussiste sempre" nei casi sopra menzionati - tra la difesa della persona e/o dei beni patrimoniali nel domicilio (o luogo equiparato) pone vari temi interpretativi su cui la Corte ha avviato la prima giurisprudenza dopo la riforma del 2019.

Al fine di valorizzare il requisito della proporzione nelle ipotesi ordinarie di legittima difesa, la Corte di cassazione interviene con la sentenza della **Sez. 5, n. 32414 del 24/09/2020, Di Pietro, Rv. 279777-01,** sul rapporto tra offesa e difesa, confermando una stabile linea giurisprudenziale.

Il caso posto all'attenzione del giudice di legittimità riguarda, si badi, una condotta estranea alla legittima difesa domiciliare in cui l'imputato volontariamente e violentemente sbatteva più volte sul petto, sulla spalla e sulla mano della vittima lo sportello lato guida del veicolo aziendale in uso alla stessa reagendo in tal modo al contestuale tentativo di quest'ultima di strappare un'apparecchiatura di controllo installata dall'imputato sul veicolo.

E' evidente che trattasi di un caso di conflitto tra la difesa del patrimonio e l'offesa all'incolumità fisica della vittima, nel caso concreto di un lavoratore dipendente dell'imputato.

La Corte, escludendo la sussistenza dell'esimente in relazione alla condotta, evidenzia innanzi tutto che il requisito della proporzione deve essere valutato con giudizio *ex ante*, ponendo a confronto i mezzi usati e quelli a disposizione dell'aggredito nonché i beni giuridici, personali o patrimoniali in conflitto.

Ne consegue che tale proporzione viene comunque meno nel caso di beni eterogenei in conflitto, quando la consistenza dell'interesse leso, quale la vita e l'incolumità della persona, sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso.

Ai nostri fini si noti l'*obiter dictum* della motivazione della Corte secondo cui tale elemento costitutivo della legittima difesa, è presunto soltanto nel caso di violazioni al domicilio e ai luoghi a questo equiparati (art. 52 comma secondo c.p.).

La decisione rileva proprio perché si riferisce direttamente ad un'ipotesi ordinaria di legittima difesa e ci aiuta a definire la regola per comprenderne *a contrariis* l'eccezione.

Non c'è dubbio, infatti, che la presunzione valoriale che porta alla giustificazione della legittima difesa domiciliare si fonda sull'esatto tracciamento del *discrimen* tra regola ed eccezione.

A tale riguardo la Corte ribadisce che "in tutti i casi diversi dalla legittima difesa domiciliare, purché vi sia pericolo di aggressione, si richiede di regola che i beni posti a confronto siano di pari rango, o che comunque l'intensità della lesione del bene sovraordinato, sacrificato con l'azione difensiva, sia contenuta", laddove non può in assoluto escludersi la legittimità del sacrificio di beni personali quale l'incolumità fisica, per salvaguardare il patrimonio, ma deve restare fermo il rispetto del principio di proporzione (oltre che di necessità dell'azione difensiva).

Le considerazioni offerte dalla Corte circa l'apprezzamento della proporzione tra offesa e difesa sono utili proprio per comprendere meglio la presunzione dei commi secondo e quarto dell'art. 52 cod. pen. Il giudice di legittimità sottolinea

infatti che la valutazione della proporzione di regola deve formularsi con un giudizio *ex ante*, che deve essere "qualitativo e relativistico".

Da tale passaggio motivazionale si desume che, nel raffronto tra il bene dell'aggressore e il bene dell'aggredito, "il requisito della proporzione venga meno, nel caso di beni eterogenei in conflitto, quando la consistenza dell'interesse leso, quale la vita e l'incolumità della persona, sia enormemente più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali e di quelli penalmente protetti, dell'interesse patrimoniale difeso, ed il male inflitto all'aggredito abbia una intensità di gran lunga superiore a quella del male minacciato".

Giudizio relativistico, quindi, e gerarchia dei valori costituzionali sono i parametri della legittima difesa ordinaria che vengono a scemare nella legittima difesa domiciliare laddove la presunzione di legge dell'art. 52, commi secondo e quarto, cod. pen. sottrae al giudice la valutazione e ponderazione di tali valori.

3. La presunzione di proporzionalità, la necessità della difesa e l'attualità del pericolo: un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Alla luce degli argomenti esposti circa il giudizio qualitativo e relativistico e la gerarchia dei valori costituzionali, nella cui ricerca il giudice svolge un ruolo marginale per via della presunzione di proporzionalità, assume particolare rilievo il *dictum* di **Sez. 5, n. 19065 del 12/12/2019, dep. 2020, Di Domenico, Rv. 279344,** che si sofferma su una condotta di introduzione o trattenimento di altri nel proprio domicilio e sulla presunzione di proporzionalità della reazione. In particolare, il caso portato all'attenzione della Corte è relativo a un omicidio commesso mediante l'esplosione di colpi di fucile verso la vittima disarmata che, dopo aver minacciato di morte l'agente ed i suoi familiari, tentava di scavalcare il cancello esterno dell'abitazione.

La Corte, pur riconoscendo l'ambito domiciliare della dinamica del fatto, esclude la configurabilità della scriminante in parola non ravvisando l'attualità del pericolo di offesa, per il contesto specifico, la distanza e la reciproca posizione dei soggetti.

In proposito l'attenzione del Collegio si pone su un altro requisito per l'applicazione della legittima difesa domiciliare, che viene colto nella sussistenza della necessità difensiva, atteso che nella fattispecie concreta l'aggressore (divenuto vittima) non ha impiegato violenza o prospettato la minaccia di uso di un'arma o di altri strumenti di coazione fisica.

Il caso offre la possibilità di chiarire che nella c.d. legittima difesa domiciliare la presunzione di proporzionalità della reazione difensiva si fonda pur sempre e

innanzi tutto sulla necessità ed inevitabilità della difesa. Rimane pertanto fermo il requisito fondante la *ratio essendi* della legittima difesa: la reazione è legittima perché innanzi tutto, per sottrarsi all'aggressione e salvare il proprio bene giuridico, è indispensabile, improcrastinabile, non altrimenti evitabile, ledere, neutralizzare o almeno respingere l'aggressore.

In proposito, con osservazioni riguardanti la procedura parlamentare di approvazione della legge n. 36 del 2019, nella motivazione della sentenza della **Sez. 1, n. 21794 del 20/02/2020, Barbieri, Rv. 279340**, si evidenzia che "la necessità della reazione ad un'offesa in atto e la necessità e inevitabilità della reazione è stata rimarcata anche nella lettera, inviata dal Presidente della Repubblica ai Presidenti della Camera e del Senato ed al Presidente del Consiglio, che ha accompagnato la promulgazione della novella: la legittima difesa, anche nel domicilio, è e resta una facoltà eccezionale di autodifesa riconosciuta dall'ordinamento quando la difesa da parte delle forze dell'ordine non è in concreto possibile". Infatti nel comunicato si legge che "la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela dell'incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata attraverso l'azione generosa delle Forze di Polizia" e che "il fondamento costituzionale" dell'esclusione della responsabilità penale "a favore di chi reagisce legittimamente a un'offesa ingiusta, realizzata all'interno del domicilio e dei luoghi ad esso assimilati... è rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità" che, come tale, resta rimessa all'apprezzamento del giudice e non può essere presuntivamente ritenuta.

A ciò si giustappone, il requisito dell'attualità del pericolo dell'offesa, quale ulteriore precondizione della legittimità della reazione.

E' importante evidenziare, inoltre, che secondo i giudici di legittimità la facoltà eccezionale di autodifesa (non "del" ma) "nel" domicilio non deve essere altrimenti contenibile (per mezzi, forza, circostanze di tempo e di luogo) e giustifica l'aggressione solo quando la tutela pubblica non sia in concreto possibile.

Necessità della difesa, inevitabilità della reazione, attualità del pericolo, e impraticabilità di una difesa pubblica o privata, costituiscono pur sempre elementi costituivi, inerenti alla struttura essenziale di ogni forma di legittima difesa, e quindi indefettibili anche in quella c.d. domiciliare.

Tale rigoroso accertamento è rimesso all'apprezzamento del giudice che pertanto recupera il ruolo di interprete non della gerarchia dei valori ma della dinamica del fatto; accertamento che non può essere presuntivamente ritenuto.

In definitiva la Corte, per definire l'ipotesi eccezionale con cui si scrimina la lesione dell'aggressore che si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si

trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, prospetta una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 52, comma quarto, cod. pen., introdotto dalla legge 26 aprile 2019, n. 36.

Tale lettura di certo ha conseguenze sul piano sistematico in quanto ristabilisce il rapporto di *genus ad speciem* tra l'art. 52 comma 1 cod. pen. di cui conserva gli elementi costitutivi (tranne la proporzionalità) e gli altri commi del medesimo articolo. E sviluppa peraltro una serie di effetti anche sul piano probatorio in quanto evita che la presunzione *ope legis* di proporzionalità cancelli l'onere di provare comunque la necessità della difesa, l'inevitabilità della reazione, l'attualità del pericolo, e l'impraticabilità di una difesa pubblica o privata. Tutti elementi non derogati nell'ipotesi di legittima difesa domiciliare.

4. Il pericolo attuale nell'art. 52, comma 4, cod. pen.

Il requisito dell'attualità del pericolo, in particolare, è al centro degli argomenti sviluppati da **Sez. 5, n. 12727 del 19/12/2019 dep. 2020, Morabito, Rv. 278861 – 01.**

Anche in tale decisione, sempre in una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata, la Corte mitiga l'ampiezza semantica in cui sembra spaziare la lettera della norma e confina la portata del *novum* legislativo entro i tradizionali limiti interni della scriminante, tra i quali l'attualità del pericolo.

In primo luogo, la Corte ribadisce che il pericolo deve essere attuale in tema di legittima difesa, anche nell'attuale formulazione successiva alle modifiche introdotte dalla legge 26 aprile 2019, n. 36.

Per ritenersi legittima la reazione nell'ambito domiciliare rispetto ad una condotta aggressiva o minacciosa in essere, l'imminente pericolo - compreso quello cui fa riferimento l'art. 52, comma quarto, cod. pen., derivante dall'intrusione realizzata con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica - deve essere attuale in relazione all'aggressione che si sta palesando.

Non basta, quindi, aver visto o avvertito un'introduzione abusiva nel proprio domicilio (o luogo ad esso equiparato secondo l'art. 52, comma 3, cod. pen.) per consentire una qualsiasi reazione che colpisca, respinga, neutralizzi l'aggressore; ma occorre comunque che la reazione sia inevitabile, necessaria, rispetto a un pericolo attuale non altrimenti eliminabile.

Invero nella fattispecie concreta la Corte esclude la configurabilità della scriminante in un caso in cui l'imputato, avendo visto dal balcone un soggetto prelevare alcuni utensili presenti nel cortile e lanciarli ad un complice all'esterno, era sceso e lo aveva colpito con un pugno, in ragione dell'assenza dell'attualità del pericolo per essersi già consumato il reato di furto. Si noti che la pur avvenuta consumazione del furto esclude cronologicamente, psicologicamente e topograficamente che il soggetto attivo delle percosse abbia reagito nell'imminenza o nell'attualità del pericolo, in quanto si era già verificato il danno al patrimonio e la reazione difensiva del proprio patrimonio si è rivelata solo successivamente alla consumazione del furto.

5. L'uso di un'arma e la proporzione che "sussiste sempre". I requisiti aggiuntivi della legittima difesa domiciliare.

La locuzione "sempre" utilizzata per derogare al requisito della proporzione e per affermarne la presunzione di sussistenza pone il tema dell'assolutezza della prevalenza della tutela del domicilio rispetto ad altri beni giuridici del soggetto che viola il domicilio.

Il nodo ermeneutico è dato non tanto dal significato semantico da dare all'avverbio di tempo "sempre" che indica una costante temporale o una ripetitività abituale ma dal valore sistematico e funzionale da riconoscere a un termine voluto dal legislatore del 2019, con una precisa *ratio*: rendere comunque e permanentemente prevalente la tutela dei beni custoditi nel domicilio privato (o di luogo ad esso equiparato) o dell'incolumità propria o di terzi, rispetto all'incolumità o alla vita stessa dell'aggressore. Non v'è dubbio infatti che la difesa è costituita da una reazione che colpisce fisicamente l'aggressore, ancorché si tratti di una causalità non prevista dalla legge specificamente in ordine all'incolumità personale dell'aggressore.

Ci si deve porre il dubbio se il termine "sempre" è realmente innovativo o meramente rafforzativo della deroga al principio di proporzionalità, come già introdotto nel 2006 con la legge n. 59.

A parere della Corte (**Sez. 1, n. 13191 del 15/01/2020, Galluccio, Rv. 278935 – 01)** l'avverbio "sempre", introdotto dalla legge 26 aprile 2019, n. 36, nell'art. 52, comma secondo, cod. pen. non ha il significato di porre una presunzione assoluta di proporzionalità della difesa armata all'offesa perpetrata nel domicilio o in luoghi equiparati, ma semplicemente di rafforzare la presunzione di proporzione già prevista dalla norma a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59.

Pertanto il termine "sempre" non soltanto è sostanzialmente confermativo, e non innovativo, ma indica che l'introduzione o il trattenimento di altri nel proprio domicilio consente l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, sempre che si stia reagendo a un pericolo di offesa attuale di un'aggressione personale; non solo, si esige anche che l'impiego dell'arma sia, in concreto, necessario a difendere l'incolumità, propria o altrui, ovvero i beni presenti in tali luoghi. E infine si esige che non siano praticabili condotte alternative lecite o meno lesive.

E' evidente che la lettura del termine *de quo* è ben lontana dall'autorizzare un uso indiscriminato di un'arma per difendere, nel proprio domicilio o altro luogo equiparato, sempre e comunque la proprietà o l'incolumità propria o di terzi, rispetto all'incolumità dell'aggressore.

Infatti secondo **Sez. 1, n. 21794 del 20/02/2020, Barbieri, Rv. 279340 - 01** "l'aggiunta dell'avverbio "sempre" appare pleonastica, in quanto l'operatività della presunzione, già posta dalla norma, resta comunque subordinata all'accertamento degli altri elementi costitutivi della fattispecie scriminante, che non consente una indiscriminata reazione nei confronti dell'autore dell'illecita intrusione o dell'illecito intrattenimento, ma presuppone un attacco, nell'ambiente domestico o nei luoghi ad esso assimilati, alla propria o altrui incolumità o quanto meno un pericolo di aggressione".

Proprio sui c.d. "requisiti aggiuntivi" della legittima difesa domiciliare, rispetto all'originaria formulazione dell'art. 52 cod. pen., la medesima decisione interviene con l'inquadramento della nuova fattispecie normativa delineando nitidamente i presupposti e le condizioni di operatività dell'esimente speciale.

La Corte condivide l'esclusione della legittima difesa circa la condotta dell'imputato che, constatata l'intrusione nel proprio domicilio commerciale in orario di chiusura mentre si trovava nella soprastante abitazione, aveva prelevato la pistola legittimamente detenuta, raggiunto il negozio ed esploso due colpi in aria, tre colpi all'indirizzo della autovettura dei malviventi mettendola fuori uso, alcuni colpi contro l'ingresso del negozio e all'indirizzo del soggetto che ne era uscito.

In proposito la Corte ha nettamente evidenziato che i requisiti aggiuntivi, per poter applicare l'ipotesi esimente sono individuati: a) nella commissione di una violazione di domicilio da parte dell'aggressore; b) nella presenza legittima dell'agente nei luoghi dell'illecita intrusione predatoria o dell'illecito trattenimento; c) in uno specifico *animus defendendi;* d) nel pericolo attuale di un'offesa ingiusta, non altrimenti neutralizzabile se non con la condotta difensiva effettivamente attuata.

6. I nuovi requisiti della legittima difesa domiciliare e la successione di leggi penali nel tempo.

Una importante pronuncia dell'anno 2020 deve affrontare il tema della successione di leggi penali nel tempo con particolare riferimento al *novum* legislativo introdotto dalla legge n. 36 del 2019. Si noti che per mero fatto cronologico la giurisprudenza – anche degli anni a venire – dovrà occuparsi di fatti storici accaduti prima dell'entrata in vigore della legge n. 36 e analizzare l'applicabilità dei nuovi limiti della legittima difesa domiciliare a fatti pregressi.

Una prima decisione ci giunge da **Sez. 1, n. 14161 del 20/02/2020, Abico, Rv. 278973 – 01,** che si occupa dell'ampliamento dell'area di operatività della scriminante *de qua* davanti al giudice dell'esecuzione al fine di stabilirne i poteri in relazione alla possibile retroattività della norma più favorevole rispetto ad una sentenza di condanna frattanto divenuta irrevocabile.

In particolare, il caso è rappresentato da una sentenza di condanna pronunciata prima dell'entrata in vigore della modifica legislativa apportata dalla legge 28 aprile 2019, n. 36, che ha ampliato la sfera di operatività della legittima difesa introducendo l'art. 52, comma quarto, cod. pen.

La Corte ha così affrontato il tema della rivisitazione in sede esecutiva dei casi - non infrequenti - in cui v'è stata una reazione all'aggressione realizzata nelle condizioni che ora sono previste dal comma 4 dell'art. 52 cod. pen. e che prima della riforma non sarebbero rientrate nell'alveo della scriminante.

In breve si tratta dei casi in cui si è giunti ad una condanna irrevocabile e che sarebbero giunti ad un'assoluzione se fossero stati giudicati alla luce della nuova normativa, cioè delitti - privi di proporzione tra offesa e difesa - in cui l'introduzione o l'intrattenimento all'interno del domicilio è avvenuto con violenza, minaccia di uso di armi (o altri mezzi di coazione fisica) che secondo la lettera della nuova disposizione costituiscono "sempre" legittima difesa e invece così non era sotto il vigore della disciplina previgente.

In proposito il giudice di legittimità innanzi tutto ritiene che rientri tra le attribuzioni del giudice dell'esecuzione il potere di verificare la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione retroattiva della scriminante ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., che, com'è noto, è una ipotesi di retroattività che travolge anche il giudicato stabilendo la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali.

Al tempo stesso la Corte, però, considera che non si versa in ipotesi di *abolitio criminis* derivante da abrogazione o da dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione non ha il potere di revocare la sentenza di condanna ex art. 673 cod. proc. pen.

7. La disciplina dell'eccesso colposo di legittima difesa domiciliare: l'esclusione dell'imputazione colposa.

Nella disciplina della legittima difesa domiciliare il legislatore con l'art. 2 della legge 26 aprile 2019, n. 36 ha aggiunto il comma 2 all'art. 55 cod. pen. in tema di eccesso colposo stabilendo la non punibilità per chi ha commesso il fatto nelle condizioni della legittima difesa domiciliare per la salvaguardia della propria o altrui incolumità agendo nelle condizioni che hanno ostacolato la difesa pubblica o privata (come previste dall'art. 61, primo comma, n. 5 cod. pen.) ovvero "in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto".

Tra le prime questioni portate all'attenzione della Corte circa la legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52, commi secondo e quarto e del correlato art. 55, comma secondo, cod. pen., nella formulazione introdotta dalla legge 26 aprile 2019 n. 36, si deve evidenziare la fattispecie in cui la Corte ha escluso l'eccesso colposo per l'insussistenza del qualificato profilo di necessità o di inevitabilità altrimenti dell'azione asseritamente difensiva.

Con la decisione di **Sez. 5, n. 19065 del 12/12/2019 dep. 2020, Di Domenico, Rv. 279344 - 02** la Corte analizza il rapporto tra l'art. 52 cod. pen. e la riformulazione dell'eccesso colposo su cui la riforma ha innestato il nuovo comma secondo dell'art. 55 cod. pen.

Si osservi che quest'ultimo *novum* legislativo detta una disciplina speciale rispetto alla tradizionale regola dell'eccesso colposo di cui all'art. 55, comma primo, cod. pen. attraverso una specifica disposizione dedicata alla legittima difesa domiciliare.

Gli effetti riguardano non soltanto il rapporto con gli elementi costitutivi della scriminante in parola ma più specificamente il rapporto con la colpa impropria di cui l'istituto dell'eccesso colposo rappresenta un'indiscussa esemplificazione.

La nuova disposizione viene interpretata dalla sentenza in parola come "una fattispecie di per sé certamente antigiuridica, per difetto della necessità della reazione in concreto tenuta, strutturalmente configurabile quale reato colposo rispetto al quale sussiste un profilo di rimproverabilità della condotta (altrimenti, il soggetto agente andrebbe già esente da responsabilità ai sensi della previsione di cui al primo comma)."

A tal riguardo la Corte valorizza il ruolo degli elementi costitutivi della scriminante della legittima difesa domiciliare.

In particolare, l'attenzione del giudice di legittimità si concentra sui requisiti della legittima difesa, costituiti dalla necessità di contrastare o rimuovere il

pericolo, dall'attualità del pericolo di un'aggressione e da una reazione proporzionata ed adeguata.

La mancanza di tali elementi costituivi della legittima difesa impedisce di ravvisare l'eccesso colposo, che invece si caratterizza per l'erronea valutazione del pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi usati per reagire alla temuta aggressione.

Di talché in assenza anche solo di uno di tali requisiti non v'è l'elemento fondante la colpa che è alla base della reazione eccessiva, non v'è il presupposto del superamento dei limiti esterni della legittima difesa in quanto sostanzialmente ne mancano i limiti interni.

L'analisi della Corte muove dalla considerazione - non scontata - che la nuova disposizione non ha codificato un'ulteriore scriminante, in aggiunta a quelle previste dagli artt. 50-54 cod. pen. ma "declina, invece, una situazione che, inserendosi nell'ambito di applicazione di una scriminante esistente, esclude la soggettiva imputabilità all'agente di condotte antigiuridiche colpose rispetto alle quali sia già stata accertata la violazione di una regola cautelare, operante - come sostenuto anche in dottrina - sul piano dell'inesigibilità".

In breve la fattispecie del'art.55, comma secondo, cod. pen., esclude l'imputazione per colpa di una condotta reattiva che ha violato la regola cautelare ma altrimenti inesigibile. Gli argomenti utilizzati dalla Corte, infatti, depongono a favore di una collocazione sistematica della nuova fattispecie tra le cause di inesigibilità di un comportamento diverso. Pertanto, con riferimento all'aspetto in parola dell'eccesso nella legittima difesa domiciliare, circoscritto alle sole ipotesi richiamate dal comma secondo dell'art. 55 cod. pen., si tratterebbe specificamente di un eccesso *ope legis* non colposo.

Peraltro, all'interno del suddetto campo di applicazione, lo spazio concesso a tale anomala forma di eccesso colposo, risultante dal combinato disposto degli artt. 52, commi secondo e terzo, e 55, comma secondo, cod. pen. si concede uno spazio operativo limitato a chi abbia "commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità", da ritenersi comprensiva dei casi di eccesso colposo commessi in legittima difesa di beni propri o altrui quando sia ragionevolmente ipotizzabile quel pericolo di aggressione personale considerato dall'art. 52, secondo comma, lett. b), cod. pen..

La conseguenza di tale lettura è rappresentata dalla considerazione che anche nel domicilio, e nei luoghi ad esso equiparati, l'uso dell'arma scrimina se v'è la necessità della difesa. Pertanto, secondo l'autorevole insegnamento della Corte con la decisione in parola, "la causa di non punibilità prevista dall'art. 55, comma secondo, cod. pen, come introdotto dalla legge n. 36 del 2019, per chi abbia agito in condizioni di minorata difesa o in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto, è configurabile quando l'azione difensiva illecita,

ascrivibile a titolo di eccesso colposo, sia determinata dall'intento di salvaguardare la propria o altrui incolumità o, nel caso di cui all'art. 52, comma secondo, lett. b), cod. pen., sia comunque ipotizzabile il pericolo di aggressione personale".

Com'è evidente l'analisi del giudice di legittimità porta a conclusioni restrittive rispetto all'uso indiscriminato di un'arma, pur legittimamente detenuta, nell'ambito del proprio domicilio.

8. Il grave turbamento e il duplice nesso causale.

Uno dei fattori causali della non punibilità prevista dall'art. 55, comma secondo, cod. pen. è individuato nello "stato di grave turbamento" dovuto all'aggressione quale presupposto, in alternativa alla minorata difesa pubblica e privata, per l'applicazione della causa di non punibilità. Quest'ultima formula ha meritato l'attenzione di **Sez. 4, n. 34345 del 10/11/2020, Setti, Rv. 279964 – 01** che evidenzia innanzi tutto l'associazione causale tra lo stato di grave turbamento che deve essere conseguenza della situazione di pericolo in atto.

La considerazione che il pericolo attuale debba essere la causa del grave turbamento porta innanzi tutto a selezionare i fattori causali idonei a far insorgere lo stato di grave turbamento. Ne consegue, sottolinea la Corte, l'irrilevanza di stati d'animo che abbiano cause preesistenti o diverse.

Il nesso causale tra pericolo e grave turbamento, pertanto, è un requisito imprescindibile per l'applicazione dell'ipotesi speciale di eccesso colposo di legittima difesa domiciliare e merita alcune brevi riflessioni.

Il requisito della causalità tra pericolo e turbamento esige una necessaria, approfondita, indagine da parte del giudice su tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie storica: infatti, in primo luogo, occorre accertare sia l'attualità sia la concretezza e univocità del pericolo che si presenta con l'aggressione in atto.

In secondo luogo, è necessario verificare se tale concreto e attuale pericolo abbia ingenerato un turbamento, abbia costituito la condizione causale necessaria e determinante di uno sconvolgimento emotivo negativo idoneo a modificare le determinazioni dell'aggredito. Il termine turbamento - atecnico, generico e incerto per la scienza psicologica - sul piano semantico, infatti, deve riferirsi a uno stato emotivo tutto nuovo rispetto a quello che aveva il soggetto aggredito prima che insorgesse il pericolo e, comunque, tale da indurlo a determinarsi per un'azione reattiva con l'uso di un'arma (o altro mezzo di coazione fisica) che prima non avrebbe verosimilmente adottato.

In breve il pericolo attuale deve essere provato come la determinante causale unica dell'emotività che si estrinseca in paura, istinto di salvezza, reazione

energica, forza fisica. (Utile ricordare che la Corte nel 2019 ha altresì indicato quali utili parametri, per la valutazione del turbamento, la maggiore o minore lucidità e freddezza che hanno contraddistinto l'azione difensiva, vedi **Sez. 3, n. 49883 del 10/10/2019, Capozzo, Rv. 277419 – 03**).

E' evidente che la formula legislativa "grave turbamento" è talmente elastica da indurre necessariamente verso un accertamento fattuale accurato, approfondito, sondando l'emotività e lo sconvolgimento psicologico provocato dagli eventi.

Indubbiamente il tipo di aggressione, la consapevolezza di un pericolo, la disponibilità di un altro tipo di difesa, le condizioni di vulnerabilità sono i connotati che dal pericolo concreto fanno sorgere un grave turbamento che legittima la non punibilità in caso di eccesso dai limiti interni della scriminante.

Invero, **Sez. 5, n. 19065 del 12/12/2019 dep. 2020, Di Domenico, Rv. 279344 – 01** (ancorché la massima si riferisca ad altro profilo) in motivazione evidenzia un duplice nesso causale: "il necessario accertamento di un duplice rapporto causale, in virtù del quale il turbamento deve essere l'effetto derivante dalla situazione di pericolo in atto e, nel contempo, la causa dell'eccesso difensivo".

Il pericolo attuale provoca un grave turbamento che a sua volta porta alla reazione non punibile. La linea logica pericolo-turbamento-reazione costituisce pertanto il percorso causale che porta la norma a configurare l'inesigibilità di una diversa reazione.

Infine si noti che non ogni turbamento rileva per la non punibilità ma soltanto quello che assume un certo indice di gravità, il cui parametro di determinazione è rimesso all'interprete.

Si noti che la Corte indica come la gravità si debba misurare sul piano dell'inesigibilità di un comportamento che conduca a quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa.

Solo il grave turbamento, così come delineato, è quindi assenza di colpa.

L'eccesso di legittima difesa domiciliare non è punibile perché è inesigibile e quindi non colposo. Un eccesso *ope legis* non colposo, se ne sussistono i requisiti di legge.

Invero nella sentenza Setti la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza di condanna dell'imputato che, intervenuto in una normale lite tra madre e figlio, aveva cagionato lesioni personali alla donna, essendosi escluso che da tale lite potesse essere derivato nel soggetto agente un turbamento nei termini richiesti dalla norma.

Al riguardo si legga ancora **Sez. 5, n. 19065 del 12/12/2019 dep. 2020, Di Domenico, Rv. 279344 – 01** (la massima si riferisce ad altro profilo) laddove in motivazione si ribadisce che "lo stato di grave turbamento, che funge da presupposto, in alternativa alla minorata difesa, per l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 55, comma secondo, cod. pen., come introdotto dalla legge n. 36 del 2019, richiede che esso sia prodotto dalla situazione di pericolo in atto, rendendo, di conseguenza, irrilevanti stati d'animo che abbiano cause preesistenti o diverse e necessario, invece, da parte del giudice, un esame di tutti gli elementi della situazione di specie, per accertare se la concretezza e gravità del pericolo in atto possa avere ingenerato un turbamento così grave da rendere inesigibile quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa, che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa".

9. Le conseguenze sul piano civile.

La medesima decisione, in un *obiter dictum,* che merita qui evidenza, coglie un importante spunto dagli effetti della riforma anche sul piano civilistico.

Infatti sotto il profilo civile ai sensi dell'art. 2044, ultimo comma, cod. civ., introdotto dall'art. 7 legge n. 36 del 2019, (e pertanto nello stesso contesto riformatore) la condotta continua ad essere fonte di responsabilità sia pur nella forma attenuata dell'indennizzo, piuttosto che in quella, piena, del risarcimento del danno.

Dalla considerazione che sul piano civilistico si prevede il diritto ad un indennizzo – tipico ristoro riconosciuto a chi subisce un decremento da atto legittimo – la Corte desume che sul piano penale la condotta "viene ritenuta non punibile poiché i limiti imposti dalla necessità della reazione sono stati (colpevolmente) superati per avere il soggetto agito in stato di minorata difesa, ovvero di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto".

Pertanto una volta positivamente compiuto il giudizio di soggettiva rimproverabilità effettuato con riguardo all'agente modello, ferme le altre condizioni, l'agente non sarà punibile laddove, alternativamente, ricorra una delle due, distinte, situazioni codificate.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 49883 del 10/10/2019, Capozzo, Rv. 277419 – 03
Sez. 5, n. 19065 del 12/12/2019, dep. 2020, Di Domenico, Rv. 279344-01
Sez. 5, n. 12727 del 19/12/2019 dep. 2020, Morabito, Rv. 278861 – 01.
Sez. 1, n. 13191 del 15/01/2020, Galluccio, Rv. 278935 – 01
Sez. 1, n. 21794 del 20/02/2020, Barbieri, Rv. 279340
Sez. 5, n. 32414 del 24/09/2020, Di Pietro, Rv. 279777-01,
Sez. 4, n. 34345 del 10/11/2020, Setti, Rv. 279964 – 01

SEZIONE III

REATI DEL CODICE PENALE

DELITTI CONTRO LA PERSONALITA' DELLO STATO

CAPITOLO I

ASSOCIAZIONE CON FINALITA' DI TERRORISMO *EX* ART. 270-*BIS* COD.PEN.

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Quadro giuridico internazionale ed europeo - 3. La condotta di partecipazione nell'associazione di terrorismo internazionale, cenni introduttivi. - 3.1 L'inclusione progressiva nell'associazione. - 3.2 La condotta posta in essere dai c.d. "lupi solitari". - 3.3 Partecipazione rappresentata dalla scelta di combattere come Foreign Terrorist Fighters. - 3.4 Il richiamo alla necessaria verifica degli elementi sintomatici di partecipazione all'associazione costituita a fine di terrorismo di matrice ideologico-religiosa. - 4. L'evoluzione più recente della giurisprudenza: mera adesione psicologica e condotta di partecipazione, il necessario discrimine rispetto alle organizzazioni terroristiche interne, il rapporto "smaterializzato" con l'organizzazione "madre". - 4.1. La condotta di partecipazione, adesione ideologica supportata da seri propositi criminali, la natura di reato di pericolo presunto dell'art. 270-*bis* cod. pen. - 5. L'arruolamento passivo: è sufficiente la dimostrazione dell'incondizionata disponibilità al compimento di atti terroristici? - 6. Art. 270-*quinquies* cod. pen., gli elementi caratterizzanti le due figure di addestratore e informatore. - 7. Reato di addestramento e acquisizione autonoma di informazioni strumentali al compimento di atti con finalità di terrorismo, la necessità di comportamenti significativi sul piano materiale. - 8. L'attività di apologia.

1. Premessa.

Il tema dell'associazione terroristica *ex* art. 270-*bis* cod. pen. rappresenta uno dei principali ambiti di elaborazione interpretativa della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, tenuto conto della particolare diffusività del fenomeno, dell'emersione di modalità nuove e sempre diverse di manifestazione della condotta che integra la partecipazione a tali associazioni, con particolare riferimento al terrorismo connotato da una matrice ideologica e religiosa.

Il tema della specifica individuazione della soglia comportamentale alla quale ancorare la condotta partecipativa, nella fattispecie *ex* art. 270-*bis* cod. pen., rappresenta il momento centrale di riflessione delle decisioni intervenute negli ultimi due anni, che affrontano temi già accennati dalle sentenze della giurisprudenza di legittimità oggetto di commento in precedenti contributi dell'Ufficio su questo tema, sebbene con precipua considerazione, all'epoca, dei requisiti necessari per ritenere correttamente contestata e valutata la fattispecie in fase cautelare.

La considerazione del tema oggetto di questo contributo richiede un necessario collegamento, oltre che una considerazione riepilogativa, quanto ad alcune decisioni degli anni precedenti, che rappresentano il sostrato interpretativo imprescindibile per intendere l'approdo ermeneutico recente della Corte, incentrato sull'effettivo riconoscimento della peculiarità della struttura associativa in questione, quando relativa a terrorismo connotato da una matrice ideologico - religiosa, non composta come le organizzazioni criminali e terroristiche interne da persone, mezzi e luoghi di incontro, ma caratterizzata invece da *"un'adesione, aperta anche se non indiscriminata, realizzata con modalità informatizzata su base planetaria, propugnando la diffusione del credo religioso e politico attraverso cellule - figlie che, aderendo al programma, svolgono, sia pure attraverso un rapporto del tutto smaterializzato con l'organizzazione madre, un ruolo strumentale per la realizzazione del fine criminoso*" (**Sez. 2, n. 7808 del 04/12/2019, dep. 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-02, 278680-05**).

La necessità di considerare le effettive caratteristiche dell'associazione nel suo atteggiarsi concreto è elemento centrale della più recente interpretazione della Corte, al fine di poter riscontrare, mediante una serie di indici costanti e ricorrenti, un'effettiva partecipazione del singolo alla stessa. Il tema si collega da una parte alla necessità che, nella valutazione della condotta, sia rispettato il principio di offensività, attesa l'evidente anticipazione della soglia di rilevanza penale introdotta dal legislatore rispetto a tali delitti, dall'altra al necessario rispetto di diritti umani fondamentali e dello stato di diritto, come sanciti dalle fonti internazionali, nonché dei principi costituzionali interni, in particolare quanto alla piena libertà di espressione, di riunione e di credo religioso.

2. Quadro giuridico internazionale ed europeo.

La disciplina introdotta con gli artt. 270-*bis* e segg. cod. pen., quanto alla sostanziale anticipazione della soglia di rilevanza penale della condotta di partecipazione, ha come presupposto, quanto allo standard di tutela apprestato dal nostro ordinamento, il quadro di strumenti giuridici internazionali ed europei, che nella loro diversa portata hanno condotto all'introduzione e specificazione delle fattispecie in esame. Il tema di riflessione è stato da sempre quello di cercare di arginare la radicalizzazione, di apprestare strumenti preventivi, ma anche repressivi, adeguati nel momento in cui la radicalizzazione si manifesti in attività concretamente riscontrabili, volte a sovvertire le strutture democratiche con il mezzo della violenza; violenza diretta indiscriminatamente verso obiettivi civili, piuttosto che verso gli obiettivi istituzionali, che con l'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., caratterizzata dalla matrice ideologico - religiosa, si vogliono

destrutturare. In tal senso, il terrorismo, anche se non qualificato come finalità dall'art. 270-*bis* cod. pen., non costituisce solo un obiettivo illecito, ma un vero e proprio *"modus operandi"*, uno strumento di lotta e di pressione efferato che colpisce persone e beni non identificabili con l'avversario istituzionale (**Sez. 1, n. 31344 del 06/10/2020, Abo Robeih Tarif**).

Appare opportuno quindi - per sottolineare come l'anticipazione della tutela penale realizzata dal legislatore trovi una base giuridica vincolante e comune agli altri Stati democratici e agli impegni in tal senso assunti dal nostro paese - un rapido richiamo ai principali strumenti che hanno delimitato il quadro giuridico internazionale ed europeo in tema di terrorismo, ritenuto un'oggettiva minaccia per la pace e la sicurezza internazionale.

a) *Le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n.* 2178 *(*2014*),* 2354 *e* 2396 *(*2017*)*, che hanno evidenziato come il controllo dell'estremismo violento che può favorire il terrorismo, ivi compresa la prevenzione della radicalizzazione, il reclutamento, la mobilitazione in gruppi di aspiranti terroristi, e la loro trasformazione in gruppi terroristici combattenti stranieri, rappresenta un elemento essenziale per affrontare la minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, con invito agli Stati membri ad intensificare ogni sforzo per evitare questo tipo di terrorismo. In tal senso, è apparso decisivo richiedere un concreto e coordinato sviluppo di strumenti di valutazione dei rischi per identificare persone che mostrano segni di radicalizzazione alla violenza, evitando profilazioni basate su motivi discriminatori vietati dal diritto internazionale; - *il piano d'azione del Segretario delle Nazioni Unite*, successivamente adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con il quale è stata evidenziata l'insufficienza di misure per contrastare il terrorismo basate esclusivamente su una tutela della sicurezza, mirando a prevenire, anche nella considerazione delle fattispecie incriminatrici, comportamenti "*sintomatici"* della radicalizzazione volta a finalità di terrorismo nell'ambito di un quadro di collaborazione internazionale unitario.

b) *Le determinazioni del Consiglio d'Europa* nel realizzare la cooperazione degli Stati contro il terrorismo, cercando così di prevenire la radicalizzazione nell'ambito di un quadro comune, il cui limite è sempre rappresentato dal rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto, con particolare riferimento: - alla *Convenzione EDU* (diritto ad un equo processo anche nel caso di reati di terrorismo, tenendo conto del peso dell'interesse pubblico nelle indagini e applicando l'art. 6 in modo da non implicare difficoltà sproporzionate per le autorità di polizia nell'adottare misure efficaci per contrastare il terrorismo o altri reati gravi nell'adempimento dei loro obblighi di cui agli art. 2, 3, e 5 della Convenzione, al fine di proteggere il diritto alla vita e alla sicurezza fisica dei

cittadini) ; - alla *Convenzione sulla criminalità informatica* (ETS no.185, il primo trattato internazionale sui reati commessi via internet e su altri reti informatiche), che, contenendo anche indicazioni in tema d'intercettazione sui flussi, ha svolto un ruolo rilevante in tema di terrorismo, atteso l'uso essenziale di *internet e social network* al fine di favorire una radicalizzazione globalizzata, massiccia ed anonima (l'uso di spazi *on line* per la diffusione di ideologia radicale, estremismo, violenza e terrore, è contrastato dal protocollo addizionale alla convenzione, che stabilisce limiti alla libertà di espressione e di parola); - *Convenzione europea per la repressione del terrorismo* (ETS no.090), che facilita l'estradizione dei soggetti che hanno commesso atti di terrorismo; - *il Protocollo alla Convenzione d'Europa per la repressione del terrorismo*, che qualifica come reato la commissione di una serie di atti come la partecipazione ad un'associazione o un gruppo a fini terroristici, il ricevere un addestramento a fini terroristici, i viaggi all'estero a fini terroristici, il finanziamento e l'organizzazione di tali viaggi, e prevede la creazione di una serie di punti di contatto internazionale per uno scambio proficuo di informazioni; in tale ambito emerge la piena rilevanza penale dei c.d. *"atti preparatori"*, contemplando nuovi fatti di reato direttamente collegati al fenomeno dei combattenti terroristi stranieri (*Foreign Terrorist Fighters FTF*), con evidente collegamento di tali condotte alla previa radicalizzazione dei soggetti coinvolti nei viaggi; - *la Convenzione di estradizione del Consiglio d'Europa* (ETS no. 024, con correlati primo, secondo, terzo e quarto protocollo addizionale) al fine di alimentare l'azione penale anche quando si tratti di reati transnazionali.

c) *Gli strumenti direttamente riferibili all'Unione Europea*, tenuto conto del disposto di cui all'art. 67, paragrafo 3, del TFUE, che sancisce che l'Unione si adopera per garantire un livello adeguato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta, contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia; nonché attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie ed infine tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali. La cooperazione penale conseguente rappresenta la base per l'Unione al fine di combattere efficacemente il terrorismo e porre un argine anche ai comportamenti che rappresentano piena adesione agli scopi delle associazioni a delinquere con finalità di terrorismo. In particolare: - la *Direttiva UE* 2017/541 *sulla lotta al terrorismo, che sostituisce la decisione quadro* 2002/475/*GAI del Consiglio e modifica la decisione* 2005/671/*GAI del Consiglio* (concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici); - *Decisione quadro* 2008/978/*GAI del Consiglio relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di documenti, oggetti e dati da utilizzare nei procedimenti penali*; - *Direttiva* 2014/41/*UE relativa all'ordine europeo di indagine penale; - Direttiva UE* 2016/681 *sull'utilizzo del codice di prenotazione (PNR), a fini di prevenzione, accertamento e indagine penale nei confronti dei*

reati di terrorismo e dei reati gravi; - *Decisione quadro* 2002/584/*GAI del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli stati membri*.

Infine, occorre considerare, come ultima riflessione introduttiva, il ruolo della *Corte EDU*, che pur non avendo competenza sui reati terroristici in sé, ha tuttavia in diverse occasioni affermato principi fondamentali sul come contrastare il terrorismo e tenere conto nella valutazione dei c.d. *"reati preparatori"* del rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto. Un'ampia elaborazione di principi e di indicazioni al fine di combattere legittimamente la radicalizzazione e il conseguente avvicinamento alle associazioni terroristiche. In tal senso, vale la pena ricordare la decisione della *Corte EDU, Kasymakunov e Saybalatov c. Russia,* 26261/05 *e* 26377/06. La *Corte EDU* ha chiarito che il cambiamento della legge o delle strutture costituzionali di uno stato è possibile a condizione che: - i mezzi utilizzati a tal fine siano legali e democratici; - il cambiamento proposto sia compatibile con i principi democratici fondamentali; ne conseguiva, nel caso concreto, l'impossibilità di ritenere compatibile con le strutture democratiche ed europee di un regime basato sulla *Shaaria*, per diversi aspetti, tra i quali il principale è l'invadenza di precetti religiosi in tutti gli ambiti della vita privata e pubblica dei cittadini, oltre alla radicale limitazione dello *status* giuridico della donna.

Ricorrono, dunque, in questa decisione, elementi ampiamente considerati dalla stessa giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione, che ha affermato che le condotte terroristiche, in linea con quanto affermato dall'art. 270-*sexies* cod. pen., puntano a sovvertire con modalità violente gli ordinamenti economici e sociali di uno Stato, ovvero a sopprimere il suo assetto politico e giuridico, senza che occorra l'immediata concretizzazione di tali propositi criminosi (**Sez. 1, n. 31344 del 06/10/2020, Abo Robeih Tarif**, che richiama il principio di diritto affermato da **Sez. 2, 14704 del 22/04/2020**, Bekay, Rv. 279408-01, ed anche Sez. 2, n. 24994 del 25/05/2006, Bouhrama, Rv. 234345-01), sicché ciò che assume rilievo decisivo ai fini della loro rilevanza penale è la natura violenta delle relative condotte, *"espressiva di un metodo antidemocratico"*.

Tale considerazione ha ampiamente ispirato il quadro giuridico internazionale ed europeo, che, tenuto conto delle associazioni terroristiche in questione, ha anche ritenuto imprescindibile la piena individuazione delle caratteristiche con cui i soggetti appartenenti a tali associazioni, che si connotano per l'oggettiva portata planetaria, comunicano tra di loro. Con conseguente invito agli Stati a prevedere e disciplinare particolari forme di accesso ai *data base* e sistemi informatici per evitare tutte quelle attività consistenti in *"incitamento all'odio"* che rappresentano una delle forme principali per realizzare attività di proselitismo e reclutamento a fini di terrorismo. Tali normative devono rispondere a precisi

requisiti e, in particolare, nell'effettuare il controllo e la conservazione dei dati, è necessario che sia presente un'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, con mezzi di ricorso giurisdizionale contro di essa. Ciò premesso, considerata l'evidente incidenza di tale disciplina nel suo complesso sulla legislazione in tema di associazione per finalità di terrorismo ex art. 270-*bis* cod. pen., occorre anche richiamare quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 225 del 2008, che ha evidenziato come rientri nella piena discrezionalità del legislatore optare per forme di tutela avanzata, che colpiscano *"l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo, nonché correlativamente l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva, nel rispetto del principio di necessaria offensività ex art.* 25 *Cost., considerato dalla Corte costituzionale in astratto, acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo, e ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di omologare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa, resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività in concreto), essendo lo stesso chiamato ad una lettura teleologicamente orientata degli elementi della fattispecie, ancor più penetrante quando le formule utilizzate dal legislatore appaiano in sé anodine o polisense, al fine di evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda fino a ricomprendere condotte prive di un apprezzabile potenzialità lesiva"* (Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, PG c/ Antar Hakim Moustafa, Rv. 276065 - 01). In tale contesto appare opportuno richiamare, infine, anche la sentenza n. 65 del 1970 della Corte cost., che, seppure in relazione a diverso ambito, ha delineato i limiti del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost. quanto alla legittima manifestazione del pensiero, nel senso dell'esigenza di prevenire e far cessare turbamenti della sicurezza pubblica, la cui tutela costituisce una finalità immanente del sistema.

3. La condotta di partecipazione nell'associazione di terrorismo internazionale, cenni introduttivi.

Nel riprendere il tema dei reati commessi con finalità di terrorismo nella considerazione della giurisprudenza della Corte di cassazione, appare opportuno richiamare i precedenti contributi di questa stessa rassegna negli anni 2016, 2017 e 2018, quanto: - all'identificazione e normazione con l'introduzione dell'art. 270-*sexies* cod. pen. della nozione di terrorismo (con l'art. 15 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modifiche nella legge 31 luglio 2005, n. 155), nonché quanto alla predisposizione normativa di un meccanismo di rinvio dinamico e formale idoneo ad assicurare, con automatismo, l'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati che compongono la collettività internazionale per predisporre, come evidenziato nel paragrafo 2, gli strumenti necessari al fine dell'effettiva

repressione della criminalità terroristica internazionale; - infine, quanto al profilo soggettivo delle condotte terroristiche, per passare, quindi, all'analisi degli approdi ermeneutici della giurisprudenza di legittimità relativi alla condotta di partecipazione nell'associazione con finalità di terrorismo internazionale, con particolare riferimento al terrorismo connotato da matrice ideologico-religiosa.

In tal senso, sono necessari brevi richiami a decisioni recenti, che rappresentano un precedente significativo, un passaggio interpretativo rilevante nella soluzione di questioni ermeneutiche, al fine di giungere alla puntuale individuazione della condotta associativa, così come nella definizione del concetto di partecipazione.

Le diverse decisioni che saranno analizzate evidenziano che la condotta partecipativa - rispetto alla quale era stato segnalato il rischio di un eccessivo ampliamento dell'ambito applicativo, con sostanziale possibilità di uno svuotamento del controllo giurisdizionale relativo la necessaria materialità ed offensività della stessa - è da valutare tenendo conto del paradigma tipico di tale speciale associazione, anche per come disegnato dagli strumenti giuridici internazionali ed europei e, conseguentemente, dal legislatore interno, sicché si è affermato che, a meno di evitare *"torsioni interpretative eccessive",* non può essere valutata e analizzata nei suoi elementi significativi alla stregua delle associazioni a delinquere tradizionali e, segnatamente, di stampo mafioso. (**Sez. 2, n. 14704 del 22/04/2020, Bekaj, Rv. 279408-02, 279408-03**).

Deve essere, quindi, richiamata l'elaborazione giurisprudenziale, per come già approfonditamente analizzata dal contributo su questo stesso tema della rassegna dell'Ufficio del massimario e del ruolo dell'anno 2018, con particolare riferimento alle decisioni che di recente hanno delimitato l'ambito applicativo nel perimetro del quale poter ritenere integrata la condotta di partecipazione (in particolare Sez. 1, n. 1072 del 11/10/2006, Bouyahia Maher, Rv. 235289-01, Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924-01, Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, Chachoub, Rv. 253943-01, Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645-01, 271646-01, 271647-01, Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730-01, 272731-01, Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217-02, Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas).

Il punto centrale di riflessione, che appare opportuno richiamare, è quello relativo alle apparentemente differenti considerazioni che hanno caratterizzato Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645-01, 271646-01, 271647-01 da una parte e Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731-01, Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217-02 dall'altra.

Questi precedenti vengono costantemente citati e considerati dalle decisioni più recenti, che, tuttavia, ne realizzano una lettura coordinata ed evolutiva, rilevando che se è necessario, come affermato in Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730-01, che "*che l'azione del singolo si innesti nella struttura organizzata, cioè che esista un contatto operativo, un legame, anche flebile, ma concreto tra il singolo e l'organizzazione che, in tal modo, abbia consapevolezza, anche indiretta, dell'adesione da parte del soggetto agente*", tuttavia tale legame non può prescindere in concreto e nell'accertamento, anche ai fini di offensività, rimesso al giudice di merito dal fatto che: *"la partecipazione ad una associazione terroristica di ispirazione jiahadista può manifestarsi anche attraverso modalità di adesione "aperte" e spontaneistiche, che non implicano l'accettazione da parte del gruppo, ma che comportano di fatto una inclusione progressiva dei partecipi.",* nonché che: *l'esistenza di un sodalizio criminoso avente le caratteristiche di cui all'art.* 270-*bis cod. pen. non può escludersi per il fatto che esso sia imperniato su di un nucleo culturale che si richiama all'integralismo religioso islamico, perché, i rapporti ideologico-religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si propone il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso, per la sua forte valenza aggregante."* (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01).

Si tende, dunque, nelle decisioni più recenti, che saranno esaminate in seguito, a dare una lettura coordinata dei principi affermati da queste sentenze che, è bene ricordarlo, sono state pronunziate in relazione al vaglio di legittimità circa la ricorrenza di gravi indizi di colpevolezza a fini cautelari, per giungere ad un'applicazione degli stessi in modo integrato nella valutazione degli elementi che, nel merito, hanno portato alla decisione, considerando le caratteristiche specifiche di queste associazioni, le loro modalità di manifestarsi mediante l'utilizzo, da ritenere elemento centrale e caratterizzante, della rete informatica, la particolare rilevanza dei gruppi chiusi *on line*, che si presentano come strumenti di indottrinamento, piuttosto che di mera propaganda, con una chiara valenza costitutiva del ricorso ai *social media*.

Tale evoluzione interpretativa richiede, comunque, per una comprensione dei più recenti approdi ermeneutici, un breve richiamo ad alcune delle decisioni che hanno apportato ulteriori argomenti alle considerazioni che precedono.

3.1. L'inclusione progressiva nell'associazione.

In particolare, il tema della connotazione della condotta rilevante per poter ritenere integrato il reato ex art. 270-*bis* cod. pen. è al centro della decisione della Quinta sezione penale (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01) che, con una approfondita ricostruzione, riporta a

sistema gli approdi interpretativi precedenti della giurisprudenza di legittimità in materia, per affermare e chiarire che proprio la ricorrenza di una condivisione e partecipazione di diversi soggetti quanto ai valori dell'integralismo religioso islamico in senso radicale rappresenta la base materiale sulla quale si incardina il sodalizio criminoso di cui all'art. 270-*bis* cod. pen.

Il tema della portata del radicalismo religioso islamico, come elemento-base per l'associazione del singolo all'organizzazione criminale autoproclamatasi IS, è al centro anche della successiva Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas, richiamata nel contributo del 2018 come portatrice di una sorta di posizione intermedia, che, tuttavia, in modo ancora più esplicito, sottolinea come la finalità del radicalismo religioso citato rappresenta l'essenza stessa del reato contestato, considerato che la finalità espressa di tale ideologia, e di coloro che vi aderiscono, è effettivamente quella di eliminare tutto ciò (persone, luoghi e cose) che si mostri contrario ai principi affermati, con l'uso quindi del metodo violento e antidemocratico sopra considerato.

La sentenza Bekaj richiama l'interpretazione progressiva della Corte di cassazione in ordine al reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., in considerazione delle svariate modalità con le quali la condotta si può materializzare in concreto, integrando questa fattispecie un reato pacificamente ritenuto di pericolo presunto (Sez. 2, n. 24994 del 25/05/2006, Bouhrama, Rv. 234345- 01, che ha precisato che proprio in considerazione della natura di reato di pericolo presunto non è necessario che abbia inizio la materiale esecuzione del programma criminale). A tal fine si è precisato che:

- il delitto è integrato in presenza di una struttura organizzativa con un grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione del programma criminoso, pur non essendo necessaria la specifica predisposizione di un programma di azioni terroristiche (Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924 - 01, Sez. 1, n. 1072 del 11/10/2006, Bouyahia Maher, Rv. 235289 -01), sicché ciò che caratterizza tale forma di associazione non è la finalità perseguita, nonostante la dizione letterale della previsione normativa, ma *"le modalità e la natura terroristica della violenza che si intende esercitare o si prefigura"*;

- il delitto è integrato in presenza di una struttura organizzata di "*carattere assolutamente rudimentale e da un'adesione ideologica ai valori dell'islamismo radicale connotata dalla oggettiva serietà dei propositi criminali terroristici*", rappresentando tale contesto e la diffusività dell'ideologia, con la sua minaccia esplicita di sopprimere tutto ciò che si discosti dai suoi affermati principi, uno degli elementi caratterizzanti e tipici del reato ex art. 270-*bis* cod. pen. (Sez. 6, n. 25863 del 08/05/2009, Scherillo, Rv. 244367 -01, Sez. 1, n. 22673 del 22/04/2008, Di Nucci, Rv. 240085-01);

- "*la necessità di considerare questo fenomeno criminale in modo autonomo ed indipendente in relazione al suo manifestarsi, superando gli ordinari paradigmi interpretativi*" utilizzati nella valutazione di condotte rientranti nel c.d. "*terrorismo storico*", che ha caratterizzato e connotato la vita sociale nel nostro paese in epoca relativamente recente, "*o ancora basati sui caratteri della associazione a delinquere "classica", semplice o mafiosa che sia*", con la conseguenza che appare necessario prendere atto del "*carattere estremamente flessibile di tali forme associative, spesso a struttura cellulare, in grado di modularsi a seconda delle esigenze del caso concreto, operando in modo globalizzato e transnazionale, con contatti sporadici e a carattere progressivo tra i componenti dell'associazione, in considerazione della ricorrenza accertata di reclutamenti nell'ambito di struttura ampiamente consolidata a livello internazionale*";

- l'oggettiva dinamicità di tale struttura associativa, caratterizzata da una fitta rete di collegamento, anche transnazionale, flessibile, variabile e discontinua anche nei contatti tra i suoi componenti, anche nel caso in cui realizzi una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di organizzazioni riconosciute ed operanti come tali (proselitismo, diffusione di documenti di propaganda, assistenza agli associati, finanziamento, predisposizione o acquisizione di armi);

- la necessità di avere ben presente che l'anticipazione della soglia di punibilità non può mai sottrarsi ad una valutazione di offensività in concreto (Sez. 5, n. 48001 del 14/07/2016, Hosni, Rv. 268164 -01).

Questo perché, appunto, l'adesione a tali valori, l'esclusività dei valori di riferimento, l'identificazione dei soggetti credenti negli stessi in antagonismo con coloro che sono ritenuti infedeli, può rappresentare un "*collante fondamentale*", che "*aggiunto al vincolo associativo e agli elementi di riscontro esterni e materiali, che non possono mai mancare"*, è estremamente significativo nel concreto atteggiarsi della condotta integrante il reato di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. Se, dunque, ricorre il "*collante fondamentale*", rappresentato dall'adesione ad una ideologia religiosa estremista ed esclusiva, tuttavia questo elemento deve essere sempre valutato in correlazione con il necessario riscontro di una serie di elementi materiali e di condotta minimi, volti a concretizzare il reato contestato, sempre tenendo conto delle caratteristiche tipiche di tali associazioni (spontaneismo, flessibilità, rudimentalità, progressività) ed anche delle modalità anomale ed innovative con le quali vengono perseguiti e spesso attuati attentati stragisti. Questa conclusione è stata condivisa anche dalle decisioni più recenti, che hanno ritenuto imprescindibile momento di valutazione degli elementi sintomatici una piena consapevolezza delle caratteristiche con le quali si manifesta il contributo e contatto del singolo alla associazione, spesso in forma *"smaterializzata*". (**Sez. 2, n. 7808 del 04/12/2019, dep. 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-02**).

Proprio il distacco da connotazioni classiche del modello associativo porta la Corte a ritenere possibile la partecipazione ad associazioni terroristiche, *con modalità di adesione spontaneistiche ed aperte*, che non possono essere ricondotte a canoni tradizionali e classici, quali quelli che impongono una accettazione formale del negozio sociale da parte della struttura base dell'associazione principale (come con la messa a disposizione in tema di associazioni di stampo mafioso), poiché di fatto il contatto con la casa madre, pur esistente, si articola in maniera decisamente diversa ed evoluta rispetto ai canoni interpretativi utilizzati per le associazioni a delinquere di stampo tradizionale. Ciò anche in considerazione dei più recenti arresti giurisprudenziali in tema associativo, che hanno ripetutamente sottolineato, in materia di associazione a delinquere per fini di terrorismo, che la prova della partecipazione può essere desunta anche da un contributo causale derivante dal mero inserimento nell'associazione e nella sua struttura, quali che ne siano le caratteristiche, perché tale inserimento già di per sé rafforza la associazione criminale di riferimento a causa della progressiva maggiore disponibilità di adepti (**Sez. 2, n. 14704 del 22/04/2020, Bekaj, Rv. 279408-02).**

3.2 La condotta posta in essere dai c.d. "lupi solitari".

In questo complessivo ed articolato panorama è poi intervenuta la pronuncia della Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas, costantemente citata anche nelle decisioni più recenti come antecedente interpretativo necessario per la considerazione dell'effettiva prova della condotta di partecipazione. Tale decisione ha analizzato ed approfondito, sui motivi dei ricorrenti, la nozione giuridica di partecipazione all'associazione con finalità di terrorismo. Anche in questo caso le doglianze delle difese si sono incentrate sul peso eccessivo ed incongruo attribuito dalla decisione di merito al mero aspetto psichico della partecipazione al sodalizio criminale. Il dato principale di analisi è rappresentato dalla rilevanza del contributo fornito anche da soggetti singolarmente considerati (i c.d. "lupi solitari"), a prescindere da un loro sia pur minimo inquadramento in cellule. Sono, quindi, stati riscontrati i *"dati sintomatici*" espressivi della qualità e della natura del contributo assicurato dagli imputati al programma criminale terroristico dell'ISIS, proprio tenendo conto delle peculiarità che caratterizzano l'apparato associativo in esame.

Si è in tal senso affermato che:

- il fenomeno associativo, nella sua declinazione nelle associazioni con finalità terroristiche, assume rilevanza quando manifesti caratteri tali da rendere non ipotetico, né meramente eventuale il pericolo che la norma intende contrastare,

ciò secondo alcuni indici tipicamente sintomatici individuati dalla giurisprudenza (esistenza di un apparato organizzativo, mezzi e persone allo scopo, possibilità di attuare il programma di esecuzione di atti di violenza con finalità indicate dall'art. 270-*sexies* cod. pen.);

- la necessaria determinatezza della fattispecie, garantita dal requisito minimo dell'organizzazione, che deve così presentarsi come soggetto in grado di compiere effettivamente gli atti di violenza per finalità di terrorismo;

- la tipicità del fatto, tuttavia connotato dall'evidente volontà del legislatore di realizzare un'anticipazione di tutela rispetto alla commissione dei singoli atti di violenza che formano l'oggetto dell'accordo tra gli associati, sicché emerge la *ratio* della disciplina apprestata dal legislatore, che ha ritenuto che le esigenze di tutela della collettività possano essere pregiudicate sin dalla mera costituzione dell'associazione a prescindere dalla predisposizione di un programma di azioni terroristiche;

- la necessaria correlazione della fattispecie con il principio della personalità della responsabilità penale, il che comporta una puntuale determinazione e interpretazione della nozione di partecipazione del singolo alla associazione, inquadrate nell'ambito dei reati a forma libera, per cui assumono rilievo "*in ragione del coefficiente di idoneità causale della condotta"* e, dunque, del contributo alla realizzazione della finalità dell'associazione.

La Seconda sezione rileva come, nella multiforme categoria in questione, non sia possibile delineare una struttura tipica, fissa e ricorrente in modo obiettivo, di associazione, mentre in realtà "*è l'interprete a dover ricondurre il fenomeno storico in una determinata categoria giuridica, riscontrandone gli elementi tipizzanti*.".

Appare, quindi, necessario per la Corte muovere dal contenuto e dalle peculiarità dell'accordo su cui è fondata l'esistenza dell'associazione per individuare in modo specifico le modalità (ove esistenti) di adesione dell'associazione, le regole che disciplinano i rapporti tra gli associati, i mezzi e gli strumenti, anche finanziari, impiegati per il raggiungimento degli scopi propri della stessa, in un'ottica che recepisce evidentemente anche le indicazioni del quadro giuridico internazionale ed europeo sopra richiamato. Partendo da questa riflessione, viene, quindi, condivisa la caratterizzazione da parte del giudice di secondo grado dell'autoproclamato Stato Islamico (IS) nella sua vocazione stragista e terroristica. Questo è un approdo interpretativo significativo, recepito in modo esplicito in moltissime sentenze di merito e, in seguito, anche da numerose decisioni della Corte di cassazione.

ISIS, dunque, come associazione con finalità di terrorismo di riferimento rispetto al contributo dei singoli associati, anche non prossimi territorialmente al campo di azione dell'autoproclamato Stato Islamico, che trova la sua fonte

costitutiva proprio nel carattere religioso, con accentuata connotazione ideologica, di tipo radicale ed estremizzante, da cui deriva una sorta di "*imposizione esterna*" dell'atto costitutivo dell'associazione. Imposizione che, di fatto, risulta necessitata dalla concezione religiosa, caratterizzata da tratti palesi di fanatismo, che non tollera dissenso o indipendenza rispetto all'unico credo religioso, "*imponendo la soppressione fisica di tutti coloro che non aderiscono all'ideologia religiosa riconosciuta come unica valida"*.

Quest'associazione si caratterizza "*nell'ambito di un programma essenziale e generico, pienamente riconoscibile all'esterno, per la volontà di raggiungere con condotte violente un chiaro e semplice obiettivo, ovvero l'eliminazione di persone cose o segni che si ispirano a culture e religioni diverse dall'islamismo radicale"*. A tal fine sono, dunque, richieste condotte violente, che risultano sollecitate e giustificate dal "valore ideale del "martirio" (*Jihad*) al quale sono chiamati tutti gli associati, anche singolarmente. E, in tale contesto, si è chiarito come il profilo dell'adesione al programma dell'associazione e l'acquisizione della qualità di associato *"non richiede il ricorso a rituali o ad attività specificamente individuate, essendo allo scopo necessaria e sufficiente la condivisione del messaggio politico e religioso*".

Ciò posto, ai fini della verifica del requisito normativo, dovrà essere accertato materialmente *"se la trasposizione in concreto di tale adesione si colga attraverso fatti sintomatici, di vera e propria partecipazione, dotati di carattere non equivoco, efficienti allo scopo di attuare il programma criminale dell'associazione, evidentemente sintomatici anche dell'esposizione a pericolo degli interessi dello Stato e del contributo dato dal singolo associato*".

Quest'associazione si differenzia poi, nella interpretazione fornita dalla Seconda sezione, dai canoni classici di interpretazione per alcune specifiche caratteristiche del sodalizio, con riflessi immediati quanto alle modalità esecutive per la realizzazione degli obiettivi della stessa, e questo perché non ricorre la tipologia dell'associazione strutturata in senso *"verticale*", ma invece una organizzazione di tipo *"orizzontale*", a rete, capace di adattamenti proprio in considerazione del suo carattere elastico, anche in campo transnazionale e globalizzato, "*nonché per i particolari mezzi di comunicazione e trasferimento sul territorio, tanto evoluti da rendere spesso difficile una reale attività di prevenzione"*.

Si evidenzia la necessità di distinguere:

- il collegamento tra la chiamata generalizzata al *Jihad* e le forme di "partecipazione" dei singoli all'associazione, che è ovviamente cosa diversa dalle forme e struttura dell'associazione;

- il conseguente significato univoco anche delle iniziative dei singoli, una volta che si sia manifestata l'adesione al *Jihad*, quando pongano in essere *iniziative "autonome"* che rientrino nel piano terroristico dell'associazione, pronta poi a rivendicarne l'esito.

Il dato dell'adesione all'associazione, in funzione della generalizzata chiamata al martirio, che l'ISIS offre in modo capillare e con mezzi di comunicazione ampi e svariati, rappresenta, dunque, per la Corte, un momento di *"pura condivisione e accettazione delle regole fondanti dell'associazione*", *e tale elemento dipende proprio dalle forme e dalla struttura associativa dell'ISIS, caratterizzata dal suo ambito "globale e globalizzato"*, che consente di stabilire connessioni tra coloro che aderiscono superando distanze geografiche ed ostacoli fisici e che, proprio per questo, non *"impone altre formalità per la partecipazione al sodalizio se non la decisione del singolo di rispondere a quella chiamata manifestando la propria adesione alla ideologia del Califfato*".

Tale adesione rappresenta il punto di partenza per giungere a provare, "*insieme ad altri elementi materiali"*, il ruolo di partecipe all'associazione; "*ne è tuttavia presupposto indispensabile"*, poiché dal momento dell'adesione si colgono tutte le premesse che sono alla base delle determinazioni, programmi e predisposizioni di attività per compiere violenza in attuazione del programma criminoso.

Dunque, la risposta alla chiamata al *Jihad* non costituisce da sola la prova della condotta di partecipazione, ma rappresenta il momento in cui si instaura il legame tra il singolo e l'associazione. Sulla base di tale adesione devono essere lette e interpretate le successive condotte che il singolo pone in essere in attuazione del patrimonio ideologico culturale e di condivisione di tecniche terroristiche, che costituisce uno degli elementi caratterizzanti dell'ISIS. In tal senso, tenuto conto della portata diffusiva su vasta scala delle direttive ideologiche dell'ISIS, sia mediante indicazioni operative per la realizzazione di atti violenti che mediante la globalizzazione e transnazionalità del messaggio trasmesso, si deve ritenere che "*anche le condotte dei singoli poste in essere in attuazione di tali direttive siano indicative della partecipazione e inserimento nella associazione"*.

Considerata, inoltre, la peculiarità dell'associazione in questione, "*il dato dell'inserimento nella stessa deve essere considerato del tutto peculiare"*, ed infatti si atteggia, secondo la valutazione della Seconda sezione, in modo assolutamente diverso dalle categorie tradizionali della partecipazione alle associazioni conosciute.

Non è, quindi, di certo necessario e indispensabile un contatto diretto tra i vertici (promotori, dirigenti e organizzatori) dell'associazione e i singoli aderenti, né si può ipotizzare che per ciascun associato siano preventivabili ruoli e incarichi.

Ne consegue, secondo le conclusioni della Corte, che l'effettivo inserimento del singolo nell'attività e finalità dell'associazione potrà essere desunto logicamente dalle condotte poste in essere dallo stesso, da cui risulti senza incertezza l'adesione al programma dell'associazione (in questo stesso senso Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Bouyahia, Rv. 241174 -01, 241175 -01). Dunque *"l'organizzazione terroristica transnazionale va pensata, più che come una struttura statica, come una rete, in grado di mettere in relazione persone assimilate da un comune progetto*

criminale, che funge da catalizzatore dell'affectio societatis e costituisce lo scopo sociale del sodalizio". La Corte analizza anche la sentenza della Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730-01, in diverse occasioni richiamata dalle difese degli imputati per contestare il requisito effettivo dell'adesione all'associazione con finalità di terrorismo. L'affermazione della Sesta sezione non può essere intesa correttamente, secondo il Collegio, se non considerando il caso concreto sottoposto all'esame, nell'ambito del quale il giudice al quale è stata rinviata la decisione sulla misura cautelare impugnata, aveva omesso di considerare la rilevanza di alcuni elementi oggettivi, chiaramente sintomatici di un coinvolgimento nell'associazione (in particolare, una serie di contatti tra l'indagato ed esponenti di punta tunisini dell'associazione al momento del suo rientro in patria, così come l'aver lo stesso inneggiato al successo dell'attentato di Sousse, posto in essere in data 26 giugno 2015 in Tunisia). La conclusione seguita dalla Sesta sezione non escluderebbe, dunque, in alcun modo, la validità dell'impostazione secondo la quale già la vocazione al martirio indica una condivisione degli obiettivi dell'associazione (che si devono poi concretizzare, come detto, in atti materiali di partecipazione), ma semplicemente propone in modo diverso (forse a causa del condizionamento derivante dall'utilizzo di diversi schemi interpretativi del modulo associativo), la necessaria correlazione tra l'adesione all'associazione nella sua vasta diffusività e la prova dell'effettiva partecipazione nel realizzarne gli obiettivi (ad esempio richiamando lo schema associativo ex art. 416-*bis* cod. pen. e, in tal senso, inserendo elementi di caratterizzazione del tutto distinti rispetto all'associazione di tipo terroristico, che richiede, nell'interpretazione costante della precedente giurisprudenza di legittimità, l'utilizzo di strumenti di valutazione del tutto autonomi proprio per la particolarità del fenomeno in questione).

E, d'altra parte, la ricorrenza di quel legame flessibile, ma concreto e consapevole, appare certamente desumibile, a parere del Collegio, dalla vocazione al martirio e dalla piena condivisione dei messaggi ideologici e religiosi dell'associazione, apparendo necessario declinare, in modo consapevole e coordinato con l'atteggiarsi materiale di tali associazioni, rispetto a tale ormai consolidata costruzione, la richiesta necessità di avere conoscenza della messa a disposizione, al fine di poter contare su un determinato soggetto, anche indirettamente; a meno di non voler intendere il concetto di conoscenza indiretta della messa a disposizione come un caso di conoscenza a posteriori. Una diversa, e più formalistica, lettura di questa decisione rappresenterebbe, secondo la Corte, un serio ostacolo alla *ratio* dichiarata del legislatore, nel quadro giuridico internazionale ed interno, nella previsione del reato in questione.

Determinerebbe l'oggettiva impossibilità di considerare come significative tutte le condotte poste in essere, *"anche individualmente"*, da soggetti collocati in zone del mondo occidentale del tutto distinte, e senza alcun punto di contatto con la zona asseritamente di riferimento per la struttura principale dell'associazione con finalità di terrorismo (dato questo a sua volta difficilmente riscontrabile e di complicata prova, considerato che l'associazione in questione si caratterizza per clandestinità e diffusività capillare in diversi continenti, per cui non appare chiaro, a parte il caso concreto, verso quale ambito e in che condizioni il requisito richiesto si potrebbe ritenere soddisfatto).

Proprio l'identificazione nei valori religiosi dell'islamismo estremista, che trova il suo presupposto nella radicalizzazione, anche "*autoindotta*", sembra rappresentare la fonte costitutiva dell'associazione, con la realizzazione di quella che è stata definita una sorta di imposizione esterna dell'atto costitutivo dell'associazione stessa. Molto rilevante appare, secondo tale prospettiva ermeneutica, la necessità conseguente di distinguere il momento dell'adesione ad una tale associazione con compartecipazione dei valori identificativi fondanti, ampiamente diffusi, conoscibili e conosciuti, con i successivi atti di partecipazione, che, nella valutazione giurisprudenziale, intanto rileveranno in quanto ci sia stata pregressa adesione, ma si siano poi caratterizzati in modo concreto per la loro inequivoca direzione alla realizzazione di attività a carattere terroristico o di supporto alla associazione (Sez. 5, n. 48001 del14/07/2016, Hosni, Rv. 268164 -01).

L'interpretazione richiamata tende, dunque, a garantire e soddisfare, nel rispetto del criterio di offensività e tipicità, quell'esigenza di tutela che il legislatore ha apprestato con la previsione dell'art. 270-*bis* cod. pen., che tuttavia non può prescindere dai caratteri di queste attività, dall'evoluzione delle forme di interconnessione e dalla globalizzazione dei contatti, nonché delle istruzioni, che questo tipo di associazione caratterizzano, dando così significativa rilevanza al "*valore obiettivizzante di tutti i dati materiali*" che valgono a colorare il concetto di partecipazione nell'interpretazione più recente della Corte di cassazione.

3.3 La condotta di partecipazione rappresentata dalla scelta di combattere come *Foreign Terrorist Fighters*.

Anche Sez. 1, n. 49728 del 16/04/2018, Sergio Marianna, si presenta come un apporto rilevante nella ricostruzione ed elaborazione della fattispecie di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., nonché quanto alla caratterizzazione della condotta di partecipazione, rappresentata dalla scelta di partire come combattente nell'interesse e al fine di sostenere l'autoproclamato stato islamico. La decisione

in questione propone una completa analisi ricostruttiva circa la natura del reato in questione, delimitandone tra l'altro l'ambito rispetto alle diverse fattispecie di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quater.*1 cod. pen.

La contestazione, relativa a più imputati, in parte riferibili ad uno stesso nucleo familiare (due sorelle italiane radicalizzate, una delle quali sposata con un albanese combattente e partito per la Siria insieme alla donna italiana, con la quale era stato combinato un matrimonio a tal fine; i genitori delle due donne, pronti a seguire le due figlie in Siria e parenti di diverso grado del marito albanese di una delle due), era relativa all'essersi associati tra loro e con altre persone, anche non identificate nella struttura terroristica sovranazionale denominata "*stato islamico*". Il fenomeno analizzato ha riguardato, principalmente, la figura dei c.d. *foreign terrorist fighters (FTF)* e le dinamiche che sono alla base del loro reclutamento. Le indagini avevano sostanzialmente dimostrato la presenza di veri e propri disciplinari di comportamento e la sussistenza all'interno dell'organizzazione di diverse competenze (amministrative, religiose, scientifiche e tecniche), la creazione di una moneta da parte di quella che doveva essere considerata a tutti gli effetti un'entità terroristica, organizzata però alla stregua di uno Stato, che portava avanti un programma chiaro, e noto universalmente, al fine di sovvertire gli stati democratici. Ciò premesso, doveva essere ritenuta la piena riconoscibilità della presenza di un'associazione terroristica alla quale gli imputati si erano associati anche grazie all'ausilio di persone che, anche in Italia, svolgevano funzioni specifiche correlate all'associazione terroristica, come quelle di coordinatori e facilitatori, "*senza che tuttavia fosse necessario intrattenere un rapporto diretto, ma anzi più spesso mediato da diversi soggetti con ruoli di intermediazione"*, con i futuri *foreign fighters*, mentre era rilevata "*la sufficienza del collegamento consapevole con uno degli snodi della rete terroristica"*.

Nel definire il perimetro tipico della condotta di partecipazione, segnando con chiarezza il discrimine dalle pure adesioni intimistiche a precetti comportamentali e religiosi, la Corte ha chiarito che per raggiungere una definizione certa in tal senso non si può prescindere dalla nozione di terrorismo, postulato dal fatto tipico ed elemento normativo "*specializzante*" della fattispecie in esame. La definizione legislativa di terrorismo deve, dunque, essere rinvenuta nella disposizione di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen., considerando che la disposizione in realtà "*appresta tutela contro il programma che ne caratterizza la struttura e non contro l'idea sottostante e ispiratrice la spinta a delinquere anche nei casi in cui essa ideologia assuma i connotati tipici d'un motore esecutivo dell'azione deviante*". È fondamentale, tuttavia, che *"l'idea, cui si collega la corrispondente ed eventuale manifestazione del pensiero, per assumere rilevanza penale, deve obiettivizzarsi in programmi o segmenti fattuali prodromici alla realizzazione di comportamenti violenti"*.

L'idea si deve, dunque, accompagnare *"a progetti concreti e attuali di violenza*" che dovranno necessariamente essere riscontrati nella loro portata materiale dal giudice, nonostante la natura di reato di pericolo presunto dell'art. 270-*bis* cod. pen., e sebbene non sia necessaria la realizzazione dei singoli reati che diano una concretizzazione fenomenica al programma associativo stesso.

Richiamando le sentenze Nasr Osama, Meesaoudi e Bekay (Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924 - 01, Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01, Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731 - 01), la Prima sezione ribadisce il principio che richiede la ricorrenza di una sia pur elementare struttura, che abbia un minimo di effettività e idoneità a porre in essere i singoli fatti e atti di violenza con finalità di terrorismo, anche se non è richiesta la specifica programmazione dei singoli atti terroristici, sicché le azioni già poste in essere possono ben costituire elementi di prova del reato contestato. Anche in questa decisione (come nei precedenti citati, Bekay, Bouyahia, Nasr Osama, Chabchoub, Hosni) si chiarisce che l'indagine da effettuare per la verifica dei connotati di partecipazione deve concentrarsi *"sulla rilevanza dell'apporto concreto alla struttura associativa*", *"al fine di appurare, se e in che misura, il contributo offerto non sia limitato alla mera manifestazione del pensiero e si sia piuttosto risolto nell'adesione alla struttura attraverso la condivisione del metodo violento per la realizzazione degli scopi associativi",* nonché per la realizzazione di un contributo a *"valenza causale rilevante ed efficiente a indurre la vita e la sopravvivenza"* dell'associazione, *"anche in termini di puro rafforzamento"* della stessa. E tali caratteristiche sussistono anche nel caso di cellule a matrice islamica, caratterizzate da flessibilità interna e in grado di modularsi secondo le esigenze concrete, mediante adesione progressiva ed aperta anche transnazionale.

La Corte, ribadisce, quindi, il principio affermato dalla sentenza Bekay (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01), che ha evidenziato come la partecipazione ad un'associazione terroristica di ispirazione *jihadista* può manifestarsi anche attraverso modalità di adesione aperte e spontaneistiche *"che non implicano l'accettazione da parte del gruppo, ma che comportano di fatto una inclusione progressiva dei partecipi*". La partecipazione si connota, dunque, nell'ermeneusi proposta, per apporti materiali idonei causalmente a rendere esistente la struttura e ad assicurarne la sopravvivenza, con *"efficienza causale rispetto all'evento di pericolo che la costituzione dell'associazione e l'adesione del singolo concorrente inducono… e in tal senso la spiegazione causale assume, nello scrutinio oggettivo della fattispecie concorsuale un profilo determinante, poiché l'aggregazione diventa ex se evento giuridico, rilevante perché volto a realizzare un programma illecito con violenza e per finalità di terrorismo"*. Tutto ciò, tuttavia, *"non richiede formali accettazioni da parte del nucleo*

centrale, ammissioni, solenni o investiture che facciano del singolo un elemento noto al gruppo, percepito come tale da tutti gli altri aderenti". In altri termini, si chiarisce che, avendo l'associazione di tipo terroristico conformazione a base orizzontale, in questo caso, può discostarsi dai modelli tradizionali che sono stati oggetto dell'esperienza giudiziaria e tradizionalmente legati al delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., considerato che gli obiettivi da realizzare "*non sono limitati territorialmente e si caratterizzano per la loro globalità, pervasività per imporre violenza in termini globali"*.

In tale ambito, come già affermato dalle precedenti decisioni, secondo la Corte il discrimine della stessa partecipazione è certamente dato dall'atteggiamento psicologico, e prima ancora, dall'estrinsecazione di comportamenti che assumano efficienza causale per la sopravvivenza del gruppo stesso, unito dall'apporto causale di contributi anche *"isolati e unilateralmente offerti ad essa dai singoli aderenti che abbiano inteso compenetrarsi ad essa condividendone non solo gli scopi, ma i metodi di violenza attraverso cui essi devono essere realizzati"*.

3.4 Il richiamo alla necessaria verifica degli elementi sintomatici della partecipazione all'associazione costituita a fine di terrorismo a matrice idologico - religiosa.

Nella considerazione della complessiva ermeneusi della Corte di cassazione, volta a definire gli elementi caratterizzanti la condotta di partecipazione all'associazione *ex* art. 270-*bis* cod. pen. devono inoltre essere richiamate a fini di completezza altre decisioni.

Il tema della necessaria considerazione dell'atteggiarsi in concreto del comportamento degli associati emerge in Sez. 1, n. 51564 del 09/10/2018, Rahman, Rv. 274985 - 01, che ha affermato che la partecipazione al ISIS o a simili organizzazioni internazionali, rispondenti ad un modello *"polverizzato*" di articolazione, può essere desunta dall'individuazione appunto di *"proiezioni concrete della condivisione ideologica delle finalità dell'associazione in cui si sostanzia la messa a disposizione del singolo verso l'associazione e si struttura il suo rapporto con il gruppo criminale"*.

La Corte ha, quindi, affermato, tenuto conto del caso concreto (un cittadino straniero responsabile di un centro culturale islamico in Foggia, che aveva prestato assistenza ad un terrorista ceceno, lo aveva supportato nel rinnovo dei documenti, lo aveva ospitato, aveva condiviso con lo stesso il giuramento al califfato, aveva partecipato alla gestione di documentazione che invitava al *Jihad*, aveva condiviso sui *social network link* relativi all'emittente radiofonica *Al Bayan*, utilizzava il servizio telefonico *justpaste* ed era in possesso di video indirizzati all'addestramento e all'arruolamento) che "*per cogliere i contenuti di condotta del vincolo*

partecipativo bisogna porre attenzione alla struttura associativa, perché soltanto il modo in cui essa si configura tratteggia il ruolo del partecipe"; in questo contesto, certamente, occorre attribuire, secondo il Collegio, una particolare rilevanza, indicativa della volontà di associarsi alla "*chiamata individualizzata al Jihad",* che trova il proprio sbocco in una struttura fluida, che consente, dunque, la più ampia affiliazione e *"non si qualifica per articolazioni organizzative statiche, ma facendo leva sull'intensità della cifra ideologica… da realizzare non già attraverso una pianificazione centralizzata di atti violenti, per mezzo di scelte autonome del singolo quanto all'individuazione del luogo e degli strumenti di commissione del fatto e alle vittime da colpire, qualificate soltanto dall'essere infedeli".*

Il giudice, secondo il Collegio, nel considerare tale caratterizzazione, deve sempre individuare un nucleo di fatto nell'attribuzione del disvalore penale della condotta di adesione e, quindi, di partecipazione. La decisione in esame ha richiamato i precedenti di legittimità Nasr Osama e Messaoudi ed ha individuato il legame concreto, richiamato dalla Messaoudi, nella detenzione di *"materiale jihadista, di propaganda, di indottrinamento e arruolamento, acquisito da canali non accessibili da chiunque, ma soltanto da quanti sono in possesso delle chiavi di accesso".*

L'accesso a canali riservati, la disponibilità di chiavi informatiche, la capacità di navigare nel *deep* e *dark web,* secondo capacità di ricerca specifiche e complesse, a fini di indottrinamento e arruolamento, evidenziano quel nucleo di fatto sintomatico del pieno inserimento nell'associazione, che della propaganda sul *web* ha fatto un privilegiato strumento di azione, sicché è possibile affermare che *"la partecipazione a tal tipo di associazione fa a meno di forme rituali di affiliazione, ma ciò non significa che non si possano individuare gli atti che segnano l'iniziale adesione al gruppo",* sicché *"non è dunque necessario verificare se all'adesione abbia corrisposto un'accettazione ad opera dei vertici associativi, proprio perché, il ricorrente, come affermato dal giudice di merito ha aderito ad una sorta di proposta pubblica lanciata dall'Isis attraverso i canali mediatici di propaganda."*

Sez. 5, n. 1970 del 26/09/2018, dep. 2019, Halili, Rv. 276453 - 02, ha affermato che il delitto di partecipazione è integrato dalla condotta di chi, travalicando i confini della mera adesione interiore ed ideologica alla causa della *"jihad",* per essa si attivi fattivamente, "*seppur singolarmente"*, non solo prodigandosi in un'opera di indottrinamento e proselitismo, ma realizzando, altresì, un'attività di autoaddestramento (c.d. lupo solitario), sia pure teorica, alla preparazione ed esecuzione di attentati terroristici, nonché intrattenendo contatti operativi con persone intranee al *"network"* internazionale del terrore. La Quinta sezione ha, anche in questo caso, considerato nota ed assodata l'esistenza dell'associazione terroristica *Daesh*, nonché la partecipazione concreta alla predetta associazione, espressione del c.d. stato islamico, dell'imputato, quanto ai gravi indizi di colpevolezza. Le censure dedotte si incentravano tutte sull'asserita assenza di

contatti operativi con la struttura associativa, valorizzati come elemento essenziale secondo la difesa dalla Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01. La Quinta sezione ha chiarito come il principio affermato dalla sentenza Messaoudi, debba essere letto considerando che, ai fini di una appropriata qualificazione delle condotte di partecipazione, l'associazione in questione si caratterizza per specifiche peculiarità, rappresentate da modelli *"organizzativi ispirati a flessibilità, interna ed esterna, da una vocazione internazionale della lotta jihadista, e da una struttura reticolare non piramidale, in grado di mettere in relazione soggetti fisicamente anche molto distanti, legati da un comune progetto politico-militare e finalizzata alla commissione di singoli reati con finalità terroristica"*. Richiamata, dunque, la tipica struttura cellulare o a rete delle associazioni con finalità di terrorismo internazionale come già descritte dalle sentenze Chabchoub e Bouyahia (Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Bouyahia, Rv. 241175 - 01, Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, Chabchoub, Rv. 253943 -01), la Corte ha sottolineato come il concetto di contatto operativo debba essere valutato tenendo conto della caratteristiche di queste strutture, in grado di operare contemporaneamente in più paesi con contatti fisici, ma "*soprattutto informatici e telematici"*, anche discontinui o sporadici tra i vari gruppi presenti nella rete; condotte mediante le quali si realizza un effettivo supporto alla sopravvivenza dell'organizzazione attraverso proselitismo, reclutamento, diffusione di documenti di propaganda, nonché con il tramite indicazioni per fornire assistenza agli associati. Si ribadisce, quindi, al fine della configurazione della condotta di partecipazione, il principio affermato dalla sentenza Bekay (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01), rilevando la possibilità di adesione con formule spontaneistiche ed aperte.

Il tema della particolare diffusività dell'associazione terroristica Islamic State (IS), della sua dimensione spaziale globale, che si avvale di strutture dislocate in vari paesi, alla quale riferire nella sua materiale estrinsecazione la condotta di partecipazione di singoli o cellule protese alla realizzazione del *Jihad* è stato oggetto della decisione della Sez. 5, n. 10380 del 08/03/2019, Khoraichi, Rv. 277239 - 01, che ha affermato che la natura di associazione terroristica si ricava non solo dall'inclusione dell'organizzazione negli elenchi delle associazioni terroristiche stilati da organismi sovranazionali, ma anche dalla disamina in concreto del manifestarsi dell'organizzazione stessa alla stregua degli indici descrittivi e fattuali enucleati dall'art. 270-*sexies* cod. pen.

Il momento più rilevante della riflessione della Corte è rappresentato proprio dalla *"riconoscibilità"* del c.d. Stato Islamico come organizzazione terroristica, intesa nella sua dimensione spaziale e globale. Si richiama la necessità di una piena

considerazione da parte del giudice dei diversi piani dell'indagine nella valutazione della condotta, ovvero:

- presenza riconosciuta dell'organizzazione terroristica internazionale;
- adesione, mediante condivisione dei valori radicali dell'islamismo combattente sia di singoli, che di cellule disponibili al *Jihad* e al combattere nei territori occupati dallo sedicente stato islamico;
- necessità per il giudice, tenuto conto delle caratteristiche e modalità con le quali si atteggia questa associazione (spontaneistiche e ad adesione progressiva), di valutare in concreto gli elementi sintomatici della partecipazione. L'elemento centrale di tale valutazione è rappresentato, come già evidenziato dalle altre sentenze citate, dalla scelta consapevole di aderire e partecipare ad una associazione caratterizzata dall'uso degli strumenti della violenza stragista per destabilizzare i pilastri di ordinamenti democratici e costituzionali. Anche in questa decisione vengono ampiamente richiamate le sentenze Chabchoub, Bouyahia, Nasr Osama e Bekay, e si ribadisce in particolare il principio affermato da Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01. Nel caso concreto è, dunque, stata riscontrata proprio la presenza di una cellula operativa ispirata alla condivisione e propaganda dell'ideologia estremista *jihadista*, con concreta disponibilità degli aderenti a compiere attentati sul territorio italiano ed estero, mediante condotte di addestramento e autoaddestramento caratterizzate dall'uso della violenza (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01, Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924 - 01).

Sez. 1, n. 26633 del 19/02/2019, Brigande, affronta il tema della necessaria definizione del confine tra atti preparatori e condotta di partecipazione all'associazione terroristica. La Corte ha richiamato gli approdi univoci della giurisprudenza di legittimità, sottolineando che *"l'affermazione di penale responsabilità dell'agente, a titolo di partecipazione, postuli la dimostrazione dell'effettivo inserimento del medesimo nella struttura organizzata, rivelata da condotte univocamente sintomatiche, le quali possono consistere, oltre che nell'assunzione di un ruolo operativo specifico nell'organigramma criminale, anche nello svolgimento di attività preparatorie rispetto all'esecuzione del programma"*. Se, dunque, non è sufficiente l'adesione ad un'astratta ideologia, tuttavia si evidenzia che l'adesione ideologica diventa *"elemento sintomatico di partecipazione*", quando riferendosi ad una struttura organizzata, come il c.d. stato islamico, si sostanzi in seri propositi criminali diretti alla realizzazione delle finalità dell'associazione. L'individuazione del contatto operativo, flebile, ma concreto con l'organizzazione (Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217 - 02), emerge in presenza di *"condotte univocamente sintomatiche"*, che possono consistere anche *"nel solo svolgimento di attività preparatorie"*, attesa la natura di reato

di pericolo presunto *"a tutela anticipata"* dell'art. 270-*bis* cod. pen. (preparativi concreti di trasferimento sul luogo teatro dell'azione terroristica, disponibilità prestata da soggetto militarmente attrezzato, reclutamento da parte di persona intranea e con ruolo di vertice nella associazione).

Infine, **Sez. 1, n. 32566 del 03/11/2020, Caprioli,** nel valutare il provvedimento del tribunale del riesame, relativo ad una contestazione ex art. 270-*bis* cod. pen. a carattere interno, anarchico e antagonista, ha richiamato esplicitamente i principi di Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, ritenendo sufficiente, ai fini della configurabilità del delitto in questione, in presenza di struttura organizzata, che la condotta di adesione ideologica del soggetto si sostanzi in seri propositi criminali volti a realizzare una delle finalità associative, senza che sia necessario, data la natura di reato di pericolo presunto, l'inizio della materiale esecuzione del programma criminale. La decisione ha, inoltre, affermato che per le associazioni di matrice anarchica occorre la costituzione di una cellula, o di un c.d. gruppo di affinità al quale risultino riconducibili le azioni delittuose poste in essere. Anche in questo caso, è stato ritenuto fondamentale il rilievo del riscontro in concreto della gemmazione di cellule anarchiche collegate alle finalità terroristiche oggetto di comune adesione all'ideologia anarchica, non potendo essere applicati schemi verticistici tipici delle ordinarie associazioni a delinquere.

4. L'evoluzione più recente della giurisprudenza: mera adesione psicologica e condotta di partecipazione, il necessario discrimine rispetto alle organizzazioni terroristiche interne, il rapporto "smaterializzato" con l'organizzazione "madre".

Nel 2019 e 2020 la Corte di cassazione è tornata ad occuparsi ampiamente del tema della partecipazione all'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., per giungere ad un orientamento che si può ritenere consolidato quanto ai criteri di valutazione e identificazione della condotta di partecipazione.

In tal senso un primo e rilevante arresto è rappresentato da Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, Antar, Rv. 276065 - 01, che ha chiarito che "*integra il delitto di partecipazione ad associazione con finalità di terrorismo internazionale ex art.* 270-*bis cod. pen., e non il delitto di istigazione a delinquere ex art.* 414 *cod. pen., la condotta di soggetti che, aperti sostenitori del c.d. stato islamico e rispondenti alla chiamata al jihad, abbiano posto in essere condotte strumentali al consolidamento ed al rafforzamento dell'organizzazione sia mediante atti di propaganda apologetica rilevanti sul piano della concreta incentivazione dell'adesione al progetto criminoso (nella specie, uso del "web" e dei "social media" con pubblicazione di video relativi a gravi attentati terroristici per divulgare la chiamata al jihad;*

partecipazione a gruppi chiusi di condivisione dell'ideologia jihadista; adesione espressa alla rivista "on line" "Dabiq News" che fornisce consigli sui bersagli da colpire in occidente, sulla fabbricazione di armi e sulle modalità di emigrazione verso i territori conquistati dal c.d. stato islamico), sia con condotte volte ad agevolare il reclutamento e l'autoradicalizzazione (nella specie, evidenziando la conoscenza ed i pregressi contatti con soggetti combattenti nelle zone di guerra e fornendo ausilio a chi intendeva unirsi alle milizie jihadiste), nonché il convogliamento di risorse economiche-finanziarie verso l'organizzazione di matrice islamica". La Corte ha evidenziato in motivazione che al c.d. autoproclamato Stato Islamico deve essere riconosciuta la natura di vera e propria organizzazione terroristica, che realizza una minaccia globale e senza precedenti alla sicurezza internazionale. Indicativa, secondo il collegio, deve ritenersi la dinamica legislativa che ha portato all'introduzione della previsione dell'art. 270-*sexies* cod. pen, con la definizione degli atti compiuti per finalità di terrorismo. Anche in questo caso si è sottolineato come ricorra una *"sostanziale impossibilità di automatica traslazione alla specificità del fenomeno jihadista dei collaudati canoni interpretativi elaborati in materia di criminalità organizzata e formazioni eversive interne"*.

Ciò ha reso necessario, in presenza di una *"siderale distanza"* tra le esperienze associative criminali interne e il fenomeno *jihadista,* sottolineare le "*criticità e frizioni di sistema"* che si "*frappongono alla mera trasposizione nel campo delle associazioni terroristiche di criteri ermeneutici elaborati con riferimento al modello criminale dell'associazione mafiosa che, quantunque tentacolare e pervasivo, resta ancorato ad una dimensione territoriale e ad una struttura organizzativa piramidale.. che consente di misurare la partecipazione secondo efficaci griglie interpretative*". È stata, dunque, considerata la vocazione statalista di questa diversa associazione, così come la pubblica professione delle proprie strategie stragiste, che non aggrega per cooptazione, ma in ragione dell'adesione ad una visione radicale ed integralista della religione mussulmana, per affermarne la *"primazia in maniera violenta, anche a livello individuale",* per scardinare istituzioni e assetti politici antagonisti rispetto a tale ideologia. Tale modello criminale, per dimensioni e diffusività, non ha utili termini di comparazione in pregresse esperienze criminose internazionali. Proprio la specificità di questo fenomeno richiede che l'affiliazione e la partecipazione, nel rispetto del principio di offensività, debbano essere valutate tenendo conto proprio della particolarità del fenomeno, mediante considerazione dell'effettivo superamento della soglia di messa in pericolo dei beni tutelati dalla norma ex art. 270-*bis* cod. pen.

Nel definire la condotta di partecipazione il collegio ha richiamato approcci consolidati e condivisi della giurisprudenza di legittimità (Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Bouyahia, Rv. 241174 - 01, 241175 - 01, Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, Chahchoub, Rv. 253943 - 01) quanto all'integrazione del reato anche in caso di sodalizi connotati da strutture organizzative cellulari o a rete, mediante

contatti sporadici ed anche telematici tra i vari gruppi in rete, considerata altresì la correlazione tra soggetti assimilati da un comune progetto politico-militare, bastando a tal fine la realizzazione anche di una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica di associazioni riconosciute, come già evidenziato da Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas.

Le caratteristiche del fenomeno *jihadista*, richiedono, comunque, il riscontro del raccordo del contributo del singolo all'entità associativa nella sua interezza, sia pure attraverso organizzazioni decentrate.

Richiamate le decisioni Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731 - 01 Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217 - 02, Sez. 6, n. 51218 del 12/06/2018, El Khalfi, Rv. 274290 - 01, il Collegio ha chiarito che sebbene la sola adesione ideologica non possa essere ritenuta elemento giuridicamente sufficiente a dare la prova del ruolo di partecipe all'associazione, tuttavia occorre considerare come la chiamata alla lotta santa e al compimento del martirio *"segna il momento in cui si instaura un legame qualificato tra il singolo e l'associazione, alla luce del quale vanno lette le condotte che il singolo pone in essere, richiamandosi ed utilizzandosi il patrimonio ideologico, culturale e di condivisione delle tecniche terroristiche, che costituisce il sostrato comune dell'associazione denominata ISIS".* L'interpretazione del collegio convalida e ribadisce il principio articolatamente espresso da Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas.

Tenuto conto degli elementi concreti emersi, della diffusività delle attività poste in essere dagli imputati e della strumentalità di tali attività al consolidamento dell'attività terroristica, la Corte ha escluso la ricorrenza dell'art. 414 cod. pen., fattispecie di confine che delimita la condotta partecipativa dal basso, che disciplina nella sua duplice declinazione l'istigazione intesa quale sollecitazione all'insorgenza, ovvero al rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, nonché l'apologia, consistente nell'esaltazione di un singolo fatto criminoso al fine di determinarne l'emulazione. In altri termini, è apparsa assai rilevante la considerazione delle modalità concrete con le quali tali associazioni si manifestano e dei mezzi dalle stesse utilizzati, caratterizzati dall'assoluta centralità della rete *internet* e dei *social media,* destinati non solo alla propaganda, ma soprattutto al fine dell'effettivo reclutamento, oltre che dell'autoradicalizzazione, così condividendo istruzioni tecniche per atti di *jihad* individuale. Emerge, in sostanza, il rilevo cruciale, come elemento caratterizzante dell'associazione, della comunicazione e dell'esportazione globale del progetto terroristico.

Tenuto conto di queste caratteristiche, la riqualificazione dei fatti descritti in imputazione ai sensi dell'art. 414 cod. pen. è stata ritenuta riduttiva, essendo state svalutate condotte materiali estremamente significative (partecipazione a gruppi chiusi *on line* di condivisione dell'ideologia *jihadista*, promozione del sostegno

finanziario al c.d. stato islamico, pubblicazione di materiale propagandistico, adesione a rivista *on line* che curava i problemi della emigrazione al fine di combattimento per l'associazione terroristica). Emergono, dunque, nella ricostruzione della seconda sezione *"comportamenti che non si esauriscono nell'esaltazione dell'organizzazione terroristica e nell'invito ad aderirvi, ma proiettano l'azione nell'ambito della concreta attività di supporto al sodalizio",* tenuto conto in particolare *"della valenza costitutiva del ricorso ai social media"*.

La Corte richiama, a livello metodologico, la centralità della prova logica nell'accertamento della condotta di partecipazione e sottolinea la necessità di un *"esame delle singole condotte criminose, ciascuna delle quali può non essere dimostrativa del vincolo associativo*" per approdare ad una valutazione che deve essere necessariamente *"complessiva e sinergica"*. In tal senso, elemento di necessaria delimitazione delle condotte concretamente sanzionabili è rappresentato dalla previsione di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen., con particolare considerazione del *"contesto*" nell'ambito del quale le condotte maturano.

In altre parole, emerge, anche in questo caso, una piena considerazione delle caratteristiche specifiche di quest'associazione e si pone particolare attenzione al fenomeno riscontrato della *"smaterializzazione*" della condotta. Non viene, quindi, richiesta una fenomenologia che incida necessariamente la realtà fisica, ma i fatti delittuosi si manifestano invece attraverso *"pervasivi strumenti di manipolazione comunicativa"*. In tal senso, a sostegno della ricostruzione effettuata dalla Seconda sezione, appare particolarmente rilevante il richiamo ad altre fattispecie che evidenziano come tale modalità di manifestazione del delitto non sia estranea al delitto penale (adescamento dei minori via internet, frode informatica, casi di condotte smaterializzate, ma di innegabile offensività).

I principi affermati dalla sentenza Antar sono stati pienamente ribaditi e condivisi da **Sez. 2, n. 7808 del 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-01, Rv.278680- 02, che** ha evidenziato, quanto alle caratteristiche delle associazioni internazionali costituite con finalità di terrorismo che *Al Qaeda*, proprio quale organizzazione terroristica, ha mutato la sua struttura tradizionale e si è evoluta in un *"movimento di resistenza jihadista globale*", che si caratterizza più per il *"metodo", che per la "struttura*", attesa la sua funzione principale di guida ideologica e operativa per l'attuazione del *"jihad",* che si esplica attraverso attività di propaganda e di radicalizzazione, alla quale si affianca un'attività di natura informativa e didattica per la concreta preparazione di attentati. Conseguentemente, si è affermato che *Al Qaeda* si pone come *"casa madre*" nei confronti delle singole cellule *"figlie*" aderenti al suo programma, "*nonostante il rapporto tra le stesse sia del tutto smaterializzato"*.

Nel caso analizzato dalla Seconda sezione, la Corte di assise d'appello, in sede di rinvio (a seguito di annullamento della Corte di cassazione), confermava la condanna dell'imputato per il delitto di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. per essersi associato insieme a numerosi altri soggetti, costituendo una cellula estremista finalizzata al *Jihad*, cellula gerarchicamente organizzata - con scopo di supporto della associazione terroristica *Al Qaeda* - al fine di compiere atti di violenza con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico internazionale, anche mediante l'apertura di un sito *web* di matrice *jihadista* ("*Ashaq Al Hur*", riconosciuto con l'acronimo "*I7ur*"), attivo nella propaganda, nell'arruolamento e addestramento. In particolare, all'imputato veniva riconosciuto il ruolo di vertice nella cellula, essendo stata riscontrata la sua attività di organizzazione, finanziamento, oltre al suo ruolo di membro attivo, quale coordinatore e moderatore di un *forum* esterno al fine di reclutare nuovi adepti.

Anche in questo caso, la questione involge il tema della definizione della condotta di partecipazione e l'ermeneusi sul punto proposta dalla Seconda sezione si caratterizza per ulteriori profili di riflessione rispetto ai temi già evidenziati. Si richiamano elementi molto rilevanti, al fine di giungere ad un inquadramento sistematico integrato dell'interpretazione della Corte di cassazione, a ciò giungendo mediante la considerazione progressiva di diversi punti, ovvero:

- le attuali caratteristiche strutturali di questo tipo di associazioni (nel caso di specie *Al Qaeda*);

- gli elementi identificativi della c.d. *"messa a disposizione"*, proprio avendo riguardo alle caratteristiche tipiche ed in continua evoluzione di queste organizzazioni, centrate principalmente su contatti telematici;

- i conseguenti rapporti tra cellule "figlie" e casa "madre", con connotazione del relativo rapporto nel senso di una *"smaterializzazione*" dello stesso;

- il riscontro relativo alle forme di partecipazione e adesione informatizzata, le nuove tecniche di contatto e la creazione di effettive strutture telematiche collegate tra loro anche gerarchicamente;

- il metodo di valutazione della prova, per questo genere di reati, con particolare attenzione all'incidenza e rilevanza da una parte della prova logica, nel giungere ad una considerazione complessiva di diversi elementi acquisiti, e dall'altra all'art. 270-*sexies* cod. pen., considerato il ruolo descrittivo e indicativo della previsione in questione al fine di delimitare e individuare le diverse condotte rilevanti per ritenere provata la partecipazione all'associazione.

Si è, conseguentemente, affermato che *Al Qaeda* si pone come *"casa madre"* nei confronti delle singole cellule *"figlie"* aderenti al suo programma, nonostante il rapporto tra le stesse sia del tutto "*smaterializzato"*. Quest'affermazione della

Corte si caratterizza per particolare significatività riconducendo a sistema, sintetizzandone gli elementi principali, quegli approdi ermeneutici che hanno da diversi punti di vista descritto le condotte di partecipazione e hanno sottolineato, come sopra evidenziato, la natura flessibile, a rete, orizzontale e cellulare di tale organizzazione, la transnazionalità, la loro estrema variabilità, seppure in presenza di una costante possibilità di contatti telematici.

Nell'analizzare la condotta contestata all'imputato - gestore e mediatore di un *forum* esterno volto al proselitismo e alla diffusione di elementi di conoscenza utili al fine di porre in essere condotte terroristiche (e, dunque, a realizzare i fini della associazione), nonché deputato all'inserimento di materiali propagandistici originali provenienti dal *Al Qaeda,* e dalla stessa inviati per il tramite dei c.d. *"canali indipendenti"*, in posizione di superiorità gerarchica nei confronti dell'imputato - la Corte ha affermato una serie di principi in tema di partecipazione, nonché circa i criteri di prova che devono guidare il giudice di merito nella sua valutazione.

In particolare, si è chiarito che l'organizzazione *Al Qaeda* si caratterizza per un *"proselitismo di tipo informatizzato",* su base planetaria, "*ad adesione aperta, anche se non indiscriminata"*, per la diffusione del suo messaggio politico e religioso attraverso cellule "figlie", che, aderendo al programma, svolgono un *"ruolo del tutto strumentale"* per la realizzazione del fine criminoso. Ne consegue che le cellule *"figlie"* consentono, concretamente, la più efficace forma di proselitismo - fornendo supporti didattici operativi quanto all'individuazione di obiettivi sensibili, utilizzazione di bombe o esplosivi, suggerimenti per rendere credibile il rischio di attentati - allo scopo di realizzare le finalità criminose dell'organizzazione.

Si evidenzia in modo esplicito il *"ruolo" servente e "strumentale" delle cellule "figlie*" rispetto alla casa madre, ponendo particolare attenzione al mezzo che le caratterizza, ovvero la possibilità di un "*proselitismo di tipo informatizzato su base planetaria"*. Tale tipo di proselitismo è sintomatico dell'efficacia e portata incisiva dell'attività delle singole cellule figlie che, per il tramite di specifico materiale fornito dalla casa madre, mediante un progressivo inserimento dell'aderente in contesti e meccanismi di controllo e fidelizzazione, rende esponenziale le potenzialità dell'associazione e la possibilità di rendere effettiva la realizzazione di condotte che ne concretizzino i fini.

Chiarendo, inoltre, il concetto di *"messa a disposizione*" nell'ambito delle associazioni con finalità di terrorismo, con particolare riferimento a quella a matrice ideologico religiosa, il collegio propone un'ermeneusi volta a precisare e connotare precipuamente, al fine del reale rispetto del principio di offensività, i comportamenti significativi di chi decide di aderire e poi partecipare attivamente all'associazione.

Le conclusioni raggiunte dalla Seconda sezione hanno una particolare rilevanza, tenuto conto dei principi affermati dalla sentenza Messaoudi, che ha richiamato, come sopra evidenziato, la necessità di un contatto diretto, sia pur flebile, con la casa madre per poter ritenere l'effettiva partecipazione all'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen. anche in osservanza dei criteri di cui alla Sez. U. Mannino (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231673 -01). La Corte ha tenuto conto delle diversità oggettive tra le condotte caratterizzanti i due fenomeni associativi. Nel tentativo di ricondurre, dunque, la condotta in un alveo più tipicamente riferibile alle associazioni con finalità di terrorismo internazionale, il Collegio ha affermato che la *"messa a disposizione",* intesa come assenso preventivo ed incondizionato a prestare la propria attività nell'interesse dell'associazione, presenta caratteristiche del tutto peculiari da riferire, da una parte, all'adesione all'appello volto ad attuare la dottrina propugnata da *Al Qaeda,* usufruendo degli strumenti operativi e didattici forniti dall'organizzazione, dall'altra, all'attuazione di questo programma "*anche solo per via telematica"*, mediante collegamenti *internet,* partecipazioni a *forum*, con successivi momenti di indottrinamento e adesione di ulteriori adepti per attuare i fini della associazione stessa.

Ricorre, dunque, un'effettiva messa a disposizione da una parte aderendo all'appello della dottrina propugnata da *Al Qaeda*, volta alla realizzazione del *jihad* (proprio mediante gli strumenti didattici e operativi che sono fatti circolare, con garanzia di autenticità, dalla casa madre), dall'altra si resta a disposizione non solo essendo disponibili direttamente ad atti di tipo terroristico, ma anche ponendo in essere la costellazione di condotte che caratterizza questa modalità, nuova, evoluta, e costantemente in contatto a livello transnazionale, di condotta illecita. Il passaggio argomentativo vale, dunque, ad introdurre e specificare il tema di come effettivamente si possa articolare il necessario contatto tra aderente e casa madre, al fine di valutare la partecipazione.

E tale valutazione non può prescindere dai connotati specifici del nuovo mondo, delle innovative tecnologie, che caratterizzano questi contesti, sicché si può ritenere effettivamente possibile l'attuazione del programma dell'organizzazione anche solo per via telematica, proprio perché le condotte poste in essere determinano una sostanziale e costante influenza al fine di preparare i singoli all'attuazione degli obiettivi della stessa associazione. Proprio in considerazione di queste premesse, il Collegio ha osservato, conformemente agli orientamenti costanti della Corte sopra richiamati, che la mera adesione ideologica alla dottrina integralista islamica non è elemento sufficiente ad integrare la prova del ruolo di partecipe alla stessa, non potendosi prescindere dalla necessità di raccordare il contributo individuale del singolo con l'entità

associativa, occorrendo, tuttavia, al fine di riscontrare un'effettiva partecipazione, "*una meditata analisi delle concrete caratteristiche dell'associazione e dei comportamenti dei singoli, onde coglierne la specifica portata incriminante*". Dunque, nel valutare la portata della singola condotta, sempre ritenuta l'insufficienza della mera adesione ideologica nel rispetto di diritti fondamentali tutelati dall'art. 21 della Cost., la Corte ha chiarito che occorre raggiungere necessariamente una visione d'insieme, una considerazione di contesto del contributo individuale, rispetto alle caratteristiche dell'associazione.

In questo senso, analizzando il caso concreto, è stata condivisa la ricostruzione effettuata dalla Corte di assise di appello, in sede di rinvio, che ha ritenuto provata la partecipazione quanto alla condotta tenuta dall'imputato che (insieme ad altri soggetti, anche con ruoli diversi), mediante un *collegamento "strutturale e biunivoco" con la casa madre Al Qaeda* - collegamento realizzato attraverso soggetti accreditati e in posizione di superiorità gerarchica, incaricati della distribuzione del materiale propagandistico, mediante i c.d. *"canali indipendenti*" *Al - Fajr e GIMF*, garanti dell'autenticità del materiale stesso, ulteriormente diffuso mediante diversi *forum* di discussione interna, quali *al - Fidaa, As - Ansar e al - Shumuk* - gestiva un *forum esterno*, denominato *"Tlur"* con rigida selezione e controllo per la partecipazione di nuovi adepti ed inserimento di *post* dal contenuto inequivoco a sostegno dell'organizzazione terroristica provenienti dai predetti "*canali indipendenti*", al fine di realizzare il programma di diffusione della stessa all'esterno.

La Seconda sezione ha ritenuto che il giudice abbia correttamente e complessivamente risposto alle censure che avevano determinato l'annullamento con rinvio e, nel richiamare gli elementi oggetto di valutazione, ha evidenziato la ricorrenza di una "*vera e propria struttura verticistica e organizzata, con compiti e competenze specifiche, nella gestione del più potenziale mezzo di proselitismo, ovvero la diffusione informatizzata del messaggio, delle istruzioni, dei mezzi e possibilità con le quali realizzare gli obiettivi della stessa"*.

In tal senso, è stata ritenuta adeguatamente e correttamente riscontrata la presenza di un *collegamento "strutturale e biunivoco*" tra la casa madre e la cellula costituita dall'imputato e da altri soggetti nella gestione di un potente strumento di proselitismo, rappresentato da un *forum* esterno.

È stata considerata la presenza di una serie di elementi significativi, ovvero i diversi livelli dell'organizzazione, la particolare incidenza della sua struttura interna, caratterizzata da passaggi di materiale e competenze specifiche e in particolare: - in primo luogo la gestione da parte della *casa "madre*" del materiale originale a finalità di proselitismo, apologetiche e di propaganda, nonché del materiale didattico e di istruzione per la commissione di delitti collegati al

programma dell'organizzazione; - produzione, gestione e trasmissione di materiale che viene riferito a strutture organizzate e articolate denominate "*canali indipendenti*"(sempre informatizzati), con la precipua funzione di produrre materiali di propaganda al fine di proselitismo e acquisizione di nuovi adepti, materiali che sono, con sistema specifico, garantiti quanto alla loro autenticità di provenienza e origine; - la successiva strutturazione e realizzazione di *forum* interni, ristretti e non accessibili dall'esterno (sostanzialmente ad accesso riservato e quasi sommersi), per la diffusione del materiale predetto e la formazione di adepti, con la configurazione per i gestori di ruoli sostanzialmente dirigenziali e funzione organizzativa dell'associazione, mediante una rigida selezione e verifica di affidabilità degli stessi; - la creazione, allo scopo di consolidare i rapporti e la formazione del personale poi destinato a diversi ruoli, anche esterni, di *forum* interni per la diffusione del materiale originale e autentico nel modo più pervasivo possibile; - la successiva creazione di *forum* esterni gestiti da soggetti, come l'imputato, in posizione di vertice, con ruolo di controllo e gestione per raggiungere il maggior numero possibile di proseliti, verificarne attività e affidabilità, fornire con l'inserimento di materiali propagandistici autentici indicazioni e strumenti per la realizzazione di attentati.

Tale considerazione complessiva e sinergica delle diverse condotte poste in essere descrive in modo puntuale e aderente la realtà, il collegamento, diretto, seppur flebile, tra colui che partecipa effettivamente e la casa "madre". Tale collegamento non può essere considerato esclusivamente come collegamento fisico, ma anzi deve essere compreso in relazione al nuovo *"metodo*" dell'associazione, centrata sulla attività a carattere telematico, alla quale consegue quella che viene definita l'oggettiva *"smaterializzazione*" del contributo.

La Corte precisa come la "*smaterializzazione"* del contributo, le sue diverse caratteristiche, comunque indicative della partecipazione del singolo ai fini dell'associazione, debba essere correttamente inteso.

Richiama, in tal senso, quanto già affermato da Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, PG c/ Antar Hakim Moustafa, Rv. 276065 - 01, sul tema della smaterializzazione del contributo del partecipe, in caso di associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., ed afferma, ribadendo i principi ivi affermati, come non si possa ritenere che la condotta che si caratterizzi per propaganda, apologia, e proselitismo sconti un deficit di materialità che possa far ritenere la stessa come *"destrutturata"* ed *"inidonea a varcare la soglia della punibilità"*, atteso che dette attività ideologiche non si risolvono in una semplice manifestazione di opinioni, che i partecipanti si scambiano per misurare i termini del reciproco consenso o dissenso, ma devono invece essere ritenute manifestazioni inequivoche da parte di "*aggregazioni virtuali che, sulla base della manipolazione comunicativa, hanno creato*

emulazione, indirizzato il consenso, incitato alla violenza, rafforzandone - tramite capillare divulgazione, il proposito criminoso propagandato."

Il collegio condivide, quindi, l'affermazione precedente della Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, PG c/ Antar Hakim Moustafa, Rv. 276065 - 01, secondo la quale la *"smaterializzazione*", intesa quale mero deficit di ricaduta nel mondo fisico degli effetti della condotta, e non quale illecito esaurito dalla sola volizione, costituisce il portato di modalità di estrinsecazione dei fatti delittuosi che non postulano necessariamente una fenomenologia che incida la realtà fisica, ma la veicolano attraverso pervasivi strumenti di manipolazione comunicativa.

Ci si trova, dunque, di fronte a condotte che trovano nel *"mezzo telematico"* lo *"strumento elettivo"* di esecuzione, con correlativa configurazione di condotte illecite la cui manifestazione è di per sé smaterializzata, ma pur tuttavia con specifica e incontestabile offensività in ragione della lesione arrecata ai beni giuridici protetti.

Condivisa l'interpretazione che, pur a fronte di una smaterializzazione della condotta, ne riscontra comunque un'effettiva offensività, il collegio sottolinea come lo stesso sistema penale in generale non ignori condotte partecipative che prescindono da un apporto materiale all'illecito, e in tal senso richiama il concorso di persone nel reato, ravvisabile anche in presenza di un contributo agevolatore che abbia reso più facile la consumazione del reato, che può atteggiarsi come mera partecipazione morale, di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso già esistente o di sostegno psicologico alla altrui attività.

Quanto al caso concreto, la decisione considera una serie di condotte che non si esauriscono nella mera esaltazione ideologica dell'organizzazione terroristica (e nell'invito ad aderirvi), ma che invece proiettano l'azione della struttura periferica in un progetto più ampio, finalizzato alla realizzazione dell'atto terroristico finale, in una prospettiva di supporto al sodalizio "madre", sul presupposto della condivisione degli obiettivi indicati. Ricorre in questi casi una vera e propria adesione, che travalica il sostegno "morale" all'ideologia *jihadista* per *"sfociare nella consapevole volontà di condividerne operativamente, a qualsiasi costo, gli obiettivi"*. In tal senso, la valutazione non può che far leva, secondo il collegio, sul dolo specifico proprio della fattispecie ex art. 270-*bis* cod. pen., da valorizzare al fine della più efficace tipizzazione delle condotte, tenendo conto del rapporto strumentale di mezzo a fine che qualifica il rapporto tra i singoli atti partecipativi e lo scopo tipico.

In questa prospettiva, è stata ritenuta decisiva la "*valenza costituiva del ricorso ai social media",* così come la funzionalità delle condotte apologetiche, informative e propagandistiche in relazione all'incentivazione, in modo potenzialmente

illimitato, di adesioni al progetto criminoso, dell'agevolazione, del reclutamento e dell'auto - radicalizzazione, nonché del finanziamento della stessa casa madre.

Infine, occorre richiamare l'indicazione che il collegio fornisce in tema di valutazione della prova, conferendo particolare rilievo al tema della prova logica (di fatto in senso a sua volta conforme a quanto affermato in proposito della sentenza Antar). Si è in tal senso richiamata la centralità della prova logica, mediante esame delle singole condotte (ciascuna della quali può non essere dimostrativa del vincolo associativo), nonché tramite la valutazione della consistenza di ciascun elemento acquisito, così da giungere ad una considerazione complessiva e sinergica quanto alla riconducibilità delle stesse all'alveo della partecipazione. In tale ambito, l'art. 270-*sexies* cod. pen. dà rilievo, mediante il riferimento al *"contesto"* di realizzazione delle stesse, alle condotte concretamente sanzionabili, con un richiamo che agisce "*in funzione di ampliamento della disposizione incriminatrice*", nonché di perimetrazione della stessa, al fine di riscontrare l'effettiva messa in pericolo del bene protetto, sicché il contributo individuale deve essere valutato nella concreta interazione di tutte le forze finalizzate all'evento. Infine, occorre ricordare che la Corte ha precisato che, conseguentemente, ricorre il pericolo del *"grave danno"* anche quando questo non dipenda solo dall'azione individuale considerata, ma sia piuttosto il *"frutto dell'innesto della stessa in una più ampia serie causale, non necessariamente controllata dall'agente, fermo restando che questi deve rappresentarsi e volere tale interazione."* -

4.1 La condotta di partecipazione, adesione ideologica supportata da seri propositi criminali, la natura di reato di pericolo presunto dell'art. 270-*bis* cod. pen.

Sempre la Seconda sezione (**Sez. 2, n. 14704 del 22/04/2020, Bekaj, Rv. 279408 - 02, Rv. 279408 - 03, Rv. 279408- 04**) nell'ultimo anno, è tornata sul tema della condotta integrante partecipazione all'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., affermando rilevanti principi di diritto, che valgono a consolidare in senso uniforme, l'interpretazione progressivamente avanzata anche in ordine alla prova della stessa. L'opzione ermeneutica proposta dal Collegio ha chiarito che, ai fini della configurabilità del delitto di partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo, anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, di cui all'art. 270-*bis* cod. pen., è sufficiente in presenza di una struttura organizzata, che la condotta di adesione ideologica del soggetto si sostanzi in seri propositi criminali volti a realizzare una delle finalità associative, senza che sia necessaria, data la natura di reato di pericolo presunto, l'inizio della materiale esecuzione del programma criminale. La Corte ha, inoltre, affermato che ai fini del

riconoscimento della natura terroristica di una cellula periferica dell'organizzazione denominata ISIS "*non è necessario che la stessa si caratterizzi con le medesime modalità proprie della struttura centrale"* attraverso la predisposizione di un preciso piano di attacchi terroristici, poiché è proprio l'ISIS, ovvero il c.d. autoproclamato stato islamico, nella sua espressione politico territoriale, la struttura in relazione alla quale devono essere valutati i caratteri organizzativi e la consistenza del programma alla cui attuazione i sodali, singolarmente o in gruppo, si propongono di prestare ausilio sulla base della condivisione degli scopi.

Anche in questo caso, si propone, in senso conforme alle altre sentenze richiamate, il tema della necessaria considerazione dei caratteri della associazione madre, come primo punto di analisi, per valutare poi la condotta di partecipazione, caratterizzata da fluidità, spontaneità, adesione progressiva, anche da parte di singoli, per giungere, infine, ad una valutazione della stessa sulla base di una considerazione di insieme dei molteplici dati concreti emersi, al fine di riscontrare l'effettivo pericolo di danno sancito dalla definizione di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen. La Corte, nel rigettare i ricorsi degli imputati, ha:

- richiamato la natura di reato di pericolo presunto del delitto di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. (Sez. 1, n. 35427 del 21/06/2005, Drissi, Rv. 232280 -01, Sez. 2, n. 24994 del 25/05/2006, Bouhrama, Rv. 234345-01, Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924 - 01);

- ribadito *l'impossibilità di una "automatica traslazione alla specificità del fenomeno jihadista dei collaudati canoni interpretativi elaborati in materia di criminalità organizzata e formazioni eversive interne in considerazione della radicale distanza che separa le esperienze criminali nazionali dalla latitudine globale e del tutto peculiare del terrorismo di matrice islamica*", poiché ciò determinerebbe evidenti criticità ermeneutiche e frizioni di sistema, ed evidenti torsioni interpretative, considerata la portata del fenomeno criminale in questione che "*reclama la natura di stato universalista includente tutti i mussulmani che delle proprie strategie violente fa pubblica professione*";

- ha ribadito la piena condivisibilità dei principi costantemente affermati dalla Corte di legittimità quanto alla struttura spontaneistica e ad adesione progressiva dell'associazione *"in grado di rimodularsi secondo le pratiche esigenze che di volta in volta si presentano, in condizione di operare anche contemporaneamente in più stati, ovvero anche in tempi diversi, con contatti fisici, telefonici o comunque a distanza tra gli adepti, anche connotati da marcata sporadicità, considerato che i soggetti possono essere arruolati di volta in volta con una sorta di adesione progressiva ed entrano, comunque a far parte di una struttura associativa saldamente costituita";*

- ha ribadito in senso conforme i principi affermati dalle sentenze della Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Bouyahia, Rv. 241174 -01, 241175 -01, Sez. 6, n.

46308 del 12/07/2012, Chabchoub, Rv. 253943 - 01, nonché, sottolineandone la particolare portata, di Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas, nel senso della capacità espansiva orizzontale e versatilità del fenomeno terroristico in questione, sebbene sempre valutato mediante la considerazione della *"necessità di raccordare il contributo dell'agente all'entità associativa nella sua interezza, sia pure attraverso articolazioni decentrate"* (Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217 - 02, Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731 - 01, Sez. 6, n. 51218 del 12/06/2018, El Khalfi, Rv. 274290 - 01);

- ha ribadito, nel considerare tale raccordo, la portata significativa della risposta alla chiamata alla lotta santa e al *jihad,* come *"il momento in cui si instaura un legame qualificato tra il singolo e l'associazione, alla luce del quale vanno lette le condotte che il singolo pone in essere, richiamando ed utilizzando il patrimonio ideologico, culturale e di condivisione delle tecniche terroristiche, che costituisce il sostrato comune dell'associazione denominata ISIS"* (nello stesso senso di Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas);

- ha sottolineato come il discrimine con l'adesione ideologica e il concreto contributo causale deve essere dunque *"individuato in relazione alle specifiche vicende indagate, tenendo conto della c.d. notorietà bilaterale, quale concreto indice del raccordo dell'azione del singolo a quello della rete organizzativa ISIS*", che si manifesta con *"carattere necessariamente flessibile e multiforme ed è compatibile anche con comportamenti di esteriorizzazione ed attualizzazione (secondo il parametro della offensività in concreto) di percorsi individuali di radicalizzazione e non postula di necessità una militanza consacrata dalla conoscenza e consapevolezza dei vertici associativi*", con ciò allineandosi ai principi già espressi da Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01, Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas, Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, PG c/ Antar Hakim Moustafa, Rv. 276065 - 01, **Sez. 2, n. 7808 del 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-01, Rv. 278680- 02**, ma anche da Sez. 1, n. 26633 del 19/02/2019, Brigande, Sez. 1, n. 51564 del 09/10/2018, Rahman, Rv. 274985 - 01, Sez. 5, n. 1970 del 26/09/2018, dep. 2019, Halili, Rv. 276453 - 02, Sez. 5, n. 10380 del 08/03/2019, Khoraichi, Rv. 277239 - 01);

- ha analizzato in senso conforme alla giurisprudenza sopra citata la portata del giuramento al califfo, quale *"atto individuale che viaggia sulla rete attraverso gruppi chiusi o chat clandestine senza alcun recepimento formale o investitura da parte degli esponenti apicali dell'associazione, soliti alla generale sollecitazione al martirio e alla rivendicazione postuma delle associazioni terroristiche*".

Nel considerare la decisione di appello, la Corte ha affermato come i giudici si siano attenuti ai principi enunciati e condivisi dal collegio, valutando con rigore, congiuntamente e complessivamente, le condotte tenute dagli imputati e l'estrema significatività delle stesse anche alla luce dei complessivi strumenti internazionali apprestati per la lotta al terrorismo. Valutato il contesto nel quale

maturavano le condotte degli imputati, il Collegio, nel richiamare il processo conoscitivo che deve caratterizzare l'attività del giudice e dell'interprete a fronte di reati di pericolo, ne ha sottolineato la natura *"squisitamente prognostica e non già diagnostica*", ribadendo come non si possa condividere la tesi proposta dalla difesa secondo la quale dovrebbe essere inserito nella struttura del delitto *"l'elemento non previsto dell'inizio dell'esecuzione dell'attività"*, mentre *"in presenza di una struttura organizzata, cui l'indagato partecipi, è sufficiente, per configurare il delitto in esame, che l'adesione ideologica si sostanzi in seri propositi criminali, volti a realizzare una delle indicate finalità, pur senza la loro materiale iniziale esecuzione, che supererebbe il limite tipico del pericolo presunto"*.

In altri termini, il collegio chiarisce come non possano essere accolte obiezioni che tendano a sovrapporre al *"giudizio prognostico di pericolo proprio delle fattispecie a tutela anticipata i principi della causalità materiale, richiedendo per l'integrazione della fattispecie in esame non la concreta attitudine lesiva delle condotte ascritte secondo una proiezione probabilistica, sebbene la specifica incidenza lesiva sul bene tutelato propria dei delitti d'evento"*. Dall'insieme degli elementi valutati è, infatti, emersa un'attività degli imputati che non si era limitata alla mera espressione e condivisione di posizioni ideologiche, sebbene a carattere estremo; difatti, si riscontrava, con plurime attività di indagine, una militanza adesiva al programma criminoso di *Daesh*, autoaddestrandosi in gruppo e studiando le modalità da seguire per la commissione di azioni cruente già poste in essere da militanti islamici al fine di replicarle, procacciandosi a tal fine armi e finanziando l'organizzazione madre, elementi questi che secondo il collegio "*sconfinando dalle fattispecie di apologia, integrano gli estremi costitutivi d'ordine materiale e psicologico propri della partecipazione alla fattispecie contestata"*.

Anche in questo caso è stata, dunque, affermata, sulla base della considerazione sinergica ed unitaria di una serie di elementi concreti, la ricorrenza di un contributo utile al mantenimento, alla realizzazione al rafforzamento degli scopi del sodalizio, sempre con riferimento al ruolo fondamentale della rete *internet* e dei *social media*, volti ad agevolare il reclutamento e l'auto-radicalizzazione al fine dell'esportazione globale delle finalità dell'associazione terroristica, come dimostra la *"creazione di un apposito consiglio dei media che sviluppa la produzione propagandistica del califfato e la sua diffusione tramite social network"*.

Gli stessi principi risultano espressi da **Sez. 1, n. 31344 del 06/10/2020, Abo Robeih Tarif.** Nell'accogliere il ricorso proposto dal Procuratore generale, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza della Corte di assise di appello di Catanzaro che aveva assolto l'Abo dall'imputazione ascritta ex art. 270-*bis* cod. pen. perché il fatto non sussiste. La Corte di assise d'appello aveva escluso che ricorresse la condotta contestata poiché l'attività contestata all'imputato si era

limitata, a parere del giudice di merito, alla mera acquisizione di informazioni di contenuto bellico, senza compiere un vero e proprio addestramento militare, senza esprimere opinioni che evidenziassero il proprio orientamento a commettere atti di matrice terroristica. La prima sezione - richiamati fatti concreti oggetto di contestazione, emersi oggettivamente nel corso del giudizio di merito (indagini avviata sui cellulari in possesso dell'imputato dopo il suo sbarco clandestino sulle coste calabresi a bordo di un'imbarcazione proveniente dalla Turchia, contestazione allo stesso del ruolo di scafista, contiguità con ambienti dell'estremismo islamico con particolare riferimento all'organizzazione *Jabhat Al Nusra*, acquisizione di consistente quantità di materiale telematico, ripostato su *facebook*, richiamo in captazioni della scelta adesiva alla lotta *jihiadista*, rinvenimento di materiale audiovisivo funzionale all'addestramento bellico) - affermava l'inserimento della fattispecie contestata in un ambito sistematico articolato e fondato su identità di *ratio* con riferimento anche alle condotte illecite sanzionate dall'art. 270-*quinquies*, 302, 304, 414 cod. pen.

Ribadito come principio cardine della materia, nella considerazione dell'imprescindibile collegamento tra art. 270-*bis* e 270-*sexies* cod. pen., quanto affermato da Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01, nel senso della sufficienza, in presenza di una struttura organizzata, che la condotta di adesione ideologica del soggetto si sostanzi in *"seri propositi criminali volti a realizzare una delle finalità associative, senza che sia necessario data la natura di reato di pericolo presunto, l'inizio della materiale esecuzione del programma criminale*", la Corte ha precisato che ciò che assume rilievo decisivo è *"la natura violenta delle condotte, espressiva di un metodo antidemocratico"*.

Tale precisazione trova il proprio riscontro nell'art. 49 della Cost., norma di riferimento per la disciplina dei diritti associativi, che di fatto consente e sancisce la possibilità, l'aspirazione dei singoli al mutamento degli assetti istituzionali di uno Stato, ma solo ove si concorra democraticamente a determinare la politica nazionale. La Prima sezione, dunque, individua in tale disciplina il limite esterno alla configurazione dei delitti contro la personalità dello Stato. In tal senso vengono richiamati, quanto alla libertà di credo religioso e di associazione, gli art. 18 e 19 della Cost., che si ritengono superati e lesi dalle condotte che, come quella terroristica, utilizzino la violenza come propria cifra identificativa al fine di far valere i propri obiettivi. È, quindi, necessario tenere conto di tali dati nel valutare gli elementi emersi in giudizio, considerando la natura di reati di pericolo concreto delle fattispecie connotate da finalità terroristiche. Il collegio ha, quindi, affermato che in presenza di un'organizzazione centrale, riconosciuta come tale a carattere terroristico (**Sez. 2, n. 14704 del 22/04/2020, Bekaj, Rv. 279408 - 01**), i comportamenti del singolo devono essere valutati complessivamente ed

unitariamente nella loro portata concreta. La Corte ha, in particolare, osservato che le carenze motivazionali erano da riferire precipuamente alla mancata considerazione non solo delle condotte materiali poste in essere dall'imputato, ma anche dal notevole e continuato utilizzo di strumenti telematici, che il giudice di merito non aveva considerato quanto alla portata diffusiva di tali numerosissimi messaggi, inviati su svariate piattaforme telematiche. Comportamenti questi che, avvicinati alle attività di reclutamento tradizionale poste in essere dall'imputato, potevano effettivamente configurare una lesione dei beni giuridici protetti dall'art. 270-*bis* cod. pen. È stato in tal senso ribadito il principio affermato da **Sez. 2, n. 7808 del 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-01, Rv.278680-02**, quanto alle modalità di adesione e partecipazione a tali associazioni, caratterizzata da forme aperte *"anche se non indiscriminate, realizzata con modalità informatizzata su base planetaria, propugnando la diffusione del credo religioso e politico attraverso cellule figlie, che aderendo al programma, svolgono, sia pure attraverso un rapporto del tutto dematerializzato con l'organizzazione madre un ruolo strumentale per la realizzazione del fine criminoso, consentendone da un lato l più efficace forma di proselitismo e dall'altro fornendo i supporti didattici operativi per la realizzazione delle finalità dell'organizzazione"*.

Il mero richiamo da parte della Corte di assise di appello all'utilizzo di mezzi telematici per escludere la rilevanza penale della condotta posta in essere dall'imputato non è, dunque, stata ritenuta giuridicamente corretta dalla Prima sezione, proprio in considerazione del principio di diritto sopra richiamato, secondo il quale la partecipazione alla consorteria *jihadista* non richiede forme particolari, potendo il reclutamento essere effettivamente realizzato anche attraverso la rete telematica, mediante il semplice incitamento dei potenziali affiliati (**Sez. 2, n. 7808 del 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-01, Rv.278680-02**). Secondo il collegio avrebbe dovuto essere, comunque, considerata anche una eventuale portata apologetica di tali condotte, ove si fosse effettivamente esclusa una condotta di partecipazione.

5. L'arruolamento passivo: è sufficiente la dimostrazione dell'incondizionata disponibilità al compimento di atti terroristici?

Sul tema dell'arruolamento passivo per finalità di terrorismo, anche internazionale, disciplinato dall'art. 270-*quater* cod. pen. è da segnalare Sez. 2, n. 23168 del 14/03/2019, Jrad, Rv. 276425 - 01, che, in consapevole contrasto con precedente orientamento, ha affermato che ai fini dell'integrazione del delitto di arruolamento passivo con finalità di terrorismo anche internazionale, di cui all'art. 270-*quater,* comma secondo, cod. pen., "*non è necessaria la prova di un serio accordo*" con l'associazione (nella specie, *Al Qaeda*), ma è sufficiente la dimostrazione della

concreta ed incondizionata disponibilità del neo arruolato al compimento di atti terroristici, anche a progettazione individuale, funzionali al raggiungimento degli scopi eversivi di matrice *jihadista* propagandati dall'organizzazione criminale. In motivazione, la Corte ha precisato che, nella fattispecie in esame, la condotta si caratterizza per la sua connotazione *"individuale"* ed in quanto l'adesione alla richiesta di arruolamento proveniente dalla rete terroristica non presuppone la prova della sua accettazione da parte della stessa, mentre si verte nella differente ipotesi di cui all'art. 270-*bis* cod. pen. nel caso in cui il soggetto rivesta un preciso ruolo nell'organigramma dell'associazione terroristica, centrale o delocalizzata che sia, e, dunque, sussista la prova di un contatto operativo, anche flessibile ma concreto, tra il singolo e l'organizzazione che, in tal modo, abbia consapevolezza, anche indiretta, dell'adesione da parte del soggetto agente.

Tale previsione normativa, come noto, caratterizzata dalla clausola di riserva ("chiunque al di fuori dei casi di cui all'art. 270-*bis* cod. pen."), sanziona la condotta di coloro, che operando sul suolo italiano, arruolano persone destinate a svolgere attività delittuose specificamente indicate dalla norma. La caratteristica di questa previsione è quella di incriminare tutte le condotte volte a finalità di terrorismo, ancor prima della partecipazione all'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen. (sabotaggio di servizi pubblici essenziali con finalità di terrorismo anche se rivolti contro uno stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale).

La norma, introdotta dall'art. 15 del d.l. n. 144 del 2005 è volta a contrastare esplicitamente il fenomeno del terrorismo di matrice *jihadista* al fine di colpire chi recluta combattenti da inviare in campi di addestramento in paesi stranieri. Sez. 1, n. 49728 del 16/04/2018, Sergio Marianna, nel delineare i confini tra 270-*bis* e 270-*quater* cod. pen. ha richiamato la rilevante portata della clausola di riserva posta dal legislatore (con l'introduzione dell'art. 15, comma 1, del d.l. 27/07/2005 n. 144, conv. nella l. 31/07/2005, n. 155 e art. 1, comma 2, del d.l. 18/02/2015, n. 2 conv. nella l. 17/04/2015, n. 43), evidenziando che tali fattispecie hanno portata residuale e si caratterizzano per una *"tipicità ristretta*" rispetto al delitto di partecipazione ad associazione di tipo terroristico. Le attività di arruolamento e di organizzazione di trasferimenti con finalità di terrorismo possono, dunque, essere poste in essere solo quando non ricorra l'adesione alla struttura centrale nei termini sopra richiamati, mentre qualora tali attività siano realizzate da soggetti già incardinati nella struttura terroristica le condotte risulteranno assorbite nella fattispecie ex art. 270-*bis* cod. pen., *"concorrendo ad integrare segmenti del fatto tipico che contraddistingue il modello di incriminazione"*.

Il principio affermato su questo tema da Sez. 2, n. 23168 del 14/03/2019, Jrad, Rv. 276425 - 01 si pone in consapevole difformità rispetto al principio di diritto in precedenza espresso da Sez. 1, n. 40699 del 09/09/2015, PM c. Elezi,

Rv. 264719 -01 (di recente in senso conforme anche Sez. 6, n. 23828 del 07/05/2019, Veapi Ajhan, Rv. 276724 - 02), secondo la quale la nozione di *"arruolamento" è equiparabile a quella di "ingaggio"*, per esso intendendosi il raggiungimento di un serio accordo tra soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo e soggetto che aderisce. Sostanzialmente, si era mutuata la considerazione del concetto di arruolamento quale ingaggio di armati, evidenziando come tale condotta fosse connessa ad una sorta di inserimento del soggetto in una struttura militare, regolare o irregolare, che implichi un rapporto gerarchico fra comandanti e subordinati, come già parte della dottrina aveva osservato, richiamando anche interpretazioni relative alle previsioni di cui agli artt. 244 e 288 cod. pen. Con l'art. 1 del d.l. n. 7 del 2015 è stato disposto che anche la persona arruolata è punita.

La Seconda sezione, nell'affermare il principio sopra riportato, ha voluto segnatamente marcare la distanza tra la fattispecie in esame e quella ex art. 270-*bis* cod. pen., giungendo ad rigetto del ricorso proposto avverso la sentenza della Corte di appello, che aveva ritenuto la piena prova della ricorrenza del delitto contestato a prescindere dalla prova effettiva del serio accordo tra arruolato e arruolante, non essendo emersa, a parere del giudice di merito, esclusivamente la volontà di condividere l'ideologia della rete integralista facente capo ad *Al Qaeda* e la sua disponibilità a fiancheggiarla, a prescindere dall'identificazione del soggetto arruolante.

Si afferma, dunque, che è sufficiente la prova dell'integrale disponibilità al compimento di tutte le azioni necessarie al raggiungimento degli scopi eversivi propagandati da *Al Qaeda*, caratterizzata dalla *"costante tensione verso l'arruolamento di individui che condividono il progetto eversivo di matrice jihadista"*. Richiamata, quindi, anche la normativa internazionale di riferimento (risoluzione adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 2178/2014), si è sottolineato come una finalità tipica perseguita dalla risoluzione è quella di incidere in modo efficace rispetto al movimento di individui sospetti, prevedendo così condotte di reato riferibili a tipici atti preparatori, quale quello del viaggio al fine di partecipare o commettere atti terroristici, che, appunto, precedono la commissione di un atto terroristico. L'arruolamento si deve, dunque, caratterizzare perché finalizzato al compimento di atti violenti caratterizzati dalla finalità di terrorismo, per come identificate dalla disposizione di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen. Il Collegio ha evidenziato che la previsione amplia di molto il perimetro delle condotte rilevanti in quanto caratterizzate da finalità di terrorismo, al fine di *"contrastare l'incessante assorbimento nella rete terroristica di individui che si rendono disponibili alla consumazione di atti stragisti, non necessariamente progettati e delegati dagli organi dell'associazione centrale, ma*

spesso ideati e realizzati isolatamente dall'arruolato, che li percepisce come un necessario tributo alla causa jihadista e alla militanza nella rete facente capo ad Al Qaeda". In tal senso si è osservato che ciò che caratterizza la condotta di arruolamento, sanzionata dal comma secondo del cod. pen., *"è pertanto la incondizionata messa disposizione dell'arruolato per la commissione di atti funzionali al raggiungimento degli obiettivi della jihad"*.

Il segno distintivo della condotta sanzionata è identificato nella sua *"connotazione individuale"*, che lo distingue in modo netto dalla consapevole condotta di partecipazione, che presuppone un collegamento, seppur indiretto e flebile con l'associazione principale. (Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01, Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217 - 02, Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731 - 01). Anche in questo caso, un elemento di specificazione rilevante è rappresentato dall'osservazione per cui *"per meglio inquadrare la condotta di arruolamento deve essere chiarito che la richiesta di adesione proveniente da Al Qaeda o dalle sue cellule delocalizzate non è assimilabile alle proposte di reclutamento che provengono da associazioni criminali classiche"*. Tale associazione si caratterizza, infatti, per la sua capacità di accrescimento con modalità liquide, *"attraverso una richiesta di adesione, diffusa in modo globale e capillare, per lo più attraverso canali telematici"*. Il collegio sottolinea, infatti, la particolare portata del mezzo telematico, la diffusività del messaggio inviato a persone che, senza necessità di raggiungere un serio accordo, sono tuttavia disponibili a compiere atti a finalità terroristica, sebbene ancora non siano da ritenere associati e partecipi all'associazione terroristica madre. Se si ragionasse in termini diversi, si giungerebbe, a parere del collegio, ad un'impropria sovrapposizione tra la condotta a portata residuale dell'art. 270-*quater* cod. pen. e la condotta di partecipazione all'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., limitando le finalità del legislatore volte all'ampliamento dell'area del penalmente rilevante rispetto a condotte che, appunto, non integrano la partecipazione all'associazione terroristica, con ciò realizzando quella particolare discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle condotte alle quali collegare sia una presunzione assoluta di pericolo, sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché non risultino arbitrarie o irrazionali, come evidenziato già dalla Corte cost. con la sentenza n. 333 del 1991. Il collegio ha in tal senso evidenziato che la stessa relazione illustrativa, quanto alla previsione in questione, chiarisce la portata e l'ambito applicativo dell'art. 270-*quater* (obbedienza anche a prescindere dall'assunzione di un ruolo funzionale, anche al fine di partire e raggiungere i luoghi ove si consumano le azioni terroristiche). Una previsione che tende, dunque, a reprimere principalmente la dimensione individuale della condotta, da considerare sempre in modo compatibile e rispettoso del principio di offensività,

rilevando non la mera condivisione dell'ideologia *jihadista*, quanto la concreta disponibilità a compiere atti con finalità terroristica. La *"disponibilità ad impegnarsi in concreto nella consumazione di atti con finalità terroristica"*.

Come già accennato in precedenza, Sez. 6, n. 23828 del 07/05/2019, Veapi Ajhan, Rv. 276724 - 02, si è espressa in senso difforme, ribadendo invece il principio enunciato da Sez. 1, n. 40699 del 09/09/2015, PM c. Elezi, Rv. 264719 - 01, secondo il quale *"In tema di arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, la nozione di "arruolamento" è equiparabile a quella di "ingaggio", per esso intendendosi il raggiungimento di un serio accordo tra soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero di sabotaggio con finalità di terrorismo e soggetto che aderisce*."

La Sesta sezione, affrontando un caso particolare, ovvero quello del concorso di un terzo nell'attività di arruolamento in considerazione della sua particolare funzione (nel caso di specie quale consigliere del centro islamico di Pordenone), ha annullato con rinvio la decisione della Corte d'assise di appello che aveva condannato l'imputato per il delitto di cui agli art. 110 e 270-*quater*, comma primo, cod. pen. Nel rilevare, sostanzialmente, una carenza motivazionale quanto al ruolo svolto dall'imputato e all'effettivo riscontro dell'apporto causalmente efficiente all'attività di arruolamento sulla base delle emergenze processuali, la Sesta sezione ha fornito delle indicazioni rilevanti nel delimitare l'area di operatività della previsione ex art. 270-*quater* cod. pen.

Richiamata la clausola di riserva rispetto all'art. 270-*bis* cod. pen., si è considerata la *ratio* della disposizione volta ad ampliare l'area di azione della tutela penale, in quanto destinata a colpire condotte con finalità di terrorismo anche internazionale commesse in Italia da soggetti che non risultano aderenti ad un'associazione ex art. 270-*bis* cod. pen., così come la finalità di evitare che in presenza di condotte di arruolamento che non espongano a pericolo lo Stato italiano, possano rimanere senza pena coloro che tuttavia svolgono materialmente tale azione, senza integrare gli estremi dei reati di cui all'art. 244 e 288 cod. pen., né quello di reclutamento di cui all'art. 4 della legge n. 210 del 1995.

Analizzando la disposizione oggetto di contestazione, il collegio ha osservato che il legislatore della novella ha inteso distinguere la condotta di arruolamento da quella di reclutamento, e proprio per questo è necessario definirne i contorni applicativi. In tal senso si è affermato che *" l'attività di reclutamento, cui fa riferimento il citato preesistente art.* 4 *della l. n.* 210 *del* 1995 *è configurabile laddove, non solo sia stata raggiunta un'intesa per l'inserimento in una struttura militare o paramilitare di un soggetto disponibile al compimento delle relative operazioni ivi descritte, ma vi sia stato anche l'inquadramento, una presa di servizio del reclutato nella struttura militare"*, mentre

"l'arruolamento deve ritenersi fondatamente indicare qualcosa di meno, cioè solo il mero raggiungimento di un accordo finalizzato all'inserimento di tale soggetto nella struttura militare terroristica: reato, dunque configurabile, prescindendo dall'effettivo successivo inserimento dell'arruolato in quella struttura".

Fatta questa premessa, si rileva come occorra, comunque, che il bene giuridico protetto sia concretamente messo in pericolo, ed è per questo che solo in presenza del raggiungimento di *"un serio accordo tra il soggetto che propone il compimento, in forma organizzata, di più atti di violenza ovvero il sabotaggio con finalità di terrorismo e il soggetto che aderisce all'intesa"* si può ritenere integrata quella soglia di pericolosità che caratterizza la previsione penale, in mancanza della quale sarebbe al massimo possibile giungere all'applicazione di una misura di sicurezza ex art. 115 cod. pen. È rilevante, in tal senso, la considerazione di tale disposizione come *"reato di evento a forma libera"*, che richiede, per la sua configurazione, che si realizzi un risultato ben tipizzato, senza che, tuttavia, siano state indicate specificamente le modalità di produzione.

Nel passare all'analisi del caso concreto, ovvero la possibilità del concorso di un terzo nel delitto in esame, la Corte ha precisato come solo con il d.l. n. 7 del 2015, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 270-*quater* cod. pen., è stata prevista la responsabilità penale del soggetto arruolato (al fine di far rientrare nell'alveo della previsione penale anche le condotte pericolose di soggetti, come i *foreign fighters*, che avessero aderito all'accordo di arruolamento senza essere parte dell'associazione terroristica), sicché prima della data di entrata in vigore della predetta previsione *"una responsabilità a titolo di concorso morale o materiale è ipotizzabile solamente con riferimento alla condotta tipica del solo arruolatore"*. Ciò posto, il collegio ha richiamato analiticamente la funzione del concorso di persone nel reato ed ha precisato che, occorrendo in questi casi che la condotta del terzo non diretto arruolatore o arruolato sia *"legata in maniera strumentale alla condotta degli altri agenti che ne hanno tratto vantaggio o beneficio",* è possibile che del delitto di cui all'art. 270-*quater* cod. pen. sia chiamato a rispondere non solo colui che è parte diretta del serio accordo di ingaggio, ma anche colui che, pur *"non potendo essere tecnicamente qualificato come arruolatore o arruolato, pone in essere una condotta consapevole e volontaria, che si inserisce in maniera funzionalmente strumentale nella trama complessiva del fatto di cui gli altri concorrenti traggono vantaggio o beneficio e che, perciò, può considerarsi anch'essa causa di quell'evento"*. La decisione è stata, dunque, annullata con rinvio occorrendo chiarire e definire quale fosse stato effettivamente il ruolo che nella vicenda aveva avuto il ricorrente.

6. Art. 270-*quinquies* cod. pen., gli elementi caratterizzanti le due figure di addestratore e informatore.

Sez. 1, n. 7898 del 12/12/2019, dep. 27/02/2020, Hamil Mehdi, Rv. 278499 - 02, Rv. 278499 -03, Rv. 278499 -04, ha affrontato il tema dell'addestramento con finalità di terrorismo, anche internazionale, annullando con rinvio la sentenza della Corte di assise e rilevando una carenza motivazionale quanto ad una mancata o inadeguata considerazione di una serie di comunicazioni telefoniche, nonché quanto alla mancata verifica di credibilità soggettiva di uno dei testimoni.

Come è noto, si è a lungo discusso, anche in dottrina, circa la portata delle condotte incriminate, ovvero l'addestrare o il fornire istruzioni per la preparazione o uso di esplosivi o varie armi e sostanze chimiche. In tal senso, si è rilevato come la norma non fornisca un reale chiarimento sulla specifica definizione dell'ambito delle due condotte. Si è, infatti, sostenuto che una differenza potrebbe risiedere nel fatto che nell'addestramento vi sarebbe un contatto fra il soggetto che trasmette le istruzioni e il soggetto che le riceve, consentendo, dunque, un'interazione tra i due soggetti, mentre nel secondo caso chi fornisce istruzioni non entrerebbe in rapporto diretto con chi le acquisisce, incentrandosi l'elemento caratterizzante di questa fattispecie nella diffusione a soggetti indeterminati delle istruzioni (sebbene si sia chiarito da parte della dottrina che tali istruzioni per ricoprire effettiva offensività dovrebbero pur sempre fornire un evidente insegnamento, con consegna di un bagaglio di conoscenze tecniche altrimenti non disponibili non integranti una mera manifestazione ideologica).

Le modifiche introdotte con la l. n. 43 del 2015, ovvero la previsione dell'aggravante della diffusione per addestrare o istruire perché commessa con *mezzi telematici* e *la punibilità dell'addestrato*, chiariscono la particolare rilevanza attribuita dal legislatore a tali condotte prodromiche. Emerge la possibilità che la condotta sia diretta verso un destinatario indeterminato, prendendo, dunque, atto della diffusività e portata del mezzo telematico, sicché anche l'autodidatta, che ha acquisito autonomamente le informazioni per compiere atti di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen. rientra nell'ambito della disciplina, sempre che ricorrano elementi materiali esterni e riscontrati.

Nel caso concreto oggetto di imputazione all'imputato era stato contestato nel periodo intercorrente tra il luglio 2015 e gennaio 2016 di aver posto in essere, mediante una serie di contatti con ambienti del terrorismo islamico, attività finalizzata ad acquisire addestramento militare, nonché a compiere atti di terrorismo nell'ambito dell'organizzazione denominata ISIS. L'imputato veniva

segnalato dalla Questura di Roma una volta rientrato dalla Turchia, dove non gli era stato consentito l'ingresso nel paese per motivi di sicurezza pubblica. Ne conseguivano una serie di accertamenti, sui dispositivi mobili, oltre che quanto ai numerosi accessi a diverse reti telematiche. In sostanza, si documentava la continua consultazione da parte dell'Hamil di documentazione riferibile all'attività dell'Isis; venivano anche accertati collegamenti tra il ricorrente e settori contigui al radicalismo islamico, ai quali conseguiva anche l'esplicita adesione del Hamil al *jihad* e ai principi dell'integralismo islamico durante la sua detenzione. La violenza e determinazione dell'imputato rispetto alla commissione di atti con finalità di terrorismo veniva segnalata da alcuni detenuti nello stesso carcere in cui lo stesso si trovava ad essere stato detenuto, oltre che riscontrata da una serie di captazioni con i suoi familiari in sede di colloquio. Si riteneva quindi che l'Hamil non avesse semplicemente acquisito informazioni di contenuto bellico, avendo invece proceduto ad un vero addestramento militare e a programmare viaggi per recarsi all'estero a combattere, proposito che non si realizzava solo a causa del respingimento da parte della Turchia.

La Corte, richiamata la portata dell'art. 270-*quinquies,* da leggere congiuntamente all'art. 270-*sexies* cod. pen., ha osservato che quello che assume rilievo decisivo al fine della loro rilevanza penale è la "*natura violenta"* delle loro condotte, espressiva di un "*metodo antidemocratico"*.

L'elemento caratterizzante dell'art. 270-*quinquies* cod. pen., ovvero il suo essere un reato di pericolo concreto, che sanziona atti prodromici al compimento di condotte connotate da finalità terroristiche, richiede la "*certezza del superamento della soglia minima di punibilità richiesta dalla norma incriminatrice, che deve essere acquisita sulla base delle emergenze del caso concreto; accertamento questo che presuppone la corretta individuazione delle finalità terroristiche perseguite dal soggetto attivo del reato e non può mai essere disgiunto da precisi parametri soggettivi, ancorati al dolo specifico richiesto dalla fattispecie in esame"*. Il Collegio ha, quindi, sottolineato la valenza altamente sintomatica degli elementi acquisiti, ma ha ritenuto non adeguatamente valutati con la motivazione da parte della Corte di assise di appello gli altri elementi materiali che avrebbero carattere indicativo del superamento della soglia di punibilità minima richiesta (valutazione delle chiamate con utenze turche, quanto ai titolari delle stesse e al loro ruolo, nonché quanto alle dichiarazioni di testimone che riferiva della concreta diffusione durante la carcerazione da parte del Hamil di idee riconducibili all'estremismo *jihadista*). Anche in questo caso, così come per la considerazione della condotta di partecipazione nell'art. 270-*bis* cod. pen., si evidenzia l'opzione ermeneutica della Corte che richiede la ricorrenza di comportamenti significativi, concretamente riscontrabili, quanto alle finalità di terrorismo perseguite con l'attività di addestramento.

In tale contesto Sez. 1, n. 15089 del 06/03/2019, Campione, Rv. 276390 - 01, ha affermato che "*le due figure soggettive dell'addestratore e dell'informatore si differenziano per la diversa qualità e intensità delle condotte, entrambe divulgative e implicanti l'esistenza di destinatari, in quanto solo la prima si connota di una idoneità formativa, che mira all'obiettivo di far acquisire non solo istruzioni e notizie tecniche, specie d'ordine bellico e militare, quanto di realizzare, in coloro che si giovano dell'addestramento, la capacità di porre in essere le condotte di tipo terroristico; l'informatore, invece, si limita a trasmettere istruzioni tecniche, senza curarsi se il destinatario sia nelle condizioni di recepirle, elaborarle e quindi sfruttarle in azioni di tipo terroristico.*". Richiamando i principi già affermati da Sez. 1, n. 38220 del 12/07/2011, Korchi, Rv. 251363 - 01, la Corte ha chiarito come l'addestratore abbia il fine di far acquisire idoneità complessiva, di tipo sostanzialmente professionale, mentre l'informatore si limita a trasmettere istruzioni tecniche, senza curarsi se il destinatario sia nelle condizioni di recepirle, elaborarle e sfruttarle in azioni di tipo terroristico. Il momento di reale discrimine tra le due condotte è, dunque, rappresentato, piuttosto che da relazioni qualificate docente/discente, dai "*contenuti dell'attività con cui si diffondono conoscenze*".

In sostanza, l'interpretazione della Prima sezione chiarisce che la diversità qualitativa dell'impegno divulgativo caratterizza il diverso atteggiarsi delle relazioni con i fruitori della divulgazione, e proprio per ciò - considerato che l'addestramento implica una vera e propria interazione tra addestratore e addestrato, una costanza di impegno alla quale deve corrispondere la disponibilità alla ricezione non episodica delle nozioni, che invece manca nell'informato, che si caratterizza quale mero occasionale percettore di informazioni al di fuori di un rapporto, sia pure informale di apprendimento - che è stata introdotta la previsione di punibilità della sola persona addestrata e non anche della persona informata, atteso il ruolo meramente passivo dello stesso, la occasionalità della sua condotta, che si traduce in un giudizio di irrilevanza penale. Nel caso concreto, la Corte ha ritenuto correttamente qualificata la condotta dell'imputato Campione quale condotta informativa, a seguito di suo autonomo auto-addestramento (all'epoca non punibile), mediante divulgazione di documenti inneggianti alla c.d. lotta santa, tradotti dall'arabo in italiano, trasmissione ad un numero indeterminato di persone della rivista *Inspire*, contenente l'istruzione sull'uso di armi ed esplosivi, così come *l'enciclopedia della jihad*, contenente a sua volta istruzioni dettagliate per la costruzione di ordigni, con allegazione anche di una serie di *link* che evidenziavano un insieme di regole utili per l'aspirante *mujaheddin*. Proprio tali condotte, relative alla diffusione di notizie di ordine tecnico su come comporre e usare ami e ordigni, costituiscono l'oggetto specifico ed esclusivo delle condotte informative, oltre che per un indottrinamento di ispirazione *jihadista*, ideologico e di tipo integralista, che nell'ambito di una

costruzione di una *"visione pesudo-religiosa in cui l'affermazione di fede passa ad una concezione violenta del rapporto con l'altro che, in quanto non appartenente allo stesso credo, diviene per ciò solo nemico e testimone di infedeltà"*.

In tal senso indicativi l'espressione della volontà del Campione di affermare i precetti integralisti islamici mediante atti di violenza sui civili occidentali e di terrorismo, l'esaltazione della violenza contro i civili, l'indicazione del martirio quale azione di lotta violenza verso gli infedeli. Tali elementi sono stati ritenuti indicativi dell'attività di indottrinamento che caratterizza il progetto formativo in questo dato contesto terroristico. Si è, quindi, condiviso il principio espresso da Sez. 6, n. 29670 del 20/07/2011, Garouan, Rv. 250517-01, secondo la quale l'addestramento si realizza sia attraverso dimostrazioni pratiche, sia attraverso dimostrazioni teoriche, alternate a letture o prediche sul valore religioso del martirio e sui vantaggi *post mortem*, completando così un'opera di totale condizionamento mentale.

Il principio risulta confermato anche dalla più recente **Sez. 5, n. 22066 del 06/07/2020, Barhoumi, Rv.279595 - 02**, che ha affermato che "*ai fini della configurabilità del reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, commesso dalla persona che abbia acquisito autonomamente informazioni strumentali al compimento di atti con la suddetta finalità, è comunque necessario che il soggetto agente ponga in essere comportamenti significativi sul piano materiale, univocamente diretti alla commissione delle condotte di cui all'art.* 270-*sexies cod. pen., senza limitarsi ad una mera attività di raccolta di dati informativi o a manifestare le proprie scelte ideologiche"*

La Corte, nel rigettare il ricorso dell'imputato, ha ritenuto configurabile in sede cautelare il reato di cui all'art. 270-*quinquies* cod. pen. sulla base di molteplici indici fattuali concreti, tra i quali sono stati ritenuti estremamente significativi il possesso da parte dell'imputato di video ed immagini riconducibili alla propaganda terroristica per il c.d. stato islamico, o illustrativi di tecniche per la preparazione di ordigni esplosivi, scaricati con elevata frequenza nell'arco di un significativo periodo di tempo, nonché di appunti manoscritti riproducenti la celebrazione di simboli e delle pratiche terroristiche dell' ISIS e in cui l'indagato si proclamava "*servo di allah*" votato al martirio, la partecipazione a *chat* di gruppo e canali di propaganda *jihadista,* creati in diversi territori a livello internazionale, nei quali venivano manifestati propositi terroristici e di esaltazione del martirio e della guerra santa contro gli infedeli, il rinvenimento all'interno della sua abitazione di materiale destinato alla fabbricazione di un ordigno rudimentale. La necessità di un'effettiva realizzazione da parte dell'agente di comportamenti significativi e strumentali per il compimento delle attività di cui all'art. 270-*sexies* cod. pen. è stata considerata come correttamente valutata in sede cautelare, non ricorrendo nel caso in esame una mera raccolta di dati informativi o una mera

manifestazione delle proprie scelte ideologiche (Sez. 5, n. 6061 del 19/07/2016, Hamil, Rv. 269501 - 01, Sez. 1, n. 7898 del 12/12/2019, dep. 2020, Hamil, Rv. 2784099 - 04). In questo senso la Corte ha ritenuto altamente sintomatico l'aver il Barhoumi scaricato numerosi video che illustravano le modalità per la costruzione di bombe, una sorta di manuale con oltre 200 consigli per sfuggire ai controlli, anche telematici e disarmare l'avversario, per commettere azioni violente, anche da kamikaze, decisamente univoche rispetto alla commissione di condotte terroristiche, oltre alla rilevanza di una serie di manoscritti riferibili al ricorrente nella quale lo stesso manifestava senza alcuna incertezza la propria volontà di immolarsi per la guerra santa, i numerosi contatti telefonici e soprattutto telematici tenuti a livello internazionale, partecipando a gruppi di propaganda radicalizzata per finalità *jihadiste,* che indicavano anche possibili obiettivi dell'azione violenta in Italia.

7. L'attività di apologia.

Come già evidenziato dai precedenti contributi su questo tema, la giurisprudenza di legittimità ha, in diverse occasioni, ribadito il principio per cui per aversi apologia non è sufficiente la mera esternazione di un giudizio positivo su un episodio criminoso, pur nella sua oggettiva riprovevolezza, ma occorre che per il suo contenuto intrinseco, per le condizioni dell'autore e per le circostanze in cui si presenta, il comportamento del soggetto agente deve determinare il rischio concreto della consumazione di altri reati, sostanzialmente lesivi degli stessi interessi offesi e lesi dal crimine esaltato (Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645 -01, nello stesso senso di recente Sez. 6, n. 31562 del 18/04/2019, PG c. Di Marco, Rv. 276468 - 01 e, quanto all'art. 302 cod. pen. proprio con riferimento all'art. 270-*bis* cod. pen. Sez. 2, n. 51942 del 16/11/2018, Messaoudi, Rv. 275551 - 01). Nessun dubbio circa la possibilità di riferire l'apologia anche a reati associativi come l'art. 270-*bis* cod. pen., soprattutto ove si consideri la potenzialità del mezzo telematico, che, come evidenziato precedentemente, è ormai ritenuto dalla giurisprudenza costante un elemento che caratterizza questo tipo di condotta, proprio per l'alta esposizione a rischio che determina rispetto al bene della sicurezza pubblica tutelato da queste previsioni.

In questo senso si è espressa di recente Sez. 5, n. 1970 del 26/09/2018, dep. 16/01/2019, Halili, Rv. 276453 - 01, che ha appunto affermato che integra il reato di apologia di delitti di terrorismo, previsto dall'art. 414, comma quarto, cod. pen., la diffusione di documenti di contenuto apologetico - nella specie consistenti in tre "*playlist*" inneggianti al martirio per il c.d. stato islamico (IS), alle attività terroristiche dell'Isis ed alla figura del suo portavoce *Al Adnani* - mediante il loro

inserimento sulla piattaforma internet denominata *"Soundcloud"*, in considerazione sia della natura di organizzazioni terroristiche, rilevanti ai sensi dell'art. 270-*bis* cod. pen., delle consorterie di ispirazione *jihadista* operanti su scala internazionale, sia della potenzialità diffusiva indefinita di tale modalità comunicativa.

Anche in questo caso la motivazione della sentenza si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte nel ricostruire le caratteristiche dell'associazione a delinquere ex art. 270-*bis* cod. pen., quando siano caratterizzate da finalità di terrorismo internazionale, nella specie di matrice ideologico-religiosa. Si richiamano le sentenze Bouhrama, Chabchoub, Bouyahia e Bekay (2017), sottolineando sia la rilevanza dell'associazione in sé come associazione terroristica, che le modalità spontaneistiche ed aperte di adesione.

Quanto alla posizione del ricorrente, la Corte nel dichiarare inammissibile il ricorso, ha rilevato l'esauriente valutazione in sede cautelare dei molteplici elementi indiziari a carico dello stesso per il delitto contestato, ad esito di una lunga indagine caratterizzata principalmente dalla captazione di colloqui telefonici e flussi telematici di notevole consistenza. Di fatto, il ricorrente era inoltre stato sottoposto a misura cautelare sempre per condotte di propaganda terroristica nel 2015 per le quali era stata applicata ex art. 444 cod. proc. pen. la pena di due anni di reclusione. Dall'insieme dei comportamenti tenuti dallo stesso successivamente, emergevano costanti contatti con soggetti intranei alla rete terroristica, e, dopo aver reperito e assimilato in modo sistematico materiale propagandistico del c.d. stato islamico, ha, a parere della Corte travalicato i confini della mera adesione interiore ed ideologica per un'attivazione fattiva in favore della causa *jihadista*, prodigandosi in attività di indottrinamento di diversi soggetti e diffondendo la *"teoria della complicità"*, per giustificare la direzione degli atti terroristici verso i cittadini civili degli stati ritenuti nemici, anche mediante traduzione in italiano dei contenuti dogmatici ed interattivi ricevuti da canali qualificati e riferibili al c.d. stato islamico, così come in una attività di addestramento teorico, alla preparazione ed esecuzione di attentati terroristici, mediante l'accesso al canale segreto *Ahwaal Ummat*, così dimostrata la ricorrenza di veri e propri contatti operativi con la struttura reticolare dell'associazione terroristica (tattiche del terrore, sequestro di ostaggi, modalità per procurarsi armi e istruzioni per colpire gli obiettivi nei modi più diversi). Ancora rilevanti, in tal senso, è stata ritenuta la ricorrenza di contatti operativi con la casa madre e la consultazione del canale ufficiale di informazione dello stato islamico *"muslim prisoners"*. In conclusione, si è escluso che tale attività rappresentasse una mera consultazione ideologica di materiale propagandistico, *"in quanto i contenuti,*

immediatamente operativi, denotano la natura di vero e proprio addestramento alla jihad e alle tattiche militari del lupo solitario".

La stessa pluralità di condotte, con portata del tutto idonea a suscitare partecipazione ad organizzazioni terroristiche di matrice islamica radicale emerge anche, quale elemento qualificante del delitto ex art. 414 cod. pen. dalla ampia motivazione, descrittiva delle condotte in tal senso rilevanti, realizzata da Sez. 1, n. 41628 del 15/04/2019, El Hanaoui. Anche in questo caso, le attività svolte in forma telematica dall'imputato erano assolutamente rilevanti, ed organizzate proprio per sostenere le finalità dell'associazione terroristica riferibile al c.d. stato islamico. La diffusione di video riferibili ad uccisioni violente, ad incitamento all'odio nei confronti degli ebrei, indicative in modo esplicito della prevalenza di metodi violenti e antidemocratici sull'ordine sul rispetto delle regole legali, la minaccia di compiere azioni ritorsive e temibili a carattere diffuso sono stati ritenuti significativi ed idonei a sollecitare l'adesione all'organizzazione terroristica in questione, nonché a stimolare la realizzazione di varie attività con finalità di terrorismo, proprio *"al fine di reclutare nuovi adepti, disposti ad intraprendere la lotta armata, cruenta e terroristica".*

Nel senso della pacifica riferibilità dell'azione istigatoria anche all'attività con finalità di terrorismo internazionale anche Sez. 1, n. 43830 del 25/09/2019, Hmidi Saber, che ha sottolineato come non sia sufficiente l'esternazione di idee apologetiche al fine di ritenere integrato il delitto di cui all'art. 302 cod. pen., occorrendo necessariamente che il comportamento del soggetto attivo sia tale da determinare, per le sue connotazioni soggettive ed oggettive, il rischio concreto della realizzazione di altri delitti lesivi della sicurezza dello Stato. Caratteri questi ritenuti ricorrenti nel caso in esame. La Corte ha, infatti, rigettato il ricorso, attesa la significatività degli elementi in tal senso acquisiti (riscontrata presenza del dolo istigatorio, tentativo di convincere diversi soggetti della necessità di applicare e realizzare anche con la violenza i precetti del Corano, ricorrendo alla militanza religiosa combattente, espressione pubblica e diffusa di radicalismo islamico e attività di proselitismo al fine di realizzare la lotta armata di matrice *jihadista,* utilizzando a tal fine *"strumenti idonei a diffondere telematicamente messaggi e comunicazioni che possedevano alla luce della giurisprudenza di legittimità una connotazione istigatrice incontroversa* "(Sez. 1, n. 51654 del 09/10/2018, Rahman, Rv. 274895 - 01, Sez. 1, n. 24103 del 04/04/2017, Dibrani, Rv. 270604 - 01). Il Collegio ha richiamato, in tal senso, come elementi del tutto univoci e indicativi, gli esiti dei controlli sul materiale informatico archiviato nel personal computer del Hmidi Saber (collegamenti con soggetti legati alla predicazione dell'estremismo religioso, *account* diversi riferibili allo stesso, accesso a canali segreti, archiviazione

di files di predicazione del gruppo terroristico *Al Tafkir wa l-hijra*, oltre a diverso altro materiale indicativo dell'autoaddestramento bellico dello stesso ricorrente).

L'utilizzazione della rete e dei *social media,* come metodo per realizzare l'esaltazione della violenza per raggiungere gli obiettivi del c.d. stato islamico, è oggetto della decisione della **Sez. 1, n. 2442 del 08/01/2020, Elhammami ed altri.** La Corte, nel rigettare il ricorso degli imputati, ha ritenuto infondati i rilievi della difesa avverso la sentenza della Corte di assise di appello che li aveva condannati, ciascuno autonomamente, per il reato di cui all'art. 414 cod. pen. per avere pubblicamente inneggiato e fomentato sentimenti antidemocratici, di odio religioso, di esaltazione del martirio al fine di sostenere l'adesione di altre persone e l'espansione del c.d. stato islamico. Anche in questa decisione è stato richiamato l'orientamento costante della Corte di cassazione quanto all'esistenza dell'organizzazione terroristica denominata ISIS e alle caratteristiche organizzative della stessa, unitamente al riferimento alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. La Corte ha ritenuto correttamente valutati gli elementi concreti, indicativi dell'effettiva offensività dei comportamenti posti in essere dagli imputati, integranti nel caso concreto istigazione a delinquere a carattere apologetico, mediante utilizzo dei *social media* e, dunque, aggravato dall'uso di tali mezzi.

Il contenuto di tali messaggi, la loro oggettiva idoneità a sollecitare in altri la volontà di commissione di delitti di violenza terroristica, ha effettivamente portato al riscontro che la lotta santa rappresentava e doveva essere l'unica via per un mussulmano, con esaltazione della dottrina radicale. Tutti i soggetti coinvolti in tali comunicazioni e condivisioni sono risultati accumunati dall'interesse per la lotta santa intrapresa dall'ISIS, con piena adesione ideologica ai principi professati in tale ambito. La decisione di merito è apparsa alla Corte condivisibile e motivata anche con particolare riferimento ad una delle osservazioni della difesa, ovvero la circostanza che gli imputati non fossero buoni mussulmani perché dediti al consumo di alcoolici o sostanze stupefacenti. In tal senso si è osservato come tale condizione potesse non emergere dai post e, comunque, non escludeva o depotenziava la capacità istigatoria dei messaggi condivisi.

Al contrario, si è osservato, e condiviso, come il messaggio violento di tipo terroristico a matrice ideologico-religiosa ha spesso attecchito in soggetti mussulmani caratterizzati da una condizione di marginalità sociale, di disadattamento, che proprio grazie a questi messaggi portava alla loro radicalizzazione e ad una volontà esplicitata in tal senso in termini di riscatto sociale e ribellione. Si è, dunque, ritenuto pienamente riscontrato il comportamento dell'agente nel senso di determinare un rischio effettivo della

consumazione di altri reati lesivi di interessi omologhi a quelli offesi dal crimine esaltato, con ciò ribadendo il principio espresso di recente anche da Sez. 6, n. 31562 del 18/04/2019, PG c Di Marco, Rv. 276468 - 01. La Corte ha, quindi, condiviso anche la considerazione nel caso concreto della piena consapevolezza, e conseguentemente della piena prova, circa l'elemento soggettivo del reato, atteso che gli imputati si dichiaravano soldati dell'ISIS, con piena condivisione, emersa dai post realizzati, delle caratteristiche di tale associazione e delle sue finalità, passando in concreto da una attività iniziale di contatto e collegamento con altri soggetti sulla base di più semplici *social media* come *facebook* (modalità pubblica della comunicazione a fini di istigazione ed apologia, Sez. 1, n. 24103 del 04/04/2017, Dibrani, Rv. 270604-01) a forme di comunicazione criptata per cercare di eludere i controlli nei loro confronti (nello stesso senso, anche se con riferimento all'art. 302 cod. pen. , anche Sez. 2, n. 51942 del 19/10/2018, Messaoudi, Rv. 275515-01, nel senso che l'ordinanza impugnata, che aveva applicato all'indagato, la misura della custodia cautelare in carcere, aveva accuratamente rilevato e dimostrato come l'adesione sollecitata dal Messaoudi verso i suoi interlocutori non era affatto soltanto teorica, avendo lo stesso cercato di convincerli non solo della necessità di conoscere i precetti della religione islamica, ma anche di applicarli, imponendoli con violenza ai miscredenti e ricorrendo così alla militanza combattente).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 8779 del 05/05/1999, Oste, Rv. 214645 -01
Sez. 1, n. 35427 del 21/06/2005, Drissi, Rv. 232280 -01
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231673 -01
Sez. 2, n. 24994 del 25/05/2006, Bouhrama, Rv. 234345 - 01
Sez. 1, n. 1072 del 11/10/2006, Bouyahia Maher, Rv. 235289 - 01
Sez. 1, n. 22673 del 22/04/2008, Di Nucci, Rv. 240085-01)
Sez. 5, n. 31389 del 11/06/2008, Bouyahia, Rv. 241174 - 01, 241175 - 01
Sez. 6, n. 25863 del 08/05/2009, Scherillo, Rv. 244367 - 01
Sez. 1, n. 38220 del 12/07/2011, Korchi, Rv. 251363 - 01
Sez. 6, n. 29670 del 20/07/2011, Garouan, Rv. 250517 - 01
Sez. 6, n. 46308 del 12/07/2012, Chahchoub, Rv. 253943 - 01
Sez. 1, n. 40699 del 09/09/2015, PM c. Elezi, Rv. 264719 - 01
Sez. 5, n. 2651 del 08/10/2015, dep. 2016, Nasr Osama, Rv. 265924 - 01
Sez. 5, n. 6061 del 19/07/2016, Hamil, Rv. 269501 - 01
Sez. 5, n. 48001 del14/07/2016, Hosni, Rv. 268164 - 01
Sez. 1, n. 24103 del 04/04/2017, Dibrani, Rv. 270604 - 01
Sez. 5, n. 50189 del 13/07/2017, Bekaj, Rv. 271645 - 01, 271646 - 01, 271647 - 01
Sez. 6, n. 14503 del 19/12/2017, dep. 2018, Messaoudi, Rv. 272730 - 01, 272731 - 01
Sez. 6, n. 40348 del 23/02/2018, Afli Nafaa, Rv. 274217 - 02
Sez. 2, n. 38208, del 27/04/2018, Waqas
Sez. 6, n. 51218 del 12/06/2018, El Khalfi, Rv. 274290 - 01
Sez. 5, n. 1970 del 26/09/2018, dep. 2019, Halili, Rv. 276453 - 02
Sez. 1, n. 51564 del 09/10/2018, Rahman, Rv. 274985 - 01
Sez. 2, n. 51942 del 16/11/2018, Messaoudi, Rv. 275551 - 01
Sez. 5, n. 1970 del 26/09/2019, dep. 16/01/2019, Halili, Rv. 276453 - 01
Sez. 1, n. 26633 del 19/02/2019, Brigande
Sez. 2, n. 22163 del 21/02/2019, PG c/ Antar Hakim Moustafa, Rv. 276065 - 01
Sez. 1, n. 15089 del 06/03/2019, Campione, Rv. 276390 - 01
Sez. 5, n. 10380 del 08/03/2019, Khoraichi, Rv. 277239 - 01
Sez. 2, n. 23168 del 14/03/2019, Jrad, Rv. 276425 - 01
Sez.1, n. 41628 del 15/04/2019, El Hanaoui
Sez. 6, n. 31562 del 18/04/2019, PG c. Di Marco, Rv. 276468 - 01
Sez. 6, n. 23828 del 07/05/2019, Veapi Ajhan, Rv. 276724 -02

Sez. 1, n. 43830 del 25/09/2019, Hmidi Saber
Sez. 1, n. 7898 del 12/12/2019, dep. 2020, Hamil Mehdi, Rv. 278499
Sez. 2, n. 7808 del 27/02/2020, El Khalfi, Rv. 278680-01, Rv.278680- 02
Sez. 2, 14704 del 22/04/2020, Bekay, Rv. 279408 -01, - 02, -03, -04
Sez. 5, n. 22066 del 06/07/2020, Barhoumi, Rv.279595 - 02
Sez. 1, n. 31344 del 06/10/2020, Abo Robeih Tarif
Sez. 1, n. 2442 del 08/01/2020, Elhammami
Sez. 1, n. 32566 del 03/11/2020, Caprioli, Rv. 279737 - 01

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost. n. 65 del 1970
Corte cost. n. 333 del 1991
Corte cost., ord. n.450 del 1995
Corte cost. n. 225 del 2008
Corte. cost., sent. n.265 del 2010
Corte cost., sent. n.57 del 2011
Corte cost., sent. n.231 del 2011
Corte cost., sent. n.110 del 2012
Corte cost., sent. n.132 del 2013
Corte cost., sent. n. 48 del 2015
Corte cost., ord. n.136 del 2017

DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

CORRUZIONE FUNZIONALE E CORRUZIONE PROPRIA

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'evoluzione normativa dell'istituto e le interpretazioni della giurisprudenza - 3. I rapporti tra le due figure di corruzione: l'indirizzo della giurisprudenza che si pone in continuità con il precedente. - 4. L'anticipazione della tutela: il reato di pericolo - 5. Delitti di corruzione e discrezionalità amministrativa.

1. Premessa.

Tra le pronunce succedutesi nell'anno decorso, **Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, (dep. 2020), Bolla, Rv. 279555,** offre una ricostruzione puntuale della fattispecie incriminatrice del reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui disegna l'ambito applicativo in relazione alla contigua fattispecie criminosa della corruzione cd. propria, facendo luce su un problematico rapporto nel tempo variamente inteso dalla giurisprudenza della Corte regolatrice.

2. L'evoluzione normativa dell'istituto e le interpretazioni della giurisprudenza.

Come noto, nella formulazione anteriore alla riforma attuata con la legge 6 novembre 2012, n. 190, il reato di corruzione si connotava per uno schema di tipo mercantile, poiché oggetto di incriminazione era la pattuizione avente ad oggetto la compravendita di un atto amministrativo. Il *discrimen* tra le distinte ipotesi, di corruzione propria o per atti contrari ai doveri d'ufficio, punita dall'art. 319 cod. pen., e di corruzione impropria o per atto d'ufficio, di cui all'art. 318 cod. pen., era nella conformità o meno dell'atto ai doveri d'ufficio.

Il sistema così delineato evidenziava tuttavia la sua inadeguatezza a fronte dell'emersione di nuovi moduli corruttivi, per la difficoltà di apprestare una adeguata risposta sanzionatoria ai rapporti di corruttela di lunga durata, o di tipo sistemico, i quali, prescindendo dal vincolo sinallagmatico con un atto d'ufficio determinato, si risolvono in una svendita della funzione in favore degli interessi privati; rapporti, cioè, di tipo "clientelare", espressione di collateralismo, che vedono il pubblico agente "a libro paga" del privato corruttore.

Di qui l'interpretazione estensiva della fattispecie incriminatrice operata negli anni dal diritto vivente, che passa, come vedremo, attraverso la progressiva "dematerializzazione" dell'atto di ufficio; risultato che veniva conseguito da un lato dilatando la nozione stessa di "atto d'ufficio", nella quale si è finito per includere, forzando il dato testuale, anche i comportamenti (e ciò sul presupposto che l'atto oggetto della pattuizione criminosa ben potesse essere individuato anche solo nel genere); dall'altro, ampliando il predicato della "contrarietà ai doveri d'ufficio", che è stata ravvisata anche nei casi in cui, pur risultando formalmente legittimo, l'atto perseguisse finalità diverse da quelle pubbliche e fosse imputabile al pubblico agente essenzialmente la violazione del doveri d'imparzialità (Sez. 6, n. 21192 del 24/02/2007, Eliseo, Rv. 236624; Sez.6, n. 20046 del 16/01/2008, Bevilacqua, Rv. 241184; Sez. 6, n. 34417 del 15/05/2008, Leini, Rv. 241081).

Nella versione riformulata dalla legge n. 190 del 2012, che ha recepito le istanze sottese a tale indirizzo ermeneutico e riportato il sistema in equilibrio con il principio di legalità, muta significativamente la fisionomia dell'art. 318 cod. pen., che viene espressamente intitolato alla corruzione nell'esercizio della funzione.

Tra gli elementi di diversità rispetto al passato, la soppressione del riferimento all'atto, adottato o da adottare da parte del pubblico ufficiale, giacchè oggetto dell'accordo corruttivo diviene, appunto, l'esercizio dei poteri o delle funzioni.

Il fulcro della nuova fattispecie incriminatrice è sempre dunque il sinallagma, ossia la pattuizione implicante uno scambio tra un privato ed un soggetto qualificato (mentre non è decisiva la sua esecuzione, che può indifferentemente precedere o seguire l'intesa), ma, lì dove nella corruzione propria la "presa in carico" di interessi privati si realizza con il compimento di un dato atto contrario ai doveri di ufficio, nella corruzione per l'esercizio della funzione consiste nell'asservimento del pubblico agente e la condotta può propagarsi, con varie e non sempre prevedibili modalità attuative, in un indeterminato tempo futuro.

Alla luce della nuova disciplina normativa, la giurisprudenza ha poi ritenuto di ravvisare un reato eventualmente permanente in relazione a plurime dazioni indebite che trovino una loro causa giustificativa ed unificante nell'asservimento della funzione pubblica (Sez. 6, n. 3043 del 27/12/2015 (dep. 2016), Esposito, Rv. 265619; Sez. 6, n. 49226 del 25/9/2014, Chisso, Rv. 261355).

3. I rapporti tra le due figure di corruzione: l'indirizzo della giurisprudenza che si pone in continuità con il precedente.

La sentenza Bolla analizza dunque il rapporto strutturale tra le due fattispecie risultanti dalla novella, come si è andato disegnando nell'analisi dottrinaria e giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, pure autorevolmente sostenuto in dottrina, esse sarebbero oggi non più in relazione di alterità, bensì di specialità unilaterale per specificazione. A fronte della norma di genere, costituita dall'art. 318 cod. pen., quella di cui all'art. 319 cod. pen. avrebbe carattere speciale, ed il reato di corruzione propria sarebbe configurabile solo in presenza di uno specifico atto, individuato o individuabile, oggetto dell'accordo corruttivo.

Un diverso indirizzo ipotizza l'applicazione del principio di sussidiarietà in ragione del differente disvalore giuridico del fatto: tutelando le due norme lo stesso bene giuridico, dovrebbe trovare applicazione quella che realizza l'offesa maggiore.

In definitiva, si delineano due ambiti diversificati: 1) il primo, riferibile all'art. 319 cod. pen., in cui il patto corruttivo ha ad oggetto uno specifico atto, determinato o determinabile, che il funzionario si sia impegnato a compiere (o abbia compiuto) a favore del privato; 2) il secondo, relativo al nuovo art. 318 cod. pen., riguarda tutti i casi in cui la pattuizione prevede la messa a disposizione da parte del pubblico funzionario della sua funzione o dei suoi poteri in relazione al compimento di possibili, futuri e non specificati atti vantaggiosi e favorevoli per il privato.

Rispetto al tratteggiato quadro di riferimento, non è venuta meno la tendenza della giurisprudenza a valorizzare maggiormente, sul piano applicativo, il reato di corruzione propria.

Si è rilevato, difatti, che anche dopo l'introduzione della fattispecie criminosa della corruzione per la funzione, continuano ad essere ricondotti al reato di corruzione propria tutti quei fatti che, sulla base del diritto vivente antecedente alla legge n. 190 del 2012, erano ricondotti all'art. 319 cod. pen. in ragione dell'ermeneusi ampliativa sostenuta dalla Corte regolatrice - di cui si è detto *supra* - pur quando il pubblico ufficiale fosse a "libro paga" del corruttore, mentre la nuova fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen. è stata ancora interpretata come se la lettera della disposizione fosse rimasta invariata, nel senso che si è ritenuto configurabile il reato solo in presenza di atti conformi ai doveri d'ufficio (*ex multis*, Sez. 6, n. 51765 del 13/07/2018, Ozzimo, Rv. 277562 - 01).

Tra gli argomenti addotti a sostegno di tale linea ricostruttiva, si è valorizzata, anzitutto, la genericità del dato testuale, giacchè la preposizione finalistica "per",

correlata all'esercizio delle funzioni e dei poteri del pubblico ufficiale, non definisce - in un senso o nell'altro - il contenuto dell'accordo corruttivo.

In secondo luogo, si è inizialmente ritenuto che il divario tra le pene previste dalle due fattispecie potesse dar luogo, sostenendo un'interpretazione diversa, a rilievi in termini di graduazione dell'offensività, di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.).

Difatti, almeno fino all'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2019, n. 3, cd. "spazza corrotti", la quale ha incrementato la forbice edittale per il reato di cui all'art. 318 - portata da 3 a 8 anni - e reso più omogenee alle ulteriori fattispecie criminose di corruzione le relative pene (pur nella permanenza della maggiore severità di quelle previste per la corruzione propria), l'assetto normativo risultava disarmonico, potendo accadere che fosse più severamente punito il pubblico agente il quale avesse "venduto" un solo suo atto contrario all'ufficio, rispetto alla condotta, connotata da più intenso disvalore, di un pubblico funzionario stabilmente infedele, che ponesse la sua funzione ed i suoi poteri al servizio di interessi privati per un tempo prolungato, per atti contrari alla funzione non predefiniti o nemmeno specificamente individuabili *ex post*.

Quanto precede spiega perché si è a lungo ritenuto che, ai fini della integrazione del delitto di cui all'art. 319, non fosse necessaria l'individuazione di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio oggetto del mercimonio, a condizione che dal comportamento dell'agente emergesse comunque un atteggiamento in violazione dei doveri di fedeltà, di imparzialità e di perseguimento esclusivo degli interessi pubblici che su di lui incombono (Sez. 6, n. 22301 del 24/05/2012, Saviolo, Rv. 254055 che richiama, tuttavia, Sez. 6, n. 34417 del 15/05/2008, Leoni, Rv. 241081; Sez. 6, n. 20046 del 16/01/2008, Bevilacqua, Rv. 241184; Sez. 6, n. 21192 del 26/02/2007, Eliseo, Rv. 236624; pronunce precedenti alla introduzione della fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen., nuovo conio). Di contro, una diffusa tendenza, ancora rappresentata, ritiene che l'art. 318 abbia un ambito di operatività residuale, potendo ravvisarsi solo nella ipotesi in cui la vendita della funzione abbia ad oggetto il mercimonio di un atto conforme ai doveri di ufficio (Sez. 6, n. 51765 del 13.8.2018, Ozzimo, Rv. 277562), ovvero un atto non determinato (*ex ante o ex post*), ovvero non determinabile.

L'indirizzo in esame si pone, dunque, in continuità con l'assunto per il quale, ai fini della integrazione del reato di cui all'art. 319 cod. pen., sarebbe sufficiente la mera possibilità di individuare il *genus* di atti da compiere, evincibile dalla sfera di competenza del pubblico ufficiale, ovvero dal suo raggio di azione e di intervento (Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, Di Giorgio, Rv. 253216; Sez.6, n. 2818 del 02/10/2006, Bianchi, Rv. 235727).

4. L'anticipazione della tutela: il reato di pericolo.

Secondo la sentenza qui in rassegna, quella a lungo affermata dalla giurisprudenza è un'interpretazione conservativa dell'art. 318 cod. pen. che non può essere ragionevolmente avallata, perché svaluta la modifica intervenuta nella lettera della legge, determinando la sostanziale marginalizzazione della relativa fattispecie incriminatrice.

Piuttosto, il rapporto tra le due fattispecie sarebbe riconducibile allo schema della progressione criminosa.

Se è vero che, attraverso l'art. 318 cod. pen., il legislatore ha inteso punire di per sé la condotta del pubblico ufficiale che, dietro compenso di danaro o di altra utilità, "prenda in carico" un interesse privato a prescindere dalla previsione del compimento di un atto del proprio ufficio, l'incriminazione risponde allora alla logica della anticipazione della tutela del bene protetto dalla norma - e, in particolare, della imparzialità dell'agire amministrativo - secondo il paradigma del reato di pericolo.

La fattispecie di cui all'art. 318 cod. pen. rivela, dunque, una offensività diversa e - probabilmente - ridotta rispetto al reato di corruzione propria, che è fondato, invece, sul danno in concreto arrecato e sull'accertamento di un nesso strumentale tra la dazione-promessa e il compimento di un determinato o comunque ben determinabile atto contrario ai doveri d'ufficio.

Accedendo a tale ricostruzione, tra le due ipotesi corruttive sussiste una relazione di progressione criminosa (che giustifica la differente risposta punitiva): da una situazione di pericolo (il generico asservimento della funzione), meno grave, ad una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato (con l'individuazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio).

Nel primo caso, la dazione indebita condiziona la fedeltà ed imparzialità del pubblico ufficiale che si mette genericamente a disposizione del privato, ponendo in pericolo il corretto svolgimento della pubblica funzione; nell'altro, la dazione, connessa sinallagmaticamente con il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio, realizza una concreta lesione del bene giuridico protetto, costituito, primariamente, dalla imparzialità dell'azione amministrativa, meritando, quindi, una pena più rigida (così, Sez. 6, n. 4486 del 11/12/2018 (dep. 2019), Palozzi, Rv. 274984; nello stesso senso, Sez. 6, n. 49226 del 25/09/2014, Chisso, Rv. 261353, e sostanzialmente, Sez. 6, n. 33828 del 26/04/2019, Masobrio, Rv. 276783; Sez. 6, n. 32401 del 20/06/2019, Monaco, Rv. 276801).

La riformulazione dell'art. 318 cod. pen., operata nel 2012, ha dunque inciso notevolmente la struttura della fattispecie incriminatrice: lì dove, nella precedente versione, il reato era costruito come reato di danno, connesso alla compravendita

di un atto d'ufficio (non contrario ai doveri), nella nuova tipizzazione il legislatore ha inteso ricomprendere tutte le forme di "compravendita della funzione" non connesse causalmente al compimento di uno specifico atto contrario ai doveri di ufficio.

Il ridotto gradiente di offensività, rispetto, alla corruzione propria, giustifica una risposta sanzionatoria che resta comunque, nonostante il tendenziale riallineamento perseguito dalla legge n 3 del 2019, meno severa.

Alla luce di tale mutata impostazione, deve allora ritenersi che la norma sanzioni l'intesa programmatica - ossia l'assunzione dell'impegno da parte del pubblico ufficiale a curare interessi indebiti senza la previa individuazione di alcuno specifico atto da compiere- con la finalità di prevenire la compravendita degli atti d'ufficio, a garanzia del corretto funzionamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

In tale ottica, il consistente inasprimento sanzionatorio apportato all'art. 318 dalla legge n. 3 del 2019 ha eliso una delle argomentazioni addotte a supporto dell'indirizzo che riconduce comunque all'art. 319 cod. pen. "la messa a libro paga".

Sviluppando l'opzione interpretativa preferita, la sentenza Bolla precisa che se la fattispecie di reato di cui all'art. 319 cod. pen. è in rapporto di specialità rispetto a quella di cui all'art. 318 cod. pen., è necessario che l'atto contrario ai doveri d'ufficio sia specificamente individuato o individuabile, altrimenti il fatto non potrà che essere sussunto nella fattispecie generale, cioè nell'art. 318 cod. pen., ed assumerà, al riguardo, decisiva valenza, non il mero riferimento astratto ed onnicomprensivo alla competenza dell'ufficio cui appartiene il pubblico agente, quanto, piuttosto, il contenuto del patto corruttivo.

Resta allora decisivo l'accertamento probatorio, che dovrà disvelare senso e natura dell'accordo, anche quando sia in apparenza "muto", determinando il contenuto delle obbligazioni assunte dal pubblico funzionario alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, avuto riguardo, in particolare, al movente ed alle specifiche aspettative del privato, alla condotta serbata dall'agente pubblico ed alle modalità di corresponsione del prezzo della corruttela.

Al contrario, ove non sia accertato il contenuto del patto corruttivo, e pur in presenza di sistematiche dazioni da parte del privato in favore del pubblico agente, la condotta dovrà essere ricondotta nell'ambito della corruzione per l'esercizio della funzione *ex* art. 318 cod. pen.

In tale ambito rientrano, a titolo esemplificativo, i casi in cui, a fronte della dazione di denaro da parte del privato corruttore - ancorchè ripetuta a cadenze temporali fisse -, il pubblico ufficiale assuma solo l'impegno "di vigilare" che gli

interessi del privato, presi indebitamente "in carico", non siano danneggiati nel corso del procedimento amministrativo.

Da tutto quanto precede scaturisce, come argomentato da autorevole dottrina, che l'asservimento o vendita della funzione è nozione che, non positivizzata, trova riscontro normativo in entrambe le figure disciplinate negli artt. 318 e 319 cod. pen., le quali si differenziano per il diverso grado di determinatezza dell'accordo corruttivo.

5. Delitti di corruzione e discrezionalità amministrativa.

La qualificazione giuridica dei reati di corruzione diviene più complessa nei casi in cui oggetto del mercimonio sia l'attività amministrativa di natura discrezionale, ossia non rigidamente predeterminata nell' *an*, nel *quomod*o, nel quando.

Il tema del rapporto tra corruzione ed esercizio della discrezionalità amministrativa involge l'interpretazione del sintagma "atto contrario ai doveri d'ufficio", contenuto nell'art. 319 cod. pen., ed assume rilievo perché non tutte le regole che presiedono all'esercizio della funzione amministrativa discrezionale hanno lo stesso grado di precettività.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione è diffusa l'affermazione secondo la quale, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319 cod. pen., sono contrari ai doveri d'ufficio non solo gli atti illeciti o illegittimi perché assunti in violazione di norme giuridiche riguardanti la loro validità ed efficacia, ma anche quelli che, pur formalmente regolari, prescindono, per consapevole volontà del pubblico agente, dall'osservanza dei doveri istituzionali espressi in norme di qualsiasi livello, tra i quali sono compresi i doveri di correttezza e di imparzialità (Sez. 6, n. 46492 del 15/09/2017, Argenziano, Rv. 271383; Sez. 6, n. 3606 del 20/10/2016, dep. 2017, Bonanno, Rv. 269347; Sez. 6, n. 29267 del 05/04/2018, Baccari, Rv. 273448).

In altri termini, gli atti discrezionali, pur rispondenti ai requisiti normativi e dunque formalmente legittimi, possono integrare il reato di corruzione propria in quanto siano adottati per la realizzazione di interessi privati diversi da quelli istituzionali (Sez. 6, n. 29267 dei 05/04/2018, cit.).

In tal senso si è ritenuto che integri il reato di cui all'art. 319 cod. pen. la condotta del dipendente comunale, addetto a istruire pratiche relative a gare d'appalto, che abbia percepito da un privato denaro o altre utilità al fine di "velocizzare" la liquidazione di fatture nell'interesse di quest'ultimo, poiché è l'accettazione di una indebita retribuzione, pur se riferita ad un atto legittimo, a

configurare comunque una violazione del principio d'imparzialità (Sez. 6, n. 22707 del 11/04/2014, Lo Cricchio, Rv. 260275).

Ma gli estremi della corruzione propria ricorrerebbero solo nelle ipotesi in cui il soggetto agente abbia accettato dietro compenso di non esercitare la discrezionalità che gli è stata attribuita dall'ordinamento, rinunciando ad una imparziale valutazione comparativa degli interessi in gioco, oppure di usare tale discrezionalità in modo distorto, alterandone consapevolmente i fondamentali canoni di esercizio, perché solo in tale evenienza egli pone in essere una attività contraria ai doveri di ufficio.

Si è ritenuto, ancora, che l'elargizione di un indebito compenso, al fine di raggiungere un esito predeterminato, anche quando questo risulti coincidere, *ex post*, con l'interesse pubblico, realizza la 'vendita' della discrezionalità accordata dalla legge (Sez. 6, n. 5577 del 03/02/2016, Maggiore Rv. 267187, Sez. 6, n. 4454 del 24/11/2016, dep. 2017, Fiorani, Rv. 269613, Sez. 6, n. 7903 del 17/01/2018, Morace).

Si tratta di un'interpretazione che la sentenza Bolla ritiene di dovere esplicitare nei termini che seguono.

Il profilo che rileva ai fini della integrazione del reato non è tanto la illegittimità dell'atto amministrativo, in relazione al quale non è certo richiesto al giudice penale di compiere un sindacato sovrapponibile a quello che compie il giudice amministrativo; piuttosto, l'atto è lo strumento di cui l'agente si serve per consumare la condotta corruttiva e rileva se ed in quanto sia sintomatico di una condotta arbitraria ed abusiva. Retrocedere l'atto a fatto, come è necessario fare secondo autorevole dottrina, significa riconoscere che il sindacato del giudice penale investe pur sempre una condotta umana, e cioè l'atteggiarsi del pubblico ufficiale rispetto alla funzione pubblica di cui è investito.

Ove si ritenga che la retribuzione del pubblico ufficiale implichi di per sé la violazione del dovere di imparzialità, il reato di corruzione propria sarebbe integrato a prescindere dalla concreta offesa della funzione amministrativa.

Di contro, la Corte invita a rivedere il presupposto, di tipo "presuntivo psicologico", secondo cui, una volta concluso l'accordo corruttivo, il successivo esercizio del potere pubblico non potrà non essere contaminato dall'interesse privato.

In realtà, va correttamente osservato che, ai fini della configurabilità del reato di corruzione propria, rileva la violazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere discrezionale, i cui canoni devono essere stati consapevolmente alterati, ed è altresì necessario verificare se l'interesse pubblico sia stato in concreto condizionato dalla esigenza di soddisfare gli interessi del privato corruttore; mentre nel caso in cui l'atto discrezionale, nonostante l'accordo

corruttivo, realizzi egualmente l'interesse pubblico, si configurerà la fattispecie meno grave di cui all'art. 318 cod. pen.

Al riguardo la Corte si era già espressa, in un passato più risalente, nel senso che, ove il privato si rivolga ad un funzionario non per esserne pregiudizialmente favorito, ma per assicurarsi che la valutazione non sia condizionata da pregiudizi in suo danno o da indebite interferenze altrui, non potrà prospettarsi alcuna violazione dei doveri diversa da quella inerente all'indebita ricezione di un'utilità non dovuta (Sez. 6, n. 9927 del 10/07/1995, Caliciuri, Rv. 202877; Sez. 6, n. 11462 del 12/06/1997, Albini, Rv. 209699; Sez. 6, n. 1319 del 28/11/1997, Gilardino, Rv. 210442; Sez. 6, n. 3945 del 15/02/1999, Di Pinto, Rv. 213885).

Conclusivamente - nella impostazione della sentenza Bolla - la mera accettazione da parte del pubblico agente di un'indebita utilità a fronte del compimento di un atto discrezionale non integra necessariamente il reato di corruzione propria, dovendosi verificare, in concreto, l'incidenza che tale elargizione abbia avuto, secondo una relazione di causa-effetto; detto altrimenti, deve verificarsi che l'esercizio dell'attività sia stato condizionato dalla "presa in carico" dell'interesse del privato corruttore, e si sia tradotto nella violazione delle norme attinenti a modi, contenuti o tempi dei provvedimenti da assumere e delle decisioni da adottare; di contro, se l'interesse perseguito sia ugualmente sussumibile nell'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere, la condotta viene ad integrare il meno grave reato di corruzione per l'esercizio della funzione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. 6, n. 9927 del 10/07/1995, Caliciuri, Rv. 202877
Sez. 6, n. 11462 del 12/06/1997, Albini, Rv. 209699
Sez. 6, n. 1319 del 28/11/1997, Gilardino, Rv. 210442
Sez. 6, n. 3945 del 15/02/1999, Di Pinto, Rv. 213885
Sez. 6, n. 21192 del 24/02/2007, Eliseo, Rv. 236624
Sez. 6, n. 20046 del 16/01/2008, Bevilacqua, Rv. 241184
Sez. 6 n. 34417 del 15/05/2008, Leini, Rv. 241081
Sez. 6, n. 30058 del 16/05/2012, Di Giorgio, Rv. 253216
Sez. 6, n. 9883 del 15/10/2013, (dep. 2014), Terenghi, Rv.258521
Sez. 6, n. 22707 del 11/04/2014, Lo Cricchio, Rv. 260275
Sez. 6, n. 49226 del 25/09/2014, Chisso, Rv. 261353
Sez. 6, n. 49226 del 25/9/2014, Chisso, Rv. 261355
Sez. 6, n. 3043 del 27/12/2015 (dep. 2016), Esposito, Rv. 265619
Sez. 6, n. 5577 del 03/02/2016, Maggiore Rv. 267187
Sez. 6, n. 15959 del 23/2/2016, Caiazzo, Rv. 266735
Sez.6, n. 2818 del 02/10/2006, Bianchi, Rv. 235727
Sez. 6, n. 3606 del 20/10/2016, dep. 2017, Bonanno, Rv. 269347
Sez. 6, n. 4454 del 24/11/2016, dep. 2017, Fiorani, Rv. 269613
Sez. 6, n. 46492 del 15/09/2017, Argenziano, Rv. 271383
Sez. 6, n. 7903 del 17/01/2018, Morace
Sez. 6, n. 29267 del 05/04/2018, Baccari, Rv. 273448
Sez. 6, n. 51765 del 13/07/2018, Ozzimo, Rv. 277562 - 01
Sez. 6, n. 4486 del 11/12/2018 (dep. 2019), Palozzi, Rv. 274984
Sez. 6, n. 33828 del 26/04/2019, Masobrio, Rv. 276783
Sez. 6, n. 32401 del 20/06/2019, Monaco, Rv. 276801
Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, Bolla, Rv. 279555

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI TRAFFICO DI INFLUENZE

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Le pronunzie relative alla continuità normativa tra l'abrogato delitto di millantato credito e il delitto di traffico di influenze illecite. 3. Le pronunzie relative agli elementi differenziali tra il delitto di traffico di influenze illecite e i delitti di corruzione.

1. Premessa.

Molteplici sono state le pronunzie relative al delitto di traffico di influenze rese dalla Corte di cassazione nel corso dell'anno 2020.

Quelle maggiormente significative, in ragione della materia trattata, possono essere inquadrate in due gruppi diversi, distinguendosi pronunzie relative alla continuità normativa tra l'abrogato delitto di millantato credito e il delitto di traffico di influenze illecite e pronunzie relative agli elementi differenziali tra il delitto di traffico di influenze illecite e i delitti di corruzione.

2. Le pronunzie relative alla continuità normativa tra l'abrogato delitto di millantato credito e il delitto di traffico di influenze illecite.

Nel novero delle pronunzie inquadrabili nel primo dei gruppi dianzi indicati si segnala la sentenza **Sez. 6, n. 5221 del 18/09/2019, dep. 07.02.2020, Impeduglia, Rv. 278451-01**, in cui si è affermato che non sussiste continuità normativa tra il delitto di millantato credito di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), l. 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-*bis* cod. pen., in quanto in tale ultima fattispecie non è ricompresa la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceva o si faccia dare o promettere danaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo comunque remunerare, condotta che integra, invece, il delitto di truffa, di cui all'art. 640, comma primo, cod. pen.

Nello specifico, la Corte ha premesso che di recente, con riguardo a un caso in cui il giudizio verteva sull'ipotesi delittuosa in precedenza disciplinata dall'art. 346, comma primo, cod. pen., si è affermato che sussiste continuità normativa tra il delitto di millantato credito, formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 e quello di traffico di influenze di cui al novellato art. 346-*bis* cod. pen., atteso che, in quest'ultima fattispecie, risultano ricomprese le condotte in precedenza previste nell'altra norma, incluse quelle di chi, vantando

un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione (così Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730-01).

Hanno, tuttavia, chiarito i giudici di legittimità che l'ipotesi di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen. integrava una fattispecie di reato autonoma rispetto a quella di cui al comma primo, ricalcata sullo schema della truffa, aggiungendo che, secondo parte della giurisprudenza, il delitto di truffa doveva ritenersi assorbito in quello di millantato credito, previsto dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., a cagione dell'impossibilità di configurare il concorso formale tra i due reati.

Ha rilevato ancora la Corte che la ragione per cui la fattispecie già prevista dall'art. 346, comma secondo, cod. pen. è stata sempre ritenuta quale ipotesi autonoma rispetto a quella di cui al comma primo risiede nel fatto che la norma in esame censura penalmente la condotta di chi si fa dare o promettere per sé o per altri «denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare», condotta che, diversamente da quella ricompresa nella fattispecie di cui al comma primo, non può che realizzarsi attraverso gli artifici e i raggiri propri della truffa.

Alla stregua di tali osservazioni, la Corte ha sostenuto che, pur essendo evidente che l'intento del legislatore era quello di inglobare le fattispecie di cui all'art. 346, commi primo e secondo, cod. pen. in quella di cui all'art. 346-*bis* cod. pen. attraverso l'enunciazione dei distinti sintagmi che evocano il contenuto di detta norma, sussistono plurimi elementi che militano per la discontinuità tra la vecchia figura delittuosa di cui all'art. 346, comma secondo, e quella di cui all'attuale art. 346-*bis* cod. pen. (norma inserita dall'art. 1, comma 75, lett. r), della l. 6 novembre 2012, n. 190, e modificata, previa abrogazione dell'art. 346 cod. pen., dall'art. 1, comma 1, lett. t), n. 1, della l. 9 gennaio 2019, n. 3).

Ha, quindi, evidenziato che il legislatore, attraverso la nuova ipotesi di reato, ha inteso anticipare la soglia di punibilità rispetto a condotte che difficilmente avrebbero potuto integrare il delitto di corruzione, circostanza indicativa del fatto che la tutela apprestata sia eminentemente volta alla salvaguardia dell'attività della pubblica amministrazione.

Al contempo, ha posto in rilievo che depone per la discontinuità normativa la non esatta corrispondenza tra la condotta in precedenza sanzionata dalla norma abrogata e quella attualmente inglobata nell'art. 346-*bis*, comma primo, cod. pen., nella parte in cui è stato riprodotto il sintagma «sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-*bis* cod. pen.,

indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro o altra utilità ... per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri».

Orbene, la mancata riproposizione del termine "pretesto" contenuto nella precedente figura delittuosa o di altro di natura equipollente - che fondava il carattere autonomo della fattispecie di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., riconducendola a una particolare ipotesi di truffa - fa ritenere che non vi sia identità tra la norma abrogata e quella oggi prevista dall'art. 346-*bis* cod. pen. per come modificata dalla l. 9 gennaio 2019, n 3.

Conclude pertanto la Corte che deve escludersi continuità normativa tra l'abrogata ipotesi di millantato credito, già prevista dall'art. 346, comma secondo, cod. pen., e quella del traffico di influenze illecite, prevista nell'art. 346-*bis* cod. pen., nella parte in cui sanziona il faccendiere che, sfruttando o vantando relazioni asserite con l'agente pubblico, si faccia dare o promettere indebitamente denaro o altra utilità per remunerare il predetto agente pubblico in relazione all'esercizio delle sue funzioni, dal che discende che la condotta dell'agente che riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il pubblico ufficiale o l'impiegato o di doverlo comunque remunerare, a fronte dell'intervenuta abrogazione dell'art. 346, comma secondo, cod. pen., finisce con l'integrare il delitto di cui all'art. 640, comma primo, cod. pen., allorché l'agente stesso, mediante artifici o raggiri, induca in errore la parte offesa, che si determini a corrispondere denaro o altra utilità a colui che vanti rapporti neppure ipotizzabili con il pubblico agente.

Come dianzi anticipato, non può ritenersi apertamente contrastante con la pronunzia in oggetto, la precedente decisione della Corte - Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730-01 - in cui s'è, invece, affermato che sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito, formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 e quello di traffico di influenze di cui al novellato art. 346-*bis* cod. pen., in quanto in quest'ultima fattispecie risultano attualmente ricomprese le condotte di chi, vantando un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione.

È d'uopo, infatti, ribadire che il giudizio cui afferisce la pronunzia *de qua* verteva sull'ipotesi delittuosa già prevista dall'art. 346, comma primo, cod. pen., rispetto alla quale nessuna discontinuità normativa è stata individuata dalla sentenza *supra* scrutinata.

E analoga enunciazione si rinviene ancora in un'ulteriore pronunzia della Suprema Corte, del pari precedente a quella sopra scrutinata.

Ci si riferisce, in specie, a Sez. 6, n. 51124 del 19/06/2019, Duccoli, Rv. 277569-01, in cui il giudice di legittimità, con precipuo riguardo al diritto al risarcimento in favore di colui che, al momento della commissione del fatto, era da considerarsi parte lesa del delitto di millantato credito, ha affermato che la modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. s), della l. 9 gennaio 2019, n. 3, non ne ha determinato il venir meno, sussistendo continuità normativa fra tale fattispecie e quella di traffico di influenze illecite, di cui al novellato art. 346-*bis* cod. pen. e non incidendo le vicende relative alla punibilità sulla qualificazione giuridica di un fatto quale illecito civile, in quanto trova applicazione l'art. 11 disp. prel. cod. civ., secondo cui, agli effetti civili, la legge non dispone che per l'avvenire, e non l'art. 2 cod. pen.

Va poi soggiunto che a conclusioni conformi sono pervenute anche due ulteriori pronunzie della Corte, depositate nell'anno 2020.

In particolare, **Sez. 6, n. 9946 del 26/02/2020, Arnoni,** ha ribadito, con formula più generica, che sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito, formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della l. 9 gennaio 2019, n. 3 e quello di traffico di influenze di cui al novellato art. 346-*bis* cod. pen., aggiungendo che in quest'ultima fattispecie risultano attualmente ricomprese le condotte di chi, in base a una vantata influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione.

Sez. 6, n. 28946 del 16/09/2020, Lattanzi, dal canto suo, ha affermato più specificamente che vi è continuità normativa con il novellato disposto dell'art. 346-*bis* cod. pen. solo per le ipotesi di millantato credito riconducibili al primo comma dell'abrogato art. 346 cod. pen., dovendosi escludere la medesima soluzione per quelle di cui al comma 2 della stessa disposizione.

3. Le pronunzie relative agli elementi differenziali tra il delitto di traffico di influenze illecite e i delitti di corruzione.

Nel novero delle pronunzie relative agli elementi differenziali tra il delitto di traffico di influenze illecite e i delitti di corruzione si segnala, invece, la sentenza **Sez. 6, n. 18125 del 22.10.2019, dep. 12.06.2020, Bolla, Rv. 279555-08**.

La pronunzia in questione, collocata in un filone giurisprudenziale di cui già costituiva espressione Sez. 6, n. 4113 del 14.12.2016, dep. 27/01/2017, Rigano, Rv. 269736-01 (decisione resa antecedentemente alla novellazione dell'art. 346-*bis* cod. pen.), ha chiarito che la fattispecie del traffico di influenze illecite si differenzia, dal punto di vista strutturale, dalle fattispecie di corruzione per la connotazione causale del prezzo, essendo questo finalizzato a retribuire soltanto

l'opera di mediazione compiuta da chi si adopera per promuovere un accordo corruttivo, al quale resta tuttavia estraneo.

In particolare, la Corte ha affermato che risponde di concorso in corruzione propria, ai sensi degli artt. 110 e 319 cod. pen., e non di traffico di influenze illecite, ai sensi dell'art. 346-*bis* cod. pen., il collaboratore di un pubblico ufficiale che, dietro indebita promessa o corresponsione di una retribuzione da parte di un terzo, abbia realizzato un'attività di collegamento tra questi e il pubblico ufficiale, funzionale all'accordo corruttivo, essendo in tal caso la retribuzione dell'agente causalmente orientata alla realizzazione dell'accordo stesso e non meramente limitata a remunerare l'opera di mediazione compiuta da chi si attiva per promuovere un accordo corruttivo al quale resta tuttavia estraneo.

Nell'articolato motivazionale si è evidenziato poi che, attraverso l'introduzione del reato di traffico di influenze illecite, si è intesa sanzionare penalmente la condotta del mediatore che compia atti diretti a mettere in contatto il pubblico ufficiale e il privato, sì da creare le condizioni per la commissione di delitti di corruzione propria e di corruzione in atti giudiziari, aggiungendosi che la clausola di sussidiarietà con la quale esordisce la formulazione letterale della fattispecie incriminatrice - «fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-*ter*» - dimostra che il legislatore ha inteso sanzionare una condotta in certo modo meramente preparatoria, tenuta da chi resta esterno rispetto alla conclusione del patto corruttivo.

Giova ricordare che in punto di sussidiarietà del delitto di traffico di influenze illecite la Corte, con due pronunzie "gemelle" di poco successive - **Sez. 6, n. 12095 del 19/02/2020, De Bonis Cristalli** e **Sez. 6, n. 12096 del 19/02/2020, Di Lascio** - ha avuto modo di chiarire che l'anzidetta fattispecie è caratterizzata da una clausola di sussidiarietà espressa, in forza della quale la stessa sfuma ed è assorbita, ove sia invece configurabile un vero e proprio patto corruttivo, riconducibile alle fattispecie di cui agli artt. 318, 319, 319-*ter* o ai reati di cui all'art. 322-*bis*, aggiungendo, con precipuo riguardo alla tematica in disamina, che deve conseguentemente escludersi la configurabilità del delitto di cui all'art. 346-*bis* cod. pen. allorché la promessa o la dazione siano volte a remunerare il pubblico ufficiale e questo sia direttamente attratto nel patto, divenendone partecipe, quale beneficiario diretto o indiretto del denaro o dell'utilità.

Sul piano strettamente probatorio, la Corte ha altresì chiarito che la relazione di sussidiarietà rispetto alle ipotesi di corruzione implica che, in presenza di elementi di per sé coerenti con la sussunzione nella fattispecie del traffico di influenze, il delitto di corruzione può dirsi prevalente solo in quanto sia non solo genericamente prospettato ma anche concretamente suffragato, in ragione del fatto che il prezzo sia stato *ab origine* causalmente destinato al soggetto qualificato

e non sia stato finalizzato a compensare una mediazione o che, comunque, il soggetto qualificato sia stato effettivamente reso partecipe del patto, quale beneficiario della dazione o della promessa in relazione all'esercizio delle sue funzioni, essendo per contro insufficiente la mera consegna *sine titulo* di somme a un intermediario, in mancanza di elementi idonei a dimostrare che si fosse consumato un episodio corruttivo.

Successivamente, si è soffermata ancora sulla distinzione tra le fattispecie in oggetto **Sez. 6, n. 12975 del 06/02/2020, Ceriani,** che, focalizzando l'attenzione sulla figura dell'intermediario, ha ribadito che risponde del più grave delitto di corruzione propria, e non di quello di traffico di influenze illecite, colui che pone in essere un'attività di intermediazione strumentale alla realizzazione di un collegamento tra corruttore e corrotto, essendo caratterizzata la figura criminosa di cui all'art. 346-*bis* cod. pen. da una connotazione causale del prezzo, che è finalizzato esclusivamente a retribuire l'attività di mediazione e, pertanto, non può essere destinato, neppure in parte, all'agente pubblico.

L'asserto della pronunzia testè menzionata risulta confermato, da ultimo, da **Sez. 6, n. 23602 del 06/08/2020, Gelormini,** in cui la Corte ha ribadito ancora una volta che il delitto di traffico di influenze, di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., si differenzia, dal punto di vista strutturale, dalle fattispecie di corruzione per la connotazione causale del prezzo, finalizzato a retribuire soltanto l'opera di mediazione e insuscettibile, quindi, di essere destinato, anche in parte, all'agente pubblico.

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di Cassazione:

Sez. 6, n. 4113 del 14.12.2016, dep. 27/01/2017, Rigano, Rv. 269736-01
Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730-01
Sez. 6, n. 51124 del 19/06/2019, Duccoli, Rv. 277569-01
Sez. 6, n. 5221 del 18/09/2019, dep. 07.02.2020, Impeduglia, Rv. 278451-01
Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, dep. 12.06.2020, Bolla, Rv. 279555-08
Sez. 6, n. 9946 del 26/02/2020, Arnoni
Sez. 6, n. 12095 del 19/02/2020, De Bonis Cristalli
Sez. 6, n. 12096 del 19/02/2020, Di Lascio
Sez. 6, n. 12975 del 06/02/2020, Ceriani e altri
Sez. 6, n. 23602 del 06/08/2020, Gelormini
Sez. 6, n. 28946 del 16/09/2020, Lattanzi

CAPITOLO III

CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO ED OMESSO VERSAMENTO DEL PRELIEVO UNICO ERARIALE.

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. - 2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato. - 2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili. - 2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti. - 3. L'orientamento contrario. - 4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

L'organizzazione di giochi con vincite in denaro da parte dello Stato prevede, sia pur con forme e modalità non omogenee, l'intervento di soggetti privati che concorrono alla gestione, alla raccolta delle scommesse, al pagamento dei premi ed al versamento della quota - variamente denominata - spettante all'erario.

Tale sistema implica necessariamente l'ingerenza di soggetti privati nella gestione di somme di denaro che, almeno in parte, sono destinate a confluire nelle casse erariali. Proprio per effetto di tale maneggio di denaro "pubblico", si è tradizionalmente posta la questione della qualificabilità in termini di peculato delle eventuali condotte appropriative poste in essere dal gestore cui è demandato, sulla base di rapporti concessori, l'esercizio del gioco rientrante nell'ambito del monopolio statale.

L'impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza tende a ritenere i suddetti soggetti privati quali esercenti un pubblico servizio, con la conseguente configurabilità del delitto di peculao nel caso di mancato riversamento nelle casse dello Stato delle somme percepite.

In ordine alla correttezza di tale qualificazione, sono emerse posizioni giurisprudenziali differenziate con specifico riferimento all'attività di gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi da intrattenimento disciplinati dall'art.110, comma 6, TULPS.

Rispetto a tale settore, infatti, la legislazione prevede che il gestore è tenuto a versare all'Amministrazione Auonoma dei Monopoli di Stato una quota fissa calcolata sull'ammontare delle scommesse, denominata Prelievo Unico Erariale (PREU) che, apparentemente, si atteggia come un vero e proprio tributo ricadente sul gestore.

Si è posto, pertanto, il dubbio che l'eventuale omesso versamento del PREU non integrerebbe il delitto di peculato, ma al più un mero inadempimento di un tributo.

Al fine di risolvere il contrasto emerso in giurisprudenza, la Sesta sezione, con ord. n.997 depositata il 12 dicembre 2019, ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite della questione «Se l'omesso versamento del prelievo unico erariale dovuto sull'importo delle giocate al netto delle vincite erogate, da parte del gestore degli apparecchi da gioco con vincita in denaro o del "concessionario" per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, costituisca il delitto di peculato».

2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato.

Nell'ambito di un più vasto panorama giurisprudenziale, tendenziale incline a riconoscere la natura pubblica delle somme raccolte da privati abilitati allo svolgimento di svariate tipologie di giochi autorizzati, la specifica questione concernente il prelievo erariale unico è stata compiutamente affrontata da Sez.6, n.49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498, secondo cui « Riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici, trattandosi di un soggetto che, in virtù di una facoltà riconosciuta al concessionario dall' Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), è investito contrattualmente dell'esercizio dell'attività di agente contabile addetto alla riscossione ed al successivo versamento del prelievo erariale unico sulle giocate previsto dall'art. 2, lett. g), del d.m. 12 marzo 2004. (In motivazione la Corte ha precisato che la natura privatistica del contratto non incide sulla qualifica conferita al sub-concessionario il quale è privo di autonomia nella gestione e nell'esercizio del gioco che è tenuto a svolgere nel puntuale rispetto dei termini della concessione fra l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ed il concessionario)».

La citata sentenza ha esaminato una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella rimessa all'esame delle Sezioni unite, infatti, anche in quel caso il delitto di peculato era stato contestato nei confronti del sub-concessionario abilitato (nella normativa di settore indicato quale "gestore"), in virtù di una convenzione di natura privatistica stipulata con il concessionario, ad esercitare il gioco mediante apparecchi di intrattenimento, assumendo l'obbligo di riversare le somme dovute a titolo di PREU.

La Cassazione ha ritenuto che il concessionario statale della gestione dei giochi telematici e, per derivazione, anche il "gestore", riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio in quanto "agente contabile", atteso che il denaro che riscuote è fin da subito di spettanza della P.A.

A tale conclusione la Corte è giunta evidenziando come il decreto 12.03.2004 del Ministro dell'Economia e delle Finanze, "recante regolamento concernente

disposizioni per la gestione telematica degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, e successive modificazioni ed integrazioni", all'articolo 2 lett. g) prevede che il concessionario "contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS".

Da tale presupposto consegue che la natura privatistica del contratto, mediante il quale la concessionaria, avvalendosi della facoltà appositamente concessale dall'AAMS, demanda ad altro soggetto l'esercizio dell'attività di agente contabile, non incide in alcun modo sulla veste di incaricato di pubblico servizio che viene in tal modo conferita a detto soggetto, in quanto esattamente funzionale alla riscossione del prelievo erariale unico sulle giocate. Il soggetto investito della subconcessione non esercita alcun potere indipendente ed autonomo nella gestione e nell'esercizio del gioco, che è invece tenuto ad esplicare nel rispetto puntuale dei termini della concessione fra l'AAMS e la concessionaria.

A supporto di tale decisione, la Corte ha anche richiamato i principi affermati con riguardo alla posizione del concessionario dell'attività di raccolta delle giocate del lotto, ritenuta del tutto corrispondente a quella in esame, rispetto alla quale la giurisprudenza - in maniera concorde e consolidata - ritiene configurabile il delitto di peculato.

Tale impostazione risulta condivisa anche da Sez.6, n.15860 del 10/4/2018, Cilli, n.m., che affrontando la questione in sede cautelare, ha ritenuto corretta la contestazione di peculato a fronte della condotta appropriativa del PREU posta in essere dal gestore, sottolineando, altresì, che la configurabilità del reato non è esclusa dall'eventuale esistenza di contestazioni tra il gestore ed il concessionario circa le somme da riversare all'erario. Inoltre, la Corte ha anche precisato che la sussistenza del reato in capo al gestore, non è neppure esclusa per effetto dell'adempimento dell'obbligo fiscale da parte del concessionario.

2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili.

La problematica concernente la qualificazione del concessionario e del gestore degli apparecchi da gioco è stata oggetto di approfondimento anche da parte delle Sezioni unite civili, a più riprese chiamate a pronunciarsi in ordine alla possibilità che tali soggetti rientrino nellla nozione di "agente contabile". Occorre premettere che si definisce "agente contabile" colui che è preposto allo svolgimento ed alla cura delle operazioni contabili previste e regolate dall'art. 74 del r.d. n. 2440, del 18 novembre 1923, contenente "nuove disposizioni

sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato", nonchè, dall'art. 44 del r.d. n. 1214, del 12 luglio 1934, con il quale è stato approvato il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti.

Le Sezioni Unite civili si sono occupate essenzialmente di stabilire se tali soggetti fossero o meno tenuti a sottostare alle regole della contabilità pubblica ma, per risolvere tale problematica, hanno dovuto necessariamente affrontate punti rilevanti in ordine alla qualificazione dell'attività e, soprattutto, dell'appartenenza delle somme riscosse all'erario fin dal momento in cui le singole giocate vengono poste in essere.

Secondo la più recente pronuncia intervenuta sul tema - Sez.U. civ., n.14697 del 29/05/2019, Rv. 653988 - «Il concessionario per l'attivazione e la conduzione operativa della rete telematica pubblica, destinata alla gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, r.d. n. 773 del 1931, riveste la qualifica di agente contabile e, come tale, è tenuto a presentare il conto giudiziale, dovendo assicurare la corretta contabilizzazione del flusso di denaro proveniente dalle giocate, trattandosi di somme di diretta appartenenza pubblica, senza che assuma rilievo, in senso contrario, la disciplina fiscale, ove soggetto passivo del prelievo erariale unico (PREU) è il concessionario, atteso che tale disciplina, limitata al rapporto di natura tributaria, non incide sulla funzione di agente di riscossione comunque svolta da quest'ultimo».

La decisione è stata resa a seguito della contestazione, da parte del concessionario per la gestione telematica del gioco di cui all'art.110, comma 6, T.U.L.P.S., dell'obbligo di deposito dei conti giudiziali, ricadente su tutti i soggetti che rivestono la qualifica di agenti contabili.

Le Sezioni unite, pur analizzando la problematica da tale peculiare punto di vista, hanno stabilito principi che sono di immediata rilevanza al fine di stabilire, in sede penale, se il denaro ricevuto dal concessionario sia o meno di proprietà erariale fin dal momento in cui avviene la giocata.

Secondo la tesi sostenuta dal privato concessionario e che non è stata recepita dalle Sezioni unite, il PREU costituirebbe un obbligo diretto e proprio del concessionario, quale soggetto passivo d'imposta e non un versamento di denaro altrui, riscosso dal concessionario per conto dell'erario. Non sarebbe corretto, pertanto, affermare che le somme riscosse dalle concessionarie dei giochi pubblici da intrattenimento siano pagate in nome e per conto dello Stato, così confondendosi la categoria dei giochi in esame con quelli "centralizzati", come il lotto o gli altri a totalizzatore nazionale. L'obbligo della resa del conto varrebbe solo per quest'ultima categoria di giochi ma non invece per quelli fondati sull'autonomia del concessionario.

Tale prospettazione - peraltro già non accolta in precedenti pronunce (Sez.U.civ., n.13330 del 01/06/2010, Rv. 613290 e Sez.U.civ., n.14891 del 21/06/2010) -è stata ritenuta infondata dalla più recente pronuncia del massimo organo nomofilattico.

Le Sezioni unite civili hanno in primo luogo chiarito come l'art. 22 della l.n. 289 del 2002 recante il titolo "Misure di contrasto dell'uso illegale di apparecchi e congegni di divertimento e intrattenimento" attribuisce all'esclusiva potestà statale la delimitazione dell'ambito del gioco lecito mediante "apparecchi e congegni d'intrattenimento e divertimento".

La gestione del gioco è consentita solo ed esclusivamente in virtù dell'autorizzazione rilasciata dall'AAMS e previa verifica della conformità degli apparecchi, con l'obbligo garantire un collegamento in rete che consenta la gestione telematica degli apparecchi ed un controllo continuativo ed in tempo reale della liceità dell'attività svolta.

Prosegue la Corte affermando che «L'assunzione del modulo concessorio costituisce, di conseguenza, in questo peculiare rapporto giuridico, lo strumento mediante il quale si attua l'esercizio di una funzione che, nei rigidi limiti della liceità, l'autorità statuale ha assunto sotto il suo diretto controllo mediante la rete telematica, senza la quale, come stabilito nel citato comma 6 dell'art. 110 T.U.L.P.S., l'attività non si può esercitare in quanto illecita. La previsione di una remunerazione variamente modulata ma rigidamente predeterminata costituisce la conseguenza della prefigurazione di un rapporto concessorio ed impone la individuazione di un sistema di prelievo fiscale».

Nell'ambito di tale sistema, pertanto, i concessionari gestiscono l'attività di gioco nell'ambito di un continuo controllo realizzato per il tramite del collegamento alla rete telematica dei singoli apparecchi di gioco. Proprio tale «sistema di collegamento diretto, rivolto in particolare al flusso di denaro, riscosso in conseguenza del gioco lecito, ed alle sue destinazioni (vincite, canone di concessione, deposito cauzionale, obbligazioni tributarie, compenso del concessionario) così come previste dalla legge, ne evidenzia la diretta appartenenza pubblica».

La tesi secondo cui il denaro provento delle giocate è di immediata appartenenza pubblica non è contraddetta neppure dal particolare regime fiscale adottata dal legislatore, lì dove il PREU viene qualificato quale prelievo di natura tributaria (come riconosciuto anche da Corte.cost., sent. n.334 del 2006) ed il concessionario è indicato quale soggetti passivo di imposta.

Secondo le Sezioni unite, infatti, la natura tributaria del PREU non esclude la « funzione di agente della riscossione di denaro pubblico derivante dalla configurazione complessiva dell'attività di gioco lecito mediante apparecchi o

congegni elettronici, caratterizzata dalla predeterminazione dettagliata delle modalità di svolgimento dell'attività e della funzione del concessionario rispetto agli esercenti, in particolare sotto il profilo del controllo periodico della destinazione delle somme riscosse».

In conclusione, le Sezioni unite civili propendono dichiaratamente nel senso di ritenere che il denaro provento delle giocate, a prescindere dalla specifica destinazione *pro quota* dello stesso, è di "diretta appartenenza pubblica".

Tale affermazione assume una valenza potenzialmente dirimente della questione concernente la configurabilità del delitto di peculato, ove si condivida l'originaria e diretta "appartenenza pubblica" del denaro raccolto dal "gestore", si dovrebbe ritenere che l'omesso riversamento all'AAMS integra il reato di cui all'art.314 cod.pen.

2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti.

La soluzione recepita dalle Sezioni unite civili è in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte dei Conti, competente ad esercitare il controllo sui concessionari in virtù della loro qualificazione quali "agenti contabili". Il problema che ora è chiamato ad affrontare la giurisprudenza penale, infatti, si era già ampiamente posto dinanzi al giudice contabile, sostanzialmente nei medesimi termini circa l'esatta qualificazione del PREU come un'entrata erariale qualificabile come tale *ab origine*, piuttosto che come un ordinario tributo rispetto al quale il concessionario non poteva assumere il ruolo di agente contabile, ma solo quello di soggetto passivo d'imposta.

Nella sentenza resa da Corte dei Conti, Sez. I App., Sent., n. 1086 del 18-09-2014, si è affermato che «la società appellata è concessionaria dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli dello Stato per la attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito. Essa assicura, perciò, che la rete telematica affidatale, contabilizzi le somme giocate, le vincite ed il prelievo erariale unico, nonché la trasmissione periodica di tali informazioni al sistema centrale. La società - inoltre - contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatale, il prelievo erariale unico e ne esegue il versamento. Tanto precisato, essa riveste la qualifica di agente della riscossione (agente contabile), tenuto al versamento di quanto riscosso e, dunque, al conto giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso del concessionario». La pronuncia, peraltro, si confronta espressamente anche con la presunta incompatibilità tra la qualifica di agente contabile, derivante dalla riscossione di denaro pubblico, rispetto alla disciplina tributaria del PREU.

Si afferma, infatti, che «la sottoposizione del concessionario al prelievo erariale unico (PREU) non incide sulla sua natura di agente contabile, stante che tale prelievo è solo la modalità con cui l'Amministrazione ottiene il versamento da parte del concessionario di somme dovute da calcolarsi, però, su conti da rendersi da chi rivesta la qualifica di contabile, per avere maneggio delle somme di denaro su cui anche il PREU deve calcolarsi».

L'appartenenza del denaro oggetto di PREU all'erario è esplicitata in maniera ancor più netta da Corte Conti Lazio, sez. reg. giurisd., n. 2110 del 05/11/2010, secondo cui «è proprio la gestione in via esclusiva di un'attività propria del soggetto pubblico con attribuzione di poteri pubblici al concessionario ed imposizione di particolari obblighi a determinare la nascita di un soggetto che ha la disponibilità materiale di beni, materie e valori di pertinenza pubblica. Lo stesso denaro raccolto con l'utilizzo di apparecchiature collegate alla rete telematica della P.A. deve ritenersi, quindi, denaro pubblico e ciò, ovviamente, non tanto in ragione della sua provenienza, che è squisitamente privata, ma in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d'azzardo altrimenti vietato. Ed allora, se il privato deve utilizzare l'apposito canale pubblico rappresentato dalle apparecchiature elettroniche collegate alla rete telematica della Pubblica Amministrazione per effettuare la sua giocata, ne consegue che il denaro impiegato diventa denaro pubblico, soggetto alle regole pubbliche di rendicontazione e il cui maneggio genera ex se l'imprescindibile obbligo dell'agente a rendere giudiziale ragione della gestione attraverso un documento contabile che dia contezza della stessa e delle sue risultanze».

3. L'orientamento contrario.

La tesi favorevole alla configurabilità del delitto di peculato è stata recentemente contraddetta da Sez.6, n.21318 del 5/4/2018, Poggianti, Rv.272951, che ha sviluppato un diverso percorso interpretativo, fondato essenzialmente sull'esame della disciplina di settore che qualifica il PREU quale obbligazione di natura tributaria, individuando nel concessionario il soggetto passivo d'imposta.

La fattispecie esaminata dalla Corte riguardava il caso - analogo a quello all'attenzione delle Sezioni Unite - del privato convenzionato con il concessionario dell'AAMS che, agendo quale terzo raccoglitore del denaro proveniente dalle giocate mediante apparecchi del tipo di quelli descritti all'art.110, commi 6 e 7, T.U.L.P.S, non riversava all'erario le somme a questo spettanti, secondo la percentuale fissa prevista per il PREU.

In quel caso, l'appropriazione è avvenuta previo occultamento delle somme effettivamente riscosse, sicchè si è posto il problema di verificare se tale condotta integrasse il peculato, ovvero il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato, utilizzando quale elemento di discrimine tra le due fattispecie la natura *ab origine* erariale delle somme riscosse, ovvero la loro debenza in ragione di una ordinaria pretesa tributaria.

Con la pronuncia in esame, la Sesta sezione ha affermato che «il denaro incassato all'atto della puntata, e a causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, *pro quota,* dell'erario (all'epoca dei fatti in misura pari al 12 % degli introiti), bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale. Questo perché la giocata genera un ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario; quindi, l'impresa che gestisce il congegno da gioco non incassa neppure in parte denaro già in quel momento dell'erario, e, di conseguenza, quando non corrisponde le somme dovute a titolo di prelievo erariale unico, non si appropria di una cosa altrui, ma omette di versare denaro proprio all'Amministrazione finanziaria in adempimento di un'obbligazione tributaria».

La Corte giunge a tale conclusione sulla base dell'esegesi del d.l. 24 novembre 2003, n.326, dal quale emerge che:

- il soggetto passivo di imposta non è individuato nel giocatore, ma nei concessionari della rete (art.39, commi 13 e 13-*bis*), con i quali i terzi incaricati della raccolta (i cd. gestori) sono solidamente responsabili (art.39-*sexies*);

- l'unità temporale di riferimento per il calcolo finale del PREU è riferita all'anno solare (art.39, comma 13-*bis*), mediante un versamento finale a saldo dei versamenti periodici;

- il PREU è dovuto su tutte le somme giocate tramite apparecchi e congegni che erogano vincite in denaro, anche se questi siano esercitati al di fuori di qualunque autorizzazione e non siano collegati alla rete telematica (art.39-*quater*).

La specifica disciplina, dettata per la categoria di apparecchi da gioco in esame, consentirebbe di affermare che il soggetto passivo dell'imposta non è il giocatore, bensì il concessionario ed il terzo incaricato della raccolta, sicchè, ove il denaro non venga riversato all'AAMS, non si configurerebbe l'appropriazione di somme già appartenenti all'erario, bensì un tipico caso di omesso versamento di un tributo (nel caso di specie il PREU).

Corollario di tale affermazione è che il denaro raccolto mediante le giocate altro non è che il ricavo di un'attività commerciale, che a prescindere dal fatto che

sia svolta in forma lecita o illecita, genera in ogni caso l'insorgere dell'obbligazione tributaria.

Né si ritiene di poter giungere a diverse conclusioni sulla base del disposto dell'art.3 lett.g), D.M. 12 marzo 2004, in base al quale il concessionario «contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS». Invero, tale norma per come formulata, non sembra implicare necessariamente che le somme incassate per le giocate siano da ritenersi, *pro quota*, di immediata titolarità dell'erario, ma soprattutto, è dettata da una fonte regolamentare di attuazione della disciplina legislativa di cui agli artt. 39, 39-bis, 39-ter, 39-quater, 39-quinquies e 39-sexies del dl. 30 settembre 2003, n. 269 e, quindi, deve essere interpretata alla luce di questa regolamentazione sovraordinata.

Conclude la Corte affermando che il «soggetto che incassa le somme delle giocate non ha il possesso o la disponibilità di denaro altrui, ovviamente per la parte da versare all'Amministrazione finanziaria a titolo di prelievo erariale unico, ma, diversamente, è debitore nei confronti di questa in relazione ad una obbligazione pecuniaria commisurata all'entità del denaro percepito».

4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Il descritto contrasto giurisprudenziale ha trovato soluzione a seguito della pronuncia resa in data 24 settembre 2020, hanno accolto la tesi maggioritaria in giurisprudenza, ritenendo configurabile il delitto di peculato nel caso di omesso versamento del PREU da parte del gestore.

Allo stato, essendo disponibile la sola informazione provvisoria, non è dato conoscere quali siano state le motivazioni recepite dalle Sezioni Unite.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione
Sez.6, n.21318 del 5/4/2018, Poggianti, Rv.272951
Sez.6, n.15860 del 10/4/2018, Cilli
Sez.6, n.49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498

Sentenze delle Sezioni unite civili
Sez.U. civ., n.14697 del 29/05/2019, Rv. 653988
Sez.U.civ., n.14891 del 21/06/2010
Sez.U.civ., n.13330 del 01/06/2010, Rv. 613290

Sentenze della Corte Costituzionale
Corte.cost., sent. n.334 del 2006

Sentenze della Corte dei Conti
Corte dei Conti, Sez. I App., Sent., n. 1086 del 18-09-2014
Corte Conti Lazio, sez. reg. giurisd., n. 2110 del 05/11/2010

DELITTI CONTRO L'ECONOMIA PUBBLICA, L'INDUSTRIA E IL COMMERCIO

CAPITOLO I

ILLECITA CONCORRENZA CON VIOLENZA O MINACCIA, LA PORTATA DELLA CONDOTTA.

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U. n. 13178 del 28/11/2019, dep. 28/04/2020, Guadagni Domenico, Rv. 278735 - 01. - 2. La vicenda processuale. - 3. I motivi di ricorso. – 4. L'ordinanza di rimessione. - 5. La giurisprudenza di legittimità sul tema. - 6. Accenni alla disciplina civilistica. – 7. Casistica recente. - 8. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 13178 del 28/11/2019, dep. 28/04/2020, Guadagni, Rv. 278735 - 01.

Nell'ambito del risalente e costante confronto interpretativo che ha ampiamente interessato il tema dell'identificazione della portata della condotta, delle sue caratteristiche, al fine di poter ritenere integrato il reato di illecita concorrenza con violenza e minaccia, è intervenuta la decisione delle **Sez. U, n. 13178 del 28/11/2019, dep. 28/04/2020, Guadagni, Rv. 278735 – 01,** che ha affermato il seguente principio di diritto: *"Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art.* 513*–bis cod. pen. è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente.(In motivazione la Corte ha sottolineato la centralità, ai fini dell'ermeneusi della norma, del principio di libera concorrenza come discendente, oltre che dall'art.* 41*, comma* 1*, Cost., dalla normativa di riferimento, sia interna che euro-unitaria)."*

2. La vicenda processuale.

Con decreto di giudizio immediato gli imputati venivano rimessi dinnanzi al Tribunale per rispondere del reato di cui all'art. 513-*bis* cod. pen. commesso in concorso tra loro. Agli stessi veniva contestato di aver posto in essere un'aggressione nei confronti di persona che si trovava ad effettuare lavori di spurgo, in una zona che ritenevano di loro esclusiva competenza territoriale. La parte offesa veniva colpita violentemente con calci e pugni e venivano pronunziate nei suoi confronti frasi minacciose, con le quali le si intimava un

immediato allontanamento dal luogo dei lavori. I due imputati venivano fermati dagli agenti operanti poco dopo i fatti, riconosciuti dalla parte offesa e da alcuni testimoni che avevano assistito all'aggressione. Gli imputati, anche in sede d'indagine, fornivano una diversa ricostruzione dei fatti, sostenendo che lo scontro con la parte offesa era stato causato da questioni di viabilità, poiché era stato loro impedito il transito a causa di un parcheggio non consentito. Il litigio in particolare sarebbe derivato, a detta degli imputati, dal fatto che il Brucci stava sversando liquami in zona non consentita. Il Tribunale di Nola ha dichiarato gli imputati responsabili del reato agli stessi ascritto, osservando come l'art. 513-*bis* cod. pen. debba essere ritenuto disposizione di portata generale, che, secondo l'impostazione della giurisprudenza prevalente, consiste nel compimento di atti di concorrenza caratterizzati dalla violenza e dalla minaccia, posti in essere nell'esercizio dell'attività imprenditoriale nei confronti di aziende operanti nello stesso settore, che si traduce nella turbativa recata al libero mercato in un clima di intimidazione con metodi violenti. Tutti elementi di fatto riscontrati, secondo il Tribunale, e giustificati dalla volontà degli imputati di assicurarsi una situazione di monopolio nell'attività di spurgo da effettuare nel territorio di Pomigliano d' Arco.

La Corte d'appello di Napoli ha confermato, ex art. 605 cod. proc. pen., la sentenza di primo grado, richiamando la corretta qualificazione data alla condotta contestata ai sensi dell'art. 513-*bis* cod. pen., essendo emersa una prova piena delle azioni violente e minacciose poste in essere al fine di preservare la platea dei propri clienti, ponendo in fuga e minacciando operatori che effettuavano lavori in zona territoriale ritenuta di loro esclusiva competenza.

3. I motivi di ricorso.

Gli imputati hanno proposto, tramite il loro difensore, ricorso per cassazione articolando due motivi. Con il primo motivo, ex art. 606, comma 1, lett. b) ed e) cod. proc. pen., hanno dedotto violazione di legge in relazione all'omessa valutazione di un teste della difesa. Con il secondo motivo è stata eccepita la violazione di legge ex art. 606, comma 1, lett. b) ed e) in relazione all'art. 513- *bis* cod. pen. ritenendone l'erronea applicazione, poiché punirebbe esclusivamente condotte "*tipicamente concorrenziali*", come il boicottaggio, lo storno di dipendenti e il rifiuto di contrattare, attuate con coartazione, che inibiscono la normale dinamica imprenditoriale, con esclusione quindi dei meri atti intimidatori finalizzati a contrastare o ostacolare l'altrui libera concorrenza. Secondo i ricorrenti la fattispecie di cui all'art, 513-*bis* cod. pen. non sarebbe applicabile agli

atti, come quelli in contestazione, di violenza o minaccia, in relazione ai quali la limitazione della concorrenza è solo la mira teleologica dell'agente.

4. L'ordinanza di rimessione.

La Terza sezione, cui era stato assegnato il ricorso, ha evidenziato che è da tempo radicato, nell'ambito della giurisprudenza della Corte, un contrasto circa il perimetro applicativo della fattispecie ex art. 513–*bis* cod. pen., relativo al "*se essa intenda reprimere solamente le condotte tipicamente concorrenziali, come definite dall'art.* 2598 *cod. civ., poste in essere con violenza o minaccia nell'esercizio dell'attività commerciale, ovvero se essa abbracci anche gli atti intimidatori comunque idonei ad impedire al concorrente di autodeterminarsi nell'esercizio della propria attività imprenditoriale*".

Il collegio rimettente ha richiamato un primo orientamento, più aderente alla lettera della norma, secondo il quale l'elemento oggettivo del reato consiste nella repressione delle sole condotte illecite tipicamente concorrenziali e competitive (quali il boicottaggio, lo storno di dipendenti, il rifiuto di contrattare), realizzate con atti di violenza o minaccia, che inibiscono la normale dinamica imprenditoriale, non rientrando invece nella fattispecie astratta quelle condotte intimidatorie finalizzate ad ostacolare e contrastare l'altrui libera concorrenza, e però poste al di fuori dell'attività concorrenziale, come nel caso di diretta aggressione ai beni dell'imprenditore concorrente o della sua persona (Sez. 2, n. 49365 del 08/11/2016, Prezioso, Rv. 268515, Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro Rv. 265358, Sez. 2, n. 9763 del 10/02/2015, Amadoro, Rv. 263299, Sez. 2, n. 29009 del 27/05/2014, Ciliberti, Rv. 260039, Sez. 3, n. 16195 del 06/03/2013, Fammilume, Rv. 255398, Sez. 1, Sez. 2 n. 6541 del 02/02/2012, Aquino, Rv. 252435, Sez. 1, n. 9750 del 03/02/2010, P.G.c/ Bongiorno, Rv. 246515, Sez. 2, n. 35611 del 27/06/2007, Tarantino, Rv. 237801, Sez.3, n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650). L'interpretazione richiamata si concentra sulla *ratio* della norma, intesa come tutela diretta e piena della libera concorrenza, sicché ai fini dell'integrazione del reato, si ritengono atti di concorrenza soltanto quelle condotte concorrenziali ritenute illecite da un punto di vista civilistico, realizzate con metodi di coartazione volti ad ostacolare la normale dinamica imprenditoriale. Tale interpretazione trova il proprio principale supporto nel necessario rispetto del principio di legalità e tassatività, poiché ai fini della ricostruzione del fatto non può essere eliminato proprio ciò che rappresenta l'elemento oggettivo dell'incriminazione e il nucleo fondamentale, ovvero la realizzazione di un atto di concorrenza, che non può essere considerato coincidente, né ricorrente in caso di meri atti di intimidazione, di per sé valutabili tuttavia come violenza o minaccia. Non può dunque giungersi ad un'applicazione

dell'art. 513-*bis* cod. pen. rispetto ad atti di violenza o minaccia, in relazione ai quali la limitazione della concorrenza rappresenta esclusivamente la mira teleologica dell'agente. È stato, quindi, richiamato un secondo orientamento invece ritiene configurabile il delitto previsto dall'art. 513-*bis* cod. pen. ogni qualvolta sia realizzato un comportamento che, attraverso l'uso strumentale della violenza o della minaccia, sia idoneo ad impedire al concorrente di autodeterminarsi nell'esercizio della sua attività commerciale, industriale o comunque produttiva. In tal senso atti di concorrenza illecita sono tutti quei comportamenti sia "attivi" che "impeditivi" dell'altrui concorrenza, che, commessi da un imprenditore con violenza o minaccia, sono idonei a falsare il mercato e a consentirgli di acquisire, in danno dell'imprenditore minacciato, illegittime posizioni di vantaggio, senza alcun merito derivante dalla propria capacità operativa (Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, Gencarelli, Rv. 266847, Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180). Questa diversa opzione ermeneutica trova il proprio fondamento nella *voluntas legislatoris*, che con l'art. 513-*bis* cod. pen., introdotto dall'art. 8 della legge 13 settembre 1982, n. 646, ha inteso reprimere forme di intimidazione che, nello specifico ambiente della criminalità organizzata, specie di stampo mafioso, tendono a controllare e/o a condizionare le attività commerciali e produttive, sebbene il riferimento alle condotte tipiche della criminalità organizzata intenda non già delimitare e dimensionare l'ambito di applicabilità della norma, ma solamente caratterizzare i comportamenti punibili con il ricorso ad un significativo parallelismo (Sez. 3, n. 450 del 15/02/1995, Tamborrini, Rv. 201578). Deve inoltre essere considerato il portato dell'art. 2598 cod. civ. come elemento-guida extrapenale nella definizione della condotta penalisticamente rilevante che, se da una parte prevede ai numeri 1) e 2) casi tipici di concorrenza sleale parassitaria, ovvero attiva, dall'altra al numero 3) contempla una norma di chiusura, secondo la quale sono atti di concorrenza sleale tutti i comportamenti contrari ai principi della correttezza professionale idonei a danneggiare l'altrui azienda. Da ciò consegue che possono essere ritenuti ricompresi nella previsione non solo le condotte tipicamente concorrenziali, ma anche tutti quegli atti intimidatori che siano finalizzati a contrastare o ad ostacolare l'altrui libertà di concorrenza (Sez. 6, n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288, Sez. 6, n. 38551 del 05/06/2018, D., Rv. 274101, Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, P.M. in proc. Sergi, Rv. 273374, Sez. 2, n. 9513 del 18/01/2018, Ietto, Rv. 272371, Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, Gencarelli, Rv. 266847, Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, Iacopino, Rv. 265603, Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180, Sez. 2, n. 15781 del 26/03/2015, Arrichiello, Rv. 263530, Sez.3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683, Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683).

5. La giurisprudenza di legittimità sul tema.

Il contrasto sottoposto all'esame delle Sezioni Unite è risalente, caratterizzato da diverse sfumature ed evoluzioni interpretative, anche tenendo conto dell'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina sulla concorrenza e delle previsioni del TFUE.

L'analisi dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità ha evidenziato una decisa complessità della questione, risultando, in una prima fase temporale, due orientamenti più nettamente contrapposti (ovvero da un lato ritenendosi necessaria, nella realizzazione della condotta, al fine di integrare il delitto ex art. 513-*bis* cod. pen., la materiale realizzazione di atti di concorrenza in senso stretto, commessi con coartazione, e dall'altro, invece, ritenendosi integrato il delitto anche in presenza di atti di violenza e minaccia per così dire autonomi e puri, purché finalizzati ad ostacolare o impedire del tutto la libera determinazione imprenditoriale del concorrente imprenditore), mentre in una seconda e più recente fase, che trova la sua base di partenza nella decisione della Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683 - 01, emerge un orientamento di mediazione, che tende a comporre il contrasto insorto, giungendo ad un'interpretazione orientata anche alla luce delle disposizioni del TFUE e della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in tema di concorrenza. In tal senso, a partire dalla decisione della Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180 - 01, può dirsi consolidato anche un terzo orientamento, che, trovando il proprio fondamento ermeneutico di partenza nel primo orientamento (che richiede la necessaria commissione di atti di concorrenza sleale tipici, commessi con coartazione), arriva a proporre una interpretazione evolutiva del concetto di atti di concorrenza, inteso in senso non restrittivo (anche in considerazione della atipicità della previsione civilistica) e basato sulla clausola presente nella previsione di cui all'art. 2598 n. 3) cod. civ. Si ritiene conseguentemente integrata la condotta di cui all'art. 513-*bis* cod. pen. anche nel caso di "atti impeditivi" dell'altrui libera determinazione imprenditoriale, che determinino l'acquisizione di aree di mercato non correlate alla capacità imprenditoriale del soggetto agente (nello stesso senso di recente e in modo articolato Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, Sergi, Rv. 273374 -01, Sez. 6 , n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288 -01, Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, Rv. 275717 -01).

Un ulteriore profilo oggetto di considerazione nell'elaborazione della giurisprudenza, che si caratterizza per essere trasversale ai diversi orientamenti, è poi quello relativo alla riferibilità o meno delle condotte violente e minacciose esclusivamente all'ambito delle associazioni a delinquere di stampo mafioso o meno.

La riflessione trae spunto dalla *voluntas* del legislatore, espressa chiaramente anche nella relazione di accompagnamento alla legge Rognoni – La Torre e nell'originaria proposta di legge, di porre argine con tale disposizione a tutti quei classici comportamenti intimidatori in campo imprenditoriale riconducibili al metodo mafioso (danneggiamenti, incendi ed altro). La previsione normativa, nella sua definitiva formulazione, ha eliminato il riferimento specifico alle modalità di azione delle associazioni di stampo mafioso, e, dunque, si è concordemente considerato il campo di incidenza della previsione ex art. 513–*bis* cod. pen. in senso ampio e relativo a qualsiasi tipo di attività imprenditoriale, a prescindere dalla sua connotazione mafiosa o meno, purché caratterizzata dall'imprenditorialità del contesto. Nell'ambito di questa ricostruzione non appare tuttavia superfluo ricordare come il materiale riscontro dell'utilizzo di metodi tipicamente mafiosi, in zone caratterizzate da forte infiltrazione di associazioni di tal genere, ha determinato la formulazione di gran parte delle imputazioni ex art. 513–*bis* cod. pen., a riprova dell'incidenza e rilevanza della problematica segnalata, durante i lavori preparatori, già nella legge Rognoni – La Torre.

La particolare pervasività di questo fenomeno ha poi nel tempo portato ad un'ampia considerazione, nel ritenere l'effettiva integrazione del reato, del capitale di intimidazione e minaccia accumulato dalle c.d. "*mafie storiche*", con la necessaria valutazione dell'evolversi del fenomeno anche per il tramite di c.d. minacce "*implicite"*, percepite come tali proprio per notorietà e pervasività di dette mafie. Ciò ha determinato anche un'evoluzione interpretativa in ordine al contenuto e portata del comportamento minaccioso, inizialmente ritenuto assolutamente necessario al fine di integrare il delitto in questione, in seguito considerato in prospettive diverse e più articolate, anche quanto al potenziale di intimidazione appunto delle mafie storiche (in questo senso Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, Iacopino, Rv. 265603 – 01).

6. Accenni alla disciplina civilistica.

La particolare dimensione del tema proposto alle Sezioni Unite richiede una riflessione e un richiamo circa la portata delle previsioni del TFUE; in tal senso occorre ricordare come la giurisprudenza di legittimità penale abbia richiamato gli artt. 101, 102 e 120 (quest'ultimo articolo in generale è considerato il presidio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza), al fine di definire la portata del concetto di atti di concorrenza, anche tenendo conto della identificazione del concetto di mercato e concorrenza fornita dalla giurisprudenza civile di legittimità con la sentenza della Sez. 1 civ., n. 14394 del

10/08/2012, Rv. 624016 - 01. La decisione, richiamata dalla giurisprudenza penale di legittimità più recente, è così massimata: "*Nel regime anteriore all'entrata in vigore del Regolamento comunitario n.*1 *del* 2003 *- il quale, sostituendo il precedente Regolamento n.* 4 *del* 1962*, ha introdotto una maggiore integrazione tra gli ordinamenti nazionali in relazione alle azioni risarcitorie conseguenti a violazione delle normativa "antitrust" - era già consentito al giudice nazionale, alla luce degli artt.* 85*,* 86*,* 89 *e* 90 *del Trattato dell'Unione europea e della legge* 10 *ottobre* 1990*, n.* 287*, interpretare ed applicare le norme sulla concorrenza sleale - in particolare l'art.* 2598 *cod. civ. - assumendo come valore di riferimento la tutela della concorrenza. Ne consegue che era possibile allegare quale fonte di danno ingiusto, nell'ambito di un giudizio interindividuale, fattispecie tipiche del diritto "antitrust"; tuttavia, poiché il sistema non vieta, di per sé, il raggiungimento di una posizione dominante, bensì l'abuso della medesima, la dimostrazione che, mediante un certo contratto, è stata raggiunta tale posizione non è prova sufficiente dell'esistenza dell'illecito. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale aveva ritenuto che l'esistenza di un contratto di distribuzione esclusiva per l'Italia non fosse prova sufficiente dell'esistenza di un disegno monopolistico).*" Nell'ambito di una controversia tra imprese la Corte ha affermato che: *"La dimensione giuridica della concorrenza ha assunto nel nostro sistema la funzione di "valore di riferimento", giacché gli artt.* 85 *ed* 86 *del Trattato hanno imposto limiti nuovi, mirati a proteggere la struttura concorrenziale del mercato anche indipendentemente dall'atteggiamento del soggetto leso. Da ciò il rilievo giuridico qualitativo dei presupposti, apparentemente solo quantitativi, dell'applicazione di tale novità giuridica, quali il "mercato rilevante", ed il "pregiudizio agli scambi dei paesi aderenti al Trattato"*. (Sez. 3 civ., n. 993 del 21/01/2010, Rv. 611386 - 01). Il mercato, dunque, nella nozione introdotta dal Trattato, si identifica con quello concorrenziale. Bene giuridico da tutelare è la competitività. Conseguentemente, già prima del nuovo testo dell'art. 117 Cost., e dunque nel vigore del Trattato, e quindi ancora a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 287 del 1990, si può dire certa nel nostro sistema giurisprudenziale la necessità di leggere la disciplina del codice civile parallelamente a quella del Trattato, ovvero considerandone parte integrante la logica "*antitrust*."

La giurisprudenza di legittimità penale ha richiamato quanto evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità civile e, in particolare, la necessità di realizzare una piena integrazione tra le fonti comunitarie e la disciplina penale, anche alla luce del disposto dell'art. 2598 cod. civ.

L'art. 101 del TFUE afferma che sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese, e tutte le pratiche concorrenziali che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno. Vengono elencati una serie di comportamenti in tal senso rilevanti, nessuno dei quali, occorre sottolinearlo, si caratterizza per l'esercizio di una

azione violenta o minacciosa per il raggiungimento dell'obiettivo anticoncorrenziale. L'obiettivo della normativa (recepito negli stessi termini dalla l. 287 del 1990) è quello che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, al fine di incrementare il benessere dei consumatori e realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. Come è noto gli artt. 101 e 102 del TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli e attribuiscono agli interessati dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare, anche perché questi articoli contengono disposizioni di ordine pubblico che devono essere applicate di ufficio dai giudici nazionali. La previsione dell'art. 101 tutela non solo la concorrenza attuale tra imprese, ma anche la concorrenza potenziale di e tra imprese, e non solo la concorrenza tra imprese che abbiano concluso un accordo, ma anche tra queste e imprese terze estranee all'accordo. Questa disciplina, come quella dell'art. 102, si applica a *"comportamenti di imprese*". La nozione di impresa, in diritto della concorrenza, si fonda su criteri di carattere economico, ed include qualsiasi soggetto, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, cui possa ascriversi un'attività economica consistente nella fornitura di beni o servizi su un determinato mercato.

La definizione contenuta nell'art. 513-*bis* cod. pen. quanto alle caratteristiche del soggetto agente sembra di fatto avvicinarsi a tale definizione. È imprescindibile la riferibilità all'attività d'impresa e ai vantaggi che deriverebbero dalla commissione di comportamenti sleali nell'ambito dello stesso contesto territoriale.

In campo comunitario si è tuttavia costantemente precisato che un'attività che per sua natura esuli dalla sfera degli scambi economici sfugge alle regole di concorrenza dell'Unione. La caratteristica comune a tutti i comportamenti vietati dall'art. 101 TFUE, siano essi accordi, pratiche concordate o decisioni di associazioni di imprese, è che essi richiedono comunque il concorso della volontà di due o più imprese e i comportamenti vietati ricomprendono normalmente forme di collusione aventi la medesima natura, che si distinguono unicamente per la loro intensità e per le forme in cui si manifestano. Sembra dunque emergere una descrizione di comportamenti che, nella generalità dei casi, si dovrebbero caratterizzare per l'uso di un mezzo fraudolento e non di un mezzo violento. Tutta la casistica relativa all'applicazione del disposto dell'art. 101 TFUE richiama la ricorrenza di una serie di accordi a carattere fraudolento per restringere o escludere la concorrenza, ma sempre e solo con riferimento ad attività tipicamente imprenditoriali (accordi restrittivi per oggetto, per effetto, accordi verticali, cooperazioni orizzontali), mai caratterizzata, anche nelle decisioni della Corte di giustizia, dall'esercizio di violenza o minaccia per il raggiungimento dello scopo anticoncorrenziale. L'art. 102 del TFUE vieta l'abuso di posizione

dominante da parte di una o più imprese sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. In particolare, si sanziona lo sfruttamento abusivo di tale posizione sul mercato, non essendo di per sé incompatibile con il mercato la ricorrenza di una posizione dominante, ma l'uso scorretto che della stessa si faccia, per pregiudicare l'ordinario andamento del mercato. La finalità è quella di arginare ogni tipo di pratica che non solo provochi un danno al consumatore, ma anche pregiudichi la sussistenza di una concorrenza effettiva. Si è definita dominante la posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed abbia la possibilità di tenere comportamenti del tutto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori. Dall'analisi della giurisprudenza e dei casi che si sono proposti al giudizio della Corte di giustizia emergono plurimi comportamenti di abuso, con caratteri diversi, ma sempre e restrittivamente riferiti ad attività imprenditoriale e con considerazione di violazioni in tema di ordine pubblico, da riferire però sempre al settore del libero mercato.

Tra l'altro è da ricordare che la tutela rispetto a tale previsione si basa su un fondamentale termine di analisi e comparazione che è il concetto di "mercato rilevante", sicché è necessario esaminare la struttura del mercato, i suoi fattori condizionanti e la situazione concorrenziale su detto mercato, per poter ritenere la ricorrenza di un abuso di posizione dominante. La definizione del mercato rilevante, normalmente, è il frutto della valutazione del combinato disposto di diversi e numerosi fattori, e, in particolare, dalla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevante. Su tali elementi-base di valutazione si inserisce poi una serie numerosa di altri fattori, come, ad esempio, la sostituibilità dei prodotti dal punto di vista del consumatore, la sostituibilità sul versante dell'offerta e l'analisi della variazione dei prezzi, per citarne solo alcuni. Una disciplina, dunque, fortemente connotata tecnicamente, che, per avere effettiva rilevanza, deve essere valutata alla luce di parametri economici ed econometrici di sistema. I fattori isolatamente considerati potrebbero essere non decisivi, ma proprio una considerazione d'insieme, e tecnica, di questi elementi potrebbe far ritenere come ricorrente l'abuso. La valutazione dell'insieme degli elementi caratterizzanti gli artt. 101 e 102 TFUE evidenzia l'estremo tecnicismo dei dati che possono portare ad una effettiva limitazione della concorrenza. Si riscontra un campo di azione assai distante dai casi concreti in generale analizzati dalla giurisprudenza di legittimità penale. Sebbene si sia in generale ritenuto che rientri nel campo di applicazione dell'art. 102 "qualsiasi comportamento" atto ad ostacolare il mantenimento e lo sviluppo del grado di concorrenza su un mercato (nel quale, a causa della presenza di impresa posizione dominante, il mercato

libero sia già sminuito), occorre rilevare, come già anticipato, che nell'ambito della casistica appare non essersi affrontato il caso di condotte poste in essere con violenza o minaccia (mentre ricorrono ad esempio: fissazione di prezzi ingiusti, attività di isolamento artificiale dei mercati nazionali, condizioni di transazione non eque, approvvigionamento esclusivo mediante imposizione di impegni in tal senso, sconti fedeltà, sconti quantitativi, riduzione selettiva dei prezzi, prezzi discriminatori, prezzi predatori, vendite abbinate o aggregate).

Ciò premesso, e considerata la sostanziale omogeneità di previsioni sul punto da parte della l. n. 287 del 1990, occorre portare la riflessione sull'ulteriore dato interpretativo, rappresentato dalla portata dell'art. 2598, n. 3) cod. civ., disposizione che, al fine di piena tutela del libero mercato e della concorrenza, sanziona in via residuale anche tutti i comportamenti, ovvero ogni atto che, in quanto non conforme alla correttezza professionale, sia idoneo, con esame da condurre caso per caso, a danneggiare l'altrui azienda.

In questo senso si è espressa con una decisione non recente la Corte di cassazione civile, Sez. 1, n. 10684 del 11/08/2000, Rv. 539494, che ha affermato che: *"Nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi ed ai limiti di cui all'art.* 41 *della Costituzione, finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi, ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa. A tal riguardo la disposizione di cui al n.* 3 *dell'art.* 2598 *cod. civ. sanziona, in modo residuale rispetto alle ipotesi specifiche contemplate e descritte ai nn.* 1 *e* 2*, ogni atto che, in quanto non conforme alla correttezza professionale, sia idoneo - come da esame da condurre caso per caso - a danneggiare l'altrui azienda."*

La formulazione della massima, e il richiamo in generale alla dizione *"ogni atto"*, sembra poter lasciare spazio ad un'interpretazione finalistica dell'art. 513-*bis* cod. pen. Tuttavia occorre considerare come, nella motivazione, la Corte abbia precisato che: *"in via di principio è esatto ciò che la corte milanese afferma in ordine alla insussistenza della equazione: illecito di cui all'art.* 2598 *c.c., n.* 3*, e violazione di norme pubblicistiche. La Corte Suprema da tempo ha chiarito che nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi ed ai limiti di cui all'art.* 41 *della Costituzione, finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi, ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa"* (Sez.1 civ., n. 2634 del 16/04/1983, Rv. 427520 e Sez. 1 civ., n.11859 del 26/11/1997, Rv. 510405). *Orbene le diverse fattispecie di cui all'art.* 2598 *cod.civ. si collegano a distinte situazioni di fatto, e ciò vale in particolare per quella di cui al n.* 3 *di tale norma, che sanziona, in modo residuale rispetto alle fattispecie di cui ai nn.* 1 *e* 2*, ogni atto che in quanto non conforme alla correttezza professionale, è idoneo a danneggiare l'altrui azienda.*

*Il riferimento ad un parametro snello adeguabile ai mutamenti del costume del mercato impone all'interprete di stabilire se un comportamento ancorché non previsto da nn.*1 *e* 2*, e ferme restando le eccezioni delle privative, realizzi attualmente o potenzialmente la stessa dannosità anticoncorrenziale*" (Sez. 1 civ., n.1712 del 27/02/1985, Rv. 439671). Il criterio della correttezza professionale se non viene più spiegato in base ad una concezione corporativa deve, dunque, essere tratto dalla posizione della concorrenza nel sistema. La concorrenza libera viene lesa ogni volta che l'equilibrio delle condizioni del mercato è compromesso ed il carattere residuale della previsione consente di evitare che l'obiettivo anticoncorrenziale venga raggiunto con comportamenti che presentano lo stesso disvalore di quelli come tali considerati dal legislatore storico. Consegue la necessità di esaminare caso per caso se il comportamento allegato costituisce illecito, dia esso luogo, o meno, anche a violazione di norme pubblicistiche. Non rientrando siffatte ipotesi dentro una fattispecie astratta a sé stante. Da sottolineare il punto in cui il collegio ha affermato che: *"il criterio della correttezza professionale se non viene più spiegato in base ad una concezione corporativa deve dunque essere tratto dalla posizione della concorrenza nel sistema"*. Dunque, anche se l'art. 2598 cod. civ. al n. 3 sembra aprire ad una congerie di casi diversi da quelli tipici, sembra che tali atti diversi si debbano comunque e sempre ritenere inerenti e interni alla concorrenza "nel sistema", secondo finalità tipiche anticoncorrenziali perseguite da imprenditori in posizione di antagonismo gli uni con gli altri. Deve quindi emergere un effettivo riscontro che l'atto, seppur atipico rispetto ai n. 1) e 2) dell'art. 2598 cod. civ., sia non solo contrario alla correttezza professionale, ma anche idoneo a danneggiare l'altrui azienda secondo una valutazione tipica concorrenziale (mercato di riferimento e ambito geografico, come già evidenziato). Si è, dunque, sottolineata, in ordine alla concorrenza sleale e ai principi di correttezza professionale, la natura di disciplina a carattere oggettivo, come emerge dalla ricorrenza di parametri economici e di mercato quanto alla scorrettezza del comportamento tenuto e, pur evidenziando che una fattispecie abusiva possa essere effettivamente sleale anche sul piano dei rapporti concorrenziali individuali, è affermazione condivisa che la comune finalità della previsione dell'art. 2598 cod. civ. è quella di garantire una sostanziale *par condicio* fra gli imprenditori in entrambi gli ambiti descritti dai numeri 1) e 2), da una parte, e dal numero 3), dall'altra. Tale previsione deve necessariamente essere letta ed interpretata nel necessario raccordo tra la previsione del codice civile e la disciplina *antitrust*, in applicazione del superiore principio sancito dall'art. 41 della Costituzione.

Ne consegue che dalla correttezza professionale e dall'ordinamento *antitrust* emerge un divieto di attività escludenti, predatorie o ingannevoli che, sul lato tanto individuale che economico, non comportino benefici al consumatore, al

mercato comune e alla collettività. Ci si è quindi interrogati sul come valutare e considerare la violazione di norme pubblicistiche, quanto al mancato rispetto da parte dell'imprenditore dei principi di correttezza professionale. Si è ritenuto che una lettura ampia, condizionata dalla possibile lesione dei più interessi - economia pubblica e libera determinazione dell'imprenditore - protetti dalle previsioni penalistiche, potrebbe portare a far ritenere compresi in tale violazione anche atti di minaccia e intimidazione, tuttavia è sempre presente la tendenza orientata a limitare l'ambito di rilevanza di dette norme pubblicistiche al contesto applicativo conseguente alla previsione dell'art. 41 della Costituzione. Se, infatti, la disciplina della concorrenza sleale intende mantenere la potenziale *par condicio* tra imprese, evitando sviamenti di clientela o illegale articolazione dei fattori produttivi, queste norme pubblicistiche devono essere necessariamente riferite al libero mercato ed ai principi che lo regolano, con una chiara delimitazione di campo in tal senso quanto ai comportamenti rilevanti (in sostanza *par condicio* e diritto alla lealtà competitiva tra imprese).

7. Casistica recente.

Un ulteriore dato, di natura descrittiva, è stato ritenuto indicativo della particolarità della questione rimessa alle Sezioni Unite, richiamando le specifiche condotte che sono state oggetto di valutazione, in epoca recente, da parte della Corte a seguito di motivi proposti proprio quanto alla ricorrenza o meno di atti di concorrenza ex art. 513-*bis* cod. pen. In tal senso, occorre ricordare che diverse decisioni hanno affrontato la contestazione relativa ad una serie di attività poste in essere dagli imputati per favorire, nella gestione dei servizi funebri ospedalieri, in territorio di Lamezia Terme, alcune imprese collegate ad associazioni di stampo mafioso e inserite di fatto nel contesto delle stesse. Tale obiettivo, secondo le contestazioni elevate, veniva perseguito mediante una serie di aggressioni fisiche e minacce - avvalendosi del supporto di soggetti pregiudicati legati alla *'ndrangheta* - poste in essere nei confronti degli operatori sanitari, occupando spazi interni ospedalieri con mezzi delle imprese che si volevano favorire nella gestione delle onoranze funebri, accedendo senza alcuna legittimazione ai data-base ospedalieri (Sez. 6, n. 39372 del 18/04/2019, Mauceri; Sez. 6, n. 29903 del 27/03/2019, Putrino; Sez. 6, n. 19946 del 27/03/2019, Di Spena). In questi casi la Corte ha ritenuto non ricorrente la violazione dell'art. 513–*bis* cod. pen., aderendo al primo orientamento interpretativo. In altri casi simili è stata invece ritenuta la ricorrenza degli elementi costitutivi del delitto ex art. 513–*bis* cod. pen.: in particolare Sez. 2, n. 7011 del 05/11/2018, depositata 2019, Belfiore, ha affrontato il caso di imprese addette al trasporto di degenti da

e per il nosocomio di Aversa, che imponevano la loro presenza mediante minacce, violenze e atti di intimidazione. La Corte ha in questo caso ritenuto corretta la contestazione ex art. 513-*bis* cod. pen. in adesione al secondo orientamento. Altre decisioni hanno considerato le attività volte a realizzare una gestione monopolistica dell'installazione di macchine da gioco (*slot machine*), con imposizione di fornitori, mediante minaccia posta in essere da soggetti collegati ad associazioni camorristiche; ciò al fine di creare un mercato totalmente controllato dalle organizzazioni criminali, riscontrando una sorta di boicottaggio, realizzato con tipiche forme di intimidazione mafiosa (Sez. 2, n. 8031 del 06/11/2018, Marciano; Sez. 2, n. 24710 del 06/11/2019, Marciano; Sez. 1, n. 2362/2019 del 11/10/2018, Martino, nonchè Sez. 5, n. 45839 del 05/06/2018, Lo Boido; Sez. 5, n. 27756 del 24/05/2019, Capicchiano, ed ancora Sez. 6, n. 38551 del 06/06/2018, D'Angelo; medesimo tema per Sez. 2, n. 29387 del 31/05/2018, Cuzzocrea; Sez. 2, n. 57811 del 07/12/2018, Cuzzocrea, relative all'eliminazione del concorrente dell'imputato quanto alla fornitura di frutta nel territorio ritenuto di esclusiva competenza dello stesso, con aggressioni fisiche dirette anche nei confronti dei familiari del concorrente).

Atri casi hanno considerato il vasto campo dell'affidamento di appalti di gestione o per la realizzazione di lavori pubblici (Sez. 2, n. 7867 del 22/01/2019, De Masi, Sez. 2, n. 55228 del 27/11/2018, Fava, Sez. 2, n. 4217/2019 del 05/12/2018, Bartolo, Sez. 2, n. 4436/2019 del 18/12/2018, Anello, Sez. 2, n. 44321/2019 del 04/12/2018, Matera; Sez. 2, n. 948/2019 del 21/11/2018, D'Agostino, Sez. 2, n. 57826 del 07/12/2018, PM in proc. Giardino, Sez. 6, n. 49933 del 07/06/2018, Spadafora; Sez. 1, n. 46113 del 16/03/2018, Acri; Sez. 6, n. 39992 del 20/06/2018, Spadafora; Sez. 6, n. 39934 del 06/07/2018, Spadafora, - Sez. 6, n. 57879 del 25/10/2018, Bosta; Sez. 6, n. 49851 del 04/07/2018, Lavorato, Sez. 6, n. 51986 del 25/09/2018, Flotta, Sez. 1, n. 51503 del 11/10/2018, Ferraro, Sez. 6, n. 50096 del 12/07/2018, PM in proc. Alati, Sez. 5, n. 45334 del 12/07/2018, Traini, Sez. 2, n. 41022 del 19/04/2018, Pelle, Sez. 2, n. 28193 del 16/05/2018, PM in proc. Gencarelli, Sez. 2, n. 12205 del 20/02/2018, Sergi; Sez. 2, n. 35454 del 19/04/2018, Sergi.

8. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, a composizione del contrasto, hanno proposto una soluzione, che tenuto conto della disciplina comunitaria e nazionale, rappresenta un'evoluzione interpretativa autonoma rispetto al terzo orientamento, concentrata sulla puntuale identificazione degli elementi caratterizzanti la

fattispecie di cui all'art. 513–*bis* cod. pen., con particolare riferimento al principio di tipicità.

In tal senso, si è affermato come i primi due orientamenti giurisprudenziali muovano da impostazioni ricostruttive sensibilmente differenti, delineando percorsi argomentativi che in *"entrambi i casi giungono a soluzioni non condivisibili"*.

L'analisi delle Sezioni Unite evidenzia, infatti, come la prima interpretazione dell'art. 513–*bis* cod. pen., con tipizzazione delle condotte riferita ad un parametro normativo preciso, delinea una potenzialità applicativa della norma estremamente limitata, rendendola di fatto inapplicabile, senza esplorare la possibilità di una collocazione della norma incriminatrice e del bene giuridico tutelato in una visione ampia e complessiva dei presupposti della libertà di concorrenza nella sua più consistente dimensione euro-unitaria.

La seconda opzione ermeneutica, pur mostrando maggiore sintonia con le finalità e le ragioni di politica criminale che hanno portato all'introduzione dell'art. 513–*bis* cod. pen., realizza una valorizzazione della prospettiva teleologica dell'azione, sicché il carattere concorrenziale dell'atto è rinvenuto non nella sua natura materiale, ma in relazione alla sua finalità. Tale opzione non è stata ritenuta condivisibile dalla Corte, perché si finirebbe necessariamente con l'equiparare l'atto violento e minaccioso, finalizzato ad inibire la concorrenza, non ravvisabile nel dato normativo, e l'atto di concorrenza commesso con violenza e minaccia. Ne consegue, a parere della Corte, un rischio consistente di compressione del principio di tassatività e determinatezza della legge penale.

Le Sezioni Unite hanno sottolineato come l'origine del contrasto vada ricercata nell'ambiguità della formulazione dell'art. 513–*bis* cod. pen. e hanno chiarito come, nonostante il contesto nell'ambito del quale si è giunti alla introduzione della disposizione con la legge Rognoni – La Torre, la struttura della fattispecie sia stata congegnata dal legislatore in maniera del tutto indipendente dalla riferibilità esclusiva ad associazioni di stampo mafioso, in assenza di connotazione specializzante dal punto di vista soggettivo, come dimostra la possibile realizzazione della condotta da parte di "*chiunque",* sia pure nell'esercizio di una attività commerciale, industriale o produttiva.

Ciò premesso, viene, dunque, ritenuta di maggior interesse la prospettiva proposta dalla soluzione di mediazione, relativa al terzo orientamento ermeneutico, nell'ambito del quale si propone di ridefinire la tipicità della fattispecie assegnando al concetto di *"atti di concorrenza*" una rinnovata centralità, mediante collocazione adeguata nel contesto della pertinente normativa di riferimento interna e di origine euro-unitaria. Una prospettiva ermeneutica che porta in sé rilevanti elementi di novità, che deve tuttavia essere approfondita

nell'ambito di un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da fonti multilivello.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, analizzato tale sistema di fonti multilivello, evidenziando che l'art. 41 Cost. rappresenta l'imprescindibile canone di riferimento per un corretto inquadramento della condotta disciplinata dall'art. 513-*bis* cod. pen., considerato che il principio di libera concorrenza, pur in assenza di una esplicita menzione, è evidentemente tutelato a livello costituzionale dall'art. 41, comma primo, Cost., il quale afferma che l'iniziativa economica privata è libera, sicché ogni individuo è libero di esercitare un'attività economica con i limiti espressamente dettati dal secondo comma dell'art. 41 Cost.

L'accelerazione del processo d'integrazione europea, e la scelta espressa in favore di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, ha sensibilmente inciso sulla portata del principio costituzionale stabilito nell'art. 41 Cost, imprimendo connotazioni nuove.

La libertà di concorrenza è stata progressivamente considerata come una naturale espressione della libertà di iniziativa economica privata, formalmente consacrata nella nuova disposizione dell'art. 117, comma secondo, lett. e) della Cost.

La libertà di concorrenza si è imposta come un bene costituzionalmente rilevante, la cui tutela è rimessa alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, nel rispetto dei vincoli comunitari o derivanti da obblighi internazionali.

Dalla libertà dell'iniziativa economica deriva quale naturale corollario quello del principio di uguaglianza nei rapporti economici, e, proprio in relazione a tale declinazione del principio di uguaglianza, deve essere dato rilievo alla repressione delle forme di concorrenza sleale, per tutelare l'esercizio dell'altrui libertà di iniziativa economica, oltre che l'economia nazionale in generale.

Le Sezioni Unite richiamano, quindi, con un'ampia e approfondita disamina, la portata della disciplina europea in tema di tutela della libertà di concorrenza, sottolineando come il principio cardine derivante dai diversi divieti imposti (ex art. 101 e 102 TFUE) è quello secondo cui la libertà di iniziativa economica e la competizione tra le imprese non possono tradursi in atti e comportamenti pregiudizievoli per la struttura concorrenziale del mercato, richiamando conseguentemente la previsione di cui all'art. 2598, n. 3, cod. civ. per il quale costituisce atto di concorrenza sleale ogni altro mezzo utilizzato in modo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Si precisa, tuttavia, come il giudizio sul canone della correttezza professionale non esaurisce la considerazione dell'illecito concorrenziale, il *"cui retto svolgimento*

poggia, altresì, sul criterio, parimenti rilevante, dell'idoneità dell'atto a recare danno all'altrui attività imprenditoriale".

Occorre, secondo l'ermeneusi proposta dalle Sezioni Unite, che ricorra una capacità offensiva *"specifica*", e più intensa, rispetto a quella connaturata a qualsiasi atto di concorrenza, proprio perché volta a sottrarre uno spazio di mercato occupato o gestito dall'impresa concorrente.

Sulla base dell'insieme delle considerazioni esposte, si evidenzia come, in assenza di una definizione, anche penalistica, del concetto giuridico di concorrenza, l'interpretazione del *sintagma "atti di concorrenza",* elemento centrale della fattispecie incriminatrice, deve necessariamente tener conto della normativa euro-unitaria ed interna che disciplina i presupposti e le regole di funzionamento della libertà di concorrenza.

La tipicità della fattispecie deve, dunque, essere inquadrata sia alla luce del superiore divieto costituzionale posto dall'art. 41, comma secondo, Cost., secondo cui qualsiasi forma di competizione concorrenziale, riconducibile alla libera estrinsecazione dell'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno a situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate (come diritti di libertà, sicurezza, e dignità umana), sia dell'esigenza di rispetto dei limiti stabiliti dalla legge ordinaria (ex art. 2595 cod. civ.), per lo svolgimento della libera concorrenza, così come risultanti dal raccordo tra i diversi livelli della normativa euro-unitaria, dalle disposizioni del codice civile e della legislazione speciale (Legge n. 287 del 1990).

Considerata, dunque, l'elaborazione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della giurisprudenza civile della Corte di cassazione, si richiama la considerazione secondo la quale la dimensione giuridica della concorrenza ha assunto la funzione di valore di riferimento, al fine di proteggere la struttura concorrenziale del mercato, anche indipendentemente dall'atteggiamento del soggetto leso.

Nel giungere, quindi, ad una precisa delimitazione del contenuto precettivo della fattispecie, le Sezioni Unite, al fine della corretta soluzione del contrasto, chiariscono che la condotta descritta si inserisce *"all'interno di un'attività imprenditoriale e poggia essenzialmente sulla qualità materiale degli atti che vi danno corpo, ossia sulla loro qualificazione in senso concorrenziale e non sulla loro direzione teleologica"*.

Si sottolinea la scelta del legislatore di impiegare nella descrizione degli elementi tipici della condotta la locuzione *"atti di concorrenza"* al *plurale*, scelta da ritenere non casuale, poiché, se, naturalmente, può essere ammessa la possibilità di un atto di concorrenza isolato ed istantaneo, nella gran parte dei casi ricorre un'attività continuata di concorrenza, e gli atti, seppur apparentemente e singolarmente considerati leciti, devono pur tuttavia essere oggetto di un

apprezzamento complessivo ai fini della loro valutazione rispetto ai principi della correttezza professionale.

In sostanza, la combinazione di più atti apparentemente leciti può essere rivelatrice della manovra ordita ai danni del concorrente.

Viene, quindi, analizzata la struttura della fattispecie da ricondurre all'interno di una dialettica concorrenziale, che presuppone, con il richiamo al compimento di atti di concorrenza nell'esercizio di attività commerciale, industriale o comunque produttiva, sia la qualità di imprenditore in capo al soggetto che direttamente, o indirettamente, pone in essere la condotta, sia l'esistenza di un rapporto di competizione economica nei confronti del soggetto che ne subisce le conseguenze. Dunque, il soggetto attivo e quello passivo devono tendenzialmente offrire nello stesso ambito di mercato beni o servizi che siano destinati a soddisfare lo stesso bisogno dei consumatori, anche in via succedanea, o comunque bisogni supplementari ed affini, potendo il rapporto di concorrenza instaurarsi anche tra operatori che operano a livelli economici diversi.

Le Sezioni Unite chiariscono come la delimitazione dei soggetti attivi o passivi del reato non vada intesa in senso meramente formale, non occorrendo la qualità di commerciante, industriale o produttore, ma semplicemente l'espletamento in concreto di attività che si inseriscono nella dinamica commerciale, industriale o produttiva (Sez. 6, n. 6055 del 24/06/2014, Amato, Rv. 263164-01, Sez. 2, n. 26918 del 16/05/2001, Monaco, Rv. 219804-01), a prescindere dai requisiti di professionalità ed organizzazione tipici della figura civilistica dell'imprenditore e fatte salve le ipotesi di compartecipazione criminosa nella realizzazione della condotta punibile, qualora vengano dimostrati la conoscenza da parte dell'*extraneus* della qualità di *intraneus* del soggetto agente e il contributo del primo alla commissione del fatto (Sez. 6, n. 7627 del 31/01/1996, Alleruzzo, Rv. 206603-01). Allo stesso modo gli atti di concorrenza illecita non devono essere necessariamente diretti nei confronti dell'imprenditore, tale caratteristica non è richiesta dalla norma e le condotte possono ben indirizzarsi anche nei confronti di persone diverse (Sez. 6, n. 37520 del 18/04/2019, Rocca, Rv. 276725 -01).

Particolare rilevanza, nel considerare i profili di contrasto emersi e nella definizione della portata della fattispecie, viene attribuita al contenuto e alle finalità del bene giuridico protetto dalla norma, considerata l'introduzione di reato *"plurioffensivo orientato non solo verso la tutela di un più ampio interesse al corretto funzionamento del sistema economico, inteso come bene finale, ma anche alla protezione di un diverso interesse da intendersi quale bene strumentale, più direttamente inerente ad una esigenza di garanzia della sfera soggettiva della libertà di ciascuno di autodeterminarsi nell'esercizio di un attività commerciale, industriale o comunque produttiva*". (Nello stesso senso Sez. 3,

n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650 - 01 e Sez. 3 n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683 – 01). Si osserva, infatti, come la volontà del soggetto passivo della condotta di illecita concorrenza con minaccia o violenza *"non opera infatti liberamente, in quanto viene condizionata rispettivamente, dalla prospettazione di un male ingiusto, ovvero dalla costrizione fisica a determinarsi nel senso impostogli dall'agente"*.

Ciò premesso, le Sezioni Unite osservano che la "dialettica del rapporto concorrenziale entro cui può fisiologicamente dispiegarsi il libero esercizio dell'attività di impresa delinea, unitamente ai contenuti del bene protetto, il contesto giuridico entro cui si inserisce, e come tale va riconosciuta, la tipicità della condotta oggettivamente distorsiva degli ordinari meccanismi di competizione economica: condotta che, in quanto illecitamente connotata dal ricorso ai mezzi della violenza o della minaccia, assume rilievo penale integrando la fattispecie incriminatrice senza che si renda necessaria la reale intimidazione del soggetto passivo ovvero una effettiva alterazione degli equilibri di mercato".

Emerge, dunque, da tale impostazione ricostruttiva, la scelta operata dal legislatore nel configurare i tratti tipici della condotta punibile, attribuendo alla duplicità dei mezzi alternativamente impiegabili nell'esercizio delle attività economiche (violenza o minaccia) il *"vero tratto di disvalore penale di una condotta in sé altrimenti legittima, come l'atto posto in essere nell'esercizio di una libertà riconosciuta e tutelata dall'ordinamento"*.

Elemento caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 513–*bis* cod. pen. è, dunque, l'intima connessione tra gli atti di esercizio della libertà di concorrenza all'interno di un rapporto di competizione economica, anche solo potenziale, e le specifiche *"note modali"*, rappresentate dall'uso della violenza o della minaccia, così da determinare un fattore distorsivo delle regole di quella che dovrebbe essere una paritaria contesa commerciale o imprenditoriale, superando di fatto il limite rappresentato dall'atto di concorrenza anche nel *"suo stigma di slealtà"*.

La condotta si caratterizza per il fatto di innestarsi su un atto di esercizio di una libertà (ex art. 41 Cost.), e per l'illecita componente oggettiva della *"contestuale compressione, quando non addirittura della negazione, della corrispondente, e parimenti tutelata, possibilità di autodeterminazione del concorrente nello svolgimento delle diverse attività produttive richiamate nella predetta disposizione"*.

La soluzione del contrasto si basa, in conclusione, sulla considerazione da parte delle Sezioni Unite delle *"componenti oggettive della violenza e della minaccia"*, che non possono essere intese come elementi finalisticamente orientati, ma bensì come elementi costitutivi della condotta, che concorrono a delinearne la tipicità attraverso una previsione in forma alternativa del suo aspetto modale, sul quale ruota la sfera di offensività dell'intera fattispecie.

In questo senso deve, infatti, essere inteso il riferimento da parte del legislatore, anche nella rubrica della norma, ad una condotta di illecita concorrenza, e, dunque, ad un atto di concorrenza *"non semplicemente sleale, ma necessariamente caratterizzato dalla peculiare natura dei mezzi adoperati, che a loro volta ne accompagnano la realizzazione e ne giustificano, al contempo, il giudizio di meritevolezza della tutela penale"*.

L'analisi della portata della norma in senso tipizzante evidenzia, per le Sezioni Unite, come la libertà di concorrenza non si traduca esclusivamente nella libertà di svolgere attività di impresa in competizione con una pluralità di soggetti operanti nel mercato, ma anche nella libertà da illecite interferenze e condizionamenti che ne ostacolino o contrastino l'esercizio, con conseguente rilevanza di quei comportamenti competitivi posti in essere sia in forma attiva che impeditiva dell'altrui libertà di concorrenza.

Tali illecite modalità di concorrenza, per come incriminate dall'art. 513–*bis* cod. pen., sono idonee a rimuovere le precondizioni necessarie all'esplicarsi della stessa libertà di funzionamento del mercato, incidendo contemporaneamente sulla libertà delle persone di autodeterminarsi nello svolgimento di attività produttive.

Nel risolvere il contrasto, le Sezioni Unite hanno, quindi, affermato che è l'idoneità a recare pregiudizio all'impresa concorrente, contrastandone o ostacolandone la libertà di autodeterminazione, a connotare la fattispecie dell'art. 513–*bis* cod. pen. nella sua materialità; ne rappresenta infatti un elemento oggettivo della condotta, a sua volta *"accompagnata dalla coscienza e volontà di compiere un atto di concorrenza inficiato dal ricorso ai mezzi della violenza e della minaccia, ossia di determinare una situazione di concorrenzialità illecita che rischia obiettivamente di alterare o compromettere l'ordine giuridico del mercato"*.

Infine, le Sezioni Unite hanno delimitato l'ambito e il rapporto del delitto di cui all'art. 513-*bis* cod. pen. rispetto al più grave delitto di estorsione, precisando che, proprio gli elementi che concorrono a descrivere la tipicità del reato di illecita concorrenza, impediscono di ritenerne assorbita la condotta nell'estorsione in base al criterio di specialità. I due reati rientrano, infatti, in una diversa collocazione sistematica, offendono beni giuridici diversi, incidendo nel secondo caso sul patrimonio del soggetto passivo al fine di ottenere un ingiusto profitto con altrui danno, senza tradursi in una violenta manipolazione dei meccanismi di funzionamento dell'attività economica concorrente, sicché ove ricorrano elementi costitutivi di entrambi i delitti si dovrà ritenere il concorso formale degli stessi.

In senso conforme alla decisione delle Sez. U, si è espressa di recente **Sez. 2, n. 34214 del 15/10/2020, Capriati** che ha affrontato un caso molto simile a

quelli già evidenziati nella casistica recente uniformandosi all'ermeneusi delle Sez. U. con particolare riferimento al valore fondante dell'art. 41 Cost. nell'analisi della libertà di concorrenza. In tal senso il collegio ha richiamato l'importanza delle garanzie poste a presidio di uno spazio produttivo che viene utilizzato anche in favore della collettività, dove la libertà di concorrenza non viene solo regolata e promossa, ma deve anche potersi attuare lecitamente. Nel caso concreto, molto simile ai casi richiamati nel paragrafo precedente sulla casistica recente, si è riscontrata la portata anticoncorrenziale della condotta tenuta da un imprenditore colluso con un clan mafioso, che proprio in virtù di uno specifico accordo con il clan, e conseguentemente all'intimidazione diretta ed ambientale posta in essere nei confronti degli altri imprenditori ed esercenti di pubblici esercizi proprio dal clan, riusciva ad ottenere una posizione di oggettivo monopolio quanto all'installazione di "*slot machine*" nel territorio ed are di influenza della associazione di stampo mafioso di riferimento. Il collegio ha quindi affermato il principio di diritto secondo il quale integra il delitto di illecita concorrenza con violenza o minaccia, ex art. 513-*bis* cod. pen., l'acquisizione di una posizione dominante in un determinato settore economico conseguente all'accordo intercorso tra l'imprenditore ed un clan di stampo mafioso, che si sia manifestato con condotte violente e minatorie, anche di carattere implicito o *"ambientale"* sia a livello della domanda, che a carattere diffuso, determinando l'interposizione di barriere all'ingresso di altri concorrenti su un certo mercato o su una zona *"contrattualmente"* stabilita. Ne consegue che l'installazione in via esclusiva da parte di un imprenditore di *"slot machine*" presso pubblici esercizi insistenti sul territorio d'influenza di un'associazione di stampo mafioso, resa possibile, proprio grazie all'intermediazione del clan nei confronti degli esercenti, integra l'elemento oggettivo della condotta sanzionata dall'art. 513-*bis* cod. pen., determinando tale illecita concorrenza *"ambientale"* , un'occupazione forzosa da parte dell'imprenditore colluso di tutti gli spazi di mercato relativi a tale attività, non in considerazione delle qualità dell'imprenditore nell'offrire il prodotto, ma proprio in quanto *"riservati"* per intervento del clan. La Corte ha, in tal senso, precisato che tale condotta determina un sostanziale e forzoso boicottaggio in danno degli altri operatori del settore. È rilevante, inoltre, richiamare quanto affermato dal collegio, nel senso che *"quanto alla minaccia costitutiva dell'intimidazione anticoncorrenziale, questa ben può essere, al pari di quella del delitto di estorsione, implicita o ambientale, non necessitando di manifestazioni eclatanti, purché sia idonea ad incutere timore e a coartare la volontà del soggetto passivo, in relazione alle circostanze concrete, alle condizioni soggettive della vittima e della situazione in cui opera."* Anche in questo caso, come in molte decisioni richiamate nella casistica recente, si è evidenziato che la norma non richiede che l'atto di concorrenza con violenza o minaccia si rivolga agli altri

concorrenti in senso stretto (nella specie i fornitori di macchinette), potendo configurarsi anche quando tale atto si diriga verso altri soggetti (gli esercenti, che la vicenda vede coinvolti in prima istanza sebbene non esclusiva).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 3492 del 09/01/1989, Spano, Rv. 180706 – 01
Sez. 1, n. 11993 del 14/11/1995, Di Mauro, Rv. 203050 – 01
Sez. 3, n. 450 del 15/02/1995, Tamborrini, Rv. 201578 – 01
Sez. 1, n. 2224 del 01/02/1995, Buzzone Rv. 203900 – 01
Sez. 6, n. 7627 del 31/01/1996, Alleruzzo, Rv. 206603-01
Sez. 2, n. 26918 del 16/05/2001, Monaco, Rv. 219804 -01
Sez. 2, n. 14467 del 28/02/2004, Arangio, Rv. 228719 - 01
Sez. 6, n. 13691 del 15/03/2005, De Noia Mecenero, Rv. 231129 - 01
Sez. 3, n. 46756 del 03/11/2005, Mannone, Rv. 232650 - 01
Sez. 2, n. 35611 del 27/06/2007, Tarantino, Rv. 237801 - 01
Sez. 3, n. 44169 del 22/10/2008, Di Nuzzo, Rv. 241683 – 01
Sez. 2, n. 20647 del 11/05/2010, Corniani, Rv. 247272 - 01
Sez. 1, n. 9750 del 03/02/2010, Bongiorno, Rv. 246515 - 01
Sez. 1, n. 6541 del 02/02/2012, Aquino, Rv. 252435 - 01
Sez. 3, n. 16195 del 06/03/2013, Fammilume, Rv. 255398 - 01
Sez. 2, n. 29009 del 27/05/2014, Ciliberti, Rv. 260039 – 01
Sez. 6, n. 6055 del 24/06/2014, Amato, Rv. 263164 01
Sez. 2, n. 9763 del 10/02/2015, Amadoro, Rv. 263299 - 01
Sez. 2, n. 15781 del 26/03/2015, Arrichiello, Rv. 263530 - 01
Sez. 6, n. 24741 del 05/05/2015, Iacopino, Rv. 265603 – 01
Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180 – 01
Sez. 6, n. 44698 del 22/09/2015, Cannizzaro Rv. 265358 - 01
Sez. 3, n. 3868 del 10/12/2015, Inguì, Rv. 266180 - 01
Sez. 2, n. 18122 del 13/04/2016, Gencarelli, Rv. 266847 - 01
Sez. 2, n. 49365 del 08/11/2016, Prezioso, Rv. 268515 - 01
Sez. 2, n. 9513 del 18/01/2018, Ietto, Rv. 272371 – 01
Sez. 2, n. 12205 del 20/02/2018, Sergi
Sez. 1, n. 46113 del 16/03/2018, Acri
Sez. 2, n. 41022 del 19/04/2018, Pelle
Sez. 2, n. 35454 del 19/04/2018, Sergi
Sez. 2, n. 28193 del 16/05/2018, Gencarelli
Sez. 2, n. 29387 del 31/05/2018, Cuzzocrea
Sez. 5, n. 45839 del 05/06/2018, Lo Boido
Sez. 6, n. 38551 del 05/06/2018, D., Rv. 274101 - 01
Sez. 6, n. 38551 del 06/06/2018, D'Angelo
Sez. 6, n. 49933 del 07/06/2018, Spadafora

Sez. 2, n. 30406 del 19/06/2018, Sergi, Rv. 273374 - 01
Sez. 6, n. 39992 del 20/06/2018, Spadafora
Sez. 6, n. 49851 del 04/07/2018, Lavorato
Sez. 6, n. 39934 del 06/07/2018, Spadafora
Sez. 5, n. 45334 del 12/07/2018, Traini
Sez. 6, n. 50084 del 12/07/2018, Terracciano, Rv. 274288 – 01
Sez. 6, n. 50096 del 12/07/2018, Alati
Sez. 6, n. 50094 del 12/07/2018, Alati, Rv. 275717 – 01
Sez. 6, n. 51986 del 25/09/2018, Flotta
Sez. 1, n. 2362/2019 del 11/10/2018, Martino
Sez. 1, n. 51503 del 11/10/2018, Ferraro
Sez. 6, n. 57879 del 25/10/2018, Bosta
Sez. 2, n. 7011 del 05/11/2018, dep. 2019, Belfiore
Sez. 2, n. 8031, del 06/11/2018, dep. 2019, Marciano
Sez. 2, n. 55228 del 27/11/2018, Fava
Sez. 2, n. 44321 del 13/09/2018, Matera
Sez. 2, n. 4217 del 05/12/2018, Bartolo
Sez. 2, n. 57811 del 07/12/2018, Cuzzocrea
Sez. 2, n. 57826 del 07/12/2018, Giardino
Sez. 2, n. 4436/2019 del 18/12/2018, Anello
Sez. 2, n. 7867 del 22/01/2019, De Masi
Sez. 6, n. 19946 del 27/03/2019, Di Spena
Sez. 6, n. 29903 del 27/03/2019, Putrino
Sez. 6, n. 37520 del 18/04/2019, Rocca, Rv. 276725 -01
Sez. 6, n. 39372 del 18/04/2019, Mauceri
Sez. 5, n. 27756 del 24/05/2019, Capicchiano
Sez. 2, n. 4710 del 06/11/2019, Marciano
Sez. 2, n. 34214 del 15/10/2020, Capriati

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO I

ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRIE RAGIONI CON VIOLENZA O MINACCIA ALLE PERSONE: NATURA, DISTINZIONE CON L'ESTORSIONE, CONCORSO DEL TERZO.

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le questioni controverse. - 3. La natura di reato proprio non esclusivo dei delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. - 4. Il criterio di distinzione tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione: i diversi orientamenti giurisprudenziali. - 4.1. La soluzione delle Sezioni Unite. - 5. La configurabilità del concorso del terzo nel reato ex art. 393 cod. pen.

1. Premessa.

Il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, in particolar modo nella più grave configurazione disciplinata dall'art. 393 cod. pen., è stato sotto oggetto di diverse significative enunciazioni da parte delle **Sezioni Unite** nella **sentenza n. 29541 del 16/07/2020, dep. 23/10/2020, Filardo**.

Risolvendo specifiche questioni giuridiche rimesse al proprio vaglio, infatti, il Supremo Collegio ha pronunciato tre differenti principi di diritto, con cui ha, rispettivamente, precisato che: 1) i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni hanno natura di reato proprio non esclusivo; 2) il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in relazione all'elemento psicologico, da accertarsi secondo le ordinarie regole probatorie; 3) il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone è configurabile nei soli casi in cui questi si limiti ad offrire un contributo alla pretesa del creditore, senza perseguire alcuna diversa ed ulteriore finalità.

2. Le questioni controverse.

Le superiori affermazioni hanno, in particolare, dato soluzione ad alcune peculiari problematiche rimesse all'esame delle Sezioni Unite dall'ordinanza della Seconda sezione n. 50696 del 25/09/2019.

Chiamata a dare corretto inquadramento giuridico alla condotta ascritta agli imputati - condannati per il reato di tentata estorsione aggravata dall'utilizzo del

metodo mafioso, per aver minacciato le persone offese al fine di ottenere l'immediato adempimento di una prestazione obbligazionaria senza attendere gli esiti di una causa civile pendente -, in potenza configurabile sia la fattispecie *ex* art. 629 cod. pen. che quella prevista dall'art. 393 cod. pen., la Seconda sezione aveva ritenuto necessario richiedere l'adozione della soluzione nomofilattica in ordine alla controversa questione riguardante l'individuazione degli esatti criteri di distinzione tra i reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione, con riguardo alle sole ipotesi in cui - al pari di quella in esame - l'aggressione alla persona fosse funzionale al soddisfacimento di un diritto tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria. Era stato ricordato, in particolare, come in proposito rilevassero due macro-orientamenti ermeneutici, che distinguevano le suddette fattispecie valorizzando, rispettivamente, le differenze esistenti sotto il profilo della materialità ovvero quelle rilevanti sotto il profilo dell'elemento psicologico.

Nello sviluppo argomentativo, quindi, la Seconda sezione, tenuta a valutare un caso in cui la minaccia era stata espressa pure da parte di imputati terzi non creditori, aveva ritenuto indispensabile coinvolgere il Supremo Collegio anche per chiedergli di dirimere l'esistente contrasto ermeneutico riguardante la possibilità di configurazione del concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile nel delitto previsto dall'art. 393 cod. pen., previamente stabilendo, quale relativo presupposto, se l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni dovesse essere considerato, o meno, come reato proprio esclusivo, e cioè come figura la cui condotta tipica è integrabile solo da parte del soggetto titolare della posizione "qualificata".

Conclusivamente, pertanto, le Sezioni Unite erano state investite delle controverse questioni riguardanti: «se *il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone e quello di estorsione si differenzino tra loro in relazione all'elemento oggettivo, in particolare con riferimento al grado di gravità della violenza o della minaccia esercitate, o, invece, in relazione al mero elemento psicologico, e, in tale seconda ipotesi come debba essere accertato tale elemento*» e «se *il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni debba essere qualificato come reato proprio esclusivo e, conseguentemente, in quali termini si possa configurare il concorso del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile*».

3. La natura di reato proprio non esclusivo dei delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Le Sezioni Unite hanno in primo luogo esaminato, per evidenti ragioni di ordine logico, la preliminare questione riguardante l'individuazione del soggetto

attivo dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt. 392 e 393 cod. pen.).

Ricostruite le ragioni storiche di genesi del reato proprio e quelle relative all'incriminazione della condotta di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, è stato dato conto del contrasto ermeneutico esistente tra l'interpretazione della dottrina tradizionale e di una parte minoritaria di quella più recente, per cui i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni sono reati comuni (desumendo, in particolare, ciò dall'utilizzo negli artt. 392 e 393 cod. pen. del termine "chiunque" per indicare il soggetto attivo), e quella della dottrina dominante più recente, per cui le fattispecie di ragion fattasi hanno natura di reato proprio, in quanto unicamente integrabili: dal titolare del preteso diritto; dal soggetto che in sua vece esercita legittimamente tale diritto; dal *negotiorum gestor*.

E' stato precisato, altresì, che, ai fini della configurazione dei delitti in esame, il terzo non titolare del preteso diritto che ne reclami arbitrariamente soddisfazione deve necessariamente possedere un particolare legame con il creditore ed essere assolutamente privo di un interesse proprio. Tale orientamento ha trovato riscontro in diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità, per le quali è necessario che nei reati ex artt. 392 e 393 cod. pen. vi sia sempre il coinvolgimento del titolare del preteso diritto azionato (così, in particolare: Sez. 6, n. 8434 del 30/04/1985, Chiacchiera, Rv. 170533-01; Sez. 2, n. 8778 del 09/04/1987, Schiera, Rv. 176469-01; Sez. 2, n. 8836 del 05/02/1991, Paiano, Rv. 188123-01; Sez. 6, n. 14334 del 16/03/2001, Federici, Rv. 218728-01; Sez. 6, n. 15972 del 05/04/2001, Corieri, Rv. 218668-01; Sez. 6, n. 1257 del 03/11/2003, dep. 2004, Paoli, Rv. 228415-01; Sez. 6, n. 23322 del 08/03/2013, Anzalone, Rv. 256623-01).

Aderendo a tale ultima interpretazione, le Sezioni Unite hanno risolto la questione giuridica configurando i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni come reati propri.

Il Supremo Collegio ha ricordato come, per assumere rilievo penale, le condotte debbano necessariamente essere commesse (rispettivamente) con violenza sulle cose o con violenza o minaccia alle persone. Più precisamente, nel delitto *ex* art. 392 cod. pen. quasi sempre ricorrono gli estremi del fatto di danneggiamento, mentre nel reato ex art. 393 cod. pen. rilevano gli elementi del delitto di violenza privata. Le fattispecie di esercizio arbitrario delle proprie ragioni sono, tuttavia, punite meno gravemente dei reati in esse contenuti, il che, per le Sezioni Unite, trova giustificazione nel fatto che il soggetto attivo agisce nella convinzione di esercitare un proprio diritto, ragion per cui, anche in conformità al comune sentire della coscienza sociale, è da considerarsi opportuna l'attenuazione di pena prevista.

Per le Sezioni Unite non costituisce ostacolo alla qualificazione di tali delitti come reati propri la circostanza che negli artt. 392 e 393 cod. pen. il soggetto attivo sia indicato con il termine "chiunque", atteso che esso è presente pure in disposizioni (come, ad esempio, in quelle degli artt. 372 e 564 cod. pen.) che in modo indubbio si riferiscono a reati propri. Il "chiunque" degli artt. 392 e 393 cod. pen. è, quindi, soltanto il soggetto che potrebbe ricorrere al giudice al fine di esercitare un preteso diritto.

Accertatane la natura giuridica di reati propri, le Sezioni Unite hanno affrontato la consequenziale questione finalizzata a chiarire se i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni siano, o meno, reati propri esclusivi (o di mano propria).

L'orientamento giurisprudenziale dominante si è reiteratamente espresso in termini affermativi, ritenendo tali reati integrabili solo da parte di "chiunque si faccia ragione da sé medesimo", per cui soggetto attivo potrebbe unicamente essere il soggetto "qualificato", e giammai un estraneo al rapporto obbligatorio su cui si fonda la pretesa azionata (in tal senso Sez. 2, n. 46288 del 28/06/2016, Musa, Rv. 268360-01; ma anche, sia pur implicitamente: Sez. 5, n. 52241 del 20/06/2014, D'Ambrosio, Rv. 261381-01; Sez. 2, n. 41433 del 27/04/2016, Bifulco, Rv. 268630-01; Sez. 2, n. 31725 del 05/04/2017, Arnone, Rv. 271760-01; Sez. 2, n. 5092 del 20/12/2017, dep. 2018, Gatto, Rv. 272017-01).

Tale interpretazione non è stata, tuttavia, condivisa dalle Sezioni Unite, che hanno, invece, qualificato i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni come reati propri non esclusivi. E' stato affermato, a conforto, che la necessità, normativamente indicata, che il soggetto titolare del preteso diritto "si faccia ragione da sé medesimo" presenta, in realtà, un contenuto solo descrittivo e meramente pleonastico, al pari di quanto conformemente ritenuto dalla consolidata esegesi dottrinaria.

4. Il criterio di distinzione tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione: i diversi orientamenti giurisprudenziali.

Il Supremo Collegio ha, quindi, affrontato la principale tematica rimessa al suo esame, riguardante l'individuazione del criterio di distinzione tra il reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione, così da poter dare soluzione al conflitto giurisprudenziale insorto sul tema.

In primo luogo, infatti, il tradizionale e prevalente filone esegetico ha individuato il criterio di differenziazione tra i delitti di cui agli artt. 629 e 393 cod.

pen. nell'elemento intenzionale, in quanto nel primo il soggetto attivo agisce per procurarsi un ingiusto profitto, mentre nel secondo agisce al fine di conseguire un'utilità, che ritiene spettargli, senza adire l'autorità giudiziaria. Per tale orientamento, pertanto, i due delitti si distinguono in relazione all'elemento psicologico, atteso che nel reato ex art. 393 cod. pen. l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella ragionevole convinzione, in ipotesi anche infondata, di esercitare un diritto giudizialmente azionabile, mentre nell'estorsione persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza di non averne diritto (così: Sez. 2, n. 9121 del 19/04/1996, Platania, Rv. 206204-01; Sez. 2, n. 12329 del 04/03/2010, Olmastroni, Rv. 247228-01; Sez. 2, n. 22935 del 29/05/2012, Di Vuono, Rv. 253192-01; Sez. 2, n. 51433 del 04/12/2013, P.M. e Fusco, Rv. 257375-01; Sez. 2, n. 705 del 01/10/2013, dep. 2014, Traettino, Rv. 258071-01; Sez. 2, n. 24292 del 29/05/2014, Ciminna, Rv. 259831-01; Sez. 2, n. 31224 del 25/06/2014, Comite, Rv. 259966-01; Sez. 2, n. 33870 del 06/05/2014, Cacciola, Rv. 260344-01; Sez. 2, n. 42940 del 25/09/2014, Conte, Rv. 260474-01; Sez. 2, n. 23765 del 15/05/2015, P.M. in proc. Pellicori, Rv. 264106-01; Sez. 2, n. 44674 del 30/09/2015, Bonaccorso, Rv. 265190-01; Sez. 2, n. 46628 del 03/11/2015, Stradi, Rv. 265214-01; Sez. 2, n. 42734 del 30/09/2015, Capuozzo, Rv. 265410-01; Sez. 2, n. 46288 del 28/06/2016, Musa, Rv. 268360-01; Sez. 2, n. 1901 del 20/12/2016, dep. 2017, Di Giovanni, Rv. 268770-01; Sez. 1, n. 6968 del 20/07/2017, dep. 2018, P.G. in proc. Rottino, Rv. 272285-01; Sez. 2, n. 56400 del 22/11/2018, Iannuzzi, Rv. 274256-01).

Tale convincimento è stato unanimemente affermato anche in seno alla dottrina, sia tradizionale che recente, che ha sempre distinto i due reati in ragione della finalità perseguita dall'agente.

A fronte di tale interpretazione si è contrapposto un altro indirizzo ermeneutico, per il quale il criterio di distinzione tra i due reati è da individuarsi nella materialità del fatto, per cui si configura il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone quando la condotta violenta o minacciosa non risulti fine a se stessa, ma sia strutturalmente connessa all'obiettivo dell'agente di far valere il preteso diritto, ragion per cui essa non può mai esprimersi in manifestazioni sproporzionate e gratuite di violenza. Conseguentemente, quando la minaccia o la violenza si estrinsechino in forme di forza intimidatoria e di sistematica pervicacia tali da eccedere ogni ragionevole intento di far valere un diritto, la coartazione dell'altrui volontà risulta finalizzata a conseguire un profitto che già di per sé assume i caratteri dell'ingiustizia, così configurando il reato di estorsione (in tal senso, in particolare: Sez. 1, n. 10336 del 02/12/2003, dep. 2004, Preziosi, Rv. 228156-01; Sez. 2, n. 47972 del

01/10/2004, Caldara, Rv. 230709-01; Sez. 2, n. 14440 del 15/02/2007, Mezzanzanica, Rv. 236457-01; Sez. 2, n. 35610 del 27/06/2007, Della Rocca, Rv. 237992-01; Sez. 5, n. 28539 del 14/04/2010, P.M. in proc. Coppola, Rv. 247882-01; Sez. 6, n. 32721 del 21/06/2010, Hamidovic, Rv. 248169-01; Sez. 6, n. 41365 del 28/10/2010, Straface, Rv. 248736-01; Sez. 5, n. 19230 del 06/03/2013, Palazzotto, Rv. 256249-01; Sez. 1, n. 32795 del 02/07/2014, Donato, Rv. 261291-01; Sez. 2, n. 9759 del 10/02/2015, Gargiuolo, Rv. 263298-01; Sez. 6, n. 17785 del 25/03/2015, Pipitone, Rv. 263255-01; Sez. 2, n. 44476 del 03/07/2015, Brudetti, Rv. 265320-01; Sez. 2, n. 44657 del 08/10/2015, Lupo, Rv. 265316-01; Sez. 2, n. 1921 del 18/12/2015, dep. 2016, Li, Rv. 265643-01; Sez. 6, n. 11823 del 07/02/2017, P.M. in proc. Maisto, Rv. 270024-01; Sez. 2, n. 33712 del 08/06/2017, Michelini, Rv. 270425-01; Sez. 2, n. 36928 del 04/07/2018, Maspero, Rv. 273837-01; Sez. 2, n. 55137 del 03/07/2018, Arcifa, Rv. 274469-01; Sez. 5, n. 35563 del 15/07/2019, Russo, Rv. 277316-01).

Nell'ambito di tale esegesi il Supremo Collegio ha collocato anche un sotto-orientamento, per il quale ricorre il delitto di estorsione quando la condotta minacciosa o violenta, anche se finalisticamente orientata al soddisfacimento di un preteso diritto, si estrinsechi nella costrizione della vittima attraverso l'annullamento della capacità volitiva; si configura, invece, il delitto ex art. 393 cod. pen. quando il diritto giudizialmente azionabile venga soddisfatto attraverso condotte minacciose o violente che abbiano un epilogo "non costrittivo", ma "più blandamente persuasivo" (il principio è stato, in particolare, espresso in: Sez. 2, n. 11453 del 17/02/2016, Guarnieri, Rv. 267123-01; Sez. 2, n. 36928 del 04/07/2018, Maspero, Rv. 273837-01; Sez. 2, n. 55137 del 03/07/2018, Arcifa, Rv. 274469-01).

4.1. La soluzione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite si sono espresse sull'indicato contrasto aderendo al primo orientamento ermeneutico, affermando che il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello di estorsione si differenziano tra loro in ragione dell'elemento soggettivo.

Il Supremo Collegio ha, in proposito, osservato che la materialità delle due fattispecie non risulta perfettamente sovrapponibile, considerato che solo in quella di estorsione è normativamente richiesto il verificarsi di un effetto di "costrizione" della vittima, conseguente alla violenza o alla minaccia, tale da indurre il soggetto passivo, di cui è compressa la libertà di autodeterminazione, all'adozione della prestazione patrimoniale in suo danno.

La considerazione, poi, che sia l'art. 393, comma 3, cod. pen. che l'art. 629, comma 2, cod. pen. prevedano, in maniera analoga, un aumento di pena in caso di violenza o minaccia commessa con armi, ha indotto le Sezioni Unite a ritenere che sia stata normativamente prevista la possibilità di integrazione del delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone aggravato dall'uso di un'arma, e quindi la qualificazione ai sensi dell'art. 393 cod. pen. di condotte in cui la violenza o la minaccia risultino connotate da una particolare gravità "costrittiva", sproporzionata rispetto al fine perseguito. Tale aspetto è per il Supremo Collegio di decisivo rilievo al fine di escludere ogni possibile condivisione dell'interpretazione resa dal secondo indirizzo ermeneutico, per il quale, invece, le indicate condotte integrerebbero sempre gli estremi del delitto di estorsione.

Tale assunto, d'altro canto, sembra trovare conforto anche nella Relazione del Guardasigilli al progetto del Codice penale - che genericamente qualifica la fattispecie ex art. 393 cod. pen. come "comprensiva d'ogni specie di violenza, fisica o morale" - e nel dettato delle stesse due disposizioni normative in esame, che non contengono gradazione alcuna delle modalità espressive della condotta violenta o minacciosa.

Conclusivamente, quindi, per le Sezioni Unite i delitti previsti dagli artt. 393 e 629 cod. pen., pur caratterizzati da materialità non esattamente sovrapponibile, si distinguono per l'elemento psicologico, nel senso che: nel primo, l'agente tende al conseguimento di un profitto nella convinzione non meramente astratta ed arbitraria, ma ragionevole, anche se in concreto infondata, di esercitare un suo diritto, ovvero di soddisfare personalmente una pretesa che potrebbe formare oggetto di azione giudiziaria; nel secondo, invece, l'agente persegue il conseguimento di un profitto nella piena consapevolezza della sua ingiustizia.

Il Supremo Collegio ha, infine, arricchito l'indicata conclusione precisando che: ai fini dell'integrazione del delitto ex art. 393 cod. pen., la pretesa arbitrariamente coltivata dall'agente deve corrispondere in modo esatto all'oggetto della tutela concretamente apprestata dall'ordinamento giuridico, e non risultare in alcun modo più ampia (essendo peculiarità di tale fattispecie la sostituzione dello strumento di tutela pubblico con quello privato); la pretesa vantata dal soggetto attivo del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone deve essere non del tutto arbitraria, ovvero sfornita di una possibile base legale, ma deve potenzialmente costituire oggetto di una contestazione giudiziale avente apprezzabili possibilità di successo; configura il delitto di estorsione, e non quello di cui all'art. 393 cod. pen. (come invece ritenuto da un risalente orientamento), la condotta con cui l'agente eserciti la pretesa con violenza o minaccia in danno di un terzo estraneo al rapporto

obbligatorio, per costringere il debitore a adempiere; l'elemento piscologico del reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone e quello del delitto di estorsione devono essere accertati secondo le ordinarie regole probatorie, per cui la speciale veemenza con cui viene perpetrato il comportamento violento o minaccioso può avere valenza di elemento sintomatico del dolo di estorsione; la circostanza aggravante del c.d. "metodo mafioso" non è incompatibile con il reato previsto dall'art. 393 cod. pen., per cui l'art. 416-*bis*.1 cod. pen. non si applica in via esclusiva al delitto di estorsione (come invece affermato da altro orientamento).

5. La configurabilità del concorso del terzo nel reato ex art. 393 cod. pen.

Le Sezioni Unite hanno, infine, affrontato l'ultima questione rimessa al loro esame, riguardante le modalità attraverso cui è configurabile il concorso di persone del terzo non titolare della pretesa giuridicamente tutelabile nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone.

Il Supremo Collegio ha, in proposito, enunciato i principi del tradizionale orientamento giurisprudenziale, per cui, in caso di condotta tipica posta in essere da un terzo a tutela di un diritto altrui, si ha concorso nel reato di esercizio delle proprie ragioni allorquando il terzo commetta il fatto al solo fine di esercitare il preteso diritto per conto del suo effettivo titolare. Laddove, invece, il terzo agisca in piena autonomia, per il perseguimento di propri interessi, la condotta integra gli estremi del concorso nel reato di estorsione (così, in particolare: Sez. 2, n. 4681 del 21/03/1997, Russo, Rv. 207595-01; Sez. 5, n. 29015 del 12/07/2002, Aligi, Rv. 222292-01; Sez. 2, n. 12982 del 16/02/2006, Caratozzolo, Rv. 234117-01; Sez. 5, n. 22003 del 07/03/2013, Accarino, Rv. 255651-01).

Le Sezioni Unite hanno affermato di condividere l'indicata interpretazione, in quanto coerente con i principi giuridici in precedenza enunciati.

L'elemento di discrimine è, infatti, rappresentato dalla finalità con cui i terzi concorrenti non creditori intervengono a tutela del preteso diritto del titolare, configurandosi il concorso del terzo nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza o minaccia alle persone nei soli casi in cui il terzo si limiti a perseguire l'interesse del creditore, contribuendo alla realizzazione della sua pretesa, senza avere nessuna ulteriore e diversa finalità.

E' stato precisato, ancora, che, così stabilita la distinzione tra i reati di cui agli artt. 393 e 629 cod. pen., non residua possibilità alcuna di configurazione di un concorso formale tra di essi, risultando le due fattispecie solo alternative tra loro, in ragione della natura propria del rispettivo elemento psicologico. Nel caso di concorso in estorsione, infatti, l'eventuale fine di soddisfazione di un diritto del

preteso creditore resta assorbito nel concorrente scopo di profitto illecito perseguito da parte dei terzi concorrenti.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 6, n. 8434 del 30/04/1985, Chiacchiera, Rv. 170533-01
Sez. 2, n. 8778 del 09/04/1987, Schiera, Rv. 176469-01
Sez. 2, n. 8836 del 05/02/1991, Paiano, Rv. 188123-01
Sez. 2, n. 9121 del 19/04/1996, Platania, Rv. 206204-01
Sez. 2, n. 4681 del 21/03/1997, Russo, Rv. 207595-01
Sez. 6, n. 14334 del 16/03/2001, Federici, Rv. 218728-01
Sez. 6, n. 15972 del 05/04/2001, Corieri, Rv. 218668-01
Sez. 5, n. 29015 del 12/07/2002, Aligi, Rv. 222292-01
Sez. 6, n. 1257 del 03/11/2003, dep. 2004, Paoli, Rv. 228415-01
Sez. 1, n. 10336 del 02/12/2003, dep. 2004, Preziosi, Rv. 228156-01
Sez. 2, n. 47972 del 01/10/2004, Caldara, Rv. 230709-01
Sez. 2, n. 12982 del 16/02/2006, Caratozzolo, Rv. 234117-01
Sez. 2, n. 14440 del 15/02/2007, Mezzanzanica, Rv. 236457-01
Sez. 2, n. 35610 del 27/06/2007, Della Rocca, Rv. 237992-01
Sez. 2, n. 12329 del 04/03/2010, Olmastroni, Rv. 247228-01
Sez. 5, n. 28539 del 14/04/2010, P.M. in proc. Coppola, Rv. 247882-01
Sez. 6, n. 32721 del 21/06/2010, Hamidovic, Rv. 248169-01
Sez. 6, n. 41365 del 28/10/2010, Straface, Rv. 248736-01
Sez. 2, n. 22935 del 29/05/2012, Di Vuono, Rv. 253192-01
Sez. 5, n. 19230 del 06/03/2013, Palazzotto, Rv. 256249-01
Sez. 5, n. 22003 del 07/03/2013, Accarino, Rv. 255651-01
Sez. 6, n. 23322 del 08/03/2013, Anzalone, Rv. 256623-01
Sez. 2, n. 705 del 01/10/2013, dep. 2014, Traettino, Rv. 258071-01
Sez. 2, n. 51433 del 04/12/2013, Fusco, Rv. 257375-01
Sez. 2, n. 33870 del 06/05/2014, Cacciola, Rv. 260344-01
Sez. 2, n. 24292 del 29/05/2014, Ciminna, Rv. 259831-01
Sez. 5, n. 52241 del 20/06/2014, D'Ambrosio, Rv. 261381-01
Sez. 2, n. 31224 del 25/06/2014, Comite, Rv. 259966-01
Sez. 1, n. 32795 del 02/07/2014, Donato, Rv. 261291-01
Sez. 2, n. 42940 del 25/09/2014, Conte, Rv. 260474-01
Sez. 2, n. 9759 del 10/02/2015, Gargiuolo, Rv. 263298-01
Sez. 6, n. 17785 del 25/03/2015, Pipitone, Rv. 263255-01
Sez. 2, n. 23765 del 15/05/2015, Pellicori, Rv. 264106-01
Sez. 2, n. 44476 del 03/07/2015, Brudetti, Rv. 265320-01
Sez. 2, n. 42734 del 30/09/2015, Capuozzo, Rv. 265410-01
Sez. 2, n. 44674 del 30/09/2015, Bonaccorso, Rv. 265190-01

Sez. 2, n. 44657 del 08/10/2015, Lupo, Rv. 265316-01

Sez. 2, n. 46628 del 03/11/2015, Stradi, Rv. 265214-01

Sez. 2, n. 1921 del 18/12/2015, dep. 2016, Li, Rv. 265643-01

Sez. 2, n. 11453 del 17/02/2016, Guarnieri, Rv. 267123-01

Sez. 2, n. 41433 del 27/04/2016, Bifulco, Rv. 268630-01

Sez. 2, n. 46288 del 28/06/2016, Musa, Rv. 268360-01

Sez. 2, n. 1901 del 20/12/2016, dep. 2017, Di Giovanni, Rv. 268770-01

Sez. 6, n. 11823 del 07/02/2017, Maisto, Rv. 270024-01

Sez. 2, n. 31725 del 05/04/2017, Arnone, Rv. 271760-01

Sez. 2, n. 33712 del 08/06/2017, Michelini, Rv. 270425-01

Sez. 1, n. 6968 del 20/07/2017, dep. 2018, P.G. in proc. Rottino, Rv. 272285-01

Sez. 2, n. 5092 del 20/12/2017, dep. 2018, Gatto, Rv. 272017-01

Sez. 2, n. 55137 del 03/07/2018, Arcifa, Rv. 274469-01

Sez. 2, n. 36928 del 04/07/2018, Maspero, Rv. 273837-01

Sez. 2, n. 56400 del 22/11/2018, Iannuzzi, Rv. 274256-01

Sez. 5, n. 35563 del 15/07/2019, Russo, Rv. 277316-01

Sez. 2, ord. n. 50696 del 25/09/2019, Filardo ed altri

Sez. U, n. 29541 del 16/07/2020, Filardo e altri

CAPITOLO II

RICICLAGGIO E AUTORICICLAGGIO

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio: l'evoluzione normativa. - 2. Le condotte di riciclaggio: il trasferimento del bene in luogo in cui è difficile individuarne la provenienza delittuosa. - 3. Autoriciclaggio e irrilevanza della condotta di mero trasferimento occasionale del bene. - 4. Concorso tra autoriciclaggio e bancarotta. - 5. Il prodotto, il profitto e il prezzo dei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio. - 6. Impiego del profitto illecito derivante da violazione finanziaria e clausola di esonero. -7. Capacità dissimulatoria della condotta e sua valutazione *ex ante*.

1. Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, autoriciclaggio: l'evoluzione normativa.

L'ingresso nel nostro sistema penale del delitto di riciclaggio, avvenuto con l'inserimento nel codice dell'art. 648-bis ad opera dell'art. 3 del d.l. 21 marzo 1978, n. 59, convertito nella l. 18 maggio 1978, n. 191 del 1978 (sostituzione di denaro e valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione) non raccoglieva consensi unanimi in ragione del numero limitato di reati presupposto e tanto induceva il legislatore ad intervenire sostituendone la disciplina con l'art. 23 della legge n. 55 del 1990 che, da un lato, estendeva il catalogo dei reati presupposto anche a quelli concernenti la produzione e il traffico illecito di sostanze stupefacenti, dall'altro lato, abbandonata la struttura del reato a condotta anticipata, richiedeva anche un'effettiva attività di sostituzione del provento del delitto o una concreta attività di ostacolo all'identificazione della sua provenienza ed, infine, ampliava l'individuazione dell'oggetto del reato non più rappresentato soltanto da "altro denaro o altri valori", ma da "denaro, beni o altre utilità". A pochi anni di distanza, il legislatore nuovamente interveniva con l'art. 4 della l. 9 agosto 1993, n. 328 operando una riformulazione dell'art. 648-bis cod. pen. che, caratterizzata dall'estensione dei reati presupposto a tutti i delitti non colposi, rendeva superflua la necessità di una dettagliata elencazione della tipologia degli stessi e individuava quale comune denominatore delle condotte tutte le operazioni volte ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa di "denaro, beni o altre utilità".

Contestualmente alla prima modifica, attuata con l'art. 24 della legge n. 55 del 1990, poi sostituito dall'art. 5 della l. 9 agosto 1993, n. 328, il legislatore introduceva nel codice, all'art. 648-ter cod. pen., il delitto di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, attenzionando il settore delle attività economiche e finanziarie.

Le ipotesi delittuose di riciclaggio e di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita subivano un'ulteriore modifica legislativa ad opera dell'art. 3 della l. 15 dicembre 2014 (Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di riciclaggio), in merito al *quantum* della pena.

Con l'art. 3, comma 3, della l. 15 dicembre 2014 si dava corso anche all'inserimento nel sistema penale del delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. in forza del quale, superata la prospettiva del c.d. privilegio dell'autoriciclaggio, si attribuiva rilevanza penale all'attività di riciclaggio o reimpiego dei proventi ad opera dell'autore del reato presupposto, fino a quel momento esclusa dalla clausola di riserva contenuta negli artt. 648-bis e 648-ter cod. pen.

Il legislatore attraverso la nuova figura delittuosa realizzava una sorta di fusione della fattispecie di riciclaggio con quella di reimpiego, senza tuttavia ricomprendere l'intero novero delle condotte punibili ai sensi delle norme incriminatrici preesistenti. Infatti, l'autoriciclaggio si distingue dall'art. 648-bis cod. pen. che punisce anche i comportamenti diversi dalla sostituzione e dal trasferimento che ostacolano la rintracciabilità del provento e si distingue dal delitto di cui all'art. 648-ter cod. pen. che non contempla profili di necessaria decettività della condotta.

2. Le condotte di riciclaggio: il trasferimento del bene in luogo in cui è difficile individuarne la provenienza delittuosa.

La fattispecie criminosa di riciclaggio, come da ultimo modificata, richiede che la condotta sia caratterizzata da un tipico effetto dissimulatorio ravvisabile non solo in attività volte ad ostacolare in modo definitivo l'accertamento o l'individuabilità dell'origine delittuosa del denaro, dei beni o delle altre utilità, ma anche in comportamenti finalizzati solo a rendere difficile l'accertamento della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità, attraverso un qualsiasi espediente. Infatti, il delitto di riciclaggio, costruito come reato di mera condotta a forma libera, è posto a tutela dell'interesse dell'ordine pubblico economico la cui lesione si ravvisa non solo nella condotta materiale di sostituzione di beni, ma anche nell'attività di movimentazione di proventi illeciti attraverso operazioni di collocamento tali da ostacolarne l'identificazione, intesa anche come mera difficoltà nell'accertamento della provenienza.

Sul solco tracciato da quella giurisprudenza secondo la quale integra il delitto di riciclaggio la condotta volta ad ostacolare la tracciabilità del percorso dei beni di provenienza illecita, anche solo in termini di mera difficoltà nell'accertamento

e indipendentemente dalla circostanza che la stessa sia effettivamente impedita (Sez. 5, n. 21295 del 17/04/2018, Ratto, Rv. 273183; Sez. 2, n. 43881 del 09/10/2014, Matarrese, Rv. 260694 e Sez. 2, n. 3397 del 16/11/2012, Anemone, Rv. 254314), **Sez. 2, n. 23774 del 13/07/2020, Aatifi Faycal, Rv. 279586,** ha affermato che è sufficiente ad integrare il delitto di riciclaggio anche il mero trasferimento di un bene da un luogo ad un altro, ove idoneo a rendere di fatto più difficoltosa l'identificazione della sua provenienza delittuosa e, quindi, il compimento di operazioni che, pur tracciabili, siano di ostacolo all'identificazione della provenienza del bene, sicché ai fini della integrazione del delitto, non è necessario che l'accertamento o l'astratta tracciabilità del percorso dei beni provento di reato sia impedito in termini di impossibilità assoluta e definitiva, non costituendo, questo, l'evento del reato.

Nel caso al vaglio della Corte, l'imputato era stato condannato per due episodi di riciclaggio relativi al trasferimento in Africa di veicoli provento del delitto di appropriazione indebita consumata da terzi ai danni di due società di leasing. Secondo la tesi difensiva il possesso da parte dell'imputato dei documenti relativi ai veicoli e delle procure speciali per la conduzione dei mezzi all'estero, sottoscritte dagli autori materiali dei delitti di appropriazione indebita, rappresentavano circostanze dalle quali desumere agevolmente il contributo offerto dall'imputato nel delitto presupposto e, pertanto, la sua responsabilità a titolo di concorso nel medesimo; era, peraltro, da escludere che, in assenza di operazioni di ripulitura, il solo spostamento da un luogo ad un altro dei veicoli potesse, di per sé, rappresentare un'operazione in grado di ostacolarne la identificazione come beni provenienti da reato.

Nel suo percorso motivazionale, la Corte ha chiarito in primo luogo che il criterio per distinguere la responsabilità in ordine al delitto di riciclaggio di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, dalla responsabilità a titolo di concorso nel reato presupposto - che escluderebbe la prima - non può essere solo quello temporale, ossia il momento in cui si perfeziona l'accordo, ma richiede la verifica del "peso" rappresentato dall'assicurazione, manifestata ed offerta preventivamente dall'autore del reato principale all'autore materiale del reato presupposto, della propria collaborazione nel trasferimento dei veicoli all'estero in termini di determinazione o quantomeno di rafforzamento della decisione del detentore del veicolo di appropriarsene indebitamente ed "uti dominus". Sulla base di tale premessa, la Corte ha concluso che, in assenza di ulteriori elementi sintomatici, il rilascio all'imputato della procura speciale per l'imbarco e la conduzione dei veicoli da parte dell'autore del reato presupposto, così come la consegna dei documenti dei veicoli necessari alla loro corretta movimentazione, rappresentano elementi neutri ed asintomatici di un pregresso accordo, ben

potendo questo intervenire in un momento successivo alla "già consumata" appropriazione indebita.

Quanto, poi, alla tesi difensiva secondo la quale il mero trasferimento dei veicoli in Africa in assenza di condotte di alterazione materiale degli stessi avrebbe potuto, al più, integrare il delitto di ricettazione, la Corte ha sottolineato come nella formulazione della norma incriminatrice di cui all'art. 648-bis cod. pen., il legislatore abbia tipizzato come condotta causalmente produttiva dell'evento anche l'attività materiale di trasferimento del bene qualora idonea a rendere di fatto più difficoltosa l'identificazione dell'origine illecita del medesimo, situazione certamente ravvisabile nel caso di spostamento di beni in un paese estero, in particolare in uno stato extracomunitario, in ragione del pericolo rappresentato dalla "oggettiva diminuzione delle probabilità di risalire al reato presupposto ed all'avente diritto, dovuta alla recisione del collegamento con il luogo di provenienza".

In termini si è posta, da ultimo, anche **Sez. 2, n. 35022 del 09/10/2020, Bouchab Abdelhadi**, affermando che è configurabile il delitto di riciclaggio e non quello di ricettazione anche in presenza di semplici attività di occultamento e, dunque, in assenza di condotte di alterazione materiale dei beni. Il caso che ha originato queste conclusioni riguardava l'occultamento di alcuni ciclomotori provento di furto, sistemati tra masserizie varie all'interno di un furgone condotto dall'imputato nell'area di imbarco di una motonave diretta in Marocco. La Corte, superando le osservazioni difensive, volte ad evidenziare come la circostanza che la polizia giudiziaria all'esito del rinvenimento dei mezzi avesse agevolmente rintracciato i proprietari fosse sufficiente a dimostrare l'assenza di una condotta dell'imputato tesa ad impedire l'identificazione della loro provenienza, ha chiarito che, secondo la testuale dizione contenuta nella norma di cui all'art. 648-bis cod. pen., il delitto di riciclaggio è integrato non soltanto dalle condotte tipiche di sostituzione o trasformazione del bene di origine illecita, ma anche da ogni altra operazione diretta ad ostacolare l'identificazione dell'origine delittuosa della *res* senza incidere direttamente, mediante alterazione dei dati esteriori, sulla cosa in quanto tale. La Corte ha, quindi, concluso nel senso della sussumibilità nel delitto di riciclaggio della condotta dell'imputato che non si era limitato alla semplice ricezione dei beni, punibile secondo lo schema di cui all'art. 648 cod.pen., ma aveva frapposto ostacoli concreti alla identificazione degli stessi quale provento di precedente delitto occultandoli, sicché la piena riuscita dell'operazione avrebbe impedito l'identificazione dei veicoli illecitamente sottratti.

3. Autoriciclaggio e irrilevanza della condotta di mero trasferimento occasionale del bene.

In merito alla valutazione della idoneità della condotta volta ad ostacolare concretamente l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, con recente decisione, **Sez. 2, n. 7265 del 14/01/2020, Toia, Rv. 277967** ha escluso che la cessione temporanea a terzi, per singoli incontri di calcio, di abbonamenti nominativi ottenuti da una società sportiva attraverso modalità estorsive, integri il delitto di autoriciclaggio non ricorrendo una condotta idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni stessi.

Nella specie, il pubblico ministero aveva proposto ricorso avverso l'ordinanza del tribunale del riesame che, a suo avviso, aveva erroneamente escluso che il trasferimento a terzi di venticinque abbonamenti per la stagione calcistica, intestati ai cd. striscionisti (tifosi che si occupano di esporre gli striscioni nella curva della tifoseria di appartenenza) e da questi ottenuti, seppur dietro pagamento, a seguito di minacce rivolte alla società calcistica, potesse integrare una condotta rilevante ai sensi dell'art. 648-ter. 1 cod. pen., in quanto non qualificabile come attività finanziaria, economica o imprenditoriale. Ad avviso del pubblico ministero, invece, la condotta di cessione degli abbonamenti rappresentava null'altro che una modalità di reimmissione nel circuito legale di beni di provenienza delittuosa, realizzata in modo da ostacolarne l'identificazione dell'origine attraverso la rivendita, per singole partite, da parte di un soggetto terzo che si interponeva "schermo" tra la condotta estorsiva e il suo prodotto, ossia gli abbonamenti, e consentirne il rientro nel circuito economico in favore di soggetti inconsapevoli.

La Corte, ritenendo corretto il percorso argomentativo del giudice della cautela, ha escluso, invece, che il trasferimento per singole partite di abbonamenti nominativi dai soggetti titolari a terzi soggetti possa integrare quella condotta idonea a "ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa" richiesta dalla norma, in ragione sia della intestazione nominativa degli abbonamenti, sia della comunicazione alla società sportiva dell'avvenuta rivendita, necessaria per consentire ai terzi acquirenti l'ingresso allo stadio. Ad avviso della Corte, inoltre, la predisposizione dello "schermo", ossia del soggetto rivenditore, si poneva, rispetto alla ipotizzata condotta di autoriciclaggio, come antecedente rivelatore della sola volontà di perseguire un profitto economico dalla vendita dei beni e non anche della volontà di ostacolarne l'individuazione dell'origine.

4. Concorso tra autoriciclaggio e bancarotta.

Il tema del rapporto tra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e per dissipazione e il delitto di autoriciclaggio, nel 2020, è stato affrontato con la sentenza **n. 1203 del 14/11/2019, dep. 2020, Hu Shaojing, Rv. 277854** dalla Quinta sezione che, riprendendo le argomentazioni già espresse dalla stessa sezione nella decisione n. 8851 del 01/02/2019, Petricca, Rv. 275495, ha ravvisato il possibile concorso tra i due reati a condizione che l'impiego dei beni dell'impresa fallita o del loro ricavato in attività a questa estranee avvenga con modalità idonee a renderne obiettivamente difficoltosa l'individuazione dell'origine delittuosa e che, quindi, non si risolva nel mero utilizzo o godimento personale dell'agente. Nel caso di specie, la Corte, esclusa la ricorrenza di elementi ostativi al concorso tra il delitto presupposto di bancarotta fraudolenta per distrazione prefallimentare o postfallimentare e il delitto di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen., semprechè di quest'ultimo ricorrano tutti gli elementi costitutivi, ha pregevolmente sottolineato che la finalità primaria che ha indotto il legislatore all'introduzione del delitto di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. è stata quella di colmare il vuoto determinato dalle fattispecie di riciclaggio e, quindi, di punire anche l'attività dell'autoriciclatore o di colui che ha concorso nel delitto presupposto, allorquando questa si risolva in condotte di impiego, di sostituzione e di trasferimento di denaro, beni o altre utilità provenienti dalla commissione del delitto presupposto in settori economici, finanziari, imprenditoriali o speculativi, comprensivi non solo di attività produttive in senso stretto, ma anche di scambi e distribuzione di beni nel mercato del consumo, idonee a realizzare la reimmissione delle utilità provenienti *ex delicto* in canali economici legali. Ad avviso della Quinta sezione, la condotta di reimmissione, seppur non riconducibile ai canoni degli artifici o raggiri, deve essere concretamente idonea ad ostacolare, anche solo in termini di obiettiva difficoltà e non necessariamente di assoluto impedimento, l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, dei beni o delle altre utilità, sicchè per configurare il concorso tra il delitto di bancarotta per distrazione dei beni dell'impresa, poi fallita, o del loro ricavato verso finalità estranee all'impresa medesima, e il delitto di autoriciclaggio non è sufficiente il mero impiego di quegli stessi beni in attività imprenditoriali, ma occorre un *quid pluris* (nella specie individuato nella "polverizzazione" del patrimonio utilizzato per la creazione di nuove società "cloni" della prima, poi fallita) che denoti l'attitudine concretamente simulatoria della condotta, diversamente finendosi per sanzionare due volte la stessa attività sottrattiva.

Con la citata decisione, la Corte ha inoltre affermato che ricorre il delitto di autoriciclaggio del provento del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione

anche nel caso in cui le condotte distrattive dell'agente originariamente consistite in attività di indebita appropriazione siano poi evolute, in una progressione criminosa terminata con la dichiarazione di fallimento della società a danno della quale sono state realizzate, nelle condotte di bancarotta di cui all'art. 216 legge fall. (Sez. 5, n. 2295 del 3/07/2015, Marafiori, Rv. 266018).

5. Il prodotto, il profitto e il prezzo dei reati di riciclaggio ed autoriciclaggio.

Un tema sempre attenzionato dalla giurisprudenza è quello relativo al prodotto, al profitto o al prezzo del delitto di riciclaggio, sul quale la Corte si è espressa anche di recente.

Dando continuità a quella giurisprudenza secondo la quale, raggiunta la prova che il riciclatore si sia avvantaggiato del solo prezzo del reato e che, quindi, non sia ipotizzabile un concorso tra l'autore del reato presupposto ed il riciclatore, la confisca nei confronti di quest'ultimo non possa ricomprendere anche il profitto conseguito dall'autore del reato presupposto, **Sez. 2, n. 30899 del 15/07/2020, Ambrosini** è intervenuta per correggere la decisione di confisca per equivalente che aveva riguardato il patrimonio del riciclatore in misura pari all'intera somma riciclata della quale, in realtà, si era avvantaggiato solo l'autore del reato presupposto, affermando che la misura ablatoria può riguardare soltanto il prezzo del reato, come determinato in sede di accertamento giudiziale e, dunque, solo l'effettivo vantaggio economico derivato all'autore dalla commissione del delitto di cui all'art. 648-bis cod. pen.

Nella sentenza "Ambrosini", la Corte ha evidenziato come la disciplina della confisca per equivalente di cui all'art. 648-quater, comma 2, cod. pen. che ricomprende, a differenza di quanto previsto al comma 1 della stessa norma per la confisca diretta, tra i beni aggredibili non soltanto il prodotto o il profitto, ma anche il prezzo del reato, abbia operato un ampliamento, non di poco conto, del catalogo dei frutti dell'attività illecita, imponendo al giudice la corretta ed esatta individuazione di ciò che si intende sequestrare al riciclatore: il prodotto, ovvero il risultato ottenuto direttamente con l'azione criminosa; il profitto, ovvero l'accrescimento del patrimonio ottenuto attraverso l'attività illecita; il prezzo, ovvero il compenso che ha spinto l'interessato a commettere il reato o ne ha rafforzato il preesistente intento criminoso o, ancora, ne ha determinato l'insorgere. Sicché la Corte, in ossequio ai principi di proporzionalità e di corrispondenza fra importo confiscabile e vantaggio patrimoniale ricavato dal reato, ha ribadito quanto già affermato, sia pur in maniera incidentale, da **Sez. 2, n. 10649 del 30/01/2020, Rabino**, secondo cui, una volta provato che il

vantaggio del riciclatore è rappresentato dal solo prezzo del reato, è solo su questo che la misura ablatoria potrà essere disposta e non anche sulla restante parte relativa al vantaggio conseguito dall'autore del reato presupposto (Sez. 2, n. 37590 del 30/04/2019, Giulivi, Rv. 277083; Sez. 2, n. 22020 del 10/04/2019, Scimone, Rv. 276501).

Sempre sul tema, è interessante la decisione di **Sez. 2, n. 34218 del 04/11/2020, Bonino,** che, in linea con quanto già sostenuto da Sez. F, n. 37120 del 01/08/2019, Cudia, Rv. 277288, individua il profitto dei reati di riciclaggio e di reimpiego di denaro nel valore delle somme oggetto delle operazioni dirette ad ostacolare la provenienza delittuosa, sul presupposto che, in assenza di quelle operazioni, tali somme sarebbero state definitivamente sottratte in quanto provento del delitto presupposto. La Corte, chiamata a pronunciarsi sul sequestro preventivo, disposto in relazione al delitto di riciclaggio aggravato ai sensi dell'art. 61-bis cod. pen. nei confronti dell'amministratore di fatto di una s.r.l. che aveva trasferito su conti esteri e nazionali il provento di truffe informatiche attuate con la tecnica del *phishing*, ha ritenuto corretta la decisione del giudice della cautela che aveva applicato la misura ablativa sulla sola somma di denaro (di gran lunga inferiore al valore del profitto delle truffe consumate) oggetto delle manovre dell'indagato, unico soggetto riciclante, volte ad ostacolarne l'illecita provenienza. La Corte, nel suo percorso motivazionale, ha precisato che la decisione assunta non si pone in posizione dissonante con il principio di diritto affermato da Sez. 2, n. 37590 del 30/04/2019, Giulivi, Rv. 277083, secondo cui la confisca di valore, avendo natura sanzionatoria, partecipa del regime delle sanzioni penali e quindi non può essere applicata per un valore superiore al profitto del reato, travalicando, in caso contrario, il confine della pena illegale, poiché nel caso affrontato nella decisione "Giulivi" non solo si era verificata una perfetta sovrapposizione, in termini numerici, tra il profitto del reato presupposto ed il profitto del riciclaggio, ma, nella specie, più soggetti avevano concorso nel reato di riciclaggio, sicché non era stato possibile stabilire il profitto dell'uno o dell'altro e la divaricazione concettuale tra il "bene riciclato" ed il "profitto" conseguito dall'autore del reato attraverso la sua attività criminosa, si era imposta.

In relazione all'individuazione del prodotto, del profitto o del prezzo del reato, questa volta con riferimento al delitto di autoriciclaggio, si è pronunciata **Sez. 2, n. 27228 del 15/09/2020, Lolaico, Rv. 279650 - 02**. Nella specie, il direttore di una banca, padre del ricorrente, aveva sottratto somme di danaro a vari clienti, così rendendosi autore di delitti di truffa e appropriazione indebita, parte delle quali aveva trasferito sul conto intestato ad una s.a.s. nella quale il figlio, suo prestanome, rivestiva la carica di legale rappresentante. Sui beni intestati al ricorrente era stato disposto il sequestro finalizzato alla confisca ai

sensi dell'art. 648-quater cod. proc. pen., in quanto ritenuti profitto del delitto di autoriciclaggio commesso dal padre che a nome della s.a.s., della quale era il reale gestore, aveva acquistato un'attività di ristorazione. Dissentendo dalla tesi difensiva, la Corte, in linea con la decisione di **Sez. 6, n. 4953 del 20/11/2019, dep. 2020, Cilli, Rv. 278204,** ha affermato che il prodotto, il profitto o il prezzo del reato di riciclaggio non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, ma va individuato nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative**.**

Il caso affrontato dalla sentenza "Cilli" aveva ad oggetto, per la parte che qui interessa, il ricorso proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza con la quale il giudice del merito aveva accolto la richiesta di riesame proposta in relazione al sequestro preventivo di una somma di denaro, indicata come profitto del delitto di autoriciclaggio, disposto nei confronti di un soggetto indagato anche per il delitto di peculato, reato in relazione al quale, invece, il sequestro era stato confermato. Ad avviso del pubblico ministero ricorrente, l'errore in cui era incorso il giudice distrettuale consisteva nell'aver ritenuto che l'utilizzo del denaro, illecitamente acquisito dall'indagato con la condotta distrattiva di peculato, per il pagamento degli stipendi del personale dipendente dell'ente da lui gestito non fosse idoneo, in assenza di operazioni atte a ostacolarne la provenienza, ad escludere l'applicazione della clausola di esonero di cui all'art. 648-ter.1, comma quarto, cod. pen., laddove, diversamente, ad assumere significativo rilievo era proprio la circostanza che l'indagato fosse l'amministratore di fatto dell'ente e che l'operazione di trasferimento del denaro *ex delicto* fosse avvenuta con emissione di regolare fattura. La Sesta sezione, dissentendo dalle argomentazioni della pubblica accusa, ha condiviso la decisione del giudice del riesame in ragione dell'assenza di specifici elementi, solo astrattamente prospettati, volti a dimostrare che le operazioni compiute dall'indagato fossero dirette ad ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa del denaro, sicchè, *rebus sic stantibus*, il sequestro si sarebbe risolto in una duplicazione della misura reale già disposta sulla somma quale profitto del delitto di peculato. Di fatto, la Corte, con la decisione "Lolaico", si è posta sul solco segnato Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970 che, intervenendo per correggere la decisione con la quale il giudice del merito aveva disposto il sequestro preventivo per equivalente, quale profitto del delitto di autoriciclaggio, delle somme provento del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti -già oggetto di sequestro finalizzato alla confisca ai sensi dell'art. 12 bis Dlgs 74/2000-, senza individuare esattamente il *quantum* di denaro che, una volta "ripulito", era stato poi reinvestito in attività economiche inerenti a società, ha

affermato che in tema di autoriciclaggio il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, consistendo invece nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative. Nella motivazione della sentenza "Ceoldo", i giudici hanno evidenziato che partendo dal dato fattuale che il delitto di autoriciclaggio si alimenta (in tutto o in parte) con il provento del delitto presupposto, si giunge necessariamente alla conclusione che il "prodotto, profitto o prezzo" del delitto di autoriciclaggio non può che essere un qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto al provento del reato presupposto di cui l'autore ha già goduto; sicché, se il reato di autoriciclaggio, per essere configurabile, deve consistere nell'impiego, sostituzione, trasferimento "in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative" del denaro, dei beni o delle altre utilità provenienti dalla commissione del reato presupposto, allora il "prodotto, profitto o prezzo" del reato di autoriciclaggio confiscabile non può che consistere nel "prodotto, profitto o prezzo" conseguito solo a seguito dell'impiego, della sostituzione o del trasferimento «in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative» del denaro, dei beni o delle altre utilità derivanti dal reato presupposto. La conclusione, ad avviso della Corte, è coerente con la *ratio legis* del reato di autoriciclaggio che è quella di impedire all'agente, attraverso la sterilizzazione del profitto conseguito con il reato presupposto, di reinvestire il denaro nell'economia legale o di inquinare il libero mercato ledendo l'ordine economico, *ratio legis* che si rinviene anche nella clausola di esclusione di cui all'art. 648-ter.1, comma quarto, cod. pen., applicabile all'agente che pur resosi autore del reato presupposto, abbia destinato il denaro, i beni o le altre utilità esclusivamente al godimento personale. Sempre con la decisione **n. 27228 del 15/09/2020, Lolaico, Rv. 279650 - 01,** questa volta con riferimento al sequestro di un veicolo intestato alla s.a.s. amministrata dal ricorrente, ma di fatto gestita dal padre, la Seconda sezione ha ritenuto correttamente applicata la misura reale sul mezzo, in quanto strumentale alla compagine aziendale alimentata con capitali rivenienti dal truffe e appropriazioni indebite (commesse dal padre) attraverso condotte tali da rendere impossibile la distinzione e separazione tra parte lecita e parte illecita del capitale sociale.

6. Impiego del profitto illecito derivante da violazione finanziaria e clausola di esonero.

Di grande interesse e particolare pregio è l'apporto chiarificatore offerto dalla decisione di **Sez. 2, n. 30889 del 09/09/2020, Renella, Rv. 279913** in relazione al significato e alla portata della locuzione "altre utilità" di cui all'art. 648-bis cod.

pen. La Corte, nella specie, è intervenuta per correggere la decisione di condanna assunta dal giudice di merito che aveva ritenuto idonea ad integrare il delitto di riciclaggio la condotta dell'imputato che, ricevuti numerosi assegni bancari a lui intestati da parte dei clienti di un avvocato, aveva incassato i titoli poi restituendone gli importi al legale che, a sua volta, omettendone la dichiarazione ai fini fiscali, si era reso autore del reato presupposto di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000. Nella sentenza, la Corte si è soffermata sull'evoluzione giurisprudenziale che, parallelamente a quella normativa, ha esteso il catalogo dei reati presupposti a tutti i reati dolosi e, quindi, anche alla frode fiscale, sul presupposto che il riferimento contenuto nell'art. 648-bis cod. pen. alle "altre utilità" ed il suo utilizzo come clausola di chiusura, certamente può ricomprendere anche il risparmio di spesa derivante dall'omesso versamento delle imposte dovute che, quanto, pur non determinando alcun accrescimento del patrimonio, ma producendo solo il mancato decremento dello stesso, comunque, di fatto, concretizza una utilità di natura economica per l'agente (Sez. 2, n. 6061/2012, Gallo, Rv. 252701). Su tale premessa, la Corte, nel dare positivo riscontro alla tesi difensiva secondo la quale la condotta del soggetto che si risolva in un'attività meramente strumentale e temporalmente anticipata rispetto al delitto fiscale da altri commesso, non integra il delitto di riciclaggio mancando la natura delittuosa del denaro oggetto di sostituzione, ha evidenziato che, in un'ottica non più soltanto finalizzata a contenere i fenomeni di illecito impiego del patrimonio individuale del soggetto privato dei propri beni, ma anche proiettata a garantire la tutela dell'ordine economico, non vi è dubbio che il presupposto normativo che accomuna le fattispecie di cui agli artt. 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 cod. pen. debba essere ravvisato nella necessità che la condotta dell'agente, per essere punibile, sia posta su beni o denaro provento di precedente delitto, sicché presupposto imprescindibile nel rapporto tra il delitto di riciclaggio e i profitti illeciti derivanti da reato fiscale (nella specie il delitto di cui all'art. 3, d.lgs n. 74 del 2000), rimane quello della precedente consumazione di tale ultimo reato. La Corte, dunque, ha ritenuto non configurabile il delitto di riciclaggio nell'attività di ricezione di assegni e di successiva monetizzazione degli stessi svolta dall'imputato prima della scadenza dell'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi da parte del reale destinatario del denaro, poiché diretta su un profitto che, al momento della condotta, non era di origine delittuosa in quanto non identificabile neanche come risparmio di spesa per l'evasore. La Seconda sezione si è così allineata a quella giurisprudenza che nella nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto di cui al d.lgs. n. 74 del 2000 individua una netta inversione di rotta del legislatore, imperniata sulla repressione delle sole fattispecie connotate da rilevante

offensività degli interessi connessi al prelievo fiscale anziché sulla repressione dei comportamenti prodromici e meramente strumentali alla realizzazione dell'illecito. In tema di rapporto tra delitto di autoriciclaggio e violazioni finanziarie, riveste interesse la decisione della **Sez. 2, n. 9755 del 03/12/2019, dep. 2020, Zanellato, Rv. 278513** che nell'attività di pagamento di fatture emesse per operazioni inesistenti, con successiva retrocessione dei relativi importi in contanti, ha individuato una modalità di un impiego in attività economiche e finanziarie dell'utilità di provenienza illecita, integrante il delitto di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. Il caso attenzionato alla Corte riguardava la decisione assunta dal giudice della cautela nei confronti di un soggetto indagato del delitto di associazione per delinquere finalizzata all'evasione dell'imposta sul valore aggiunto e all'autoriciclaggio dei relativi proventi, attuata attraverso l'utilizzo di società di comodo gestite di fatto dagli associati. Costoro si procuravano la disponibilità di beni (nella specie, veicoli e generi alimentari) con il sistema della lettera di intenti (che consente a particolari categorie di soggetti di acquistare e importare beni e servizi evitando l'assoggettamento a imposta, in regime di sospensione d'imposta), provvedendo, poi, a reiterate cessioni dei beni stessi tra le società di comodo che fatturavano le operazioni esponendo l'i.v.a., di fatto non pagata, ma portata in detrazione nelle dichiarazioni fiscali; ogni società tratteneva, poi, una percentuale dal ricavato delle vendite che veniva distribuito tra gli associati. La successiva attività di autoriciclaggio veniva realizzata attraverso la fatturazione, da parte una società olandese a carico di una società italiana gestita da tutti i consociati, di operazioni di compravendita inesistenti che, pagate tramite bonifici esteri, consentivano il rientro in Italia del denaro contante, consegnato agli associati attraverso corrieri. Diversamente da quanto ritenuto dalla difesa, la Corte ha chiarito che, attraverso la concordata emissione di fatture per operazioni inesistenti da parte della società olandese, la condotta dell'indagato e degli altri associati, consistita nel pagamento tramite bonifico degli importi regolarmente fatturati e nella successiva ricezione, a titolo di restituzione, delle stesse somme in forma contante, rientra nel concetto di attività economiche, finanziarie e imprenditoriali di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen., a nulla rilevando la circostanza che le operazioni fatturate fossero rappresentative di operazioni solo apparenti di compravendita di beni. Ad avviso della Corte infatti è indubitabile che l'emissione, da parte di una impresa commerciale, di documenti contabili di indubbia valenza economica per via della loro annotazione nei prescritti registri e fiscale, come pure il pagamento di tali documenti, integrino forme di attività economica o finanziaria (sol che si consideri, da un lato, la possibilità di utilizzare le fatture per ottenere aperture di credito e, dall'altro, la circostanza che l'annotazione dei bonifici rappresentativi di costi comporta l'abbattimento del

ricavo dell'imprenditore) idonee all'occultamento della provenienza delittuosa del denaro, come dimostrato dalla modalità del rientro dei soldi.

Quanto poi alla prospettazione difensiva secondo la quale la suddivisione del denaro tra gli indagati fosse di per sé rappresentativa della sua destinazione a consumo personale e non ad investimento, la Corte nella decisione **"Zanellato"** ha escluso l'applicabilità della clausola di esonero di cui all'art. 648-ter.1, comma quarto, cod. pen. in ragione della complessa ed articolata attività di camuffamento realizzata con la falsa fatturazione a fini di evasione. In proposito, la Seconda sezione ha richiamato il contributo di Sez. 2, n. 30399 del 7/06/2018, Barbieri che, dopo una pregevole digressione sul dibattito dottrinario sorto all'indomani della introduzione nell'ordinamento del delitto di autoriciclaggio in merito al significato da attribuire alla locuzione "fuori dei casi di cui ai precedenti commi" di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen., ha precisato che la norma non solo è chiara nella sua *ratio*, che è quella di "limitare la non punibilità ai soli casi in cui i beni proventi del delitto restino cristallizzati - attraverso la mera utilizzazione o il godimento personale - nella disponibilità dell'agente del reato presupposto, perché solo in tale modo si può realizzare quell'effetto di "sterilizzazione" che impedisce - pena la sanzione penale - la reimmissione nel legale circuito economico, ma è anche opportuna perché "con la tassativa indicazione dei casi di non punibilità, contribuisce a delimitare, in negativo, l'area di operatività di cui al primo comma che, invece, descrive, in positivo, la condotta punibile", sicchè l'*incipit* "fuori dei casi di cui ai commi precedenti" della clausola di non punibilità di cui all'art. 648-ter.1, comma quarto, cod. pen. va intesa ed interpretata "nel senso fatto palese dal significato proprio delle suddette parole e cioè nel senso che la fattispecie non si applica alle condotte descritte nei commi precedenti, con la conseguenza che l'agente può andare esente da responsabilità penale solo e soltanto nel caso in cui utilizzi o goda dei beni proventi del delitto presupposto in modo diretto e senza compiere su di essi alcuna operazione atta ad ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

7. Capacità dissimulatoria della condotta e sua valutazione *ex ante.*

Se la *ratio* della norma di cui all'art. 648-ter.1 cod. pen. è quella di evitare l'inquinamento dell'economia attraverso la reimmissione nel legale circuito di denaro, di beni e di altre utilità provenienti dalla commissione di un delitto non colposo, la verifica del carattere decettivo della condotta e, quindi, della sua idoneità a costituire ostacolo alla identificazione della provenienza delittuosa del bene deve avvenire *ex ante*, sicché deve escludersi che l'identificazione successiva delle operazioni dissimulatorie possa rappresentare una causa di esclusione della

punibilità della condotta. In tali termini si è espressa **Sez. 2, n. 16059 del 18/12/2019, dep. 2020, Fabbri, Rv. 279407-01** evidenziando, in motivazione, che una conclusione di segno contrario comporterebbe l'irragionevole conseguenza di dover escludere l'applicabilità dell'art. 648-ter.1 cod. pen. per il solo fatto della successiva ricostruzione e verificazione della condotta stessa. Il caso al vaglio della Corte riguardava il vincolo reale su somme di denaro, quote sociali ed altri beni in relazione ai reati di contraffazione ed introduzione nello Stato di capi di abbigliamento con marchi contraffatti e di autoriciclaggio, disposto dal giudice del merito nei confronti di soggetti che avevano creato e commercializzato prodotti con segni contraffatti di note marche di abbigliamento, reinvestendo poi i profitti illeciti di tale attività nelle stesse aziende di produzione e commercializzazione ovvero movimentandoli tra le diverse società. Sosteneva la difesa che quanto transitato sui conti societari per effetto delle vendite dei capi di abbigliamento non era stato mai oggetto di condotte decettive atte ad rendere non tracciabili i proventi del delitto, come dimostrato dal fatto che tutte le operazioni erano accompagnate da regolare documentazione fiscale e contabile, sicché alla tracciabilità delle operazioni conseguiva l'inidoneità dell'azione per difetto di concreta capacità decettiva della condotta. Diversamente opinando, la Corte ha evidenziato che il criterio da seguire, a meno di non voler ritenere che l'art. 648-ter.1 cod. pen. prefiguri un'incriminazione impossibile, è quello della idoneità *ex ante* della condotta posta in essere a costituire un ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa del bene, attraverso una verifica che, operata sulla base di precisi elementi di fatto, consenta di accertare in concreto la sua astratta idoneità dissimulatoria. La verifica, dunque, deve avvenire indipendentemente dall'esito degli accertamenti successivi e dal disvelamento della condotta illecita, ai quali non può attribuirsi il significato di non idoneità della azione per difetto di concreta capacità decettiva. Sulla base di tale premessa, la Seconda sezione ha affermato che per essere punibile la condotta non deve necessariamente presentare i connotati dell'artificiosità, ma è sufficiente che sia tale da rendere anche solo obiettivamente difficoltosa l'identificazione della provenienza delittuosa del bene e che, affinchè le condotte di impiego, di sostituzione o di trasferimento assumano rilevanza al cospetto dell'autoriciclaggio, è necessario un *quid pluris* che denoti, in termini di concretezza, la loro attitudine dissimulatoria rispetto alla provenienza delittuosa del bene, ovvero un contegno che vada oltre la mera movimentazione del denaro, dei beni o delle altre utilità del delitto presupposto, nel caso di specie correttamente individuato nel reinvestimento del profitto illecito nelle svariate società gestite dagli indagati e, dunque, in una condotta che, determinando un

mutamento nella titolarità giuridica del bene, ne aveva reso difficoltosa la individuazione.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 6061 del 17/01/2012, Gallo, Rv. 252701
Sez. 2, n. 3397 del 16/11/2012, Anemone, Rv. 254314
Sez. 2, n. 43881 del 09/10/2014, Matarrese, Rv. 260694
Sez. 5, n. 2295 del 3/07/2015, Marafiori, Rv. 266018
Sez. 5, n. 21295 del 17/04/2018, Ratto, Rv. 273183
Sez. 2, n. 30399 del 7/06/2018, Barbieri
Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970
Sez. 2, n. 22020 del 10/04/2019, Scimone, Rv. 276501
Sez. 2, n. 37590 del 30/04/2019, Giulivi, Rv. 277083
Sez. F, n. 37120 del 01/08/2019, Cudia, Rv. 277288
Sez. 5, n. 1203 del 14/11/2019, dep. 2020, Hu Shaojing, Rv. 277854
Sez. 6, n. 4953 del 20/11/2019, dep. 2020, Cilli, Rv. 278204
Sez. 2, n. 9755 del 03/12/2019, dep. 2020, Zanellato, Rv. 278513
Sez. 2, n. 16059 del 18/12/2019, dep.2020, Fabbri, Rv. 279407-01
Sez. 2, n. 7265 del 14/01/2020, Toia, Rv. 277967
Sez. 2, n. 10649 del 30/01/2020, Rabino
Sez. 2, n. 23774 del 13/07/2020, Aatifi Faycal, Rv. 279586;
Sez. 2, n. 30899 del 15/07/2020, Ambrosini
Sez. 2, n. 30889 del 09/09/2020, Renella, Rv. 279913
Sez. 2, n. 27228 del 15/09/2020, Lolaico, Rv. 279650
Sez. 2, n. 35022 del 09/10/2020, Bouchab Abdelhadi
Sez. 2, n. 34218 del 04/11/2020, Bonino

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO I

EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO ALLA LUCE DEL PROVVEDIMENTO DEL PRIMO PRESIDENTE AGGIUNTO IN DATA 17-23/07/2019

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Inquadramento: utilizzabilità del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto in data 17-23/07/2019 come schema di lettura. 2. Antefatto: rimessione degli atti al Primo Presidente su un ritenuto contrasto tra la tesi della necessaria mafiosità in atto e la tesi della sufficienza di una mera mafiosità in potenza. 3. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: sintesi. 4. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: l'associazione di tipo mafioso in generale. 4.1 Esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà: prospettive comuni alle due sentenze del 2020 su mafia capitale e sul clan Fasciani. 4.2 Elementi motivazionali di differenziazione tra dette due sentenze. 4.3. Orientamento opposto all'esegesi "causalmente orientata": affermazioni di principio e temperamenti recenti. 5. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: delocalizzazioni 'ndranghetiste in particolare. 5.1. (Segue). «Nuovi aggregati»: distinzione tra quelli adottanti la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» e quelli costituenti «mere articolazioni territoriali di una tradizionale organizzazione mafiosa». Il problema delle associazioni reviviscenti. 5.2. Associazioni reviviscenti: tesi della necessaria esibizione di una concreta forza di intimidazione. 5.3. Associazioni reviviscenti: tesi della sufficienza della dote di mafiosità. 5.4. Associazioni distaccate da altre maggiori. 5.5. Questioni di competenza territoriale. 6. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture 'ndranghetiste attive in territori di storico radicamento. 7. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture non 'ndranghetiste. 8. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso". 8.1. Sentenza su mafia capitale in ordine all'equiparazione tra mafie storiche e "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso". 8.2. L'opposta tesi della «progressiva attenuazione della rilevanza giuridica delle ricadute esterne della metodologia associativa». 9. Condivisione del contenuto del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto da parte di pronunce relative alla 'ndrangheta. 9.1. Volti puliti della 'ndrangheta e cosche 'ndranghetiste di seconda generazione nei territori refrattari dell'Italia settentrionale. 9.2. Condivisione del contenuto del provvedimento del P.P.A. da parte di una pronuncia relativa ad una "nuova ed autonoma associazione di tipo mafioso". 10. Possibile ricaduta sistematica della tesi della necessaria mafiosità in atto: dalla specialità all'alterità dell'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. rispetto all'associazione di cui all'art. 416 cod. pen. 11. Continuazione tra partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso e reati-fine e tra plurimi segmenti di condotta partecipativa ad una medesima associazione.

1. Inquadramento: utilizzabilità del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto in data 17-23/07/2019 come schema di lettura.

La complessità della giurisprudenza più prossima sulle associazioni di tipo mafioso è attraversata da una luce, utilizzabile dall'interprete come faro nella navigazione tra le numerose pronunce in materia, risalente al provvedimento in data 17-23/07/2019, con cui il Primo Presidente Aggiunto (d'ora innanzi P.P.A.) - investito da Sez. 1, n. 15768 del 15/03/2019, Nesci e altro (Albanese), della

richiesta di rimessione alle sezioni unite per dirimere un contrasto sui requisiti, ai fini della sussistenza di un'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen., tra le due tesi della necessaria mafiosità in atto e della mera sufficienza di una mafiosità anche solo in potenza, o inespressa ("rectius", non ancora espressa), o silente - ha disposto la restituzione degli atti al giudice "a quo" ai sensi dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen.

Risale al 28/04/2015 - in relazione alla stessa vicenda storica ed agli stessi soggetti - un altro provvedimento del Primo Presidente, medesimamente di restituzione degli atti, in risposta alle richieste di rimessione di Sez. 2, nn. 15807 e 15808 del 25/03/2015, rispettivamente Nesci e Albanese, sul presupposto che «il panorama giurisprudenziale complessivamente considerato sembra[sse] convergere nell'affermazione di principio secondo cui "l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il sol fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obbiettivamente riscontrabile […]"».

Nondimeno, come rilevato, in motivazione, da Sez. 2, n. 24851 del 04/04/2017, P.G. in proc. Garcea e altri, Rv. 270442-01 (par. 4.1, p. 6), pur dopo detto anteriore provvedimento, gli orientamenti delle singole Sezioni hanno seguitato ad essere irriducibili ad unità.

2. Antefatto: rimessione degli atti al Primo Presidente su un ritenuto contrasto tra la tesi della necessaria mafiosità in atto e la tesi della sufficienza di una mera mafiosità in potenza.

Sez. 1, n. 15768 del 2019, era chiamata a giudicare della partecipazione ad una società attiva in Svizzera, a Frauenfeld, che, in tesi d'accusa, condivisa dai giudici di merito, doveva qualificarsi come 'ndranghetista, atteso che, sebbene non avesse compiuto, in territorio elvetico, delitti-fine, si caratterizzava per aver adottato rituali, forme ed organigramma 'ndranghetisti, viepiù vantando collegamenti con la casa-madre, costituita dal locale di Fabrizia, in territorio vibonese, e con il cd. "Crimine", l'intervento del cui capo aveva tra l'altro invocato per contenere le mire espansionistiche del capo del vicino locale di Singen, in Germania, contrapposto alla società di Frauenfeld da inveterata rivalità.

La Sez. 1 aveva rilevato un contrasto, circa la qualifica di mafiosità di delocalizzazioni 'ndranghetiste, tra due orientamenti:

- secondo un primo, queste, per essere considerate di tipo mafioso, devono aver estrinsecato la propria forza di intimidazione sul nuovo territorio. In seno ad esso, merita di ricordare, non solo Sez. 5, n. 19141 del 13/2/2006, Bruzzaniti,

Rv. 234403-01, che ha escluso la natura 'ndranghetista del sodalizio capeggiato dai Bruzzaniti nell'"hinterland" milanese, ma anche Sez. 2, n. 25360 del 15/05/2015, Concas e altri, Rv. 264120-01, peculiare in quanto relativa ad un autonomo clan veneto, dichiaratamente collegato ai casalesi, che utilizzava metodi violenti e si avvaleva della forza di intimidazione derivante dall'evocare tali legami;

- secondo un opposto orientamento, invece, è sufficiente che le delocalizzazioni 'ndranghetiste posseggano un capitale mafioso pur inespresso, atteggiantesi a carica intimidatoria in grado di detonare quando necessario. In seno ad esso, un posto particolare occupa Sez. 5, n. 47535 del 11/07/2018, N., Rv. 274138-01, la quale - nel ritenere la mafiosità della società di Frauenfeld - ha affermato che le «ipotesi di "delocalizzazione" delle c.d. "mafie storiche" […]», «in considerazione del collegamento con le componenti centrali (la c.d. "casa madre", in Calabria[,] denominata "Provincia" o "Crimine"), e della fama criminale conseguita nei territori di origine, possono assumere anche la dimensione della c.d. "mafia silente"» (par. 2.3, p. 6), ragion per cui, il "proprium" «delle forme di "delocalizzazione" delle "mafie storiche", e della 'ndrangheta in particolare […], risiede nella "intrinseca", e non "implicita", forza di intimidazione derivante dal collegamento con le componenti centrali dell'associazione mafiosa, dalla riproduzione sui territori delle tipiche strutture organizzative della 'ndrangheta, dall'avvalimento della fama criminale conseguita, nel corso di decenni, nei territori di storico ed originario insediamento» (par. 2.4, p. 9).

La questione controversa enunciata da Sez. 1, n. 15768 del 2019, era ritagliata sulla fattispecie, sollecitandosi l'intervento delle sezioni unite sul quesito «se sia configurabile il reato […] con riguardo a[d] una articolazione periferica (cd. "locale") di un sodalizio mafioso, radicata in un'area territoriale diversa da quella di operatività dell'organizzazione "madre", anche in difetto della esteriorizzazione, nel differente territorio di insediamento, della forza intimidatrice e della relativa condizione di assoggettamento e di omertà, qualora emerga la derivazione e il collegamento della nuova struttura territoriale con l'organizzazione e i rituali del sodalizio di riferimento» (p. 13, par. 13).

3. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: sintesi.

Il provvedimento del 17-23/07/2019, con cui il P.P.A. non ha ravvisato il contrasto, riposa sulla seguente complessa motivazione (ff.gg. 1 e 2):

1) «il panorama giurisprudenziale appare consolidato nell'affermare che […] è necessaria una effettiva capacità intimidatrice del sodalizio criminale da cui derivino le condizioni di assoggettamento ed omertà di quanti vengano con esso effettivamente in contatto»;

2) rispetto a tale «effettiva capacità intimidatrice», quanto alle delocalizzazioni 'ndranghetiste, le soluzioni ermeneutiche adottate sono il risultato del differente presupposto cognitivo emerso nel giudizio di merito, in relazione al quale il tema della esteriorizzazione del metodo mafioso ha trovato differenti declinazioni»;

2.1) occorre distinguere tra «nuov[i] aggregat[i]» che si propongono «di adottare la medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» e nuovi aggregati che si pongono «come mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa»;

2.2) solo con riferimento ai primi è richiesta «la verifica di tutti i presupposti costitutivi del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. e, dunque, l'esternazione del metodo mafioso con le sue ricadute nell'ambiente esterno in termini di assoggettamento e di omertà», dovendo invece i secondi, «in presenza di univoci elementi dimostrativi di un collegamento funzionale ed organico con la casa[-]madre», essere considerati «promanazion[i] dell'originaria struttura delinquenziale, di cui non [possono] che ripetere i tratti distintivi, compresa la forza di intimidazione e la capacità di condizionare l'ambiente circostante»;

2.3) tuttavia «la differenza […] non attiene alla capacità intimidatrice del sodalizio, che è, comunque, una precondizione necessaria per la configurabilità del reato, quanto alla forma di esteriorizzazione del metodo mafioso».

4. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: l'associazione di tipo mafioso in generale.

Il provvedimento del P.P.A. si divide in una parte generale, avente ad oggetto l'associazione di tipo mafioso di per sé considerata, ed una specifica, avente ad oggetto le delocalizzazioni 'ndranghetiste.

Quanto alla prima, il «sodalizio criminale», per poter essere sussunto nel tipo mafioso, deve essere dotato di «effettiva capacità intimidatrice da cui derivino le condizioni di assoggettamento ed omertà di quanti vengano con esso effettivamente in contatto», risultando escluso che la capacità intimidatrice possa arrestarsi al livello anticipato della mera potenzialità. L'«effettiva capacità intimidatrice del sodalizio criminale» costituisce, non un elemento tipico della fattispecie, ma una «precondizione necessaria per la configurabilità del reato».

Tenuto presente che il comma 3 dell'art. 416-bis cod. pen. non ragiona di capacità intimidatrice dell'associazione, incentrando il tipo associativo mafioso

sull'avvalimento, da parte degli associati, sia della «forza di intimidazione del vincolo associativo» sia della «condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva», l'«effettiva capacità intimidatrice», di cui al provvedimento, è suscettibile di aprire a questioni non soltanto linguistiche.

Rileva una capacità «effettiva», la quale, considerato che "effectivus" deriva da "*efficĕre",* "compiere", si traduce in un'idoneità tangibilmente efficiente ad un risultato, a sua volta costituito dalle «condizioni di assoggettamento ed omertà».

Il provvedimento pare dunque aderire ad un'esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà, in derivazione dalla capacità intimidatrice. Esso, nondimeno, considera tali condizioni, non in astratto, bensì, nuovamente, in concreto, in specifica correlazione con il novero di coloro i quali «vengano con [il sodalizio] effettivamente in contatto». L'assoggettamento e l'omertà, pertanto, non sono "predicati ambientali", ossia, in certo qual modo, "territoriali", ma "personali" o "relazionali".

In punto di esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà, il provvedimento del P.A.A. "anticipatamente" sintetizza posizioni più elaborate che si leggono in due delle sentenze più ampie del 2020, entrambe relative a fenomeni associativi registrati in territorio romano, simili, come tosto si vedrà, nell'incedere argomentativo, ma divergenti negli esiti: Sez. 6, n. 18125 del 16-22/10/2019 (dep. 2020), Buzzi e altri, su mafia capitale, che ha disconosciuto l'emersione di elementi sufficienti per affermare l'esistenza di un'associazione di tipo mafioso imperante in Roma soprattutto nel settore dei rapporti con le amministrazioni comunali, e Sez. 2, n. 10255 del 29/11/2019 (dep. 2020), Fasciani Sabrina e altri, sul clan Fasciani di Ostia, che, invece, ha ritenuto esso integrare una tale associazione.

4.1. Esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà: prospettive comuni alle due sentenze del 2020 su mafia capitale e sul clan Fasciani.

Sez. 6, n. 18125 del 2020 - che, negli enunciati in diritto, trova sintetici antecedenti persino letterali in Sez. 6, n. 13679 del 25/06/2019, P.G. Torino, Crea Adolfo e altri, e Sez. 6, n. 9001 del 02/07/2019, Demasi Roberto, sulle quali ci si soffermerà in seguito - focalizza l'attenzione principalmente sul tema dell'imprescindibilità che una qualsivoglia associazione, per assurgere al tipo mafioso, ad un tempo possegga ed esibisca una forza di intimidazione reale, concreta, financo materiale e dunque effettiva, nell'accezione ricostruttiva che si è ritenuto di attribuire a questo aggettivo a proposito del provvedimento del P.P.A.: alla stregua della quale accezione, in tanto detta forza può qualificare di

mafiosità l'associazione, in quanto vi si riconnettano assoggettamento ed omertà, che, a loro volta, in un rapporto circolare, retroagiscono sulla forza stessa, confermandone l'esigenza di esteriorizzazione, giacché nessun effetto potrebbe mai derivare da un "quid" tutto interno al gruppo degli associati. Alla luce di ciò, secondo Sez. 6, n. 18125 del 2020, il metodo mafioso «costituisce il mezzo, lo strumento, il modo con cui l'associazione persegue gli scopi indicati dalla norma e per tale ragione è necessaria, sempre, la sua concreta manifestazione esterna»; proprio in rapporto al metodo mafioso, nondimeno, la Corte illustra la "catena delle derivazioni causali", affermando che «ciò che è essenziale è che la fonte della forza di intimidazione derivi dall'associazione, cioè dal gruppo, dal suo prestigio criminale, dalla sua fama, dal vincolo associativo[,] e non dal prestigio criminale del singolo associato […]» (par. 2, p. 282).

"Incidenter tantum" ci si licenzia di osservare come, sul punto, analogamente, ma con riguardo ai profili di concreta operatività delinquenziale, Sez. 3, n. 17851 del 09/01/2019, Casamonica Giovannina, nel ritenere correttamente motivata l'ordinanza del tribunale del riesame confermativa di quella d'applicazione di misure cautelari emessa dal G.I.P. nei confronti di presunti appartenenti all'associazione di tipo mafioso nota, in territorio capitolino, come clan Casamonica, scriva che «le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia in ordine alla posizione associativa d[egli indagati] sono state abbondantemente riscontrate dalle dichiarazioni rese dalle vittime del clan […], che non hanno mai operato meri riferimenti alla perpetrazione di singoli reati da parte del medesimo soggetto, ma hanno descritto episodi di criminalità generalizzata[,] posti in essere con modalità "mobili" ed "interscambiabili" da parte di tutti gli indagati[,] a seconda delle specifiche circostanze che il sodalizio si trovava a dover fronteggiare» (par. 7.1, p. 13). In buona sostanza, l'impersonalità degli agiti nei confronti delle vittime del clan costituisce indice, non soltanto dell'esistenza dell'associazione, ma anche della sua caratterizzazione mafiosa, in funzione della riconducibilità della forza intimidatrice al complesso degli associati, anziché ad uno o a ciascuno di essi.

Ritornando alla "catena delle derivazioni causali" di cui a Sez. 6, n. 18125 del 2020, la Corte conclude che «la "forza d'intimidazione del vincolo associativo" determina come proiezione esterna "assoggettamento e[d] omertà" nei contesti ove opera il sodalizio. Secondo l'ormai consolidata elaborazione giurisprudenziale, la condizione di assoggettamento e di omertà correlata in rapporto di causa a effetto alla forza di intimidazione dell'associazione di tipo mafioso deve essere […] sufficientemente diffusa, anche se non generale […]» (ivi, p. 284).

Pertanto, risalendo "a ritroso" la "catena delle derivazioni causali", si coglie che l'associazione è il primo essenziale motore della mafiosità.

Ancor più incisiva è Sez. 2, n. 10255 del 2020, incentrata preminentemente sulla ricostruzione dell'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. come «reato associativo[,] non soltanto strutturalmente peculiare, ma, soprattutto, a gamma applicativa assai estesa, perché destinato a reprimere qualsiasi manifestazione associativa che presenti [le] caratteristiche di metodo e fini [previste dal comma 3]» (par. 2.1, p. 64). In tale prospettiva, che allinea l'associazione ex art. 416-bis cod. pen., alle analisi dottrinali secondo cui essa esibisce una struttura mista, e non pura, come quella della "normale" associazione per delinquere ex art. 416 cod. pen.,

- per un verso, il metodo mafioso si appresta ad assumere «connotazioni di pregnanza "oggettiva", tali da qualificare non soltanto il "modo d'essere" dell['] associazione […], ma anche il suo "modo di esprimersi" in un determinato contesto storico e ambientale (con la conseguenza «l'"affectio societatis" si radicherebbe attorno ad un programma non circoscritto ai fini ma coinvolgente anche il metodo»)»;

- per altro verso, «forza di intimidazione, vincolo di assoggettamento ed omertà rappresentano […] strumento ed effetto tipizzanti, in quanto concretamente utilizzati attraverso un "metodo" che, per esser tale, richiede una perdurante efficacia, anche, per così dire "di esibizione", pur se priva di connotati eclatanti» (ivi, qualche riga di seguito). Conclusivamente, «"assoggettamento" ed "omertà" rappresentano, dunque, gli "eventi" che devono scaturire dall'intimidazione: "fatti", quindi, che devono formare oggetto di prova, e che chiaramente fuoriescono da qualsiasi ambigua lettura di tipo sociologico o culturale» (ivi, p. 71).

Sovrapponendo le prospettive delle due sentenze in disamina, se assoggettamento ed omertà sono eventi causalmente riconducibili alla forza di intimidazione, che, a sua volta, è conseguenza del metodo mafioso sprigionante dal vincolo associativo, allora la natura di reato di pericolo dell'associazione di tipo mafioso si contiene entro il pericolo che per i beni giuridici finali il metodo mafioso rappresenta, ma si rapporta ad una logica di danno sul piano del già realizzatosi "vulnus" alla libera estrinsecazione delle attività dei consociati attraverso l'esercizio del metodo mafioso, da costoro percepito come tale.

A tale conclusione giungono entrambe le sentenze, che però adottano forme espositive diverse.

4.2. Elementi motivazionali di differenziazione tra dette due sentenze.

Ferme le comuni conclusioni dianzi illustrate, Sez. 6, n. 18125 del 2020, e Sez. 2, n. 10255 del 2020, tuttavia divergono nei rispettivi percorsi motivazionali.

Sez. 6, n. 18125 del 2020, seguita a porsi dall'angolo di visuale incentrato sulla necessaria mafiosità in concreto, sostenendo che «il reato di associazione di tipo mafioso è un reato di pericolo perché la esistenza dell'associazione pone in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico, la libera partecipazione dei cittadini alla vita politica ed altri interessi ancora[,] ma […] ciò non consente affatto di ritenere che gli elementi costitutivi della fattispecie possano anche eventualmente manifestarsi, ovvero che, probabilmente, potrebbero manifestarsi, forse, se necessario, in futuro»; ciò in quanto, «diversamente dall'associazione per delinquere semplice, l'associazione mafiosa non è strutturata sulle "intenzioni", ma su una rete di effettive derivazioni causali. Dunque, non un'associazione per delinquere, ma un'associazione che delinque; il metodo mafioso costituisce il mezzo, lo strumento, il modo con cui l'associazione persegue gli scopi indicati dalla norma e per tale ragione è necessaria, sempre, la sua concreta manifestazione esterna» (par. 2, p. 282 s.).

Sez. 2, n. 10255 del 2020, percorre invece la strada della dimostrazione che l'associazione di tipo mafioso possiede una «caratura "oggettiva" del metodo mafioso», solo in forza della quale è capace di proiettarsi fuori delle esperienze delle mafie tipiche, sostenendo che «è proprio il metodo di cui l'associazione - per tipizzarsi - deve "avvalersi" a convincere del fatto che l'intimidazione e l'assoggettamento omertoso, che ne devono derivare, rappresentano, in sé, un "fatto" che può prescindere dalla realizzazione degli ulteriori "danni" scaturenti dalla eventuale realizzazione di specifici reati-fine. [Invero,] che l'associazione mafiosa costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, l'ordine economico, quello sociale e quant'altro possa entrare nel programma della associazione è un fatto: ma ciò non toglie che il relativo metodo - per integrare la fattispecie incriminatrice - allorché attenga a struttura autonoma ed originale, caratterizzata dal proposito di utilizzare la stessa metodica delinquenziale delle mafie storiche, debba andare al di là di una mera dichiarazione di intenti, altrimenti rischiando di far sconfinare il "tipo" normativo in connotazioni meramente soggettivistiche […]» (par. 2.1, p. 66 s.).

Ciò detto, le due sentenze ulteriormente divergono in ordine all'esito dell'applicazione dei descritti principi ai concreti fenomeni associativi oggetto di scrutinio, nelle consistenze risultanti dalle descrizioni dei giudici di merito.

Quanto al clan Fasciani, secondo Sez. 2, n. 10255 del 2020, la seconda sentenza d'appello (dopo l'annullamento con rinvio "in parte qua" disposto da **Sez. 6, n. 57896** del **26/10/2017,** P.G. Roma, Fasciani Carmine e altri, spec. par. 11.2 s., p. 38 s.), ha adeguatamente reso conto dell'"escalation" del gruppo delinquenziale consolidatosi, in territorio lidense, attorno alla figura carismatica del capo, dapprima come associazione per delinquere, dappoi come associazione

di tipo mafioso, a partire dal momento in cui il capo è stato chiamato a svolgere funzioni da «paciere» da altre organizzazioni illecite, ruolo «tipico soltanto di chi si riconosce in una "comune cultura", anche se di tipo criminale, generata dall'esistenza di regole mafiose condivise ed accettate, nonché garantite da "adeguate" sanzioni in caso di violazione» (par. 2.2, p. 76): «ne consegue che "il salto di qualità" coinvolge non soltanto la singola persona che vede aumentata la sua fama criminale, ma anche quel substrato di carattere familiare che ne costituiva l'originario nucleo storico [e] che, successivamente, si verrà ad arricchire in ragione del consolidamento del clan e dell'espansione delle sue mire illecite[:] ciò ha determinato che all'esterno il sodalizio fosse percepito come clan Fasciani e non come Carmine Fasciani più soci, in quanto la caratura criminale del capo ha strutturato intrinsecamente quella del gruppo e con essa ha finito per confondersi. In sostanza, il profondo radicamento sul territorio lidense acquisito dal sodalizio semplice sin dalla fine degli anni '90, con esercizio di condotte violente ed intimidatorie porta progressivamente a conoscere, temere e rispettare il nome di Carmine Fasciani, quale elemento di identificazione con il gruppo criminale omonimo, in virtù del compimento di successivi atti di intimidazione che emulano quelli dei clan mafiosi e dei metodi da essi utilizzati» (par. 2.2, p. 74 s.).

Quanto, invece, a mafia capitale, originariamente contestata ad imprenditori e pubblici ufficiali l'appartenenza ad un'unica associazione di tipo mafioso, mirante all'aggiudicazione di appalti pubblici ad un predefinito gruppo di società, sfruttando la forza di intimidazione derivante dal compimento, da parte del capo e di alcuni partecipi, di estorsioni violente in specie nel settore del recupero di crediti insoluti, ed effettuata dal primo giudice una riqualificazione dei fatti nel senso della partecipazione dei predetti, alternativamente o cumulativamente, a due distinte associazioni semplici ex art. 416 cod. pen., finalizzate l'una alla commissione di estorsioni e l'altra alla gestione delle aggiudicazioni attraverso l'impiego di metodi, non intimidatori, bensì corruttivi, secondo **Sez. 6, n. 18125 del 2020**, la sentenza della corte d'appello, che, in accoglimento dei gravami delle parti pubbliche, stimando corretta la contestazione del P.M., aveva ritenuto la sussistenza di una sola associazione avente natura mafiosa sulla base della riserva di violenza accumulata nel ramo dedito alle estorsioni ed attingibile anche dai sodali attivi nel ramo della gestione dei rapporti con i pubblici ufficiali corrotti attraverso il nodo di raccordo costituito dal capo, è incorsa in errore

- sia nel pretendere «di far derivare la capacità intimidatrice dell'associazione dal prestigio criminale [oltretutto] non mafioso di uno degli associati e non da quello impersonalmente riferibile al gruppo»;

- sia nel costruire «la fattispecie facendo riferimento a nozioni quali quelle di riserva di violenza ovvero di capacità potenziale di intimidazione, senza considerare che l'associazione mafiosa esiste solo se il sodalizio abbia conseguito, nel contesto - anche ridotto - di riferimento, una capacità intimidatrice effettiva, manifestata e obiettivamente riscontrabile, che può certo esteriorizzarsi anche con atti e comportamenti non connotati necessariamente da violenza o minaccia, [purché] evocativi del prestigio criminale del gruppo e come tale percepiti;

- sia nell'omettere di considerare «che la criminalità organizzata mafiosa si fonda sostanzialmente sul "metus" che deriva dalla violenza, dall'intimidazione, dalla costrizione, laddove, invece, la corruzione è un reato che si fonda sull'accordo illecito e paritario tra due persone», ragion per cui «l'omertà che deriva dalla manifestazione della capacità di intimidazione e che caratterizza l'associazione mafiosa è fondata sul timore[, mentre,] nella corruzione[,] l'omertà è […] fondata, come nel caso di specie, sulla convenienza reciproca» (par. 3, p. 325 s.).

4.3. Orientamento opposto all'esegesi "causalmente orientata": affermazioni di principio e temperamenti recenti.

Tornando all'esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà, di cui al provvedimento del P.P.A., v'è da rilevare come essa entri in tensione con l'opposto avviso secondo cui «[…] la condizione di assoggettamento e di omertà costituisce [soltanto un] riflesso sociologico della metodologia associativa (storicamente ricorrente ma non causalmente obbligato) […]»: così, in motivazione, Sez. 2, n. 24851 del 2017, par. 5, p. 10).

Ci si attenderebbe che la tensione sia sfogata, o almeno in procinto di sfogare, in vera e propria frattura, a misura che si consideri che a Sez. 2, n. 24851 del 2017, risale l'enunciazione del principio per cui, per aversi un'associazione di tipo mafioso, «non è necessaria la prova che l'impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice» (Rv. 270442-01).

Invece nessuna frattura si è consumata, se è vero che detto principio, consolidatosi con Sez. 5, n. 44156 del 13/06/2018, S., Rv. 274120-01 (relativa al clan Spada di Ostia), è condiviso anche dalle due sentenze su mafia capitale e sul clan Fasciani, la quale ultima, anzi, risulta addirittura massimata sul punto (Rv. 278745-02).

Due i fattori che consentono di coniugare il principio enunciato da Sez. 2, n. 24851 del 2017, con l'esegesi "causalmente orientata" delle condizioni di assoggettamento ed omertà condivisa da Sez. 6, n. 18125 del 2020 e da Sez. 2, n. 10255 del 2020:

- come insegna Sez. 2, n. 10255 del 2020 - «le associazioni che non hanno una connotazione criminale qualificata sotto il profilo "storico", dovranno essere analizzate nel loro concreto atteggiarsi, in quanto per esse "non basta la parola" (il "nomen" di mafia, camorra, 'ndrangheta, ecc.); ed è evidente, che, in questa opera di ricostruzione, occorrerà porre particolare attenzione alle peculiarità di ciascuna specifica realtà delinquenziale, in quanto la norma mette in luce un problema di "assimilazione" normativa alle mafie "storiche" che rende necessaria un'attività interpretativa particolarmente attenta a porre in risalto "simmetrie" fenomeniche tra realtà fattuali, sociali ed umane diverse fra loro» (par. 2.1, p. 64);

- come insegna Sez. 6, n. 18125 del 2020 - «la legalità delle operazioni di "riduzione della scala" del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen., derivanti dalla necessità di adeguamento dei requisiti strutturali "storici" del reato al fine di "legare" ed "esportare" il modello in contesti diversi da quelli in cui si sono sviluppate le c.d. mafie tradizionali, si correla […] con la dimensione probatoria e di rigoroso accertamento dei fatti che, soli, possono scongiurare il rischio di una "bagatellizzazione" del reato di associazione di tipo mafioso e di una non consentita valorizzazione di un "metodo anticipato", ridotto, presunto» (par. 3, p. 288).

5. Motivazione del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: delocalizzazioni 'ndranghetiste in particolare.

Quanto alla parte specifica del provvedimento del P.P.A., riguardante le delocalizzazioni 'ndranghetiste, non nega esso essersi manifestate in giurisprudenza diverse sensibilità sul tema dell'«esteriorizzazione del metodo mafioso», in dipendenza, tuttavia, da differenti momenti di sintesi rispetto alle evidenze raccolte in istruttoria e "consegnate" alla Corte di cassazione dalle pronunce di merito. Un tema enucleato come "posterius" rispetto alla capacità intimidatrice del sodalizio, la quale deve sempre effettivamente sussistere affinché possa entrarsi nella sfera di applicazione dell'art. 416-bis cod. pen.: ragion per cui le ridette diverse sensibilità si concentrano soltanto sul segmento terminale dell'apprezzamento del metodo mafioso, involgente neppure l'esteriorizzazione, bensì la sua «forma». Sul punto osserva Sez. VI, n. 18125 del 2020, che «il profilo relativo alla necessità che la capacità intimidatrice sia esternata, obiettivamente

percepita ed attuale si distingue da quello relativo alle modalità con cui tale capacità si manifesta» (par. 2, p. 285).

Nel "mare magnum" delle delocalizzazioni 'ndranghetiste, secondo il provvedimento, occorre distinguere tra due tipologie di «nuov[i] aggregat[i]» (ult. tre righe del fg. 1): quelli aventi di mira l'adozione della «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» e quelli di per sé integranti «mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa».

La ragione della distinzione sta in ciò che «l'esternazione del metodo mafioso» deve costituire oggetto di specifica prova d'accusa con riguardo soltanto alle prime e non anche alle seconde. Talché sembrerebbe doversene trarre la conclusione che, in relazione a queste ultime, la precondizione dell'«effettiva capacità intimidatrice» sussista in ragione del legame che le avvince alla casa-madre. Così opinando, sarebbe tuttavia improprio parlare di una semplificazione dell'onere probatorio del pubblico ministero, atteso che questi resta comunque gravato di fornire la prova del fattore di traslazione dell'effettiva capacità intimidatrice dalla casa-madre alla singola concrezione oggetto di procedimento, rappresentato dal «collegamento funzionale ed organico» tra l'una e l'altra.

5.1. (Segue). «Nuov[i] aggregat[i]»: distinzione tra quelli adottanti la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» e quelli costituenti «mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa». Il problema delle associazioni reviviscenti.

La distinzione, da parte del provvedimento del P.P.A., tra i due «nuov[i] aggregat[i]» di cui si è detto impone una prima riflessione, riguardante gli aggregati, sia 'ndranghetisti sia, per estensione, anche non, che «nuovi» non sono.

La circostanza che il provvedimento verta su «nuov[i] aggregat[i]», infatti, delimita il campo di interesse alle sole concrezioni appena venute ad esistenza, parendo che debbano essere escluse quelle già manifestatesi in passato, ancorché abbiano attraversato un periodo pur lungo di quiescenza o finanche di vera e propria inattività, per poi dare segnali di un ritorno di fiamma con la ripresa di un "ménage" tipicamente mafioso.

Il ragionamento "implicito" sembra essere - proseguendo con la metafora - che le concrezioni reviviscenti differiscano da quelle di nuovo conio perché il periodo di quiescenza od inattività non ha in realtà spento il fuoco sotto la cenere, in attesa di ravvivarsi al primo alito di vento: la qual cosa - fuor di metafora - significa che i partecipi di concrezioni reviviscenti riprendono ad avvalersi di un serbatoio di mafiosità di cui esse già sono dotate in linea capitale, senza dover tornare a dimostrare di cosa sono capaci.

5.2. Associazioni reviviscenti: tesi della necessaria esibizione di una concreta forza di intimidazione.

A questo punto, trasposta l'analisi sul piano della giurisprudenza, emergono, in argomento, linee evolutive non uniformi.

Un primo orientamento non pare seguire il ragionamento "implicito" poc'anzi illustrato, in quanto, muovendo dalla portata generale della regola per cui tutte le associazioni di tipo mafioso devono esibire una concreta forza di intimidazione, non sottrae alla stessa anche le concrezioni reviviscenti.

All'orientamento di cui si tratta si ritiene debbano essere ascritte le già menzionate Sez. 6, n. 13679 del 2019, e Sez. 6, n. 9001 del 2019, degne di nota perché, in motivazione, anticipano sinteticamente le conclusioni sulla natura dell'associazione di tipo mafioso compiutamente attinte da Sez. 6, n. 18125 del 2020, con una vistosa differenza, però, dovuta al fatto che oggetto delle prime erano gruppi delinquenziali di marca 'ndranghetista tornati a manifestarsi, rispettivamente, in un territorio (forse non più ormai) refrattario come quello torinese e nella stessa Calabria, mentre oggetto dell'ultima era il fenomeno (impropriamente) appellato mafia capitale.

Sez. 6, n. 13679 del 2019, dunque, ha ritenuto che gli elementi di fatto emersi in istruttoria consentissero di confermare la decisione dei giudici di merito in ordine alla sussistenza - alla luce dell'imputazione - di un'«"articolazione della 'ndrangheta, attiva prevalentemente a Torino, resa nuovamente operativa quantomeno a far data dal giugno 2014, collegata con strutture organizzative insediate in Calabria e dotata di propria autonomia e capacità d'azione"» (par. 1, p. 3 del «Ritenuto in fatto»). Sottolinea in particolare la Corte come detti giudici avessero correttamente accertato,

- non soltanto che l'associazione era «una diretta derivazione della 'ndrangheta calabrese, della quale aveva mutuato regole, modelli, comportamenti, riti, e si pon[eva] in rapporto di obiettiva continuità con quella per la quale alcuni degli […] imputati [avevano] già riportato condanna definitiva nel procedimento c.d. Minotauro», essendo stata formata dai capi, tornati in libertà, non come «nuovo sodalizio, scisso ed autonomo da quello che durante la loro carcerazione aveva continuato ad operare», bensì come aggregato funzionale a riprendere «il controllo delle attività», «sempre sotto l'egida del gruppo di cui avevano fatto parte sino al loro arresto»;

- quanto soprattutto che essa, «oltre ad avvalersi del carisma criminale [dei capi,] soggetti già condannati per aver rivestito anche ruoli apicali nell'associazione mafiosa 'ndrangheta che in quel determinato territorio aveva già operato[, aveva] in concreto nuovamente manifestato all'esterno una reale

capacità di intimidazione mafiosa», specialmente nel settore delle estorsioni, in presenza di «un chiaro programma criminoso[,] un'adeguata struttura organizzativa […], una ripartizione di compiti sufficientemente delineata, una chiara comunione di scopi» (par. 3.2, p. 24 s.).

Sez. 6, n. 9001 del 2019, invece, ha annullato con rinvio la sentenza d'appello che aveva ritenuto la natura mafiosa - notasi: in territorio reggino - della «cosca di 'ndrangheta denominata "Ruga-Metastasio-Loiero-Gallace-Novella"[,] dopo l'omicidio [del precedente capo] e l'ascesa [di suo] fratello», nel periodo da gennaio 2011 a dicembre 2014». La Corte - premesso che la «locuzione normativa "si avvalgono della forza d'intimidazione del vincolo associativo" che descrive il c.d. metodo mafioso […] rende esplicita, ai fini della consumazione del reato, la necessità che il gruppo faccia un effettivo esercizio, un uso concreto della forza di intimidazione, non essendo sufficiente un semplice dolo intenzionale di farvi ricorso» (par. 2.2, p. 10) - rimprovera ai giudici di merito di aver fatto leva sostanzialmente solo sullo spessore delinquenziale del nuovo capo, in tal modo però apoditticamente ritenendo mafioso un gruppo formato soltanto da quattro persone; ritenuto costituire «derivazione dall'associazione mafiosa accertata sul piano giudiziario fino al 1993» sulla base di intercettazioni e dichiarazioni di collaboratori «sganciate tuttavia dal periodo in cui i fatti oggetto del processo si sarebbero verificati»; privo, al proprio interno, di una divisione di ruoli e di un'attribuzione di compiti di concreta operatività criminale; avulso, dal 2011 al 2014, sia da rapporti con altri gruppi mafiosi, riunioni operative e contatti con realtà esterne, sia anche sostanzialmente dal compimento di reati-fine, essendo stata esclusa, «per gli stessi episodi criminosi[di aggressione e minaccia] valorizzati in chiave accusatoria […], la circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa» (par. 2.3, p. 13 s.).

5.3. Associazioni reviviscenti: tesi della sufficienza della dote di mafiosità.

A fronte di quello descritto, v'è però anche un secondo orientamento che, al contrario, opina avere le concrezioni reviviscenti già in dote un serbatoio di mafiosità, senza dunque bisogno di esternare nuovamente il metodo mafioso. Ad un siffatto schema di ragionamento, nondimeno, la giurisprudenza fa ricorso in relazione segnatamente ad aggregati non 'ndranghetisti, che, invece, come visto, costituiscono l'oggetto precipuo del provvedimento P.P.A. da cui si è principiato il discorso.

Rispetto a questo secondo orientamento, nel 2020 vengono in linea di conto soprattutto due pronunce, relative, rispettivamente, ad un clan camorristico e ad

un sodalizio della sacra corona unita tarantina, che non si occupano del caso "classico" della ripresa della mafiosità in forme violente, cui si accompagna "naturaliter" una dimensione intimidatoria per l'effetto medesimamente rinverdita, ma si occupano della reviviscenza di sodalizi tornati a manifestarsi (soprattutto) con sembianze imprenditoriali, nel contesto di attività formalmente lecite eppur riconducibili al programma associativo mafioso ai sensi del comma 3 dell'art. 416-bis cod. pen.: ragion per cui, in definitiva, si attaglia a detti sodalizi il "leitmotiv" della mafia silente, in un'accezione possibilmente ancor più problematica di quella usuale, facendo seguito il silenzio attuale al silenzio precedente.

Esplicitamente di mafia silente - alla stregua di una connotazione intrinsecamente intimidatoria del metodo mafioso, sull'addentellato di Sez. F., n. 56598 del 03/09/2018, Balsebre, Rv. 274753-02 - ragiona **Sez. 5, n. 31798 del 14/07/2020, Fabbrocino Giovanni e altri**, che ha sancito la natura camorristica di un gruppo accertato come attivo in territorio vesuviano sotto la guida del figlio del capo-storico, attinto anni addietro da un provvedimento di carcerazione.

Alle censure della difesa secondo cui gli stessi giudici di merito avevano affermato trattarsi di un «nuovo gruppo delinquenziale», omettendo però erroneamente di qualificarlo come non mafioso in quanto non sufficientemente affermatosi all'esterno, risponde la S.C. che, «nell'evoluzione degli assetti strutturali del clan Fabbrocino», l'elemento di novità «allude […] non già ad un diverso sodalizio, ma alla "coagulazione" di nuovi sodali (rispetto allo storico organigramma) intorno alla figura del nuovo reggente» (par. 2.2.2, p. 19 s.).

Su tale premessa, che rende ragione di quanta parte nei procedimenti di criminalità organizzata giochi un'accurata ricostruzione storica del singolo fenomeno associativo, costituente esclusivo appannaggio dei giudici di merito, osserva la Corte come correttamente nella specie questi avessero evidenziato che la forza di intimidazione del clan rinnovato - giovatosi di un'impresa costituita *ad hoc* per imporsi monopolisticamente sul mercato locale del calcestruzzo, non senza il compimento all'occorrenza di qualche azione estorsivo-intimidatoria - era «consistita, altresì, nello sfruttamento, anche attraverso atteggiamenti subdoli e/o allusivi, del prestigio criminale già conseguito dal sodalizio» in decenni di «egemonia criminale» espressa sul territorio di insistenza alla stregua di elementi accertati tra l'altro con sentenze irrevocabili (par. 2.2.4, p. 21 s.).

Ancor più complessa è la fattispecie su cui è intervenuta Sez. 5, n. 1554 dell'11/09/2019 (dep. 2020), Brunetti Raffaele e altri, riguardante la ricostituzione del clan D'Oronzo-De Vitis, in territorio tarantino, dopo la rimessione in libertà del capo, già condannato a cagione del ruolo parimenti

verticistico ricoperto nel clan precedentemente *ivi* attivo in rivalità rispetto ad altro.

Anzitutto, in astratto, la ricostituzione denota una frattura, quantunque non una diversione, nella linea di continuità tra il "prima" ed il "dopo", nel senso che un clan ricostituito riannoda i fili con quello precedente, il quale però "medio tempore" ha cessato di esistere.

Detto ciò, in concreto, l'elemento qualificante del ricostituito clan D'Oronzo-De Vitis era che lo stesso, "a latere" di una vicenda estorsiva, aspirava a mostrare una parvenza financo filantropica per acquisire diffuso consenso, in specie attraverso una società cooperativa che aveva assunto il controllo di un noto centro sportivo in città. Donde le censure di incongruenza della sentenza impugnata, che da un lato aveva qualificato come meramente silente la mafiosità del clan, ma dall'altro non ne aveva tratto le dovute conseguenze, escludendo la sussistenza nella specie di un'associazione di tipo mafioso. La Corte - prese le mosse, anche in questo caso, da Sez. F., n. 56598 del 2018 - ha ribadito la legittimità del paradigma della mafia silente allorquando intrinsecamente intimidatoria, ritenendo che «appare proprio questo il caso in esame, dal momento che, abbandonata la originaria struttura piramidale, le consorterie paiono aver scelto una strategia tesa all'inabissamento delle tradizionali attività criminali, ricercando invece il consenso sociale anche attraverso attività ["promozionali",] tra cui, ad esempio, l'offerta di lavoro all'interno di aziende controllate dalla stessa organizzazione. Nella specie indubbiamente acquistano rilievo decisivo, al fine di riconoscere la natura mafiosa dell'associazione, la presenza tra gli affiliati di persone condannate per il delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen. […], la disponibilità di armi e altre attività di stampo tipicamente mafioso, come le estorsioni e lo spaccio di sostanza stupefacente […. In particolare,] la presenza tra gli affiliati di persone già condannate per delitti di mafia acquista rilievo decisivo laddove la caratura mafiosa del soggetto abbia contagiato di sé l'intera struttura associativa […]» (par. 12.4, p. 46).

La medesima conclusione era stata raggiunta, pochi mesi prima, da Sez. 2, n. 27808 del 14/03/2019, Furnari, Rv. 276111-01, la cui massima, quanto alla «"ricostituzione" di un gruppo criminale[,] a distanza di tempo[,] da parte di noto capo-mafia, di dimostrata caratura criminale, inserito in ambito di mafie storiche (nel caso di specie "Cosa Nostra" [iniziali maiuscole nell'originale])», reputa "expressis verbis" non «necessaria un'esteriorizzazione della forza di intimidazione, considerato il capitale criminale della associazione mafiosa di riferimento e il diffuso riconoscimento della capacità di aggressione di persone e patrimoni da parte della stessa, anche nel caso di riferimento "implicito o contratto" alla forza criminale del sodalizio mafioso».

5.4. Associazioni distaccate da altre maggiori.

Per omogeneità di argomento, v'è da aggiungere che gli approdi della giurisprudenza sulle concrezioni reviviscenti e su quelle ricostituite si completano con riferimento a figure associative sicuramente nuove, in quanto appena venute ad esistenza, epperò attratte in un fascio di luce, non già scaturente dal passato, ma su di loro proiettato nell'attualità da altri aggregati di sicuro prestigio criminale.

Il fenomeno cui si allude è quello del distacco - con conseguente autonomizzazione - di una costola dal tronco di un'associazione maggiore. La costola, nel momento in cui - di per sé, senza spendere l'autorità dell'associazione maggiore - si affaccia al mondo delle attività delinquenziali, non ha ancora avuto modo, ovviamente, di dimostrare la sua mafiosità. Per tale ragione, nei processi che riguardano la partecipazione ad essa, suole invocarsi, in chiave difensiva, l'esclusione della configurabilità del delitto p. e p. dall'art. 416-bis cod. pen. per la ritenuta inidoneità della mafia silente ad attingere il piano della mafiosità tipica.

Il paradigma appena descritto è esattamente quello che ha caratterizzato la discussione nel giudizio definito da **Sez. 2, n. 20926 del 13/05/2020, Perna Domenico Ciro**, con il riconoscimento di una franca natura camorristica del sodalizio sorto in Torre del Greco e limitrofi come costola del clan Gionta e noto come terzo settore. Le difese degli imputati «postula[vano, infatti,] che il sodalizio ruotante attorno alla figura del Perna Domenico Ciro fosse animato da un anelito "presenzialista" all'interno di un territorio già controllato da altri, ben sedimentati e "meglio conosciuti" aggregati, sicuramente annoverabili, per finalità e metodi criminali, tra i clan camorristici operanti nella zona di Torre del Greco (nella specie i clan Gionta da un lato e Gallo-Cavalieri dall'altro). Dunque, al più, il gruppo del Perna avrebbe costituito un "progetto" associativo ancora "in nuce", non dotato di quelle connotazioni "tipizzanti" una vera e propria associazione mafiosa, mancando ancora quel tanto di "appariscenza" per aver creato un clima diffuso di assoggettamento omertoso, correlato e consequenziale ad una metodologia criminale improntata - e finalizzata - alla "presa in carico" di quel determinato ambito territoriale»; ciò tanto più alla luce della «contraddittorietà che rappresenterebbe l'insorgenza di un gruppo "concorrente", senza che la relativa attività fosse stata nei fatti assentita dai gruppi egemoni, ai quali, già da tempo, si erano riconosciute le "stimmate" proprie dei clan camorristici» (par. 1.1, p. 12). Pregnanti sono le affermazioni con cui la Corte confuta le tesi difensive, facendo perno sulla differenza tra il gruppo in esame e sia le delocalizzazioni 'ndranghetiste sia le cd. «"nuove mafie locali"», per cui la giurisprudenza esige l'esteriorizzazione di una concreta forza di intimidazione:

«nelle neoformazioni, infatti, è del tutto assente quella "assimilazione per rendita di posizione" o di utilizzo a propri fini[, da parte del gruppo dei Perna,] dell'avviamento criminale ascrivibile ai consessi [in Torre del Greco] insistenti, derivante dalla presenza sul territorio di associazioni nominativamente riconducibili al "genus" ed al paradigma di cui all'art. 416-bis cod. pen., nel cui alveo il "nuovo" gruppo si è formato e consolidato, condividendone gli scopi ed i metodi e realizzando la stessa tipologia di reati». Vero è - specifica la Corte, citando Sez. 6, n. 42369 del 17/07/2019, Danise Vincenzo, Rv. 277206-01, che riprende alla lettera Sez. 6, n. 27094 del 01/03/2017, Milite, Rv. 270736-01 - che «la costituzione di una nuova organizzazione, alternativa ed autonoma rispetto ai gruppi storici presenti sul territorio può essere desunta da plurimi indicatori fattuali[, tra cui il] riconoscimento, da parte dell'associazione storicamente egemone, di una paritaria capacità criminosa al gruppo emergente»; «ma se tutto ciò è vero in un ambito di concorrenzialità territoriale in cui l'esprimersi del nuovo sodalizio operi, o possa operare, come elemento di "disturbo" per i clan tradizionali, è evidente che la "continuità" e compresenza mafiosa sia assai più agevolmente dimostrabile laddove - come nella specie - la nuova realtà associativa sia controllata proprio da un elemento che al vecchio gruppo egemone faceva notoriamente riferimento (il Perna Domenico Ciro), e - soprattutto - da questo gruppo non sia stato in alcun modo "ostacolato" nei suoi iniziali propositi di dar vita ad una "propria" associazione, con un "nomen" distinto dai clan camorristici di più risalente "tradizione", quali, in particolare, il clan Gionta, di cui il Perna era stretto e fidato sodale, e l'altro clan Gallo Cavalieri[,] pur insistente nel territorio di causa». Ne consegue - conclude la Corte - che la derivazione di una costola dall'associazione maggiore non è riconducibile «ad una novazione, bensì ad una successione a titolo particolare di un consesso che utilizza lo stesso metodo e si pone le medesime finalità criminali del precedente, nell'ambito di un "pactum" avente eguale natura - perfettamente riconducibile alla medesima "societatis sceleris" per modello e tipo - e destinato ad insistere in una realtà territoriale notoriamente già adusa a confrontarsi con realtà criminali di tal fatta. La stretta continuità di tipo delinquenziale si lega poi ad una riscontrata operatività interna ed esterna del gruppo, che dà ragionevolmente conto della ricaduta del "nomen" sulla realtà circostante e del clima che ad essa ne consegue» (ivi, pp. da 14 a 16, passim).

5.5. Questioni di competenza territoriale.

Per riannodare le fila del discorso sulla distinzione, nel provvedimento del P.P.A., tra «nuov[i] aggregat[i]» adottanti la «medesima metodica delinquenziale

delle "mafie storiche"» e «nuov[i] aggregat[i]» costituenti «mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa», un'ulteriore riflessione riporta la trattazione nell'alveo proprio delle delocalizzazioni 'ndranghetiste, attingendo le diverse conseguenze che, in punto di competenza territoriale, sono suscettibili di derivare dalla loro sussunzione nel novero di quelle che si limitano ad adottare, imitandola, la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"» ovvero nel novero di quelle che costituiscono vere e proprie «articolazion[i] territorial[i]» di 'ndrangheta.

Le prime sono autonome dalla 'ndrangheta come associazione complessiva, in quanto ripetono l'alone 'ndranghetista soltanto dall'adozione della «metodica delinquenziale» 'ndranghetista, ragion per cui si palesano come esclusive espressioni dei luoghi in cui sorgono ed operano, per l'effetto determinanti il radicamento della competenza territoriale.

Diversamente potrebbe, invece, ritenersi per le seconde, dal momento che esse traggono la legittimazione 'ndranghetista dall'essere e presentarsi alla stregua di propaggini decentrate della 'ndrangheta come associazione complessiva o quantomeno di quelle strutture 'ndranghetiste calabresi (ed in particolare reggine) fungenti, nei loro confronti, da case-madri.

Echi del tema in disamina si rinvengono in **Sez. 2, n. 29189 del 29/09/2020, La Rosa Giuseppe e altri**, confermativa della sentenza della Corte d'appello di Reggio di Calabria nella parte in cui, condividendo la sentenza di primo grado, aveva ritenuto la competenza dell'A.G. reggina con riferimento alle condotte del capo del locale di Giffone consistenti nell'avere, in territorio lecchese e comasco, nel corso di una storica riunione ripresa in diretta dagli inquirenti, conferito doti agli appartenenti dei locali di Calolziocorte e di Cermenate, dal primo dipendenti, senza consumazione di alcun'altra attività in territorio di Giffone. L'eccezione di incompetenza dei giudici reggini appariva tanto più ficcante in quanto era stato il giudice di Milano ad aver «poi giudicato tutti i presunti sodali, intervenuti nella riunione del 31 maggio 2014» (par. 2.2, p. 10). La S.C. l'ha tuttavia ritenuta inammissibile e comunque infondata dal momento che all'imputato «si addebita[va] di far parte, nella veste di capo con il rango di mammasantissima, [del] locale di Giffone, comune sito in provincia di Reggio [di] Calabria, dal quale dipendono le due cellule lombarde di Calolziocorte e [di] Cermenate, [… che], pur agendo con una certa autonomia, si configurano alla stregua di satelliti della cosca-madre di Giffoni, tanto che le eventuali nuove cariche devono essere conferite o ratificate dal predetto [imputato]» (ivi).

Ulteriormente, preme di sottolineare come la sentenza in commento non si fermi a considerare i rapporti tra la casa-madre ed i locali dipendenti ai fini della determinazione della competenza territoriale, ma si spinga sino ad assumere un

punto di vista ancor più ampio ai fini del giudizio sulla partecipazione dell'imputato, non già al locale di Giffone, di cui la difesa aveva revocato in dubbio essere emerse un'obiettiva caratura 'ndranghetista ed una consistenza superiore ai tre partecipi, ma alla 'ndrangheta come associazione complessiva. Nel dettaglio, ad avviso della S.C., premesso che è stata giudizialmente accertata «l'esistenza dell'[unitaria] associazione mafiosa denominata 'ndrangheta […]», a rilevare è, «oltre alla fama criminale conseguita nei territori di origine, in quanto "mafia storica" (menzionata anche nell'art. 416-bis, comma 8, cod. pen.», l'«elemento organizzativo pregnante» della «criminalità organizzata calabrese», rappresentato dal «modulo di diffusione mediante riproduzione sui territori dove opera delle proprie strutture organizzative denominate "locali"»; pertanto, «pretendere che, in presenza di una simile caratterizzazione delinquenziale, con inconfondibile marchio di origine, sia necessaria la prova della capacità intimidatrice o della condizione di assoggettamento od omertà nel territorio in cui l'organizzazione è saldamente radicata è, certamente, un fuor d'opera»; conseguentemente, stante l'esercizio, da parte dell'imputato, di un ruolo di coordinamento tra la casa-madre ed i locali derivati, si apprezza la manifesta infondatezza delle censure, atteso che «la affiliazione anche singola all'[associazione mafiosa denominata 'ndrangheta] operante sul territorio calabrese non comporta la necessità di dimostrare di volta in volta le caratteristiche tipiche del sodalizio dettate dall'art. 416-bis cod. pen.» (par. 2.4, p. 12 ss.).

6. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture 'ndranghetiste attive in territori di storico radicamento.

Il provvedimento del P.P.A. ha precipuo riguardo alle delocalizzazioni 'ndranghetiste, stante l'oggetto del procedimento "a quo", delimitante l'ambito del "devolutum" al P.P.A.

In disparte l'accenno alla dimensione territoriale di siffatte articolazioni, che trova ragion d'essere nel loro modo di manifestarsi alla luce della prevalente storiografia giudiziaria, ma che, sul piano non solo teorico, propone un disallineamento rispetto alla dimensione "personale", o "relazionale", dell'assoggettamento e dell'omertà, si apre il problema di stabilire l'ambito di riferimento del provvedimento.

Con riferimento "funditus" alle «articolazioni territoriali della 'ndrangheta», va facendosi strada l'affermazione che, dallo spettro di esso, esulino le strutture attive nei territori di storico radicamento del macro-tipo mafioso.

In tal senso, esplicita è **Sez. 6, n. 12219 del 18/02/2020, Marchese Giuseppe Marco** (par. 5, p. 7), in relazione ad «una struttura 'ndranghetista […] fortemente radicata nel territorio di appartenenza [(nella specie, il basso catanzarese)] e pienamente operativa secondo le note condizioni enunciate nell'art. 416-bis cod. pen.», donde avulsa dalle «problematiche sui connotati della c.d. mafia silente»; sostanzialmente, quantunque implicitamente, negli stessi termini, **Sez. 6, n. 12534 del 26/09/2019 (dep. 2020)**, Mongiardo Mario e altri (par. 1.2, p. 10), in relazione ad una frangia, attiva in San Sostene e limitrofi, del gruppo Gallace di Guardavalle, costituente una «prosecuzione di altra di cui già facevano parte [taluni] imputati […], secondo quanto accertato con sentenza definitiva»).

7. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: strutture non 'ndranghetiste.

Ciò detto quanto alla 'ndrangheta, si è però ritenuto che il provvedimento fosse *ex se* invocabile anche al di fuori di essa, in relazione ad un'associazione replicante forme camorristiche alle porte di Roma, qualificata come di tipo mafioso.

Infatti, **Sez. 2, n. 12737 del 17/02/2020, Cotugno** e altri, ha esplicitamente ricondotto il «clan Pagnozzi» - «una nuova aggregazione criminale, insediatasi nella zona sud-est di Roma, operativa dalla fine del 2008 [s]ino al 2011, dotata di una propria struttura autonoma ed originale, che si propose di adottare, e di fatto adottò, la medesima metodica delinquenziale della "camorra" beneventana, di cui Domenico Pagnozzi [(trasferitosi in soggiorno obbligato a Roma)] era stato uno dei capi storici» (par. 4.1.3, p. 59) - ad una generalizzazione della categoria che il provvedimento per vero individua in rapporto alle delocalizzazioni 'ndranghetiste proponentisi di adottare la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"», categoria rispetto alla quale - secondo la sentenza in disamina - «non sorgono problemi, proprio perché essa impone sempre e comunque la rigorosa verifica di tutti i presupposti costitutivi del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. e postula l'esteriorizzazione del metodo mafioso» (par. 4.1.2, p. 59).

8. Ambito di riferimento del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto: "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso".

Sez. 2, n. 12737 del 2020, offre il destro per verificare se la giurisprudenza abbia invocato il provvedimento del P.P.A. altresì in relazione alle associazioni di nuovo conio non costituenti segmenti o repliche né della mafia calabrese né per

estensione di quella siciliana o campana o, volendo, pugliese e perciò definibili "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso".

In linea di principio, sono esse accomunabili, ma non sovrapponibili, alle delocalizzazioni 'ndranghetiste che si propongono di adottare la «medesima metodica delinquenziale delle "mafie storiche"», in quanto anche le prime, come le seconde, pur con la variante di adottare metodiche delinquenziali non "collaudate" in stilemi storico-sociologici (donde la ridetta non sovrapponibilità), si volgono a penetrare "ex novo" il sostrato (territoriale o personale) di insistenza, in guisa da dover a maggior ragione sottostare alla regola della necessaria «verifica di tutti i presupposti costitutivi del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen.», con particolare riguardo all'«esternazione del metodo mafioso».

Tale ragionamento informa di sé l'intera trattazione che Sez. 6, n. 18125 del 2020, riserva all'associazione di tipo mafioso, trovando un accenno di emersione laddove, a proposito de «Le mafie delocalizzate e le "nuove" mafie», spiega che «le considerazioni [precedentemente] formulate» - circa «la necessità di esteriorizzazione della capacità di intimidazione» (par. 2, p. 285) in tutto il paradigma delle «operazioni di "riduzione della scala" del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen.», rese necessarie dall'«adeguamento dei requisiti strutturali "storici" del reato al fine di "legare" ed "esportare" il modello in contesti diversi da quelli in cui si sono sviluppate le c.d. mafie tradizionali» (par. 3, p. 288) - «assumono rilievo in relazione [a]lle c.d. mafie delocalizzate e, come nel caso di specie, alle "nuove mafie"[,] la questione att[enendo] al se e [al] come i requisiti di tipicità della fattispecie debbano conformarsi davanti a fenomeni criminali come quelli indicati» (par. 4, p. 288 s.).

8.1. Sentenza su mafia capitale in ordine all'equiparazione tra mafie storiche e "nuove ed autonome associazioni di tipo mafioso".

Quel che preme in questa sede di evidenziare è il passaggio dogmatico fondamentale attraverso il quale Sez. VI, n. 18125 del 2020, sospinge l'esposizione onde guadagnare la descritta conclusione sulle «"nuove" mafie».

Ritiene essa che la previsione dell'ultimo comma dell'art. 416-bis cod. pen. - a termini del quale «le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e[d] alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che[,] valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo[,] perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso», ove l'aggiunta della 'ndrangheta è stata effettuata (solo) dall'art. 6, comma 2, del decreto-legge 4 febbraio 2010, n. 4, convertito, con modificazioni, nella legge 31 marzo 2010, n. 50 - non valga a rompere l'unicità del paradigma

dell'associazione di tipo mafioso, nonostante la ripetizione solo parziale del comma 3: precisamente con riguardo al solo avvalimento della forza intimidatrice del vincolo associativo - peraltro riferito direttamente all'aggregato delinquenziale, mentre invece il comma 3 lo riferisce «a coloro che ne fanno parte» - e non anche con riguardo alla «condizione di assoggettamento e di omertà» che - nell'architettura del comma 3 - «deriva» dalla «forza di intimidazione del vincolo associativo».

In buona sostanza, secondo Sez. 6, n. 18125 del 2020, l'idealtipo del comma 3 è l'unico predicabile di mafiosità, sia che si ragioni del prototipo sociologico rappresentato dalla mafia siciliana, ed in seno ad essa da cosa nostra, sia che si ragioni di camorra, 'ndrangheta od «altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere», sia che si ragioni di concrezioni di tipo mafioso emergenti, al di fuori delle mafie tipiche, storiche o tradizionali, in riduzione di scala. Invero, «prescindere dalla necessità che tutte le associazioni mafiose [- comprese dunque tanto le derivazioni delocalizzate di strutture storicamente radicate nelle regioni meridionali del Paese quanto «le nuove "altre" associazioni, come quella contestata nel presente processo» -] manifestino la propria capacità di intimidazione e determinino assoggettamento omertoso significa costruire in modo dicotomico la tipicità della stessa fattispecie incriminatrice; un'opzione interpretativa che non pare esente da dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo del principio di tassatività e determinatezza» (par. 4.2, p. 293 s.).

8.2. L'opposta tesi della «progressiva attenuazione della rilevanza giuridica delle ricadute esterne della metodologia associativa».

L'avviso di Sez. 6, n. 18125 del 2020, non è, però, l'unico rintracciabile in giurisprudenza.

In senso opposto scriveva Sez. 2, n. 24851 del 2017 - criticata da **Sez. 6, n. 18125 del 2020** -che «l'assenza di riferimenti[, nell'ultimo comma dell'art. 416-bis cod. pen.,] alle ricadute in termini di stringente condizionamento delle aree di insediamento […] induce ad optare per un consapevole affrancamento da un elemento di fattispecie ritagliato sulla specificità della mafia siciliana […]. A ciò consegue che l'esternazione del metodo in ipotesi di strutture delocalizzate e di mafie atipiche non debba essere parametrata in termini giuridicamente necessitati alla valutazione dell'impatto ambientale determinato dal radicamento territoriale […]» (par. 5, p. 9 s.).

Né un simile insegnamento - di cui si apprezza la distanza, non solo da **Sez. VI, n. 18125 del 2020**, ma anche dal provvedimento del P.P.A. - può dirsi superato.

Infatti, Sez. 2, n. 24851 del 2017, è adesivamente richiamata, anzitutto, nelle motivazioni di Sez. 5, n. 22127 del 24/01/2019, Carneli Giovanni e altri, depositate solo pochi giorni dopo l'ordinanza con cui Sez. 1, n. 15768 del 2019, aveva sollecitato l'intervento delle sezioni unite.

Sez. 5, n. 22127 del 2019, su cui si tornerà ancora tra poco, suggella la riconducibilità all'art. 416-bis cod. pen. del locale 'ndranghetista di Mariano Comense, seguitante ad esistere, secondo la Corte, in guisa 'ndranghetista, ancorché sostanzialmente solo "in filigrana", nel cuore della Brianza comasca, nonostante il colpo infertogli con la carcerazione del capo carismatico nel procedimento "Infinito".

Essa spicca per sostenere la tesi che non si dà un unico modello di associazione di tipo mafioso, giacché, «in sintesi, l'esternazione del metodo [mafioso] trova difforme declinazione e differente manifestazione a seconda della direzione finalistica delle condotte dei sodali e non può essere valutata secondo unitari e aprioristici moduli ermeneutici» (par. 4.2.6., p. 36). Orbene, a supporto di una simile conclusione, che si inscrive «nel solco di una progressiva attenuazione della rilevanza giuridica delle ricadute esterne della metodologia associativa» (ivi, p. 35), adduce la sentenza l'osservazione che, «in tema di corretta qualificazione della manifestazione del metodo mafioso, quale requisito specializzante della fattispecie ex art. 416-bis cod. pen., va ulteriormente sottolineato come la stessa interpretazione testuale della norma contribuisca a restringerne il campo. L'ultimo comma della citata disposizione […] richiama l'uso della forza intimidatrice del vincolo, senza menzionarne gli effetti in termini di assoggettamento e omertà, eliminando un elemento di fattispecie ritagliato sulla specificità della mafia siciliana, paradigma del precipitato storico della norma. A ciò consegue che l'esternazione del metodo, in ipotesi di strutture delocalizzate e di mafie atipiche, non debba essere parametrata in termini giuridicamente necessitati alla valutazione dell'impatto ambientale determinato dal radicamento territoriale» (par. 4.2.5, p. 33).

Più di recente, ma fuori dall'ambito delle delocalizzazioni 'ndranghetiste, Sez. 2, n. 24851 del 2017, è altresì condivisa da **Sez. 2, n. 14943 del 24/01/2020, Attanasio Michele e altri** (par. 2.5, p. 41), intesa a confermare - nella concorrenza di una "potenzialità" intimidatoria percepita all'esterno (cfr. ivi, p. 38: «[… quello di cui all'art. 416-bis cod. pen. è un] reato di pericolo risultando perciò sufficiente ad integrare la fattispecie concreta il fatto che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, e come tale sia percepito all'esterno ») - la natura camorristica di un neoemerso clan del salernitano, privo, secondo la tesi difensiva, di esternata mafiosità, come attestato dal fatto che «molti dei fatti estorsivi in cui la operatività del sodalizio si

sarebbe manifestata erano rimasti allo stadio del tentativo[,] proprio in quanto le vittime, tutt'altro che intimidite, si erano invece immediatamente rivolte alle forze dell'ordine (par. 2.6, p. 44 s.). La tesi difensiva è disattesa dalla Corte sul rilievo che, in disparte dal non essere rimaste non denunciate altre estorsioni financo consumate, il clan si era coagulato attorno al capo, «personaggio ben conosciuto nella valle dell'Irno come soggetto proveniente da Pagani, già "intraneo" ad ambienti delinquenziali organizzati e particolarmente pericoloso, insediatosi in Mercato San Severino e ben presto circondatosi da un gruppo dedito alla commissione di reati che, in breve tempo, si era affermato come egemone anche a scapito di altri rispetto ai quali il sodalizio rivendicava esplicitamente il primato (cfr., infatti, come correttamente emblematica sia stata in tal senso considerata la affermazione per cui "qui comandiamo noi", [volta] a sottolineare la definitiva acquisizione di una posizione di predominio)».

Infine, nell'ancora diverso ambito delle nuove ed autonome organizzazioni di tipo mafioso in territorio laziale, anche **Sez. 1, n. 5445 del 07/11/2019 (dep. 2020), Ermini Giorgio e altri**, cita Sez. 2, n. 24851 del 2017, onde sostenere «che è sufficiente che l'impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia munito della connotazione finalistica richiesta dalla norma incriminatrice, a prescindere dal grado di penetrazione nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione» (par. 3.1, p. 15). Su tale presupposto, **Sez. 1, n. 5445 del 2020**, conclude, in sede cautelare, nel senso della natura mafiosa di un nuovo gruppo delinquenziale (autoappellatasi "La Sicilia" o "I siciliani") che, alla stregua della ricostruzione dei giudici di merito, operava nel pometino - accentrando l'imposizione della "protezione" agli operatori economici e le attività legate allo spaccio di droga, peraltro (diversamente rispetto al caso di **Sez. 2, n. 14943 del 2020**) in «assenza di denunce delle vittime di reati, anche gravi» (ivi, p. 13) - «con modalità ispirate a quelle praticate dalle cosche appartenenti a "cosa nostra catanese"[,] per il ruolo apicale svolto sin dalla fondazione [- similmente a quanto osservato in **Sez. 2, n. 12737 del 2020**, quanto al clan Pagnozzi -] da [uno degli indagati], uomo d'onore della famiglia Santapaola, da decenni stabilmente insediata nel capoluogo etneo[: …] la nuova struttura associativa, costituita […] nell'anno 2009, negli anni a seguire, aveva dapprima assoggettato gli spacciatori locali, costringendoli a cedere una quota dei loro guadagni, per poi esercitare un controllo esclusivo anche delle altre attività illecite nell'area […]» (par. 1.2, p. 3, del «Ritenuto in fatto»).

Affinità di argomento suggerisce che si ricordi anche Sez. 5, n. 26427 del 20/05/2019, Forieri, Rv. 276894-01, la quale - nel ritenere legittimo il giudizio di mafiosità espresso dal tribunale del riesame in ordine ad un sodalizio «affermatosi rapidamente ed in maniera aggressiva nel territorio viterbese quale "istituzione"

criminale proiettata ad assumere nell'attualità un ruolo di spiccato rilievo ed a costituire una realtà con la quale ampi settori del tessuto economico, loro malgrado, si vedono costretti a confrontarsi in una posizione di soggezione» (par. 2.5, pp. 7 e 8) - proclama il principio secondo cui, «ai fini della configurabilità dell'associazione per delinquere di tipo mafioso, il requisito della forza intimidatrice promanante dal sodalizio non può essere escluso per il sol fatto che la sua percezione all'esterno non è generalizzata nel territorio di riferimento, o che un singolo non si è piegato alla volontà dell'associazione o, addirittura, ne ignori l'esistenza».

9. Condivisione del contenuto del provvedimento del Primo Presidente Aggiunto da parte di pronunce relative alla 'ndrangheta.

Nella seconda fase del procedimento in cui è maturata la richiesta di rimessione alle sezioni unite, Sez. 1, n. 51489 del 29/11/2019, Albanese Raffaele (e altro, ossia Nesci), Rv. 277913-01, senza direttamente evocare nei motivi della decisione il provvedimento del Primo Presidente Aggiunto, ha disconosciuto la sussumibilità nel tipo mafioso del locale di Frauenfeld, avendo ritenuto che il collegamento da questo esibito con la casa-madre si caratterizzasse come meramente interno, siccome limitato al piano dell'adozione di moduli organizzativi e rituali di adesione, e non come «organico-funzionale» e viepiù «dotato del carattere della riconoscibilità esterna», in guisa da far risaltare «una forza di intimidazione intrinseca[,] che […] non consiste nella mera potenzialità, non esercitata e quindi meramente presuntiva, dell'impiego della forza, ma nella spendita d'una vera e propria fama criminale ereditata dalla casa-madre». La Corte, in motivazione, ha ulteriormente chiarito che un «raccordo con la casa-madre non definito sul piano funzionale si esprimerebbe in forme di per sé insufficienti - appunto perché confinate nei cd. "interna corporis" del gruppo - a porsi come occasione per la proiezione all'esterno di una realtà criminale, impedendone la percezione sul territorio e quindi l'apprezzamento della capacità di condizionamento mafioso del contesto sociale ed economico» (par. 11.2, p. 15).

Sempre in tema di 'ndrangheta, ma questa volta in Lombardia, pressoché identica interpretazione del provvedimento del P.P.A., ancorché con esiti concretamente opposti, si reperta in Sez. 6, n. 11365 del 28/11/2019 (dep. 2020), Palermo Ernesto e altri, che però cambia registro linguistico e perviene all'ulteriore «conclusione [secondo cui] l'elemento caratterizzante della cd. "mafia silente" va identificato non già nella mera potenzialità di una non esercitata forza intimidatrice - come tale, unicamente presuntiva - bensì nella concreta spendita,

in termini che possono assumere una qualsiasi consistenza, anche non eclatante, della fama criminale che la struttura delocalizzata ha, per così dire, ereditato». Alla luce di tale principio, la Corte osserva come il locale di 'ndrangheta di Lecco, di cui si discorreva in ricorso, costituisca «una vicenda mafiosa che, nata come "silente", aveva progressivamente acquisito tratti di eloquente mafiosità [- "anche", ma non principalmente, attraverso paradigmi estorsivi dettagliati dai giudici di merito -] riconducibile al clima di assoggettamento ed omertà di cui i sodali potevano giovarsi per agire indisturbati nel perseguimento dei propri scopi, leciti o illeciti» (parr. 6.5, p. 9, e 6.7, p. 10). Per vero, la mafiosità del locale in parola leggesi così eloquentemente riassunta in premessa al «Considerato in diritto» (par. 4, p. 5): «La stessa Corte territoriale aveva […] evidenziato come il capo-clan cercasse di evitare manifestazioni tradizionali dell'associazione di stampo mafioso, avvalendosi di uomini nuovi, […], ben inserit[i] nel contesto sociale e politico locale, e adottando nuove strategie per insinuarsi nel tessuto economico e amministrativo lecchese, agendo spesso l'intimidazione, in modo ancor più subdolo, nella fase successiva al coinvolgimento delle vittime o dei pubblici funzionari corrotti. A dimostrazione di tale assunto il giudice d'appello aveva illustrato specifiche condotte, oggetto dei reati-fine, contestati a[d uno degli imputati], là dove aveva affermato che[,] "quando le vittime si rendono conto che dietro i volti nuovi vi sono 'i calabresi'[,] è troppo tardi" e specificando che "è ciò che accade ai corrotti, ma anche ai destinatari dei tentativi di estorsione, come […], che pur non avendo ceduto alle richieste di pagamento del pizzo, dopo i colpi di arma da fuoco che attingono le vetrine d[i un esercizio commerciale], si spaventano tanto che si guardano bene dal denunciare i responsabili"».

9.1. Volti puliti della 'ndrangheta e cosche 'ndranghetiste di seconda generazione nei territori refrattari dell'Italia settentrionale.

La storia del locale di Lecco, riguardata alla luce dell'affermazione del provvedimento del P.P.A. secondo cui la «capacità intimidatrice del sodalizio […] è […] una precondizione necessaria per la configurabilità del reato», rappresenta una realtà emblematica del "modus essendi" delle delocalizzazioni 'ndranghetiste in quelli che suole definire i territori refrattari dell'Italia settentrionale, beneficiari di condizioni economiche più "sofisticate" rispetto alla Calabria e perciò ritenuti meno esposti alla permeazione di metodi mafiosi tradizionalmente appariscenti.

L'osservazione di tali territori dimostra un'efficace capacità di adattamento dei sodalizi 'ndranghetisti, che, ivi nati "sottotraccia", a tal punto che per anni non ci si è accorti della loro presenza, hanno seguitato a mimetizzarsi, recitando bensì l'intimidazione, ma in modo viscido, ingannatore, non immediatamente

esibito, come invece si pensa accada secondo gli stilemi di solito impiegati per descrivere le associazioni di tipo mafioso alla stregua di associazioni che devono subito capitalizzare una riserva di intimidazione, per mettere anticipatamente in chiaro, in una visione aggettante sul futuro, quel che sono capaci di fare.

A ben guardare, Lecco aveva un punto in comune con Roma in mafia capitale: la corruzione di amministratori locali. A Lecco - secondo Sez. 6, n. 11365 del 2020 - è emerso che la 'ndrangheta «agiva», bensì, l'intimidazione, ma «nella fase successiva al coinvolgimento delle vittime o dei pubblici funzionari corrotti» e, «"quando le vittime si rend[eva]no conto che dietro i volti nuovi vi [erano] 'i calabresi'[, era] troppo tardi"».

In ciò si rinvengono i tratti di uno dei volti nuovi, o presentabili, o puliti, delle delocalizzazioni 'ndranghetiste nell'Italia del nord.

Il problema dei volti puliti della 'ndrangheta è già di per se stesso grave, in quanto, celandosi la 'ndrangheta dietro di essi, necessitano le indagini e l'istruttoria di un supplemento di approfondimento volto a cogliere il disvelamento - peraltro solo dinamico, con conseguenti ulteriori difficoltà di rappresentazione in dibattimento - della realtà.

È tale problema grave in rapporto alle delocalizzazioni di prima generazione.

Ma la questione che comincia ad affacciarsi nell'esperienza giudiziaria, incrementando ancor di più il tasso di complessità del problema, è che ormai negli stessi territori refrattari, in specie lombardi, si assiste all'osservazione di delocalizzazioni di seconda generazione, spesso vive ed attive in modo silente nel periodo successivo al buon esito delle recenti operazioni di contrasto, riuscite (però solo) a colpire (e non purtroppo a debellare) quelle di prima generazione.

Lo studio di tale fenomeno impone di confrontarsi con una nuova dimensione della criminalità organizzata delocalizzata, che incentra sul singolo territorio per vero non più refrattario, in quanto già percorso dall'impronta 'ndranghetista, il "punto di approdo" dei collegamenti che la consorteria più recente esprime, conseguentemente da individuarsi, non più (sol)tanto nella casa-madre calabrese, quanto piuttosto (e soprattutto) nell'esperienza locale pregressa.

Tale è il caso del locale di Mariano Comense, da Sez. 5, n. 22127 del 2019, ritenuto un'«organizzazione 'ndranghetista circoscrizionale che ha resistito ed è sopravvissuta alla detenzione di Salvatore Muscatello, continuando ad esprimere, nel contesto di riferimento, una soggettività criminale riconoscibile e riconosciuta, nonostante la cifra silente delle sue manifestazioni estrinseche ed il necessario adattamento con l'ambiente» (par. 5.1, p. 37), sulla duplice premessa che non si trattava di verificare «se si [fosse] insediato a Mariano Comense un gruppo criminale che [fosse] modellato o [fosse] diretta filiazione della 'ndrangheta calabrese, bensì se [fosse] ancora operativo il gruppo criminale,

sicuramente di 'ndrangheta, il cui insediamento [era] già stato definitivamente accertato», e che una simile verifica era «fortemente condizionat[a] dalla metamorfosi del fenomeno di infiltrazione mafiosa nel nord del Paese, giunta alla sua seconda e terza generazione, e […] non p[oteva pertanto] prescindere dal dato, ormai acquisito, dell'integrazione della criminalità organizzata nel nord Italia [e] della trasformazione delle modalità operative delle associazioni criminali mafiose sia nelle terre di origine (attraverso la c.d. sommersione) che nelle articolazioni esterne» (par. 3.2.3, p. 26).

9.2. Condivisione del contenuto del provvedimento del P.P.A. da parte di una pronuncia relativa ad una "nuova ed autonoma associazione di tipo mafioso".

Aderisce inoltre apertamente alla prospettiva del provvedimento del P.P.A., fuori però dal contesto 'ndranghetista, Sez. 2, n. 12737 del 2020, che, come visto, fa derivare la conferma della mafiosità del clan romano Pagnozzi dalla constatazione della progressiva crescita della sua visibilità violenta: invero, alla stregua delle risultanze di merito, il capo-clan, trasferitosi a Roma dopo i trascorsi camorristici nel beneventano e circondatosi sin da subito di pochi ma fidi collaboratori, «indirizzò la principale attività del gruppo verso il commercio di sostanze stupefacenti, mediane la costituzione di un'apposita struttura organizzata […], affiancata dall'attività di "recupero crediti" che il sodalizio svolse sia in danno degli acquirenti di droga, insolventi, sia come servizio offerto a terzi creditori; con mire espansionistiche anche nei settori leciti dell'economia (commercio di orologi di pregio e installazione di "slot-machine"). Inizialmente l'associazione fece ricorso alla violenza anche quale strumento di affermazione sul "nuovo" territorio, gli interlocutori furono inizialmente perplessi per i metodi violenti introdotti dai "napoletani", la preoccupazione fu diffusa ed effettiva, ma ben presto tutti si adeguarono alle nuove strategie violente perché percepite nel territorio come inevitabili» (par. 4.1.4, p. 60).

10. Possibile ricaduta sistematica della tesi della necessaria mafiosità in atto: dalla specialità all'alterità dell'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. rispetto all'associazione di cui all'art. 416 cod. pen.

La tesi della necessaria mafiosità in atto, affinché possa ritenersi l'esistenza di una qualsiasi associazione di tipo mafioso, potrebbe rivelarsi foriera di un'eclatante ricaduta sistematica in punto di rapporti tra l'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. e l'associazione di cui all'art. 416 cod. pen.

Tradizionalmente si ritiene che l'associazione di tipo mafioso si atteggi ad una "species" della comune associazione per delinquere, in relazione, da un lato, al perseguimento di «particolari obiettivi criminosi, costituiti non soltanto dalla perpetrazione di fatti antigiuridici, sibbene anche dalla gestione e dal controllo di settori di attività economiche», e, dall'altro, alla «particolare efficacia intimidatrice sprigionantesi dal sodalizio, nel senso che esso assume il connotato di mafioso allorché gli associati si avvalgano della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per realizzare le finalità indicate nel comma terzo dell'art. 416 bis [cod. pen.]» (Sez. 1, n. 14134 del 30/09/1986, Rv. 174636-01, Amerato).

Nondimeno, relativamente alla specialità dell'associazione di tipo mafioso rispetto all'associazione per delinquere, uno spunto critico di riflessione potrebbe sovvenire dalle affermazioni sistematizzate in Sez. 6, n. 18125 del 2020, relativa a mafia capitale, volta a rimarcare le profonde differenze tra l'una e l'altra associazione, tali da renderle irriducibili ad unità. In questa sentenza, infatti, si legge, pur al fine precipuo di sostenere che quello ex art. 416-bis cod. pen. «è un reato di pericolo [unicamente] perché l[']esistenza dell'associazione pone in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico, la libera partecipazione dei cittadini alla vita politica ed altri interessi ancora[, senza tuttavia che ciò significhi] che gli elementi costitutivi della fattispecie possano anche [solo] eventualmente manifestarsi […] in futuro»,

- in primo luogo, che «l'associazione mafiosa non è un reato associativo "puro", che si perfeziona sin dal momento della costituzione di una organizzazione illecita che si limiti a programmare di utilizzare la propria forza di intimidazione e di sfruttare le conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà per la realizzazione degli obiettivi indicati dalla norma;

- in secondo luogo che, «diversamente dall'associazione per delinquere semplice, l'associazione mafiosa non è strutturata sulle "intenzioni", ma su una rete di effettive derivazioni causali. Dunque, non un'associazione per delinquere, ma un'associazione che delinque; il metodo mafioso costituisce il mezzo, lo strumento, il modo con cui l'associazione persegue gli scopi indicati dalla norma e per tale ragione è necessaria, sempre, la sua concreta manifestazione esterna» (par. 2, intitolato «L'associazione mafiosa come reato associativo», pp. 282 s.).

Così opinando, l'associazione di tipo mafioso non è un'associazione per delinquere cui aggiunge la qualifica di mafiosità, ma un'associazione altra e diversa, che condivide con quella comune il solo tratto dell'entificazione e nulla più: in particolare, non condivide con essa l'attitudine ad anticipare la soglia della rilevanza penale delle condotte degli aderenti sino al livello della mera programmazione di un generico catalogo delittuoso, esigendo invece il concreto

esercizio del metodo mafioso quale effetto del conseguimento, nell'ambiente di riferimento, di un'effettiva e palese capacità di intimidazione.

Le conseguenze suscettibili di essere tratte dal descritto mutamento di prospettiva potrebbero essere notevoli, specialmente quanto a correlazione tra imputazione e sentenza (art. 521 cod. proc. pen.), ma anche quanto a tutti gli altri ambiti - quale, ad esempio, in passato, quello legato alla norma incriminatrice applicabile - percorsi dall'affermazione di specialità dell'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. rispetto all'associazione di cui all'art. 416 cod. pen.: un'affermazione che, peraltro, già allo stato attuale, si presenta poliedrica, esibendo declinazioni diverse in corrispondenza di diversi modi di concretamente ritenere i rapporti tra le due associazioni.

Nel dettaglio.

Secondo un indirizzo più recente, cui, in linea teorica, pare riconducibile Sez. 2, n. 10255 del 2020, laddove pone l'accento sulla «caratura "oggettiva" del metodo mafioso» quale elemento peculiarizzante l'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. (par. 2.1, p. 66), «[…] il reato di associazione mafiosa costituisce […] un[']ipotesi di delitto a condotta multipla, per cui, quando l'associazione risulta finalizzata alla commissione di delitti, l'elemento del metodo mafioso vale a caratterizzarla, rispetto all[']associazione per delinquere "comune", nella previsione speciale, ai sensi dell'art. 15 cod. pen.; mentre, nell'ipotesi in cui le finalità perseguite s[ia]no diverse, l'elemento stesso vale a costituire un titolo autonomo di reato, il cui evento va individuato nella situazione di pericolo per la libera espressione delle attività socio economiche - e nella specie dei diritti civili e politici - insita nel particolare vincolo associativo con quelle specifiche caratterizzazioni» (Sez. 2, n. 22989 del 30/04/2013, Gioffrè A. e altri, ultimo par. di p. 13 sino all'inizio di p. 14).

Di diverso avviso è invece un indirizzo più risalente, a termini del quale l'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. descrive un "continuum" evolvente da quella di cui all'art. 416 cod. pen., "continuum" a sua volta da riguardare unitariamente alla luce della disciplina del reato permanente: poiché, dunque, in questo, «nel caso di successione di leggi più severe, qualora la permanenza si protragga sotto il vigore della nuova legge, è questa soltanto che deve trovare applicazione, in quanto vigente la nuova legge il reato è commesso con la realizzazione di tutti gli elementi costitutivi, né trova ingresso in questo caso il comma terzo dello art. 2 cod. pen.», aveva detto indirizzo concluso che, «a seguito dell'introduzione[,] con l'art. 1 [della] legge 13 settembre 1982[,] n. 646[,] della fattispecie criminosa dell'associazione di tipo mafioso nel codice penale (art. 416 bis), con natura di disposizione speciale rispetto alla fattispecie dell'associazione per delinquere comune (art. 416 cod. pen.), qualora la permanenza di una

fattispecie associativa si [fosse protratta] dopo l'entrata in vigore della nuova legge, e [fosse] inquadrabile nella sua previsione, trova[va] applicazione soltanto la legge successiva anche se più severa» (Sez. 1, n. 11669 del 07/10/1987, Liccardo, Rv. 177071-01).

In relazione a questo secondo indirizzo, ragioni di affinità contenutistica inducono a rilevare che - pur al di fuori (per via del tempo ormai trascorso dalla legge Rognoni-La Torre) dal tema dei rapporti tra le due associazioni, con conseguente concentrazione dell'attenzione esclusivamente sull'associazione di cui all'art. 416-bis cod. pen. - la logica del "continuum" trova tutt'oggi seguito a proposito dell'individuazione del "dies ad quem" della condotta permanente quale fattore cui parametrare, per l'intera condotta, l'applicazione della legge "medio tempore" sopravvenuta, «anche se più severa» (come in allora specificato da Sez. 1, n. 11669 del 1987), senza che ciò integri violazione dell'art. 2 cod. pen. (in tal senso si esprime la massima estratta da **Sez. 2, n. 20098 del 03/06/2020, Buono, Rv. 279476-01**, da leggersi in uno all'ultimo cpv. di p. 16 delle motivazioni).

11. Continuazione tra partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso e reati-fine e tra plurimi segmenti di condotta partecipativa ad una medesima associazione.

"A latere" delle varie tesi sui rapporti tra associazione di tipo mafioso ed associazione per delinquere, corrisponde all'osservazione della realtà che anche l'associazione di tipo mafioso è generalmente un'associazione che compie reati-fine e che, pertanto, in questa declinazione parzialmente discosta da quella di Sez. 6, n. 18125 del 2020, delinque, viepiù in esecuzione - non dissimilmente da quel che accade in seno ad un'ordinaria associazione per delinquere - di un programma criminoso.

A mente di ciò, sovviene un primo problema - interessato da nuove evoluzioni nel 2020 - concernente i requisiti per la configurabilità della continuazione tra la partecipazione all'associazione di tipo mafioso ed i reati-fine.

Per rappresentare i termini del problema, ci si permette di suggerire che, in via di metafora, l'associazione sia immaginata come un treno in viaggio lungo i binari della delinquenza, su cui il partecipe può salire sin dalla stazione di partenza oppure, come spesso accade, in una fermata successiva.

In argomento, l'indirizzo più recente, predica la configurabilità della continuazione «a condizione che il giudice verifichi puntualmente che questi ultimi siano stati programmati al momento in cui il partecipe si è determinato a fare ingresso nel sodalizio», giacché, «ove si ritenesse sufficiente la

programmazione dei reati-fine al momento della costituzione del sodalizio, si finirebbe per configurare una sorta di automatismo nel riconoscimento della continuazione e del conseguente beneficio sanzionatorio, in quanto tutti i reati commessi in ambito associativo dovrebbero ritenersi in continuazione con la fattispecie di cui all'art. 416-bis cod. pen.»: tale è la posizione di **Sez. 1, n. 23818 del 22/06/2020, Toscano Francesco, Rv. 279430-01**, che ribadisce pressoché alla lettera Sez. 1, n. 1534 del 09/11/2017 (dep. 2018), Giglia, Rv. 271984-01.

Si registra però anche un indirizzo contrario, volto a considerare rilevante la programmazione dei reati-fine al momento della costituzione dell'associazione.

La contrarietà, nondimeno, è meno spiccata di quanto sembra.

Il secondo indirizzo, in disparte che trova terreno fertile soprattutto con riguardo all'associazione per delinquere (cfr. ad es. Sez. 1, n. 40318 del 04/07/2013, Corigliano, Rv. 257253-01), anche quando si occupa dell'associazione di tipo mafioso, lo fa sostanzialmente per escludere che possa ricondursi al programma associativo l'omicidio commesso dal partecipe come reazione punitiva dell'associazione (Sez. 5, n. 23370 del 14/05/2008, Pagliara, Rv. 240489-01; Sez. 6, n. 2960 del 27/09/1999, Ingarao, Rv. 214555-01), a nulla rilevando finanche che ne sia stata giudizialmente riconosciuta la natura aggravata ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 (come, alla luce della motivazione, nonostante il tenore della fattispecie riassunta in massima, nel caso di Sez. 1, n. 8451 del 21/01/2009, Vitale, Rv. 243199-01).

Talché il secondo indirizzo giunge in definitiva alla medesima conclusione del primo circa l'inesistenza di «[alc]una sorta di "presunzione di continuazione" [della partecipazione all'associazione] rispetto ai reati-fine», potendosi ammettere il vincolo «soltanto nella eccezionale ipotesi in cui risulti che[,] fin dalla costituzione del sodalizio criminoso o [- notasi -] dalla adesione ad esso, un determinato soggetto, nell'ambito del generico programma criminoso, abbia già individuato uno o più specifici fatti di reato, da lui poi effettivamente commessi» (Sez. 1, n. 6530 del 18/12/1998 (dep. 1999), Zagaria, Rv. 212348-01).

Talché pare cogliere nel segno la tesi che, peraltro in relazione tanto all'associazione per delinquere (Sez. 5, n. 44606 del 18/10/2005, Traina, Rv. 232797-01), quanto all'associazione di tipo mafioso (Sez. 6, n. 15889 del 02/03/2004, Drago, Rv. 228874-01, da cui sono tratte le citazioni a seguire), ritiene risolversi «il problema della configurabilità della continuazione tra reato associativo e reati-fine […] in una "quaestio facti" la cui soluzione è rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice di merito».

Contermine al problema della continuazione tra partecipazione all'associazione e reati-fine è quello del "discrimen" - nel caso di plurimi segmenti di condotta partecipativa ad una medesima associazione protratta nel tempo - tra

configurabilità di un'unica complessiva condotta inglobante i singoli segmenti e configurabilità di tante condotte, eventualmente da avvincere in continuazione, quanti sono gli stessi.

Sez. 2, n. 680 del 19/11/2019 (dep. 2020), D'Alessandro Luigi, Rv. 277788-01, ribadisce l'avviso ricevuto che «l'accertamento contenuto nella sentenza di condanna delimita la protrazione temporale della permanenza del reato con riferimento alla data finale cui si riferisce l'imputazione ovvero alla diversa data ritenuta in sentenza, o, nel caso di contestazione c.d. aperta, alla data della pronuncia di primo grado, sicché la successiva prosecuzione della medesima condotta illecita oggetto di accertamento può essere valutata esclusivamente quale presupposto per il riconoscimento del vincolo della continuazione tra i vari episodi» [conf., in prec., Sez. 6, n. 3054 del 14/12/2017 (dep. 2018), P.G. in proc. Olivieri e altri, Rv. 272138-01, e Sez. 1, n. 38486 del 19/05/2011, Rinzivillo, Rv. 251364-01].

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 14134 del 30/09/1986, Rv. 174636-01, Amerato
Sez. 1, n. 11669 del 07/10/1987, Liccardo, Rv. 177071-01
Sez. 1, n. 6530 del 18/12/1998 (dep. 1999), Zagaria, Rv. 212348-01
Sez. 6, n. 2960 del 27/09/1999, Ingarao, Rv. 214555-01
Sez. 6, n. 15889 del 02/03/2004, Drago, Rv. 228874-01
Sez. 5, n. 44606 del 18/10/2005, Traina, Rv. 232797-01
Sez. 5, n. 19141 del 13/2/2006, Bruzzaniti, Rv. 234403-01
Sez. 5, n. 23370 del 14/05/2008, Pagliara, Rv. 240489-01
Sez. 1, n. 8451 del 21/01/2009, Vitale, Rv. 243199-01
Sez. 1, n. 38486 del 19/05/2011, Rinzivillo, Rv. 251364-01
Sez. 1, n. 40318 del 04/07/2013, Corigliano, Rv. 257253-01
Sez. 2, n. 22989 del 30/04/2013, Gioffrè A.
Sez. 2, n. 25360 del 15/05/2015, Concas e altri, Rv. 264120-01
Sez. 2, nn. 15807 e 15808 del 25/03/2015, Albanese
Sez. 2, nn. 15807 e 15808 del 25/03/2015, Nesci
Sez. 6, n. 3054 del 14/12/2017(dep. 2018), Olivieri, Rv. 272138-01
Sez. 1, n. 1534 del 09/11/2017 (dep. 2018), Giglia, Rv. 271984-01
Sez. 6, n. 57896 del 26/10/2017, Fasciani Carmine
Sez. 2, n. 24851 del 04/04/2017, Garcea e altri, Rv. 270442-01
Sez. 2, n. 24851 del 04/03/2017, Garcea
Sez. 6, n. 27094 del 01/03/2017, Milite, Rv. 270736-01
Sez. 5, n. 47535 del 11/07/2018, N., Rv. 274138-01
Sez. 5, n. 44156 del 13/06/2018, S., Rv. 274120-01
Sez. F., n. 56598 del 03/09/2018, Balsebre, Rv. 274753-02
Sez. 1, n. 51489 del 29/11/2019, Albanese Raffaele, Rv. 277913-01
Sez. 6, n. 42369 del 17/07/2019, Danise Vincenzo, Rv. 277206-01
Sez. 6, n. 9001 del 02/07/2019, Demasi Roberto
Sez. 6, n. 13679 del 25/06/2019, Crea Adolfo
Sez. 5, n. 26427 del 20/05/2019, Forieri, Rv. 276894-01
Sez. 1, n. 15768 del 15/03/2019, Nesci e altro (Albanese)
Sez. 2, n. 27808 del 14/03/2019, Furnari, Rv. 276111-01
Sez. 5, n. 22127 del 24/01/2019, Carneli Giovanni e altri
Sez. 3, n. 17851 del 09/01/2019, Casamonica Giovannina
Sez. 2, n. 29189 del 29/09/2020, La Rosa Giuseppe
Sez. 5, n. 31798 del 14/07/2020, Fabbrocino Giovanni
Sez. 1, n. 23818 del 22/06/2020, Toscano Francesco, Rv. 279430-01

Sez. 2, n. 20098 del 03/06/2020, Buono, Rv. 279476-01
Sez. 2, n. 20926 del 13/05/2020, Perna Domenico Ciro
Sez. 6, n. 12219 del 18/02/2020, Marchese Giuseppe Marco
Sez. 2, n. 12737 del 17/02/2020, Cotugno
Sez. 2, n. 14943 del 24/01/2020, Attanasio Michele e altri
Sez. 2, n. 10255 del 29/11/2019 (dep. 2020), Fasciani Sabrina
Sez. 6, n. 11365 del 28/11/2019 (dep. 2020), Palermo Ernesto
Sez. 2, n. 680 del 19/11/2019 (dep. 2020), D'Alessandro Luigi, Rv. 277788-01
Sez. 1, n. 5445 del 07/11/2019 (dep. 2020), Ermini Giorgio e altri
Sez. 6, n. 18125 del 16-22/10/2019 (dep. 2020), Buzzi e altri
Sez. 6, n. 12534 del 26/09/2019 (dep. 2020), Mongiardo Mario
Sez. 5, n. 1554 dell'11/09/2019 (dep. 2020), Brunetti Raffaele

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE "GENCO" ED I LIMITI ALL'ESTENSIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU.

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada" - 2. L'estensione del principio ai soggetti non ricorrenti in sede europea. - 3. La soluzione accolta dalle Sezioni unite: la natura della sentenza "Contrada" - 4. I limiti all'obbligo di conformazione ai principi affermati nelle sentenze CEDU. - 5. Violazione dell'art.7 CEDU ed verifica degli orientamenti giurisprudenziali in sede convenzionale. - 6. Il concorso esterno e la presunta "creazione giurisprudenziale" della fattispecie. - 7. Evoluzione giurisprudenziale ed "overruling" *in malam partem*.

1. L'origine della questione: la sentenza della Corte EDU sul caso "Contrada".

Le Sezioni unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla possibilità di estendere i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, emessa in relazione al caso Contrada contro Italia, nei confronti di soggetti che possono vantare di trovarsi nella medesima situazione del ricorrente in sede europea. La suddetta pronuncia è intervenuta in ordine alla compatibilità della condanna emessa a carico del Contrada per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, riferita all'arco temporale intercorrente tra il 1979 ed il 1988, allorquando la giurisprudenza non era univoca in ordine alla configurabilità dell'ipotesi concorsuale nel reato associativo.

Il Contrada deduceva dinanzi alla Corte EDU la violazione dell'art.7 della convenzione, ritenendo che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse una figura di creazione sostanzialmente giurisprudenziale e che, solo in epoca successiva ai fatti oggetto dell'imputazione, la giurisprudenza - con la sentenza delle Sezioni unite "Demitry" del 1994 - era pervenuta ad un'esatta ricostruzione della fattispecie.

A fronte della suddetta contestazione, il Governo italiano indicava la giurisprudenza di legittimità che aveva affermato la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo, sia con riguardo alla specifica ipotesi dell'associazione di stampo mafioso, sia con riguardo a forme di criminalità organizzata di altro genere, sostenendo che la giurisprudenza - fin da epoca antecedente ai fatti contestati al Contrada - aveva ampiamente riconosciuto la figura del concorso esterno.

La Corte EDU, in risposta a tali argomentazioni, ha affermato che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso è una fattispecie di "creazione

giurisprudenziale", ritenendo che i contorni di tale reato, prima della sentenza "Demitry", non erano compiutamente individuati e, quindi, conoscibili da parte del soggetto successivamente condannato per tale titolo di reato.

Proseguendo in tale ragionamento, la Corte è giunta alla conclusione che l'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, posteriore ai fatti ascritti al ricorrente, dimostra che, all'epoca in cui tali fatti sarebbero avvenuti, il ricorrente non poteva ragionevolmente prevedere le conseguenze, in termini di sanzione, delle sue presunte azioni, in quanto l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso era oggetto di interpretazioni giurisprudenziali divergenti.

La Corte EDU ha affermato il principio secondo cui «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti».

Valorizzando il ruolo che la giurisprudenza svolge nel chiarire la portata delle norme incriminatrici, la Corte EDU ha concluso nel senso che «è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno».

A seguito dell'accoglimento del ricorso in sede europea, il Contrada proponeva ricorso in cassazione avverso il rigetto dell'incidente di esecuzione con il quale aveva richiesto l'attuazione nell'ordinamento interno della decisione ottenuta in sede europea.

Il ricorso veniva deciso da Sez.1, n.43112 del 6/7/2017, Contrada, Rv.273905; in tale sentenza veniva riconosciuto l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU, discendente dall'art.46 della convenzione, in base alla quale le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte "nelle controversie nelle quali sono parti".

In ordine alle modalità mediante le quali rimuovere il pregiudizio conseguente alla violazione della convenzione, si è affermato che la «sentenza pronunziata dalla Corte EDU nel caso Contrada contro Italia non impone interventi *in executivis* differenti da quelli legittimati dalle disposizioni degli artt. 666 e 670 cod.

proc. pen. Non sussistendo, del resto, alcun limite letterale o sistematico all'applicazione al caso in esame di detti poteri, gli artt. 666 e 670 cod. proc. pen. non possono che essere interpretati nel senso di consentire l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una condanna emessa dal giudice italiano in violazione di una norma della Convenzione EDU, dovendosi ribadire che garante della legalità della sentenza in fase esecutiva è il giudice dell'esecuzione, cui compete, se necessario, di ricondurre la decisione censurata ai canoni della legittimità (Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, cit.). In conclusione, non resta che riconoscere che, a seguito della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, che ha dichiarato che la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada dalla Corte di appello di Palermo il 25/02/2006, divenuta irrevocabile il 10/05/2007, violerebbe l'art. 7 CEDU, tale pronuncia non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali.»

In definitiva, quindi, la sentenza della Prima sezione si è limitata a dichiarare ineseguibile ed improduttiva di effetti penali la sentenza di condanna emessa nei confronti del Contrada in violazione dell'art.7 della CEDU, ritenendo che tale limitato effetto non richiede né la riapertura del processo, né consente l'adozione di una pronuncia in sede esecutiva equiparabile alla revoca della sentenza di condanna prevista ex art.673 cod.proc.pen.

2. L'estensione del principio ai soggetti non ricorrenti in sede europea.

A seguito della pronuncia della Corte EDU, si è posto il problema di verificare se e mediante quali strumenti processuali la sentenza dichiarativa della violazione dell'art.7 CEDU dovesse trovare esecuzione nell'ambito della giurisdizione nazionale anche nei confronti di quei soggetti che, pur non avendo adito la Corte EDU, si trovino nella medesima situazione di fatto che ha dato luogo all'accoglimento del ricorso in favore del Contrada.

Sulla questione sono intervenute plurime pronunce che, sia pur valorizzando aspetti diversi, hanno tendenzialmente escluso la possibilità di estendere ad altri il principio affermato dalla sentenza Contrada.

In estrema sintesi, sono individuabili tre distinti filoni giurisprudenziali, due dei quali contrari all'estensione ai cosiddetti "fratelli minori" della pronuncia adottata dalla Corte EDU.

Secondo un primo orientamento, inaugurato da Sez.1, n.44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861, (cui si è uniformata anche Sez. 1, n. 53610 del 10/04/2017, Gorgone) qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione

(pur non adottata nelle forme della "sentenza pilota") abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo.

Applicando tale principio al caso specifico della "prevedibilità" della condanna per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, pronunciata prima del 1994, la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso all'incidente di esecuzione, in considerazione del fatto che la contestazione all'imputato di una condotta illecita in termini di sovrapponibilità a quella formulata a carico del Contrada, non implica necessariamente il medesimo giudizio di "imprevedibilità" della condanna, occorrendo una valutazione della vicenda processuale concreta, anche alla luce della linea difensiva assunta dall'imputato fin dal giudizio di merito.

Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, ancor più nettamente contrario all'estensione della sentenza "Contrada", quest'ultima non può avere una portata estensiva, in quanto fondata su un presupposto contraddetto dal principio di legalità formale recepito nell'ordinamento italiano. In tal senso si è espressa Sez.1, n.8661 del 12/1/2018, Esti, Rv.272797, secondo cui «I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 nel procedimento Contrada contro Italia, in ordine alla natura di fattispecie di creazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa, non possono essere estesi a casi diversi, in quanto, fermi restando gli obblighi di conformazione imposti dall'art. 46 CEDU, che operano limitatamente al caso di cui si controverte, il sistema penale nazionale è ispirato al modello della legalità formale in cui non solo non è ammissibile alcun reato di "origine giurisprudenziale", ma la punibilità delle condotte illecite trova il suo fondamento nei principi di legalità e tassatività» (in senso conforme: Sez. 1, n. 36505 del 12/06/2018, Corso; Sez. 1, n. 36509 del 12/06/2018, Marfia, Rv. 273615; Sez. 1, n. 37 del 04/12/2018, dep. 2019, Grassia; Sez. 5, n. 55894 del 03/10/2018, P, Rv. 274170; Sez. 1, n. 15574 del 19/02/2019, Papa).

A fronte dei suddetti orientamenti, concordi nell'escludere l'estensione della sentenza "Contrada", l'ordinanza di remissione alle Sezioni unite ha sottolineato come la decisione adottata dalla Corte EDU avrebbe evidenziato non già un *deficit* di "prevedibilità" soggettiva della decisione di condanna emessa in relazione al reato di concorso esterno, bensì una oggettiva carenza di determinatezza di tale ipotesi concorsuale.

Parimenti non è stata ritenuta condivisibile la tesi sostenuta nella sentenza "Esti", sottolineando come la Corte EDU non aveva affatto affermato che il reato di concorso esterno fosse stato "creato" dalla giurisprudenza, in mancanza di un fondamento normativo, bensì si era limitata ad appuntare l'attenzione sul

profilo della prevedibilità ed accessibilità del dato normativo (Sez.6, ord. n.21767 del 17/5/2019, Genco).

3. La soluzione accolta dalle Sezioni unite: la natura della sentenza "Contrada".

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 24 ottobre 2019, dep. 3 marzo 2020, n. 8544, Genco, Rv. 278054, nell'affrontare la questione di diritto in ordine al "se la sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015 sul caso Contrada abbia una portata generale, estensibile nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione, quanto alla prevedibilità della condanna e, conseguentemente, qualora sia necessario conformarsi alla predetta sentenza nei confronti di questi ultimi, quale sia il rimedio applicabile", hanno preso le mosse dall'esame della natura giuridica della sentenza Contrada.

La Corte, sulla base di un ampio esame della giurisprudenza interna e convenzionale, ha individuato due ipotesi in cui è possibile estendere, a soggetti non ricorrenti in sede europea, i principi affermati dalla Corte EDU in relazione ad un determinato caso sottoposto al suo esame.

La prima ipotesi si verifica ove la decisione della Corte EDU abbia espressamente la veste di "sentenza pilota", ai sensi dell'art.61 del regolamento CEDU. Tale tipologia di pronuncia presuppone che venga rilevata una violazione strutturale dell'ordinamento statale, causa della proposizione di una pluralità di ricorsi di identico contenuto, a fronte dei quali la Corte EDU adotta una sentenza che indichi allo Stato convenuto la natura della questione sistemica riscontrata e le misure riparatorie da adottare a livello generalizzato per conformarsi al *decisum* della sentenza stessa con eventuale rinvio dell'esame di tutti i ricorsi, fondati sulle medesime ragioni, in attesa dell'adozione dei rimedi indicati.

Le Sezioni unite hanno espressamente escluso che la sentenza "Contrada" possa qualificarsi quale "sentenza pilota", non rientrando nello schema formale di tale tipologia di pronuncia,

L'ulteriore ipotesi in cui è possibile riconoscere una portata "estensiva" ed *erga alios* alle sentenze della Corte EDU, si verifica lì dove la «violazione dei diritti individuali del proponente il ricorso contiene in sè anche l'accertamento di lacune ed imperfezioni normative o di prassi giudiziarie, proprie dell'ordinamento interno scrutinato, contrarie ai precetti della Convenzione, che assumono rilevanza anche per tutti coloro che subiscano identica violazione, sicchè l'obbligo di adeguamento dello Stato convenuto trascende la posizione del singolo coinvolto nel caso risolto, ma investe tutti quelli caratterizzati dalla sussistenza di

una medesima situazione interna a portata generale di contrarietà alle previsioni convenzionali».

Anche in relazione a quest'ultimo profilo, le Sezioni unite hanno escluso che la sentenza "Contrada" abbia individuato una carenza oggettiva e di portata generale dell'ordinamento interno, tale da far ritenere la sussistenza di una lesione delle garanzie di prevedibilità e conoscenza del precetto, in violazione dell'art.7 della CEDU, nei confronti di tutti i soggetti condannati per il delitto di concorso esterno, relativamente a condotte poste in essere prima della sentenza "Demitry" del 1994.

4. I limiti all'obbligo di conformazione ai principi affermati nelle sentenze CEDU.

Le Sezioni unite hanno compiutamente ricostruito i limiti dell'interpretazione conforme ai principi affermati nelle sentenze della Corte EDU, ribadendo in primo luogo quanto statuito nelle note "sentenze gemelle" della Corte costituzionale (sent. nn. 348 e 349 del 2007).

In base ai principi recepiti dalla Consulta, si è ribadito che l'obbligo conformativo per lo Stato condannato nel giudizio celebrato dinanzi la Corte sovranazionale sussiste solo in presenza di una statuizione contenuta in una sentenza pilota, oppure in quella che, seppur legata alla concretezza della situazione che l'ha originata, "tenda ad assumere un valore generale e di principio" (Corte Cost., sent. n. 236 del 2011; sent. n. 49 del 2015).

Ne consegue che il giudice interno, nel valutare le ricadute del principio affermato dalla Corte EDU rispetto a soggetti diversi dal ricorrente in sede europea, non solo a verificarne la conformità alla Costituzione, ma dovrà anche verificare se il principio affermato è espressimo di un "diritto consolidato", mentre "nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo" (Corte Cost., sent. n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009).

In definitiva, l'estensione del principio affermato in sede europea può conseguire solo se l'affermazione, pur formalmente riferita al singolo caso esaminato dalla Corte EDU, sia espressione di un "diritto consolidato".

Le Sezioni unite, nel richiamare i principi affermati dalla Corte costituzionale, hanno ribadito come «l'esigenza di rispettare indicazioni esegetiche conformi e costanti, stabili rispetto ad altre pronunce della stessa Corte sovranazionale, nasce dalla constatazione della vocazione casistica dei suoi interventi decisori, legati alla situazione concreta esaminata e del loro flusso continuo di produzione in riferimento ad una pluralità e varietà di corpi legislativi di riferimento; non

dipende, pertanto, dalla negazione della natura vincolante delle pronunce emesse dalle singole sezioni, piuttosto che dalla Grande Camera, quanto dalla necessità di individuare un pronunciamento che non sia isolato o contraddetto da altri di segno diverso (Corte Cost., sent. n. 236 del 2011; n. 49 del 2015)».

Tale ragionamento ha posto le basi per la successiva risoluzione della questione rimessa alle Sezioni unite, dovendosi verificare se i principi affermati dalla sentenza "Contrada" corrispondano o meno al "diritto consolidato" della Corte EDU, atteso che - in caso di risposta contraria - verrebbe meno il presupposto stesso dell'estensione dei principi in questione a soggetti diversi dal ricorrente in sede europea.

5. Violazione dell'art.7 CEDU e verifica degli orientamenti giurisprudenziali in sede convenzionale.

La logica cui si è ispirata la sentenza delle Sezioni unite rende evidente come l'elemento centrale della decisione concerne l'esame della giurisprudenza della Corte EDU, finalizzato all'individuazione di un principio uniforme e costantemente applicato in relazione alla fattispecie *de quo*.

Nel condurre tale verifica, le Sezioni unite hanno compiuto un esaustivo vaglio delle plurime pronunce che sono state rese in ordine al principio di conoscibilità e prevedibilità della norma incriminatrice contenuto all'art.7 CEDU, giungendo alla conclusione che l'applicazione di tale norma contenuta nella sentenza "Contrada" non è espressione di un orientamento consolidato, come risultante dal fatto che, in altre pronunce, sono stati affermati principi di tutt'altro rigore e contenuto.

Le Sezioni unite partono dal presupposto per cui la sentenza "Contrada" non contiene l'affermazione, esplicita e chiaramente rintracciabile dall'interprete, della natura generale della violazione riscontrata. Al contrario, si sviluppa mediante l'esame del caso specifico ed analizza l'imputazione elevata al ricorrente nel processo celebrato a suo carico, la linea di difesa adottata, le risposte giudiziarie ottenute ed i relativi percorsi giustificativi, incentrati sul tema della definizione giuridica del fatto e della sua prevedibilità.

Esprime quindi il giudizio finale di violazione dell'art. 7 CEDU in termini strettamente individuali, ma senza specificare se la trasgressione rilevata riguardi il primo o il secondo periodo dell'art. 7, p. 1, ossia se risieda nell'accertamento in sè di responsabilità penale, oppure nel titolo e nella connessa punizione, come pare potersi dedurre dal seguente inciso conclusivo della motivazione, secondo cui "Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti".

In buona sostanza, la sentenza "Contrada" opera una commistione tra il profilo oggettivo, in ordine alla sufficiente chiarezza del reato di concorso esterno, e quello soggettivo, incentrato sulla prevedibilità dell'incriminazione delle condotte poste in essere, ma tale elaborazione non consente di ritenere affermato un principio di generalizzata illegittimità convenzionale, per i fatti antecedenti al 1994, del reato di concorso esterno in associazione mafiosa.

La pronuncia della Corte EDU, pertanto, segue una via interpretativa che non si colloca nell'ambito di una consolidata elaborazione giurisprudenziale.

Le Sezioni unite hanno sottolineato l'esistenza di pronunce che hanno accolto una concezione soggettiva del requisito della prevedibilità, spesso ancorandolo alle qualifiche e competenze professionali del destinatario della norma, nonché alla materiale possibilità di conoscere l'illiceità penale poste in essere (Corte EDU, 01/09/2016, X e Y c. Francia; 6/10/2011, Soros c. Francia; 10/10/2006, Pessino c. Francia; 28/03/1990, Groppera Radio AG c. Svizzera).

In altri casi, la Corte EDU ha valorizzato l'elemento oggettivo e, quindi, il contenuto precettivo della legge, il grado di determinatezza del precetto e l'incidenza dell'elaborazione giurisprudenziale (Corte EDU, 26/04/1979, Sunday Times c. Regno Unito; 25/05/1993, Kokkinakis c. Grecia; GC, 15/11/1996, Cantoni c. Francia; GC, 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna).

A volte, invece, è stata valorizzata la consapevolezza dell'antigiuridicità di una determinata condotta, a prescindere dall'incertezza o, addirittura, della contrarietà del principio contenuto nel testo normativo (Corte EDU, 22/11/1995, S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito; 24/05/1988, Muller c. Svizzera).

In definitiva, dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU emerge un quadro interpretativo non connotato da univocità del principio di prevedibilità e determinatezza di cui all'art.7 CEDU, rispetto al quale la sentenza "Contrada" si pone, per molti versi, in una posizione eccentrica.

Né si è ritenuto che il contrasto giurisprudenziale interno, esistente fino al 1994 in merito al reato di concorso esterno, sia un elemento dirimente.

È stato sottolineato, infatti, come in una precedente sentenza della Corte EDU, l'esistenza contestuale negli interpreti di visioni esegetiche difformi in ordine alla configurabilità di un reato, nella specie quello di genocidio nell'ambito dell'ordinamento tedesco, non disciplinato espressamente, ma tratto da norme internazionali pubbliche, non è stata ritenuta causa di violazione del principio di legalità, sebbene quella accolta nei confronti del ricorrente fosse stata l'interpretazione sfavorevole all'imputato, non restrittiva e mai applicata in precedenza (Corte EDU, 12/07/2007, Jorgic c. Germania).

Le Sezioni unite, pertanto, hanno affermato che «La sentenza Contrada rivela, come già detto, l'impiego di una combinazione di criteri, quello soggettivo

incentrato sulla condotta processuale del ricorrente e quello, che è preponderante, propriamente oggettivo, basato sull'assenza di una norma precisa e chiara e di una interpretazione giurisprudenziale univoca, situazione superata soltanto da un intervento giudiziale delle Sezioni Unite successivo ai fatti accertati. Nel panorama delle decisioni della Corte dei diritti fondamentali l'inedito rigore col quale è stata risolta la vicenda Contrada, che avrebbe conseguito un ben diverso epilogo, se soltanto fosse stata apprezzata alla luce del criterio soggettivo o di quello basato sulla considerazione sociale, si contraddistingue, oltre che per il metro di apprezzamento della prevedibilità, anche per il fatto di avere superato i rilievi in precedenza ed anche in seguito espressi sul necessario ruolo evolutivo e specificativo da assegnare all'interpretazione giurisprudenziale, quale fattore ineliminabile di progressiva chiarificazione delle regole legislative e di possibile violazione dell'art. 7 CEDU soltanto quando non congruente con l'essenza del reato e sviluppo non conoscibile rispetto alla linea interpretativa già affermata».

In conclusione, la sentenza "Contrada" è stata ritenuta dalle Sezioni unite frutto di una interpretazione "anomala" rispetto ai parametri recepiti in precedenti pronunce, oltre che basata su presupposti di fatto - relativamente al contrasto esistente ante 1994 nella giurisprudenza interna - non correttamente percepiti.

Sulla base di tali osservazioni, si è ritenuto che «la statuizione adottata nei confronti del ricorrente Contrada dalla Corte EDU non è vincolante per il giudice nazionale al di fuori dello specifico caso risolto e non consente di affermare in termini generalizzati l'imprevedibilità dell'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa per tutti gli imputati italiani condannati per avere commesso fatti agevolativi di un siffatto organismo criminale prima della sentenza Demitry e che non abbiano adito la Corte Europea, ottenendo a loro volta una pronuncia favorevole».

Si è, pertanto, affermato il principio di diritto secondo cui «In tema di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, i principi enunciati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea, in quanto la richiamata decisione del giudice sovranazionale non è una sentenza pilota e non può neppure ritenersi espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea» (Sez.U., 24 ottobre 2019, dep. 3 marzo 2020, n. 8544, Genco, Rv. 278054-01).

6. Il concorso esterno e la presunta "creazione giurisprudenziale" della fattispecie.

Una volta escluso che la pronuncia nel caso "Contrada" abbia natura di sentenza "pilota" o, comunque, di portata generale, con la conseguente impossibilità di un'applicazione generalizzata dei principi affermati, le Sezioni unite hanno affrontato le ulteriori problematiche collegate alla vicenda in esame.

In particolare, è stata esaminata la questione inerente alla affermata natura di reato di "creazione giurisprudenziale" del concorso esterno in associazione mafiosa, nonché dell'incidenza che i contrasti interpretativi e la loro risoluzione da parte del massimo organo nomofilattico possono determinare in merito alla conoscibilità del precetto penale ed alla prevedibilità della condanna.

L'affermazione contenuta nella sentenza "Contrada", che maggiormente è stata percepita come difficilmente conciliabile con il sistema penale italiano, è quella secondo cui il reato di concorso esterno sarebbe una fattispecie di "creazione giurisprudenziale". A tal riguardo, in particolare, la sentenza "Nesti" aveva nettamente respinto la ricostruzione operata dalla Corte EDU, ribadendo che la previsione costituzionale contenuta all'art.25 non consente in alcun modo l'emersione di ipotesi delittuose che non trovino sicuro fondamento normativo.

La problematica è stata adeguatamente approfondita dalle Sezioni unite, lì dove si è sottolineato che « La configurabilità come reato del concorso esterno in associazione mafiosa non è stato l'esito di operazioni ermeneutiche originali e svincolate dal dato normativo, operate dalla giurisprudenza di legittimità ex abrupto in termini innovativi rispetto allo spettro delle soluzioni praticabili già affermate; al contrario, discende dall'applicazione in combinazione di due disposizioni già esistenti nel sistema codicistico della legge scritta, pubblicata ed accessibile a chiunque, ossia degli artt. 110 e 416-bis cod. pen., la prima norma generale sul concorso di persone, la seconda avente funzione più specificamente incriminatrice ed è l'approdo di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che si era svolto in parallelo anche sul tema sulla definizione della condotta punibile di partecipazione, rientrante nell'ipotesi di cui all'art. 416-bis cod. pen.».

A tal proposito, sono stati richiamati i precedenti giurisprudenziali che - ben prima della pronuncia resa da Sezioni unite "Demitry" ed anche con riguardo a fattispecie diverse dall'art.415-bis cod.pen. - avevano già ammesso la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo.

Tale risalente elaborazione giurisprudenziale, lungi dal costituire fonte di una insormontabile incertezza, «costituivano il fondamento giuridico di un dovere di informazione mediante qualsiasi utile accertamento, e, nella persistenza dell'incertezza, di astensione in via prudenziale e precauzionale dalla

commissione di comportamenti, che vi era il rischio incorressero nella contestazione dello stesso reato, rischio tanto più percepito con chiarezza dall'agente quanto più specifico il patrimonio di conoscenze ed esperienze individuali di tipo professionale e relazionale».

A ciò si aggiunge che, pur nell'obiettivo contrasto giurisprudenziale esistente in epoca antecedente al 1994, le condotte successivamente qualificate nell'ambito del concorso esterno non potevano essere ritenute penalmente lecite, in quanto il contrasto giurisprudenziale si fondava essenzialmente sulla loro riconducibilità alla nozione di partecipazione o ad altre ipotesi delittuose.

Sulla base di tali osservazioni, le Sezioni unite hanno precisato che in capo al concorrente nel reato associativo «non potevano residuare dubbi o insuperabili incertezze sul carattere illecito della condotta e sulla sua rilevanza penale, sicchè l'unico esito non prevedibile in quel contesto interpretativo della fattispecie era l'assoluzione, senza riflessi pregiudizievoli nemmeno sotto il profilo sanzionatorio, stante l'invariata punizione della partecipazione del concorrente necessario e dell'apporto del concorrente eventuale».

7. Evoluzione giurisprudenziale ed "overruling" *in malam partem*.

Lo sviluppo argomentativo della sentenza "Contrada" ha inevitabilmente posto il problema di valutare se ed in che misura il formante giurisprudenziale, lì dove conduca a soluzione ermeneutiche innovative ed in contrasto con l'elaborazione precedente, possa cagionare una lesione rispetto alla conoscibilità del precetto normativo ed alla prevedibilità delle decisioni.

La questione si pone in tutti quei casi in cui un'interpretazione giurisprudenziale, innovativa ed improvvisa, dia luogo ad una qualificazione giuridica *in malam partem*, comportando la riconduzione nell'ambito del penalmente rilevante di condotte in precedenza ritenute lecite, ovvero la configurabilità di un reato più grave.

Il fenomeno del c.d. *overrulling* giurisprudenziale è stato oggetto, oltre che di approfondimento da parte della giurisprudenza nazionale, anche di alcune pronunce della Corte EDU, alla luce delle quali le Sezioni unite hanno verificato se il contrasto giurisprudenziale e la successiva soluzione con la sentenza "Demitry" possano o meno rientrare nel concetto di mutamente sfavorevole ed imprevedibile.

Dall'esame dei precedenti, emerge come la Corte EDU, ha ritenuto non compatibili con le previsioni convenzionali soltanto gli interventi decisori dei giudici nazionali dissonanti rispetto ai precedenti costanti orientamenti, sia per il loro contenuto radicalmente innovativo, sia per gli effetti peggiorativi per

l'imputato, frutto di un'applicazione in via retroattiva, non consentita dall'art. 7 della Convenzione (Corte EDU, GC, Del Rio Prada, § 116; 24/05/2007, Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania, § 44; GC, 20/10/2005, Vasiliauskas c. Lituania, § 181; 05/05/1993, Kokkinakis c. Grecia, § 52).

Tali condizioni non sono state ravvisate nel caso del concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto la sentenza "Demitry" non ha operato in via esegetica una ricostruzione *in malam partem* della fattispecie di reato in riferimento a comportamenti tenuti in un periodo temporale in cui gli stessi erano considerati leciti ed esenti da pena, ma ha recepito una delle possibili soluzioni, già nota ed ampiamente illustrata nel suo fondamento giuridico, quindi conoscibile e tale da avvertire il cittadino del rischio di punizione in sede penale.

Si tratta di una conclusione che trova riscontro anche nella giurisprudenza interna, essendosi rilevato come tale problematica si è più volte presentata, a seguito del superamento del contrasto tra le diverse interpretazioni, risolto dall'intervento delle Sezioni unite; in particolare, ciò è avvenuto in tema di imprescrittibilità della pena dell'ergastolo (Sez. U. n. 19756 del 24/09/2015, Trubia, Rv. 266329), di corretta interpretazione del delitto di cui all'art. 615-ter cod. pen. (Sez. U. n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061) e di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi (Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017, Galtelli, Rv. 268822).

Per effetto dell'affermarsi dell'orientamento ritenuto corretto dalle Sezioni unite nelle singole vicende sopra richiamate, si è ritenuto che il mutamento giurisprudenziale determina una interpretazione retroattiva sfavorevole della norma penale solo qualora consista in una radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale pregressa, inconciliabile con le precedenti decisioni, mentre non determina alcuna lesione dei diritti dell'imputato ove il mutamento si collochi nel solco di interventi già noti e risalenti, di cui costituisca uno sviluppo prefigurabile che di per sé rende l'esito conseguito comunque possibile, anche se non accolto dall'indirizzo maggioritario (Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, dep. 2019, Galvanetti, Rv. 275623; Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105; Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876; Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406; Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez.U., n.8544 del 24/10/2019, dep.2020, Genco, Rv. 278054
Sez.6, ord. n.21767 del 17/5/2019, Genco
Sez. 1, n. 15574 del 19/02/2019, Papa
Sez.1, n.26686 del 10/04/2019, Marino, Rv. 276197
Sez. 5, n. 13178 del 12/12/2018, Galvanetti, Rv. 275623
Sez. 1, n. 37 del 04/12/2018, dep. 2019, Grassia
Sez. 5, n. 47510 del 09/07/2018, Dilaghi, Rv. 274406
Sez.1, 36509 del 12/6/2018, Marfia, Rv.273615
Sez. 5, n. 55894 del 03/10/2018, P, Rv. 274170;
Sez. 1, n. 36505 del 12/06/2018, Corso
Sez. 5, n. 41846 del 17/05/2018, Postiglione, Rv. 275105
Sez. 5, n. 37857 del 24/04/2018, Fabbrizzi, Rv. 273876
Sez.1, n.8661 del 12/1/2018, Esti, Rv.272797
Sez.1, n.43112 del 6/7/2017, Contrada, Rv.273905
Sez. U. n. 41210 del 18/05/2017, Savarese, Rv. 271061
Sez.1, n.53610 del 10/4/2017, Gorgone, n.m.
Sez. U. n. 8825 del 27/10/2016, Galtelli, Rv. 268822
Sez.1, n.44193 del 11/10/2016, Dell'Utri, Rv. 267861
Sez. 5, n. 31648 del 17/06/2016, Falzone
Sez. U. n. 19756 del 24/09/2015, Trubia, Rv. 266329
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv.260696
Sez.U, n.34472 del 24/10/2013, Ercolano, Rv.252933
Sez.U, n. 18288 del 12/01/2010, Beschi, Rv. 246651
Sez. U, n. 33478 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671

Sentenze della Corte Costituzionale

Corte cost., sent.n. 49 del 2015
Corte cost., sent. n. 236 del 2011
Corte cost., sent. n. 113 del 2011
Corte cost., sent. n. 93 del 2010
Corte cost., sent. n. 311 del 2009

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, sent. 01/09/2016, X e Y c. Francia
Corte EDU, sent. 14/4/2015 Contrada c. Italia
Corte EDU, sent. 21/10/2013, Del Rio Prada c. Spagna

Corte EDU, 12/07/2007, Jorgic c. Germania
Corte EDU, sent. 10/10/2006, Pessino c. Francia
Corte EDU, sent. 24/05/2007, Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania
Corte EDU, sent. 20/10/2005, Vasiliauskas c. Lituania
Corte EDU, sent. 15/11/1996, Cantoni c. Francia
Corte EDU, sent. 22/09/1995, S.W. c. Regno Unito
Corte EDU, sent. 05/05/1993, Kokkinakis c. Grecia
Corte EDU, sent. 28/03/1990, Groppera Radio AG c. Svizzera
Corte EDU, sent. 24/05/1988, Muller c. Svizzera
Corte EDU, sent. 26/04/1979, Sunday Times c. Regno Unito

CAPITOLO III

LA NATURA DELL'AGGRAVANTE SPECIALE GIA' PREVISTA DALL'ART. 7, D.L. 13 MAGGIO 1991, N. 132.

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il contrasto. 3. La sentenza delle Sezioni Unite Chioccini.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna le Sezioni Unite della Corte (**Sez. U., n. 8545 del 19/12/2019 - dep. 2020 - Chioccini, Rv. 278734**) hanno risolto il contrasto relativo alla natura (oggettiva o soggettiva) della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa, (già prevista dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991 n. 203, e oggi dall'art. 416-bis.1, primo comma, cod. pen.) e della disciplina ad essa applicabile in caso di concorso di persone nel reato, affermando il principio di diritto così massimato: «*La circostanza aggravante dell'aver agito al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso ha natura soggettiva inerendo ai motivi a delinquere, e si comunica al concorrente nel reato che, pur non animato da tale scopo, sia consapevole della finalità agevolatrice perseguita dal compartecipe*.».

2. Il contrasto.

In ordine agli orientamenti in contrasto (rinviando per un più approfondito esame e per il puntuale richiamo delle pronunce riconducibili ai diversi orientamenti al contributo di questo Ufficio pubblicato nella *Rassegna della giurisprudenza di legittimità, Gli orientamenti delle sezioni penali,* 2019*, vol. I,* 83 *ss.*) in questa sede ci si limita a segnalare che un primo orientamento considerava di natura soggettiva la circostanza aggravante in questione, ritenendola integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, per lo più definito in termini di dolo specifico: si richiedeva, cioè che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale integrante l'elemento oggettivo del reato base, agisse per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non era ritenuta necessaria per l'integrazione dell'aggravante stessa.

Così configurata, l'aggravante veniva ritenuta ascrivibile a quelle relative ai motivi a delinquere o all'intensità del dolo, contemplate dall'art. 118 cod. pen., e, quindi, non estensibile ai concorrenti nel reato che non avessero agito in base a tale finalità o comunque che non la avessero "condivisa e fatta propria"

Nell'ambito di tale orientamento molte sentenze ritenevano che l'aggravante non fosse esclusa dal fatto che l'agente perseguisse un diverso scopo, purché fosse consapevole di avvantaggiare l'associazione mafiosa, escludendo un'incompatibilità tra la finalità di perseguire un proprio utile e quella di avvantaggiare l'associazione, "*giacché il doppio finalismo è insito nella condotta di chi, pur di perseguire uno scopo personale, reca concreti vantaggi all'associazione*" di tipo mafioso (Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713).

Al riguardo si segnala che, mentre alcune sentenze ritenevano sufficiente, ai fini dell'integrazione dell'aggravante dell'agevolazione, che al fine dell'agente di trarre un vantaggio proprio dal delitto si accompagnasse la "consapevolezza di favorire la cosca" (Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo) altre richiedevano la "consapevolezza e volontà" di agevolare anche le attività dell'associazione di stampo mafioso, oltre al perseguimento di un profitto proprio dell'agente (Sez. 1, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962).

Il tema del concorso di un movente egoistico dell'azione delittuosa era stato approfondito in una pronuncia della Corte (Sez. 6, n. 29311 del 03/12/2014 - dep. 2015 -, Cioffo, Rv. 264082), che aveva ritenuto l'insufficienza sia di situazioni di mera accettazione del rischio di un effetto agevolatore, cioè del dolo eventuale, sia di "*un dolo che potrebbe definirsi diretto, cioè fondato sulla sicurezza dell'evento di agevolazione, e tuttavia non indirizzato alla produzione dell'evento medesimo*", rilevando che la norma evoca un effetto intenzionale della condotta, riconducibile al piano del movente. In tale occasione era stato precisato che non occorre che l'agevolazione rappresenti il movente esclusivo od anche solo dominante dell'azione criminosa, ben potendo la stessa essere determinata anche da finalità diverse, cominciando da quella di lucro personale purché sia ravvisabile «*un personale interesse dell'agente affinché sia prodotto un vantaggio a favore dell'ente, nella consapevolezza delle sue caratteristiche di "mafiosità". È necessario, tuttavia, che l'effetto di favore per il gruppo criminale costituisca lo scopo almeno concorrente dell'agire delittuoso, cioè che ne costituisca un movente (non necessariamente il solo), non bastando che si tratti di una conseguenza accettata, in termini di maggiore o minore probabilità, del comportamento tenuto dall'agente. Il che corrisponde alla lettera della norma ed alla sua ratio di contrasto ai comportamenti di contiguità, la sola che giustifica un inasprimento sanzionatorio davvero assai rilevante.*»

Nell'ambito del medesimo orientamento, inoltre, non era pacifico quale fosse il requisito necessario ai fini dell'applicazione della circostanza in caso di concorso di persone nel reato, ai sensi dell'art. 118 cod. pen., e cioè se fosse necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, fosse sufficiente che il concorrente avesse arrecato il

proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente.

Secondo molte sentenze, infatti, l'aggravante dell'agevolazione mafiosa poteva essere applicata al concorrente nel reato, in base all'art. 118 cod. pen., non soltanto quando risultasse che lo stesso avesse agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, ma anche quando avesse "conosciuto e fatta propria" tale finalità, perseguita da altro concorrente (Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158; Sez. 1, n. 19818 del 23/05/2017 - dep. 2019 -, Tagliavia, Rv. 276188; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685). Ciò in linea con quanto ritenuto per altre aggravanti di natura soggettiva, quali quelle del nesso teleologico, dei motivi abietti o futili o della premeditazione.

Sembrava, in tal modo, essere ritenuta sufficiente, ai fini dell'applicazione della circostanza al concorrente nel reato, la mera consapevolezza dell'altrui finalità agevolatrice.

Nell'ambito del medesimo orientamento, inoltre, era generalmente richiesta, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, sia l'esistenza effettiva di un'associazione dotata dei caratteri indicati dall'art. 416-bis cod. pen., sia la necessaria presenza di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione o dall'idoneità della condotta ad agevolare l'associazione mafiosa.

Se tale requisito oggettivo era prevalentemente richiesto a fini di prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, tuttavia talora la Corte ne aveva evidenziato la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, ai fini del rispetto del principio di offensività (Sez. 6, n. 11008 del 07/02/2001, Trimigno, Rv. 218783).

Era stato altresì rilevato che la richiesta di un elemento di natura oggettiva, costituito dall'idoneità della condotta, secondo una valutazione "ex ante", alla realizzazione della finalità di agevolazione, non escludeva la natura soggettiva della circostanza aggravante in esame, in quanto "*il profilo del dolo specifico risulta sicuramente assorbente rispetto a quello attinente alle modalità di esecuzione dell'azione*" (Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158).

Secondo un contrapposto orientamento, invece, l'aggravante è integrata da un elemento obiettivo, attinente alle modalità dell'azione, ed è quindi riconducibile tra quelle di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 cod. pen., non contemplate dall'art. 118 cod. pen., con conseguente estensibilità ai concorrenti, ai sensi dell'art. 59, comma secondo, cod. pen., purché conosciuta o conoscibile.

Le sentenze riconducibili all'orientamento che ritiene di natura oggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, per quanto è dato comprendere dalle succinte motivazioni, non ritengono tuttavia sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento di ignoranza incolpevole.

L'ignoranza incolpevole, secondo tale orientamento, può essere infatti sufficiente ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti nel reato, ma non per l'integrazione dell'aggravante, per la quale sembra richiesta la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, o del dolo specifico o della consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Secondo un ulteriore orientamento, infine, la natura dell'aggravante e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come tale aggravante si atteggia in concreto e dal reato a cui la stessa accede (Sez. 2, n. 22153 del 11/12/2018 - dep. 2019 -, Gumari, non mass. sul punto; Sez. 6, n. 53646 del 04/10/2017, Aperi, Rv. 271685).

3. La sentenza delle Sezioni Unite Chioccini.

Le Sezioni Unite preliminarmente ricostruiscono il contrasto, diversamente da quanto prospettato nell'ordinanza di rimessione, ritenendolo ravvisabile in ordine all'individuazione:

- sia dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, dovendosi stabilire se esso consista nel dolo specifico o nella mera consapevolezza della direzione (o idoneità) della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale (con la puntualizzazione che entrambe le tesi sono sostenute nell'ambito di ciascuno dei contrapposti orientamenti);

- sia del requisito necessario per l'"estensione" o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza dell'altrui finalità agevolatrice dalle sentenze riconducibili all'orientamento che la ritiene di natura soggettiva, ovvero (anche) nella mera ignoranza colposa dalle sentenze che la ritengono invece di natura oggettiva.

In proposito, per quanto attiene all'individuazione dell'elemento soggettivo integrante l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, le Sezioni unite rilevano che:

- nell'ambito dell'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante l'elemento psicologico necessario ad integrarla, per alcune sentenze, consiste nel dolo specifico, mentre, per altre, si esaurisce nella consapevolezza che la condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale;

- analogamente, anche nell'ambito del contrapposto orientamento che ritiene oggettiva l'aggravante, ai fini della sua integrazione, oltre all'elemento oggettivo

inerente le modalità della condotta, è richiesto che in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico, oppure la consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione della disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato, le Sezioni unite rilevano che il contrasto non si riduce all'alternativa tra l'applicabilità dell'art. 59, secondo comma, cod. pen, ovvero dall'art. 118 cod. pen., in quanto nell'ambito dell'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva, mentre alcune pronunce ritengono necessario ai fini dell'applicazione della circostanza al concorrente nel reato che anch'esso sia animato dal dolo specifico, altre ritengono sufficiente la mera consapevolezza della finalità perseguita dall'agente o addirittura la semplice ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.

Viene infine segnalato che il contrasto che si è aperto in giurisprudenza sulla natura dell'aggravante in esame non trova riscontro nella dottrina, la quale ne sostiene la natura soggettiva, sulla base del dato testuale della norma, limitandosi a richiedere che all'elemento soggettivo necessario per l'integrazione dell'aggravante si accompagnino elementi di fatto di natura oggettiva, al fine di evitare una punizione più severa in ragione di un elemento meramente intenzionale, e di collegare, invece, il maggiore rigore sanzionatorio a una concreta potenzialità offensiva della condotta.

Le Sezioni unite rilevano in primo luogo che il «senso della previsione dell'aggravante» è quello di «evitare effetti emulativi connessi all'esistenza del gruppo illecito» con i caratteri di cui all'art. 416-bis cod. pen., e di «colpire tutte le aree che attraverso le modalità della condotta, o attraverso la consapevole agevolazione, producano l'effetto del rafforzamento, se non concretamente della compagine, del pericolo della sua espansione, con la forza che le è tipica e la tacitazione di tutte le forze sociali che dovrebbero ad essa resistere».

Quindi affermano che la natura soggettiva della circostanza aggravante dell'agevolazione è imposta dal dato testuale della disposizione che la prevede, e altresì dall'esigenza di evitare il pericolo «*di una individuazione postuma della finalità*», cioè il rischio che la sussistenza dell'aggravante possa essere ravvisata «*tutte le volte in cui una condotta illecita abbia di fatto prodotto, o abbia le potenzialità per produrre, vantaggi alla compagine*», indipendentemente dalla consapevolezza dell'agente, malgrado il testuale richiamo al fine della condotta.

La circostanza aggravante in esame viene ricondotta pertanto dal Supremo consesso nell'ambito di quelle di natura soggettiva, e il fine agevolativo viene ritenuto costituire un motivo a delinquere.

Tuttavia, in ossequio al principio di offensività, le Sezioni unite richiedono ai fini dell'integrazione della circostanza anche un elemento di tipo obiettivo: «*è necessario però, affinché il reato non sia privo di offensività, che tale rappresentazione si fondi su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo avente le caratteristiche di cui all'art.* 416- *bis cod. pen. ed alla effettiva possibilità che l'azione illecita si inscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione*». Ciò in quanto si tratta di «*un'aggravante che colpisce la maggiore pericolosità di una condotta, ove finalizzata all'agevolazione*» con la conseguenza che «*è necessario che la volizione che la caratterizza possa assumere un minimo di concretezza»,* sebbene non occorra che *«il fine rappresentato sia poi nel concreto raggiunto, pur essendo presenti tutti gli elementi di fatto, astrattamente idonei a tale scopo*».

La richiesta di elementi oggettivi a riscontro dell'offensività della condotta si giustifica in quanto quest'ultima «*non assume alcuna pericolosità ulteriore ove non abbia alcuna possibilità o potenzialità di realizzazione*».

Pur riconducendo l'elemento psicologico necessario all'integrazione dell'aggravante al «dolo specifico o intenzionale», le Sezioni unite ritengono che la finalità agevolativa non debba essere esclusiva «*ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione*».

In proposito le Sezioni unite evidenziano che «nella forma del dolo specifico o intenzionale la volontà della condotta si accompagna alla rappresentazione dell'evento, che è tenuto di mira dall'agente e giustifica l'azione, ancorché non necessariamente in forma esclusiva; tale forma di atteggiamento psicologico si distingue dal dolo diretto per la specifica direzione della condotta rispetto all'evento, che nella forma diretta si limita alla rappresentazione e non alla volizione, oltre che dell'azione, delle sue conseguenze». E rilevano che «costituisce dato di comune esperienza che possano sussistere plurimi motivi che determinano all'azione che, ove accertati, non depotenziano la funzione intenzionale della condotta richiesta dalla norma specifica (per un'applicazione in tal senso cfr. Sez. U, n. 27 del 25/10/2000, Di Mauro, Rv. 217032; Sez. U, n. 2110 del 23/11/1995, dep. 1996, Fachini, Rv. 203770). E' quindi possibile la presenza di una pluralità di motivi, mentre essenziale alla configurazione del dolo intenzionale è la volizione da parte dell'agente, tra i motivi della sua condotta, della finalità considerata dalla norma».

Per quanto riguarda l'individuazione della disciplina in caso di concorso di persone nel reato le Sezioni unite evidenziano che, stante la richiesta di elementi oggettivi a riscontro dell'offensività della condotta, «*la ricostruzione ermeneutica*

impone un approccio alla fattispecie, che vada al di là della classificazione formale, per valutare l'estensibilità della circostanza al concorrente».

Individuata l'esigenza perseguita dalla novella contenuta nella legge 7 febbraio 1990 n. 19 - che ha riguardato gli artt. 59 e 118 cod. pen. e non ha toccato invece l'art. 70 cod. pen. che classifica le circostanze a seconda della loro natura soggettiva od oggettiva - in «*quella di garantire l'eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, per l'esigenza di ricollegare qualsiasi componente dell'illecito, costitutivo o circostanziale, alla volontà del soggetto agente, imposta dall'attuazione del criterio costituzionale della responsabilità personale*», le Sezioni unite ritengono che « *l'analisi storica della modifica porta a correggere l'assunto generalizzato secondo cui le circostanze soggettive devono essere escluse dall'estensione ai concorrenti, posto che, a ben vedere, tale esclusione, sancita solo dall'art.* 118 *cod. pen., è circoscritta a quelle aggravanti attinenti alle sole intenzioni dell'agente, pertanto potenzialmente non riconoscibili dai concorrenti*» e non riguarda tutte le circostanze soggettive richiamate dall'art. 70 cod. pen.: in particolare non riguarda le circostanze inerenti le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, elementi che, pur nella chiara connotazione soggettiva, possono essere percepite anche "ab externo", e quindi astrattamente conoscibili dal coimputato.

Secondo le Sezioni unite «il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, non sembra riguardare la natura, oggettiva o soggettiva della circostanza, secondo la classificazione contenuta nel codice, ma piuttosto la possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, cosicché rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento, di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'intento dell'agente che, proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti, perché da questi non necessariamente conoscibile». Con la conseguenza che «qualora si rinvengano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione, posto che lo specifico motivo a delinquere viene in tal modo reso oggettivo, sulla base degli specifici elementi rivelatori che, per quanto detto, devono accompagnarne la configurazione, per assicurare il rispetto del principio di offensività».

La circostanza aggravante del fine di agevolare l'associazione mafiosa viene, quindi, ritenuta applicabile al concorrente nel reato che non condivida con il coautore la finalità agevolativa, ma sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo la previsione generale dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute.

Tale soluzione viene ritenuta dalle Sezioni unite già ampiamente acquisita nella giurisprudenza, con riferimento ad altre figure di aggravanti che riguardano altri motivi a delinquere o l'intensità del dolo, quali la premeditazione, i motivi abietti e futili e il nesso teleologico.

Viene inoltre precisato che per l'imputazione della circostanza aggravante della finalità di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso al concorrente nel reato non coinvolto nella finalità agevolatrice «*è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale*».

Viene, invece, escluso che l'aggravante in esame possa essere imputata al concorrente nel reato a titolo di colpa, secondo quanto previsto dall'art. 59, secondo comma, cod. pen., in quanto la natura soggettiva della circostanza «*è incompatibile con un obbligo giuridico di conoscenza o di ordinaria prudenza, necessariamente ricollegabile all'imputazione colposa. Invero le situazioni contingenti, l'occasionalità della compartecipazione, l'ignoranza dell'esistenza di una compagine mafiosa o dei suoi collegamenti con l'occasionale partecipe, non potrebbe mai generare un obbligo giuridico di diligenza, suscettibile di sostenere le condizioni dell'imputazione colposa. La funzionalizzazione della condotta all'agevolazione mafiosa da parte del compartecipe in definitiva deve essere oggetto di rappresentazione, non di volizione, aspetto limitato agli elementi costitutivi del reato, e non può caratterizzarsi dal mero sospetto, poiché in tal caso si porrebbe a carico dell'agente un onere informativo di difficile praticabilità concreta*».

Sotto il profilo dell'accertamento giudiziale della conoscenza da parte del concorrente nel reato della finalità agevolatrice perseguita da uno degli autori, le Sezioni unite hanno cura di precisare che la stessa può desumersi sia «*dall'estrinsecazione espressa da parte dell'agente delle proprie finalità*» che dalla «*manifestazione dei suoi elementi concreti, quali particolari rapporti del partecipe con l'associazione illecita territoriale, o di altri elementi di fatto che emergano dalle prove assunte*».

Infine, quanto alla ricostruzione dello spazio di autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa, le Sezioni unite evidenziano che le due figure giuridiche hanno in comune il dato inerente alla esistenza dell'associazione territoriale illecita, ma si distinguono in quanto:

- il concorrente esterno, a differenza dell'autore dell'illecito aggravato, «ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo», mentre, nella forma circostanziale l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo;

- ai fini del perfezionamento della fattispecie del concorso esterno, a differenza di quella dell'illecito aggravato, occorre «che si verifichi il risultato positivo per l'organizzazione illecita, conseguente a tale intervento esterno, che si caratterizza per la sua infungibilità», mentre nella forma circostanziale, l'utilità dell'intervento è «del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 6, n. 11008 del 07/02/2001, Trimigno, Rv. 218783
Sez. 1, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962
Sez. 6, n. 29311 del 03/12/2014 - dep. 2015 -, Cioffo, Rv. 264082
Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713
Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso
Sez. 6, n. 25510 del 19/04/2017, Realmuto, Rv. 270158
Sez. 1, n. 19818 del 23/05/2017 - dep. 2019 -, Tagliavia, Rv. 276188
Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098
Sez. 6, n. 53646 del 04/10/2017, Aperi, Rv. 271685
Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017 - dep. 2018 -, Ardente, Rv. 272525
Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017 - dep. 2018 -, Lombardo, Rv. 272007
Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017 - dep. 2018 -, Lamanna, Rv. 276150
Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca
Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685
Sez. 2, n. 22153 del 11/12/2018 – dep. 2019 -, Gumari
Sez. U., n. 8545 del 19/12/2019 - dep. 2020 – Chioccini, Rv. 278734

DELITTI CONTRO L'ONORE

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI DIFFAMAZIONE

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'esimente del diritto di cronaca. - 3. Il diritto di critica. - 4. Questioni ulteriori.

1. Premessa.

Il reato di diffamazione, in particolar modo nella forma aggravata di cui all'art. 595, comma 3, cod. pen., è stato reiteratamente oggetto di considerazione nella giurisprudenza della Corte ancora nell'anno di riferimento, durante il quale sono state pronunciate numerose decisioni sul tema.

La maggior parte di esse ha riguardato l'individuazione dei limiti ermeneutici entro cui consentire la configurazione delle esimenti putative del diritto di cronaca e del diritto di critica, idonee ad escludere la responsabilità penale per ipotesi di condotte diffamatorie commesse a mezzo stampa.

Si tratta di paradigmi interpretativi particolarmente significativi e rilevanti, in quanto sovente espressi al precipuo fine di contemperare il rispetto di libertà e di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti in possibile contrasto tra loro.

Altre significative questioni, di diversa natura, sono state pure oggetto di vaglio durante il decorso anno, di cui è opportuno dar conto in una panoramica necessariamente parziale e incompleta delle pronunce di legittimità dettate in materia di delitto di diffamazione.

2. L'esimente del diritto di cronaca.

Una prima decisione di interesse è la sentenza **Sez. 5, n. 7008 del 18/11/2019, dep. 2020, Frignani, Rv. 278793-01**, nella quale è stato precisato, in tema di reato di diffamazione a mezzo stampa, che, ai fini della configurabilità dell'esimente putativa del diritto di cronaca giudiziaria, sul giornalista incombe l'onere di allegare concreti elementi di fatto idonei a giustificare l'erroneo convincimento in ordine alla veridicità della notizia, non essendo a tal fine sufficiente fare riferimento ad un generico affidamento in buona fede ad una fonte informativa non meglio indicata, a nulla rilevando che essa sia stata

utilizzata anche da altre fonti di informazione. In termini generali, infatti, il riconoscimento di una causa di giustificazione putativa presuppone sempre l'adempimento dell'onere di allegazione da parte dell'imputato di elementi di fatto concreti idonei a giustificare le ragioni del proprio erroneo convincimento, non potendo essere desunti essi da meri parametri soggettivi.

Nel caso di specie, in particolare, la Corte ha escluso l'applicabilità dell'esimente putativa in favore di imputati che avevano omesso di indicare in giudizio la fonte da cui avevano appreso la notizia riportata, in tal maniera impedendo *ab initio* ogni possibile vaglio in ordine alla credibilità ed attendibilità della fonte informativa.

La scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca, d'altro canto, è configurabile solo qualora, pur non essendo obiettivamente vero il fatto riferito, il giornalista abbia assolto all'onere di esaminare, controllare e verificare l'oggetto del suo narrato, così che la non veridicità del fatto non sia, comunque, imputabile ad una sua condotta colposa. Anche nel caso di affidamento ad una fonte informativa, pertanto, è necessario che il cronista abbia attentamente verificato i fatti narrati, offrendo la prova della cura posta negli accertamenti svolti per stabilire la veridicità dei fatti.

Per come ulteriormente chiarito nella suddetta sentenza, non può giustificare l'applicazione dell'esimente putativa la circostanza che la notizia falsa, di contenuto diffamatorio, sia stata riportata anche da parte di altri giornali, considerato che - alla stregua di quanto già precisato in Sez. 5, n. 35702 del 19/05/2015, Case, Rv. 265015-01 e Sez. 5, n. 45813 del 14/06/2018, S., Rv. 274123-01 - in tal caso l'agente si limita a confidare sulla correttezza e professionalità dei suoi colleghi, di fatto chiudendosi in un circuito autoreferenziale.

Nel solco del medesimo filone esegetico, la Corte ha, poi, osservato in **Sez. 5, n. 14013 del 12/02/2020, Sasso, Rv. 278952-01**, che il cronista che raccoglie notizie in via confidenziale dalle forze dell'ordine che hanno condotto un'operazione di polizia giudiziaria può invocare, qualora la notizia non risulti veritiera, la scriminante putativa dell'esercizio del diritto di cronaca solo a condizione che abbia assolto all'onere di esaminare, controllare e verificare l'informazione, offrendo la prova della cura posta negli accertamenti svolti per stabilire la veridicità dei fatti.

E' stata, conseguentemente, ritenuta corretta l'affermazione di responsabilità di un cronista che, nel riportare la notizia di un arresto, aveva erroneamente indicato l'imputato come imparentato ad un esponente della criminalità organizzata, sulla scorta di un'informazione fornitagli confidenzialmente

dall'ufficiale di polizia giudiziaria operante, senza, tuttavia, effettuare alcun successivo riscontro in ordine alla veridicità della notizia.

Il giornalista che riceve una confidenza da parte di un ufficiale di polizia giudiziaria, infatti, ha il preciso onere di accertare la veridicità dell'informazione acquisita, oltre che della sua rilevanza pubblica, atteso che la scriminante, anche solo putativa, del diritto di cronaca giudiziaria non gli può essere riconosciuta solo in ragione del presunto elevato livello di attendibilità della fonte confidenziale utilizzata, ove a ciò non si aggiunga il dovuto controllo della notizia ricevuta.

Sempre nella sentenza **Sez. 5, n. 7008 del 18/11/2019, dep. 2020, Frignani, Rv. 278793-02**, è stato, poi, affermato che non è configurabile l'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca qualora, nel riportare un evento storicamente vero, vengano pubblicate inesattezze non marginali e non riguardanti semplici modalità del fatto, ma che siano, invece, idonee a modificare la struttura essenziale di esso. Il requisito del rispetto della veridicità dei fatti divulgati, che solo consente, unitamente a quelli della rilevanza sociale e della continenza espressiva, di rendere applicabile la scriminante ex art. 51 cod. pen., non può, quindi, considerarsi rispettato ove l'evento fattualmente vero venga modificato nella sua struttura essenziale da rilevanti inesattezze espositive riportate nell'articolo.

In ragione dell'indicato principio, la Corte ha ritenuto legittima l'esclusione dell'esimente del diritto di cronaca giudiziaria, almeno sotto il profilo putativo, in favore di un giornalista che, nel riferirsi ad un soggetto imputato e poi assolto, aveva erroneamente affermato che tale ultimo aveva avanzato una richiesta di patteggiamento, invece presentata da un altro individuo rinviato a giudizio per il medesimo fatto, nella ritenuta carenza del requisito della verità della notizia riportata, ritenendo che si trattasse di un'inesattezza non qualificabile come modesta e marginale, conseguenza di un errore riguardante semplici modalità del fatto, insuscettibile di modificarne la relativa struttura essenziale.

La pronuncia si conforma ad un orientamento esegetico già espresso in Sez. 5, n. 41099 del 20/07/2016, Carrassi, Rv. 268149-01, laddove era stata giudicata immune da censure la decisione che aveva negato la sussistenza dell'esimente dell'art. 51 cod. pen. nei confronti di un giornalista e di un direttore di giornale per la pubblicazione di un articolo che, nel riferirsi all'attività professionale di un medico veterinario, aveva falsamente esposto che questi aveva millantato un intervento chirurgico mai eseguito - in realtà, invece, effettuato, sia pur in maniera non corretta

Nello stesso senso, la Corte aveva ritenuto in Sez. 5, n. 28258 del 08/04/2009, Frignani, Rv. 244200-01, esente da censure la sentenza con cui il giudice di merito aveva riconosciuto la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca in favore di

un giornalista e di un direttore di giornale per la pubblicazione di un articolo concernente l'applicazione della custodia cautelare nei confronti di un chirurgo per il reato di cessione di stupefacenti, nel quale gli era stata attribuita la paternità di una conversazione, non presente nel testo dell'ordinanza cautelare, del seguente tenore: "sbrigati, mi serve quella cortesia, non ho più tempo, devo operare", considerato che l'ordinanza cautelare aveva descritto tale medico come assiduo assuntore di sostanze stupefacenti, facendo, inoltre, espresso riferimento ad operazioni chirurgiche effettuate sotto l'effetto dell'eroina, per cui la notizia doveva essere considerata vera e di sicura rilevanza pubblica, mentre le espressioni attribuite al medico non apparivano idonee a poterla stravolgere.

Per come ritenuto in Sez. 5, n. 13702 del 17/12/2010, dep. 2011, Bellavia e altro, Rv. 250256-01, invece, non è configurabile l'esimente del diritto di cronaca in favore di un giornalista che abbia riportato, contrariamente al vero, l'intervenuto esercizio dell'azione penale nei confronti di un soggetto soltanto sottoposto ad indagini preliminari.

Diversamente, la divergenza tra la notizia pubblicata ed il reale stato del procedimento è stata considerata come una circostanza solo inesatta, e quindi alla stregua di una mera difformità di natura secondaria, in **Sez. 5, n. 15093 del 27/01/2020, Gramaglia, Rv. 279152-01**, nella quale è stato precisato che non integra un'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa la divulgazione di una notizia d'agenzia riportante l'erronea affermazione che taluno sia stato raggiunto da una richiesta di rinvio a giudizio anziché da un avviso di conclusione delle indagini preliminari, dal momento che, in tal caso, la divergenza tra quanto propalato e l'effettivo stato del procedimento costituisce una mera inesattezza su un elemento secondario del fatto storico, che non intacca la verità della notizia principale, secondo cui il procedimento, nella prospettiva della pubblica accusa, è approdato ad una cristallizzazione delle risultanze d'indagine funzionale alla sua progressione. Sebbene, infatti, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari e la richiesta di rinvio giudizio si connotino per avere funzioni autonome e conseguenze distinte, rileva il fatto che trattasi, pur sempre, di atti processualmente "attigui", per cui l'uno rappresenta il presupposto dell'altro, nel senso che dal primo tendenzialmente scaturisce la predisposizione del secondo.

Nella stessa linea interpretativa, la sentenza **Sez. 5, n. 13782 del 29/01/2020, Kanellos, Rv. 278990-01**, ha affermato, ad ulteriore precisazione, che, qualora la notizia venga mutuata da un provvedimento giudiziario, è configurabile l'esimente del diritto di cronaca giudiziaria quando l'attribuzione del fatto illecito ad un soggetto sia rispondente a quella presente negli atti giudiziari e nell'oggetto dell'imputazione, sia sotto il profilo dell'astratta qualificazione che della sua concreta gravità, con la conseguenza che la causa di giustificazione non è

invocabile ove il cronista attribuisca ad un soggetto un fatto diverso nella sua struttura essenziale rispetto a quello per cui si indaga, idoneo a cagionare una lesione della reputazione.

In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto non scriminata l'attribuzione ad un soggetto di una condotta di bancarotta fraudolenta nell'ambito di un'indagine relativa ad un fallimento del valore di circa 100 milioni di euro, a fronte di un'imputazione di ricettazione prefallimentare di beni del valore di 900 mila euro. In tal maniera, infatti, è stata attribuita una condotta sostanzialmente diversa da quella riscontrabile negli atti giudiziari e nell'oggetto dell'imputazione, sia sotto il profilo dell'astratta qualificazione che sotto quello della concreta gravità del fatto ascritto.

Con riferimento, invece, alla pubblicazione del contenuto di una denuncia-querela, la Corte ha chiarito, in **Sez. 5, n. 15086 del 29/11/2019, dep. 2020, Pierantozzi, Rv. 279083-01**, che può essere configurata l'esimente del diritto di cronaca giudiziaria nel caso in cui il giornalista, nel rispetto della verità e della continenza, si limiti a riferire, sia pure nel loro *minimum* storico, senza arbitrarie aggiunte o indebite insinuazioni, i fatti di cui alla denunzia, ponendosi, rispetto ad essi, quale semplice testimone, animato da *dolus bonus* e da *ius narrandi*. Ciò non si verifica, invece, nel caso in cui si ravvisi un uso strumentale del fatto ancora *sub iudice* da parte del cronista, come nell'ipotesi in cui costui, attraverso arbitrarie integrazioni, aggiunte, commenti, insinuazioni, fotografie corredate da didascalie, faccia apparire come vera o verosimile la *notitia criminis*.

L'esimente del diritto di cronaca è stata considerata, sotto altro profilo, nella sentenza **Sez. 5, n. 29128 del 17/09/2020, Coppola, Rv. 279775-01**, ove ne è stata riconosciuta la possibilità di applicazione in favore del giornalista che riporti fedelmente le dichiarazioni, oggettivamente lesive dell'altrui reputazione, rilasciate da un personaggio pubblico nel corso di un'intervista, indipendentemente dalla veridicità e continenza delle espressioni riportate, per il prevalente interesse pubblico a conoscere il pensiero dell'intervistato in relazione alla sua notorietà, che non deve necessariamente essere intesa come sinonimo di autorevolezza *a priori*, da cui desumere l'affidabilità delle dichiarazioni, ma deve essere valutata anche in ragione della notorietà della persona offesa e delle vicende oggetto di propalazione.

Il principio è stato espresso con riferimento ad una fattispecie riguardante la pubblicazione di dichiarazioni lesive dell'onore e della reputazione di un magistrato, rese dal protagonista di una vicenda economico finanziaria di rilievo nazionale, in cui la Corte ha annullato la decisione che, sminuendo la rilevanza pubblica della posizione sociale dell'intervistato, aveva escluso la scriminante del diritto di cronaca per gli intervistatori e i direttori delle testate giornalistiche.

Tale pronuncia si colloca nell'alveo di un filone interpretativo originato dalla sentenza Sez. U, n. 37140 del 30/05/2001, Galiero, Rv. 219651, per la quale la condotta del giornalista che, pubblicando il testo di un'intervista, vi riporti, anche se "alla lettera", dichiarazioni del soggetto intervistato di contenuto oggettivamente lesivo dell'altrui reputazione, non è scriminata dall'esercizio del diritto di cronaca, in quanto al giornalista stesso incombe il dovere di controllare la veridicità delle circostanze e la continenza delle espressioni riferite. Essa, tuttavia, è da ritenersi penalmente lecita quando il fatto in sé dell'intervista, in relazione alla qualità dei soggetti coinvolti, alla materia in discussione e al più generale contesto in cui le dichiarazioni sono rese, presenti profili di interesse pubblico all'informazione tali da prevalere sulla posizione soggettiva del singolo e da giustificare l'esercizio del diritto di cronaca, l'individuazione dei cui presupposti è riservata alla valutazione del giudice di merito che, se sorretta da adeguata e logica motivazione, sfugge al sindacato di legittimità.

Nel caso, pertanto, di pubblicazione di un'intervista, la comparazione tra contrapposti interessi deve risolversi sempre nella prevalenza di quello pubblico qualora la qualità soggettiva dell'intervistato sia essa stessa, per autorevolezza o speciale conoscenza della materia trattata, d'interesse pubblico, così finendo per far recedere la posizione individuale incisa nell'onore.

Facendo applicazione del superiore insegnamento, che rimette all'apprezzamento del giudice di merito la ponderazione degli indicati parametri, sono stati valorizzati nel tempo apporti individuali espressivi del patrimonio culturale e delle modalità comunicative di una determinata realtà sociale, la cui conoscenza sia risultata di interesse per la collettività - così, ad esempio, in: Sez. 5, n. 43451 del 24/09/2001, D'Orta, Rv. 220255-01; Sez. 5, n. 4009 del 16/12/2004, dep. 2005, Scalfari, Rv. 230719-01 -, ribadendo, a tal fine, il necessario accertamento correlato alla qualità dei soggetti coinvolti, alla materia in discussione e al contesto in cui le dichiarazioni sono state rese, altresì richiedendo, in caso di accertamento negativo, pure la dissociazione dell'intervistatore per quanto dichiarato in diretta - così in Sez. 5, n. 42755 del 17/05/2016, Castaldo, Rv. 267957 -, ovvero l'assunzione di una posizione di imparzialità, come in particolare ritenuto in Sez. 5, n. 29209 del 12/03/2018, Blasotta, Rv. 273172-01, allorquando è stato affermato che ai fini della responsabilità del giornalista per un articolo che riproduce il contenuto diffamatorio di un manifesto pubblico con finalità di critica politica, occorre accertare se egli, nel riportare la notizia, si sia posto con la prospettiva di "terzo osservatore" dei fatti, ovvero sia stato solo un dissimulato coautore della dichiarazione diffamatoria, agendo contro il diffamato.

I superiori concetti sono presenti anche nella pronuncia Sez. 5, n. 51235 del 09/10/2019, Marincola, Rv. 278299-01, nella quale è stato ritenuto che il giornalista che effettua un'intervista può beneficiare dell'esimente del diritto di cronaca con riferimento alle dichiarazioni a lui rilasciate, anche se oggettivamente lesive dell'altrui reputazione, qualora vi sia un interesse a conoscere il pensiero dell'intervistato, per la sua autorevolezza o per la speciale conoscenza della materia, tuttavia rispondendo secondo gli ordinari parametri di valutazione (veridicità della notizia, continenza espositiva e interesse pubblico) per i commenti e le espressioni, poste *a latere* o a margine dell'intervista, che non si limitino a riassumerne il contenuto o a commentarlo, ma che riportino fatti o opinioni diversi o anche antagonisti rispetto al contenuto delle dichiarazioni rilasciate.

Nella sentenza **Sez. 5, n. 16959 del 21/11/2019, dep. 2020, Le Betulle Casa di Cura S.r.l. C/Tiengo, Rv. 279203-01**, infine, è stato ulteriormente ribadito, in termini conformi, che il giornalista che effettua un'intervista può beneficiare dell'esimente del diritto di cronaca con riferimento al contenuto delle dichiarazioni ingiuriose o diffamatorie a lui rilasciate, se riportate fedelmente ed in modo imparziale, senza commenti e chiose capziose a margine - tali da renderlo dissimulato coautore - e sempre che l'intervista presenti profili di interesse pubblico all'informazione, in relazione alla qualità dei soggetti coinvolti, al suo oggetto e al contesto delle dichiarazioni rilasciate.

3. Il diritto di critica.

Anche l'esimente del diritto di critica è stato oggetto di interessanti pronunce durante il decorso anno, sia applicative di pregressi insegnamenti che espositive di principi sostanzialmente originali.

La Corte, in primo luogo, si è occupata, in due distinte decisioni, della tematica dei limiti di continenza entro cui la critica può essere espressa, così da consentire il riconoscimento della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51, comma 1, cod. pen.

E' stato dapprima affermato, in **Sez. 5, n. 15089 del 29/11/2019, dep. 2020, Cascio, Rv. 279084-01**, che l'esimente del diritto di critica postula una forma espositiva corretta, strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione e che non trasmodi nella gratuita ed immotivata aggressione dell'altrui reputazione, pur tuttavia consentendosi l'utilizzo di termini che, sebbene oggettivamente offensivi, siano insostituibili nella manifestazione del pensiero critico, in quanto privi di equivalenti adeguati.

Il diritto di critica, pertanto, deve essere espresso utilizzando modalità formali sempre confinate nei limiti del rispetto e della correttezza, senza che da ciò derivi, tuttavia, l'assoluta impossibilità di attingere a terminologie che, anche se *ex se* irriguardose, siano comunque uniche ed insostituibili per consentire l'esercizio della critica.

Nell'applicare il concetto al caso di specie, la Corte ha ritenuto configurabile l'indicata scriminante, per non essere stati travalicati i limiti di esercizio della critica, in un caso di utilizzo, in una pagina Facebook, dell'epiteto "idiota" nei confronti di un poliziotto, non identificato nominativamente, che aveva sparato dei colpi di arma da fuoco in pieno centro cittadino per arrestare la fuga degli autori di un reato. Tale offesa non è stata considerata un'immotivata e gratuita aggressione all'altrui sfera personale, ed anzi è parsa in termini di stretta riferibilità e attinenza all'accadimento fattuale oggetto di critica, intendendosi con essa unicamente stigmatizzare l'uso eccessivo della forza, sproporzionato rispetto al reato e alle condizioni di tempo e di luogo in cui il fatto si era svolto. L'epiteto adoperato, non particolarmente aspro e pungente, è, in particolare, apparso non sproporzionato rispetto a quanto si era inteso rappresentare in relazione ad una situazione che, all'evidenza, si prestava ad essere oggetto di una qualche critica, presentando aspetti suscettibili di essere ritenuti gravi.

Il principio espresso si riferisce ad un orientamento ermeneutico reiteratamente affermato da parte della giurisprudenza della Corte.

Nella sentenza Sez. 5, n. 31669 del 14/04/2015, Marcialis, Rv. 264442-01, ad esempio, era stato ritenuto che l'utilizzo del termine "incompetente" nei confronti di un architetto, con riferimento al suo operato tecnico, non esorbitasse, di per sé, dai limiti della critica consentiti, dovendo il giudice di merito accertare se fosse possibile rilevare nei suoi confronti una carenza di capacità professionale di grave natura, alla quale sola va commisurata la portata dell'indispensabilità funzionale della critica così come formulata.

In termini analoghi, nella sentenza Sez. 5, n. 37397 del 24/06/2016, C., Rv. 267866-01, era stato affermato che l'utilizzo del termine "puttaniere" in un contesto familiare, da parte di una donna nei confronti del coniuge dopo che la stessa ne aveva scoperto una convivenza *more uxorio*, non esorbitasse, di per sé, dai limiti della critica consentiti, avendo lo stesso un'accezione, comune per la lingua italiana, di "donnaiolo, *playboy* o uomo alla ricerca di avventure passeggere", compatibile con il requisito della continenza.

Ancor prima, in Sez. 5, n. 11950 del 08/02/2005, Mercenaro ed altri, Rv. 231711-01, era stato precisato che il requisito della continenza delle espressioni utilizzate, indispensabile per la ravvisabilità dell'esimente del diritto di critica, presenta una sua necessaria elasticità e non è necessariamente escluso dall'uso di

un epiteto infamante, dovendo la valutazione del giudice del merito soppesare se il ricorso ad aggettivi o frasi particolarmente aspri sia o meno funzionale all'economia dell'articolo, alla luce della eventuale assoluta gravità oggettiva della situazione rappresentata. Conformemente al principio, la Corte aveva ritenuto applicabile la causa di giustificazione di cui all'art. 51 cod. pen. ad un giornalista che aveva definito "bestiale e torturatore" un pubblico ministero, in ragione delle scelte effettuate con riguardo al trattamento di un detenuto, in presenza di un procedimento disciplinare conclusosi con sentenza di condanna.

Nella sentenza Sez. 5, n. 15060 del 23/02/2011, Dessì, Rv. 250174-01, era stato osservato, quindi, che il limite della continenza nel diritto di critica risulta superato in presenza di espressioni che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasmodino in una mera aggressione verbale del soggetto criticato. Il contesto nel quale la condotta si colloca può essere valutato, pertanto, ai limitati fini del giudizio di stretta riferibilità delle espressioni potenzialmente diffamatorie al comportamento del soggetto passivo oggetto di critica, ma non può in alcun modo scriminare l'uso di espressioni che si risolvano nella denigrazione della persona di quest'ultimo in quanto tale. In applicazione di tale assunto, è stata considerata immune da censure la decisione con cui il giudice di merito aveva escluso la scriminante del diritto di critica in favore di imputati che avevano affisso nelle bacheche aziendali e diffuso con volantini un comunicato in cui, contestando la posizione dissenziente di un iscritto alla C.G.I.L., lo si era definito "notoriamente imbecille".

In tale filone esegetico si colloca anche la seconda sentenza che, durante il trascorso anno, ha affrontato la questione dei limiti di continenza entro cui il diritto di critica può essere legittimamente esercitato.

Si tratta della pronuncia **Sez. 5, n. 17243 del 19/01/2020, Lunghini, Rv. 279133-01**, nella quale è stato, in particolare, ribadito che l'esimente del diritto di critica postula una forma espositiva corretta, strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione e che non trasmodi nella gratuita ed immotivata aggressione dell'altrui reputazione, ma non vieta l'utilizzo di termini che, sebbene oggettivamente offensivi, abbiano anche il significato di mero giudizio critico negativo di cui si deve tenere conto alla luce del complessivo contesto in cui il termine viene utilizzato. La Corte ha, conseguentemente, ritenuto di non poter considerare esorbitante rispetto ai limiti di una critica legittima l'accusa di "assoluta incapacità ad organizzare il reparto" rivolta al direttore di un Pronto Soccorso da un consigliere del comitato consultivo di un'Azienda Ospedaliera che, nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo dell'attività e dell'organizzazione aziendale, aveva evidenziato reali disservizi organizzativi, sollecitando l'effettuazione dei dovuti controlli. In tal maniera, infatti, erano stati

esposti fatti veri, di indubbio interesse pubblico, utilizzando un'espressione rivelatrice non di un attacco alla persona, o di una finalità meramente denigratoria, ma di una critica, per quanto aspra, alle capacità organizzative del direttore del reparto di Pronto Soccorso.

Un diverso insegnamento, di natura sostanzialmente innovativa, lo si rinviene in **Sez. 5, n. 17259 del 06/03/2020, Mauro, Rv. 279114-01**, in cui la Corte ha affermato che il diritto di critica del giornalista non può essere svilito, limitandolo alla esposizione dei fatti e alla loro puntuale, esatta riproduzione, sicché non può essere negato al cronista il diritto di ricercare e di riferire al lettore legami, rapporti e relazioni, dirette o indirette, immediate o mediate, quando questi elementi risultino oggettivamente sussistenti.

Il diritto di critica rappresenta un cardine dello Stato democratico, per cui la valenza offensiva di un'espressione utilizzata non può essere oggetto di immediata repressione, ma deve, invece, essere riferita al contesto globale in cui essa è stata pronunciata. La critica, infatti, è per la Corte espressione di un giudizio valutativo che, postulando l'esistenza di un fatto, necessita di un'immediata rappresentazione, purché ciò avvenga nel rispetto di una forma espositiva non ingiustificatamente sovrabbondante rispetto al concetto da rendere. Anche il rispetto della verità del fatto finisce per assumere un rilievo maggiormente limitato rispetto al diritto di cronaca, osservato che la critica, quale espressione di un'opinione meramente soggettiva, ha per sua natura carattere congetturale, che, per definizione, non può pretendersi rigorosamente obiettiva ed asettica.

Il diritto di critica, quale valore fondante fissato nella Costituzione, deve, pertanto, prevedere l'assoluta libertà di scelta dell'argomento su cui articolare l'esposizione del pensiero, per cui, sempre che esso rispetti il criterio della verità del fatto e della sussistenza dell'interesse sociale a conoscere la critica, deve ritenersi consentita l'esposizione di opinioni personali lesive dell'altrui reputazione, purché ciò avvenga attraverso un uso misurato del linguaggio.

Tale approccio ermeneutico, d'altro canto, si conforma ai principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha reiteratamente osservato come l'incriminazione per diffamazione costituisca, di per sé, un'interferenza con la libertà di espressione, che può essere tollerata solo nei limiti in cui essa venga prescritta espressamente per legge. La stampa deve essere libera ed ha il dovere ed il diritto di informare il pubblico su tutte le questioni di interesse generale.

In ultima analisi, una mera esatta riproduzione dei fatti finisce per svilire l'esercizio della critica, che, a differenza della cronaca, si concretizza proprio nella libera manifestazione di un'opinione. E' vero che essa presuppone comunque un accadimento storico, ma il giudizio valutativo, in quanto tale, è diverso dal fatto da cui trae spunto e non lo si può censurare per difetto di "obiettività", altrimenti

realizzandosi un'interferenza sproporzionata, incoerente e non necessaria, nel diritto alla libera espressione degli organi di stampa.

Ancora in termini di rilievo, in **Sez. 5, n. 31263 del 14/09/2020, Capozza, Rv. 279909-01**, è stato affermato che ai fini della configurabilità dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica politica, che trova fondamento nell'interesse all'informazione dell'opinione pubblica e nel controllo democratico nei confronti degli esponenti politici o pubblici amministratori, è necessario che l'elaborazione critica non sia avulsa da un nucleo di verità e non trascenda in attacchi personali finalizzati ad aggredire la sfera morale altrui. La scriminante, cioè, può trovare applicazione solo ove ricorra il rispetto del requisito della verità del fatto storico posto a fondamento della elaborazione critica, con conseguente impossibilità del suo riconoscimento ove l'agente manipoli le notizie o le rappresenti in modo incompleto.

L'estensione del diritto di critica politica può perfino giungere a superare la necessità del riferimento a specifici fatti storici, ma non può mai prescindere dalla necessità di evitare qualsiasi travisamento o manipolazione di essi che ne determini una distorsione inaccettabile rispetto all'intento informativo dell'opinione pubblica che è alla base del riconoscimento dell'esimente, poiché quest'ultima radica le proprie basi ispiratrici nel consolidato principio che in democrazia a maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità e l'assoggettamento al controllo da parte dei cittadini, esercitabile anche attraverso il diritto di critica.

Conseguentemente, la Corte ha ritenuto corretta l'esclusione dell'esimente ex art. 51, comma 1, cod. pen., sia pure nell'ampia visione convenzionale del diritto alla libertà di espressione in contesti di critica politica, nel caso di un articolo di stampa che aveva attribuito ad un sindaco, senza alcun appiglio oggettivo e mediante travisamento o manipolazione dei fatti storici, il sospetto di mafiosità, per la gestione familiaristica e clientelare dell'amministrazione comunale.

4. Questioni ulteriori.

A conclusione della presente esposizione è opportuno dar conto anche di alcune ulteriori pronunce rese dalla Corte durante il decorso anno, riguardanti questioni di interesse non direttamente afferenti alle esimenti del diritto di cronaca e del diritto di critica.

In primo luogo, rilevante è la sentenza **Sez. 5, n. 10967 del 14/11/2019, dep. 2020, Mauro, Rv. 278790-01**, nella quale è stato affermato che deve escludersi il carattere diffamatorio di una pubblicazione quando essa sia incapace di ledere o mettere in pericolo l'altrui reputazione per la percezione che ne possa avere il

lettore medio, ossia colui che non si fermi alla mera lettura del titolo e ad uno sguardo alle foto (lettore cd. "frettoloso"), ma esamini, senza particolare sforzo o arguzia, il testo dell'articolo e tutti gli altri elementi che concorrono a delineare il contesto della pubblicazione, quali l'immagine, l'occhiello, il sottotitolo e la didascalia.

In applicazione del principio, la Corte ha escluso, in assenza di offensività della pubblicazione, il carattere diffamatorio di un articolo che, riferendosi ad un medico condannato per falso, aveva riportato la foto di un altro medico che aveva posato per un servizio fotografico, ritenendo che si comprendesse agevolmente dall'articolo, dai sottotitoli e da un'intervista al presidente di un ordine dei medici riportata nella stessa pagina, che la foto effigiava un medico qualunque e non già quello specificamente condannato. Il lettore medio, infatti, solo ad un primo sguardo avrebbe potuto fraintendere l'identità della persona condannata, effettuando un'associazione tra il titolo e l'immagine pubblicata, mentre il complessivo contesto in cui fotografia e titolo erano inseriti avrebbe dovuto senz'altro indurre ad una lettura progressiva di tutti gli elementi utili a cogliere il reale significato della notizia.

Sempre in tema di diffamazione a mezzo stampa, la Corte ha precisato nella pronuncia **Sez. 5, n. 8 del 12/11/2019, dep. 2020, Parovel, Rv. 278318-01**, che le notizie e le valutazioni esternate con espressioni dubitative o interrogative, se non corrispondenti al vero, possono ledere l'altrui reputazione quando le frasi utilizzate nel contesto della comunicazione, in quanto allusive, insinuanti e suggestive, siano idonee ad ingenerare nel lettore il convincimento dell'effettiva rispondenza a verità del fatto adombrato.

Il principio è stato, in particolare, affermato con riferimento ad una fattispecie avente ad oggetto un articolo di stampa in cui, sia pure in termini ipotetici, era stato veicolato il messaggio che un sindaco avesse potuto avallare una speculazione privata illecita mercificando la propria funzione.

Si tratta di un'esegesi, invero, già presente nella giurisprudenza della Corte, in quanto espressa sia in Sez. 5, n. 41042 del 17/06/2014, Scancarello, Rv. 260772-01 che, ancor prima, in Sez. 5, n. 45910 del 04/10/2005, Fazzo ed altri, Rv. 233039-01, nella quale era stato pure affermato, in termini conformi, che la pubblicazione di una notizia falsa, ancorché espressa in forma dubitativa, può ledere l'altrui reputazione allorché le espressioni utilizzate nel contesto dell'articolo siano ambigue, allusive, insinuanti ovvero suggestionanti, e perciò idonee ad ingenerare nella mente del lettore il convincimento della effettiva rispondenza a verità dei fatti narrati, con la conseguenza che tale indagine è rimessa al giudice di merito e, se giustificata da adeguata motivazione, è incensurabile in sede di legittimità.

Nella sentenza **Sez. 5, n. 26509 del 09/07/2020, Carchidi, Rv. 279468-01**, è stato, invece, chiarito che spetta al giudice di merito accertare la ricorrenza dell'eccezionale gravità della condotta diffamatoria attributiva di un fatto determinato, che, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, sola giustifica l'applicazione della pena detentiva. La scelta di applicare la più grave sanzione, cioè, deve necessariamente passare per la valutazione della portata delle condotte diffamatorie ascritte all'imputato, allo scopo di apprezzare la presenza in esse, o meno, di quella eccezionale gravità che unicamente consente il ricorso alla pena detentiva.

Il superiore assunto trova, in particolare, autorevole riferimento nelle direttrici ermeneutiche indicate nella recente ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020, utili all'inquadramento dei limiti della compatibilità convenzionale della previsione, per la diffamazione a mezzo stampa, anche della pena detentiva, nell'ottica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 10 della CEDU.

Conformemente all'indicato principio, la Corte ha, altresì, precisato che assumono connotati di eccezionale gravità, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, le condotte di diffamazione che implicano un'istigazione alla violenza ovvero convogliano messaggi d'odio.

Deve essere dato conto, infine, del principio affermato in **Sez. 5, n. 10905 del 25/02/2020, Sala, Rv. 278742-01**, per cui integra il delitto di ingiuria aggravata dalla presenza di più persone, depenalizzato ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, e non quello di diffamazione, la condotta di chi pronunzi espressioni offensive mediante comunicazioni telematiche dirette alla persona offesa attraverso una video *chat*, alla presenza di altre persone in essa invitate, in quanto l'elemento distintivo tra i due reati è costituito dal fatto che nell'ingiuria la comunicazione, con qualsiasi mezzo realizzata, è diretta all'offeso, mentre nella diffamazione quest'ultimo resta estraneo alla comunicazione intercorsa con più persone e non è posto in condizione di interloquire con l'offensore.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. U, n. 37140 del 30/05/2001, Galiero, Rv. 219651
Sez. 5, n. 43451 del 24/09/2001, D'Orta, Rv. 220255-01
Sez. 5, n. 4009 del 16/12/2004, dep. 2005, Scalfari, Rv. 230719-01
Sez. 5, n. 11950 del 08/02/2005, Mercenaro, Rv. 231711-01
Sez. 5, n. 45910 del 04/10/2005, Fazzo, Rv. 233039-01
Sez. 5, n. 28258 del 08/04/2009, Frignani e altro, Rv. 244200-01
Sez. 5, n. 13702 del 17/12/2010, dep. 2011, Bellavia, Rv. 250256-01
Sez. 5, n. 15060 del 23/02/2011, Dessì, Rv. 250174-01
Sez. 5, n. 41042 del 17/06/2014, Scancarello, Rv. 260772-01
Sez. 5, n. 31669 del 14/04/2015, Marcialis, Rv. 264442-01
Sez. 5, n. 35702 del 19/05/2015, Case, Rv. 265015-01
Sez. 5, n. 42755 del 17/05/2016, Castaldo, Rv. 267957
Sez. 5, n. 37397 del 24/06/2016, C., Rv. 267866-01
Sez. 5, n. 41099 del 20/07/2016, Carrassi, Rv. 268149-01
Sez. 5, n. 29209 del 12/03/2018, Blasotta, Rv. 273172-01
Sez. 5, n. 45813 del 14/06/2018, S., Rv. 274123-01
Sez. 5, n. 51235 del 09/10/2019, Marincola, Rv. 278299-01
Sez. 5, n. 8 del 12/11/2019, dep. 2020, Parovel, Rv. 278318-01
Sez. 5, n. 10967 del 14/11/2019, dep. 2020, Mauro, Rv. 278790-01
Sez. 5, n. 7008 del 18/11/2019, dep. 2020, Frignani, Rv. 278793-01
Sez. 5, n. 7008 del 18/11/2019, dep. 2020, Frignani, Rv. 278793-02
Sez. 5, n. 16959 del 21/11/2019, dep. 2020, Le Betulle Casa di Cura S.r.l. C/Tiengo, Rv. 279203-01
Sez. 5, n. 15086 del 29/11/2019, dep. 2020, Pierantozzi, Rv. 279083-01
Sez. 5, n. 15089 del 29/11/2019, dep. 2020, Cascio, Rv. 279084-01
Sez. 5, n. 17243 del 19/01/2020, Lunghini, Rv. 279133-01
Sez. 5, n. 15093 del 27/01/2020, Gramaglia, Rv. 279152-01
Sez. 5, n. 13782 del 29/01/2020, Kanellos, Rv. 278990-01
Sez. 5, n. 14013 del 12/02/2020, Sasso, Rv. 278952-01
Sez. 5, n. 10905 del 25/02/2020, Sala, Rv. 278742-01
Sez. 5, n. 17259 del 06/03/2020, Mauro, Rv. 279114-01
Sez. 5, n. 26509 del 09/07/2020, Carchidi, Rv. 279468-01
Sez. 5, n. 31263 del 14/09/2020, Capozza, Rv. 279909-01
Sez. 5, n. 29128 del 17/09/2020, Coppola, Rv. 279775-01

DELITTI CONTRO LA PERSONA

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI PEDOPORNOGRAFIA DOMESTICA

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia domestica. – 3. La cessione e divulgazione non autorizzata del materiale pedopornografico autoprodotto destinato ad uso "privato". 4. La pronuncia della Terza Sezione n. 5522 del 21 novembre 2019, dep. 2020.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna la Terza Sezione della Corte, con decisione **5522 del 21/11/2019, dep. 2020, G. Rv. 27809102** si è pronunciata in ordine al rilievo penale delle condotte aventi ad oggetto materiale pornografico autoprodotto da un minore nell'ambito di un rapporto privato.

L'impossessamento abusivo di autoscatti erotici di una minorenne, successivamente inviate ad una terza persona artefice di una ulteriore divulgazione, ha fornito alla Terza Sezione l'occasione per ribadire i principi affermati dalle Sezioni Unite n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 27408701 e Rv. 27408701 in tema di produzione di pedopornografia domestica, e sottoporre a revisione critica quelli già enunciati in relazione al rilievo penale della condotta di diffusione non autorizzata di tale materiale.

2. Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia domestica.

Per meglio delineare il contenuto della decisione in rassegna appare utile dare sinteticamente conto di due pronunce delle Sezione Unite che, sia pur facendo leva su argomenti differenti, hanno ridimensionato l'ambito di operatività dell'art. 600-*ter* cod. pen. nei casi di realizzazione di materiale pedopornografico destinato ad un uso "privato".

Nella decisione del 31/05/2000, dep. 2000, n. 13, PM., Rv. 216338-01, il Supremo Consesso ha affermato la non configurabilità del reato di cui al comma 1 dell'art. 600-*ter* cod. pen., nell'ipotesi di fotografie pornografiche di un minore, nudo e con il pene in erezione, realizzate senza fine di lucro ma per ragioni "affettive", sebbene perverse, o libidinose.

Nella motivazione si specifica che in assenza un concreto pericolo di diffusione, la pornografia domestica non può rientrare nel concetto di

"produzione" di cui all'art. 600-*ter*, pur essendo la relativa detenzione una condotta sanzionabile ai sensi della fattispecie residuale del successivo art. 600-*quater* cod. pen.

Nella seconda decisione, la n. 51815 del 31/05/2018, Rv. 27408702, le Sezioni Unite, oltre a risolvere negativamente la questione di diritto «se, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 600-*ter*, primo comma, n. 1), cod. pen., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, sia necessario, viste le nuove formulazioni della disposizione introdotte a partire dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38, l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale», atteso che la pervasiva influenza delle moderne tecnologie della comunicazione rende tale pericolo *in re ipsa*, hanno altresì ridimensionato l'ambito di operatività del medesimo articolo e dell'art. 600-*quater* cod. pen. relativamente alla condotta di chi realizza o detiene materiale pornografico afferente a minori, che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale, nei casi in cui tale materiale sia prodotto e posseduto con il loro consenso e unicamente a uso privato delle persone coinvolte».

In ossequio all'esigenza di evitare "ipercriminalizzazioni" non coerenti con le finalità proprie del diritto penale e con il contenuto delle fonti sovranazionali finalizzate a tutelare il minore dalla piaga della pornografia, le Sezioni Unite si sono soffermate sul concetto cardine di "utilizzazione del minore" di cui agli artt. 600- *ter* e *quater* cod. pen. chiarendo che sono incluse in tale nozione le condotte di produzione aventi un carattere abusivo per la posizione di supremazia rivestita dal soggetto agente nei confronti del minore o per modalità con le quali il materiale pornografico viene prodotto (ad esempio, minaccia, violenza, inganno) o per il fine commerciale che sottende la produzione, o per l'età dei minori coinvolti, qualora questa sia inferiore a quella del consenso sessuale.

Di contro, hanno specificato, vanno considerate penalmente irrilevanti le produzioni di immagini o di video pornografici che, valutate le circostanze del caso, siano avvenute in maniera scevra da alcun tipo di condizionamento e siano frutto di una libera scelta, come avviene, quindi, ad esempio, nell'ambito di una relazione paritaria tra minorenni e siano destinate ad un uso strettamente privato, poiché in tal caso dovrà essere esclusa la ricorrenza di quella "utilizzazione" che costituisce il presupposto del reato sopra richiamato.

3. La cessione e divulgazione non autorizzata del materiale pedopornografico autoprodotto destinato ad uso "privato".

La pronuncia della Terza Sezione si inserisce in questo contesto interpretativo, ma, a differenza delle decisioni delle Sezioni Unite occupatesi di

fattispecie di pedopornografia domestica, il c.d. *sexting* primario, affronta la questione del rilievo penale della diffusione non autorizzata del materiale liberamente prodotto dal minore per utilizzo "domestico", il c.d. *sexting* secondario.

Prima di tale decisione, la stessa Terza Sezione, nelle pronunce del 18/02/2016, n. 11675, S. R. e altri, Rv. 26631901 e del 11/04/2017, R., Rv. 27071901, aveva escluso il rilievo penale della condotta di divulgazione sull'assunto che il dato testuale dei commi 2, 3 e 4, dell'art. 600-*ter* cod. pen. induce a ritenere che le condotte di commercio, distribuzione, divulgazione, diffusione, offerta e cessione, anche a titolo gratuito, del procurarsi o del detenere materiale pedopornografico siano punibili esclusivamente se riferite a materiale pornografico prodotto "utilizzando il minore". In particolare nella sentenza del 2016 i Giudici di legittimità avevano affermato che il concetto di utilizzazione del minore presuppone che l'autore della condotta sia "soggetto altro e diverso" rispetto al minore da lui utilizzato, indipendentemente dal fine che lo anima e dall'eventuale consenso, del tutto irrilevante, che il minore stesso possa aver prestato all'altrui produzione del materiale o realizzazione degli spettacoli pornografici; alterità e diversità, quindi, non ravvisabile nel caso di materiale realizzato dallo stesso minore in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto, ostando a ciò la lettera e la *ratio* della disposizione come richiamata, sì che la fattispecie di cui all'art. 600-*ter*, comma l, cod. pen. non potrà essere configurata per difetto di un elemento costitutivo. Nello sviluppo della motivazione, la Terza Sezione elencava una serie di motivi a supporto di tale interpretazione: letterali, stante il rinvio del secondo, terzo e quarto comma al materiale pornografico prodotto come indicato dal primo comma; sistematici, perché l'art. 602-*ter* cod. pen., nel disciplinare le circostanze aggravanti relative ai delitti contro la personalità individuale ribadivano e presupponevano la necessaria alterità tra l'autore del reato e la persona offesa; teleologici, perché la ratio che permeava di sé tutto il testo dell'art. 600-*ter* cod. pen., compreso il quarto comma, presupponeva che la condotta di cessione del materiale pornografico, pur se a titolo gratuito, avesse quale necessario presupposto l'utilizzazione del minore da parte di un terzo. Quanto alla differente formulazione dell'art. 600-*quater* cod. pen., che sanzionava chiunque consapevolmente si procurava o deteneva materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, i giudici di legittimità l'avevano ritenuta "una tipica fattispecie di chiusura", che non negava l'interpretazione restrittiva e rispondeva ad esigenze di tecnica redazionale, peraltro ex se giustificata dall'applicazione su una norma distinta giacchè un richiamo sintetico al materiale del primo comma dell'art. 600-*ter* cod. pen. avrebbe rischiato di rendere la norma di difficile lettura. La detenzione o la

messa a conoscenza di terzi di materiale pedopornografico prodotto dal minore nell'ambito di un rapporto paritario e per sua libera scelta vennero, pertanto ritenute dalla Terza Sezione condotte non punibili, difettando un elemento costitutivo del reato, e ciò anche qualora le esse siano effettuate contro la volontà del minore stesso. Il principio affermato nel 2016 venne ribadito l'anno successivo nella sentenza n. 34357 del 11/04/2017 citata in cui il Collegio, in un *obiter dictum*, ha tuttavia evidenziato il vuoto di tutela con riferimento alla repressione del *sexting*.

4. La pronuncia della Terza Sezione n. 5522 del 21 novembre 2019, dep. 2020.

La Terza Sezione nella decisione n. 5522 del 21 novembre 2019, (**Sez. 3 n. 5522 del 21/11/2019, dep. 12/02/2020, G., Rv. 27809102**), relativa ad una fattispecie sovrapponibile a quella decisa nel 2017, ha esplicitamente affermato la necessità di un ripensamento dei principi di diritto espressi nelle precedenti decisioni del 2016 e 2017 anche alla luce della di quanto affermato dalle Sezioni Unite n. 51815 del 31/05/2018. In relazione al caso di specie, l'imputato, dopo essersi impossessato abusivamente di foto autoprodotte di una minorenne fotografando con il proprio cellulare i *selfie* erotici contenuti nel cellulare della ragazzina, aveva inviato gli scatti ad un amico, la Terza Sezione, ha affrontato il problema di diritto relativo all'interpretazione dell'art. 600-*ter*, quarto comma, cod. pen., in rapporto all'art. 600-*ter,* primo comma, cod. pen. chiarendo che la condotta di chi entri abusivamente nella disponibilità di foto pornografiche autoprodotte dal minore e presenti nel suo telefono cellulare, ne effettui la riproduzione fotografica e le offra o le ceda successivamente a terzi senza autorizzazione, integra l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-*ter*, quarto comma, cod. pen. La Corte, dopo un analitico excursus delle modifiche legislative che hanno determinato l'attuale formulazione della disposizione in esame e delle fonti sovranazionali che le hanno determinate, ha affermato che il principio della necessaria alterità tra l'agente autore di una delle varie condotte previste dal comma 1 dell'art. 600-*ter* cod. pen. ed il minore non è riferibile a tutte le ipotesi contemplate in questo articolo. Se infatti la realizzazione delle esibizioni o degli spettacoli pornografici, la produzione del materiale pornografico, il reclutamento o l'induzione dei minori di anni diciotto a partecipare alle esibizioni o agli spettacoli pornografici richiedono la condotta attiva di un soggetto "altro" dal minore, la terza delle condotte punite nella seconda ipotesi, cioè quella di chi trae profitto dalle esibizioni o dagli spettacoli pornografici, prescinde, a ben vedere, dall'auto o eteroproduzione del materiale pedopornografico, ben potendo tale

disposizione riferirsi anche a spettacoli autoprodotti da minore. Non tutta la norma, quindi, secondo la Terza Sezione, è "informata alla nozione di materiale pedopornografico del primo comma inteso nella sua interezza": nell'interpretazione del significato dei commi 2, 3 e 4, giova ricordare che la loro formulazione risale ad un momento storico in cui nell'art. 600-*quater* cod. pen. non era stata ancora inclusa la nozione di pornografia minorile, e tale considerazione consente di affermare che il richiamo al materiale di cui al primo comma, non va inteso quale riferimento al risultato dalla condotta delittuosa del comma 1, ovvero al materiale pedopornografico prodotto tramite l'utilizzazione del minore, ma all'oggetto materiale del reato: all'elemento sul quale incide la condotta criminosa e che forma la materia su cui cade l'attività fisica del reo e cioè il materiale pedopornografico in sé. Per i giudici di legittimità non è quindi un caso che la fattispecie prevista dal comma 4 dell'art. 600-*ter* cod. pen., non contenga più alcun riferimento alla modalità della produzione, auto o etero prodotta, l'omissione trova la sua ratio nella concomitante introduzione nell'ultimo comma dell'art. 600-ter cod. pen. della nozione di pornografia minorile che, di fatto, ha reso privo di funzione il richiamo alla condotta alla "utilizzazione" del minore. Questa interpretazione, osserva la Terza Sezione, è quella maggiormente in linea con le previsioni della Direttiva 2011/92/UE del parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, poiché le condotte intenzionali indicate nei paragrafi da 2 a 6 per le quali, ai sensi dell'art. 5, gli stati membri devono adottare le relative misure sanzionatorie, sono riferite al materiale pedopornografico a prescindere dalle modalità della relativa produzione. Risponde, inoltre, anche all'esigenza, già palesata nella relazione di presentazione del disegno di legge della Camera dei deputati n. 4599, prodromico all'adozione della legge n. 38/2006, di evitare lacune nella repressione di tutti i possibili comportamenti dei pedofili, anche potenziali, posto che la disciplina della pornografia minorile è affidata esclusivamente al sistema chiuso degli art. 600-*ter* e seguenti; le più recenti innovazioni legislative costituite dalla 1. 29 maggio 2017, n. 71, recante disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del cyber bullismo e l'art. 10 della l. 19 luglio 2019, n. 69 che ha introdotto il reato dell'art. 612-*ter* cod. pen. in tema di "revenge porn", infatti, non recano alcun riferimento specifico alle condotte di diffusione di materiale pedopornografico. La decisione si chiude con l'osservazione che l'interpretazione data in ordine alla configurabilità del reato di cessione o offerta ad altri di materiale pedopornografico non integra nè un'applicazione in *malam partem* dell'art. 600-ter cod. pen., giacché il riferimento al "primo comma" va letto alla luce dell'inserimento nell'ultimo comma della definizione di materiale pornografico,

né un *overruling in malam partem,* non solo perché l'orientamento opposto ha trovato espressione solo in due sentenze e non potendo, pertanto, ritenersi consolidato, ma anche perché si è trattato di una mera lettura aggiornata della norma.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. U. del 31/05/2000, dep. 2000, n. 13, PM., Rv. 21633801
Sez. 3 del 18/02/2016, n. 11675, S R e altri, Rv. 26631901
Sez. 3 del 11/04/2017, R., Rv. 27071901
Sez. U. n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 27408701 e Rv. 27408701
Sez. 3, n. 5522 del 21/11/2019, dep. 2020, G. Rv. 27809102

CAPITOLO II

L'ABUSO DI AUTORITÀ DI CUI ALL'ART. 609-*BIS*, COMMA PRIMO, COD. PEN.

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. – 3. Le Sezioni Unite n. 27326 del 16/07/2020.

1. Premessa.

Nell'anno 2020 le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione di diritto: «Se, in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis*, primo comma, cod. pen. presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali».

2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla Terza Sezione, in ragione del contrasto interpretativo sorto sul significato del concetto di «abuso di autorità» relativo alla violenza sessuale c.d. «costrittiva» di cui all'art. 609-bis cod. pen.

Per un primo orientamento, l'abuso di autorità di cui all'art. 609-bis, comma 1, cod. pen. presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico.

In questi termini si sono pronunciate in via incidentale le Sez. U, n. 13 del 31/05/2000, Pm., Rv. 21633801, valorizzando la sostituzione da parte dell'art. 609-bis, primo comma, cod. pen. degli abrogati artt. 519, primo comma, 520 e 521 cod. pen., ritenendo l'abuso d'autorità coincidente con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale già contemplato dall'art. 520 cod. pen.

Alla decisione delle Sezioni Unite si sono conformate Sez. 3, n. 32513 del 19/06/2002, P, Rv. 223101 e Sez. 3, n. 2283 del 26/10/2006, dep. 2007, C.

In quest'ultima decisione, la Corte, dopo aver riproposto le argomentazioni delle Sezioni Unite in tema di successione di leggi, ha osservato che optando per una nozione di abuso inclusiva di poteri di carattere privatistico, verrebbe meno la possibilità di distinguere l'ipotesi di reato contemplata dall'art. 609-bis, primo comma, cod. pen. dall'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di potere parentale

o tutorio ora previsto dall'art. 609-quater, secondo comma, cod. pen., e che, pertanto, l'unica interpretazione idonea a salvaguardare la coerenza normativa sarebbe quella che attribuisce carattere pubblicistico all'autorità considerata dalla prima delle richiamate disposizioni e carattere privatistico a quella considerata dalla seconda.

Altre successive pronunce, aventi ad oggetto violenze sessuali commesse da soggetti rivestenti la qualifica di pubblico ufficiale, hanno ribadito la natura formale e pubblicistica della posizione autoritativa dell'agente (Sez. 4, n. 6982 del 19/01/2012, M., Rv. 251955; Sez. 3, n. 47869 del 04/10/2012, M., Rv. 253870; Sez. 3, n. 40848 del 18/07/2012, B.; Sez. 3, n. 16107 del 24/03/2015, M., Rv. 263333; Sez. 3, n. 2681 del 11/10/2011, dep. 2012, R., Rv. 251885) e precisato, che l'abuso di autorità consiste nella strumentalizzazione del proprio potere, realizzato attraverso una subordinazione psicologica tale per cui la vittima viene costretta al rapporto sessuale, risolvendosi, pertanto, in una vera e propria costrizione che non può essere desunta, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa ricoperta dal soggetto agente (Sez. 3, n. 36595 del 22/05/2012, T., Rv. 253389). L'orientamento opposto, invece, propende per un concetto di abuso di autorità più ampio, comprensivo di ogni relazione, anche di natura privata, in cui l'autore del reato riveste una posizione di supremazia della quale si avvale per coartare la volontà della persona offesa.

Soggettivo attivo del reato, in questo senso, può essere chiunque rivesta una posizione di supremazia o autorità anche privata che eserciti una forma di influenza o suggestione sul soggetto passivo al fine di coartarne la volontà o condizionarne il comportamento.

A sostegno di tale interpretazione si evidenzia che anche l'art. 61, n. 11, cod. pen., configura, quale elemento di aggravamento comune situazioni che coinvolgono anche rapporti di diritto privato, riferendosi a chi commette un reato "con abuso di autorità" o "di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazione di opera, di coabitazione o di ospitalità".

Si osserva, inoltre, che quando il legislatore ha inteso riferirsi ad una situazione autoritativa di tipo pubblicistico, l'ha fatto esplicitamente, come nell'ipotesi di cui dell'art. 608 cod. pen., avente ad oggetto l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti.

Espressione di tale orientamento sono le decisioni (Sez. 3, n. 2119 del 3/12/2008, dep. 2009, M.A., Rv. 242306; Sez. 3, n. 19419 del 19/4/2012, I, Rv. 252768; Sez. 3, n. 37135 del 10/4/2013, G., Rv. 256849; Sez. 3, n. 36704 del 27/3/2014, A., Rv. 260172; Sez. 3, n. 49990 del 30/4/2014, G., Rv., 261594; Sez. 3, n. 33042 del 8/3/2016, P.G. in proc. F., Rv. 267453; Sez. 3, n. 33049 del 17/5/2016, B., Rv. 267402).

3. Le Sezioni Unite n. 27326 del 16/07/2020, C., Rv. 27952001.

Le **Sezioni Unite n. 27326 del 16/07/2020, C., Rv. 27952001** hanno enunciato il principio di diritto così massimato: «in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità che costituisce, unitamente alla violenza o alla minaccia, una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609-bis cod. pen., presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali». Il nucleo fondante della decisione è costituito dalla individuazione dell'origine della posizione autoritativa rilevante per la configurabilità del reato e del significato concreto della locuzione "abuso di autorità" nel contesto in cui è collocato. In quest'ottica la Corte distingue la violenza sessuale "costrittiva" da quella "induttiva" di cui al primo e secondo comma dell'art. 609-bis cod. pen. evidenziando come nella prima il soggetto passivo ponga in essere o subisca un evento non voluto poiché ne viene annullata o limitata la capacità di azione e di reazione coartandone la capacità di autodeterminazione, a differenza di quanto accade nella seconda in cui l'agente persuade la persona offesa a sottostare ad atti che, diversamente, non avrebbe compiuto, ovvero a subirli, strumentalizzandone la vulnerabilità e riducendola al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità. Chiarisce che l'abuso di autorità considerato dal primo comma è solo quello che determina una vera e propria sopraffazione della volontà della persona offesa che si risolve in una costrizione. Chiarito questo punto le Sezioni Unite, affermano che l'interpretazione della norma deve necessariamente tener conto della circostanza che la scelta del legislatore di collocare il delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale è stata chiaramente quella di ampliare, e non di restringere l'ambito di operatività complessivo della fattispecie. Superando il proprio precedente orientamento del 2000, quindi, le Sezioni Unite affermano che l'attuale formulazione della nozione di abuso di autorità dell'art. 609-bis cod. pen. va intesa in una accezione diversa dal mero riferimento alla figura del pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 cod. pen., posto che, secondo la lettura della norma offerta dalla coeva giurisprudenza, per la configurabilità del reato non era richiesta la costrizione, bensì il solo nesso occasionale tra la posizione di pubblico ufficiale ed il fatto. La correttezza della soluzione prescelta dalle Sezioni unite viene corroborata dall'argomento di ordine testuale, impiegato dalla giurisprudenza fautrice della accezione meno restrittiva, secondo cui qualora la legge ha inteso riferirsi a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale, lo ha fatto espressamente, come nei casi previsti dagli artt. 608 cod. pen., 61, n. 11 cod. pen., l'abrogato art. 671 cod. pen., l'art. 600-octies, primo comma, cod. pen., che attualmente sanziona condotte analoghe

e gli artt. 571, 600 e 601 cod. pen. A tutto quanto osservato la Corte aggiunge, infine, che accedendo alla tesi più restrittiva, la prevaricazione esercitata dall'agente sulla persona offesa sarebbe valutabile in sede penale solo se collocabile nell'ambito della minaccia o dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica, restandone esclusa qualora il compimento dell'atto sessuale con soggetto non consenziente avvenga in assenza dei presupposti caratterizzanti le suddette forme di coartazione o induzione. Esclusa la necessità della natura formale e pubblicistica dell'autorità di cui l'agente abusa nel commettere il reato di cui all'art. 609-bis cod. pen., le Sezioni Unite chiariscono che per autorità «privata» deve intendersi anche una autorità "di fatto", poiché ciò che rileva è la coartazione della volontà della vittima e la strumentalizzazione della specifica qualità del soggetto agente, quale ne sia l'origine. Per la configurabilità del reato in esame, conclude infine la Corte, «occorre dunque dimostrare non soltanto l'esistenza di un rapporto di autorità tra autore del reato e vittima diverso dalla mera costrizione fisica e dalle richiamate ipotesi di minaccia ed induzione, ma anche che di tale posizione di supremazia l'agente abbia abusato al fine di costringere la persona offesa a compiere o subire un atto sessuale al quale non avrebbe in altro contesto consentito, dovendosi dunque escludere la possibilità di desumere la costruzione in via meramente presuntiva sulla base della posizione autoritativa del soggetto agente. Quanto in precedenza rilevato consente, infine, di ritenere rilevante, per la configurabilità del reato, la valenza coercitiva dell'abuso di autorità tanto nel caso in cui la posizione di preminenza dell'agente sia venuta meno, permanendo tuttavia una condizione di soggezione psicologica derivante dall'autorità da questi già esercitata, quanto in quello di relazione di dipendenza indiretta tra autore e vittima del reato, quando il primo, abusando della sua autorità, concorre con un terzo che compie l'atto sessuale non voluto dalla persona offesa».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 3, n. 32513 del 19/06/2002, P, Rv. 223101
Sez. 3, n. 2283 del 26/10/2006, dep. 2007, C.
Sez. 3, n. 2119 del 3/12/2008, dep. 2009, M.A., Rv. 242306
Sez. 3, n. 2681 del 11/10/2011, dep. 2012, R., Rv. 251885
Sez. 4, n. 6982 del 19/01/2012, M., Rv. 251955
Sez. 3, n. 47869 del 04/10/2012, M., Rv. 253870
Sez. 3, n. 40848 del 18/07/2012, B.
Sez. 3, n. 36595 del 22/05/2012, T., Rv. 253389
Sez. 3, n. 19419 del 19/4/2012, I, Rv. 252768
Sez. 3, n. 37135 del 10/4/2013, G., Rv. 256849
Sez. 3, n. 36704 del 27/3/2014, A., Rv. 260172
Sez. 3, n. 49990 del 30/4/2014, G., Rv., 261594
Sez. 3, n. 16107 del 24/03/2015, M., Rv. 263333
Sez. 3, n. 33042 del 8/3/2016, P.G. in proc. F., Rv. 267453
Sez. 3, n. 33049 del 17/5/2016, B., Rv. 267402
Sez. U. n. 27326 del 16/07/2020, C., Rv. 27952001

CAPITOLO III

L'ATTENUANTE DEL CONSEGUIMENTO DI UN LUCRO DI SPECIALE TENUITÀ E IL REATO DI CESSIONE DI SOSTANZE STUPEFACENTI

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. -3. Le Sezioni Unite n. 24990 del 30 gennaio 2020.

1. Premessa.

Nell'anno 2020 le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione di diritto: «Se la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. sia applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti, e, in caso affermativo, se sia compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990».

2. La Giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

Con ordinanza n. 42731 del 10/10/2019, la Quarta sezione della Corte di cassazione, rilevando l'esistenza di un contrasto interpretativo in merito alla applicabilità della circostanza attenuante del conseguimento del lucro di speciale tenuità, di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. al reato di cessione di sostanze stupefacenti, e sulla compatibilità di detta attenuante con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990, ha rimesso la trattazione alle Sezioni Unite.

Per un primo orientamento, la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. non sarebbe applicabile ai reati in tema di stupefacenti, né, tantomeno, sarebbe compatibile con l'ipotesi di spaccio di cui al quinto comma dell'art. 73 del relativo testo unico.

Nelle pronunce che aderiscono a tale orientamento, l'incompatibilità viene sostenuta in base a due argomentazioni.

Da un lato, sulla premessa che a seguito della riforma operata dalla legge 7 febbraio 1990 n. 19, per la configurabilità dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. devono concorrere i due elementi dell'aver agito per conseguire, o l'aver comunque conseguito, un lucro di speciale tenuità e dell'essere l'evento dannoso o pericoloso di speciale tenuità, si sostiene che nei reati in materia di stupefacenti, l'evento non potrebbe essere in alcun caso qualificato in termini di "speciale

tenuità", atteso che le condotte contemplate e sanzionate dal Testo Unico sugli stupefacenti sono lesive dei valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, alla salvaguardia del sociale, alla sicurezza dell'ordine pubblico, di fronte ai quali resterebbe del tutto irrilevante la ridotta valenza del lucro conseguito.

Dall'altro, si ritiene che al ricorrere dei due elementi sopra indicati, si verificherebbe sempre una coincidenza con i presupposti fattuali che condizionano il riconoscimento della fattispecie di "lieve entità" di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990, che induce ad escludere la loro compatibilità, poiché, diversamente ragionando, la sovrapposizione determinerebbe una duplice valutazione degli stessi fatti con una indebita duplicazione dei benefici sanzionatori.

Sono espressione di tale orientamento le decisioni: Sez. 3, n. 46447 del 10/10/2017, Mor, Rv. 272078; Sez. 1, n. 36408 del 26/06/2013, Lassad, Rv. 255958; Sez. 6, n. 23821 del 27/02/2013, Orlandi, Rv. 255663; Sez. 6, n. 41758 del 13/10/2009, Ntkaazouzt, Rv. 245019; Sez. 6, n. 7830 del 30/03/1999, Chanovi, Rv. 214733; ed anche Sez. 3, n. 18013 del 5.2.2019, Loussaief, Rv. 275950, nella quale si è affermato che ai fini della configurabilità della circostanza attenuante prevista dall'art. 62, comma 1, n. 4, cod. pen., non si deve avere riguardo solo al valore venale del corpo del reato ma anche al pregiudizio complessivo ed al disvalore sociale recati con la condotta dell'imputato in termini effettivi e potenziali.

Per l'orientamento opposto, invece, l'attenuante del lucro di speciale tenuità, a seguito dell'ampliamento della sua latitudine applicativa ad opera della legge n. 19 del 1990, non sarebbe più riferibile ai soli reati contro il patrimonio, ma sarebbe applicabile a tutti i delitti determinati da motivi di lucro, senza limitazione alcuna, e quindi anche a quelli in tema di stupefacenti, purché la speciale tenuità riguardi congiuntamente l'entità del lucro (conseguendo o conseguito) e l'evento dannoso o pericoloso verificatosi.

Tale attenuante, secondo questa prospettiva interpretativa, dovrebbe ritenersi applicabile al reato di cessione di sostanze stupefacenti connotato da un ridotto grado di offensività o disvalore sociale, di cui al quinto comma dell'art. 73 del d.P.R. 309/1990, richiedendo tale previsione, rispetto al "fatto lieve", l'ulteriore elemento specializzante costituito dall'avere l'agente perseguito un lucro di speciale tenuità, ragione per la quale la sua eventuale applicazione non determinerebbe una duplice valutazione dei medesimi elementi ed una indebita duplicazione dei benefici sanzionatori.

In questi termini si pronunciano Sez. 6, n. 11363 del 31/1/2018, in proc. Ben Mohamed, Rv. 272519; Sez. 6, n. 36868, del 23/6/2017, Taboui, Rv. 270671; Sez.

6, n. 20937 del 18/01/2011, Bagoura, Rv. 250028; Sez. 6, n. 5812 del 24/11/2016, Samateh, Rv. 269032; Sez. 4, n. 5031 del 15/01/2019, Caruso, Rv 275265.

Con decreto del 19 novembre 2019 il Presidente Aggiunto della Corte di cassazione ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite affinchè risolvesse in quesito descritto.

3. Le Sezioni Unite n. 24990 del 30 gennaio 2020, Dabo Kabiru.

Le Sezioni Unite nella decisione **Sez. U, n. 24990 del 30/01/2020, Rv. 27949901 e Rv. 27949902**, hanno condiviso la soluzione prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale più recente, secondo il quale la circostanza attenuante del conseguimento di un lucro di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. è applicabile ai reati in materia di stupefacenti in presenza di un evento dannoso o pericoloso connotato anch'esso da speciale tenuità, ed è compatibile con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990.

L'applicabilità dell'attenuante in esame anche ai reati in materia di stupefacenti ad avviso della Suprema Corte si desume da una pluralità di elementi.

In primo luogo si osserva che la novella del 7 febbraio 1990, n. 19, ha aggiunto alla attenuante della speciale tenuità del danno cagionato alla persona offesa solo ai delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio di cui all'art. 62, n. 4 cod. pen., un' ulteriore diminuente al ricorrere della duplice condizione che sia il lucro perseguito od effettivamente conseguito dal reo, sia l'evento dannoso o pericoloso siano caratterizzati da speciale tenuità, che, a differenza di quella preesistente, relativa non contiene alcuna selezione di categorie di reati operata in via astratta in relazione al bene giuridico protetto e senza considerare le specifiche caratteristiche del caso concreto.

In proposito nella relazione illustrativa del disegno di legge dal quale è stato originato il descritto intervento normativo si chiariva che esso rispondeva alla finalità di riformulare, per motivi di equità, l'art. 62, n. 4 cod. pen. in modo simmetrico all'art. 61, n. 7 cod. pen., che già prevedeva l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità non solo per i reati contro il patrimonio, ma anche per quelli determinati da motivi di lucro, e che nel proporre tale allineamento, il Governo segnalava che «peraltro, attribuendosi rilievo ai motivi del reato, non è parso congruo eccepire, come delimitazione oggettiva dell'operatività dell'attenuante, il parametro del danno patrimoniale di speciale tenuità arrecato alla persona offesa, che ne avrebbe contenuto la portata in margini eccessivamente ristretti e generalmente riferibili ai soli delitti che tutelano, esclusivamente o in via cumulativa, il patrimonio», e fosse invece opportuno

«prevedere che il danno (o il pericolo) di speciale tenuità che viene in rilievo non è quello patrimoniale bensì quello criminale», sicché, «così delineata, la diminuente viene a costituire un valido elemento a disposizione del giudice per una più equa correlazione della pena alla effettiva lesività della condotta criminosa».

Con riferimento specifico alla compatibilità dell'attenuante in esame con i reati in materia di stupefacenti la Corte esclude che ogni violazione della disciplina penale degli stupefacenti - cagionando la lesione o la messa in pericolo di beni giuridici di primaria importanza e costituzionalmente protetti, quali la salute della persona e la sicurezza pubblica - comporti necessariamente, per sua natura, un evento dannoso o pericoloso, diretto o mediato, di cui sia impossibile la qualificazione in termini di tenuità è, prim'ancora che affermazione indimostrata, un assunto smentito da plurimi indici normativi.

A tal fine rileva che l'esistenza della fattispecie di cui al quinto comma dell'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, il quale prevede che una condotta punibile ai sensi dello stesso articolo possa connotarsi quale fatto "di lieve entità" dimostra, al contrario - tanto sulla base della pertinente disciplina giuridica che della quotidiana esperienza giudiziaria - che anche per i delitti in materia di stupefacenti è senz'altro configurabile una lesione o messa in pericolo dei beni giuridici protetti caratterizzata da lieve entità.

A tale considerazione la Corte aggiunge, inoltre, che la circostanza che la fattispecie delittuosa di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309 del 1990 rientra nei limiti di applicabilità dell'art. 131-bis cod. pen., indica che il legislatore ha ritenuto la violazione di quel precetto penale suscettibile di produrre un'offesa ai beni giuridici tutelati qualificabile in termini di particolare tenuità, andando essa, in tal caso, esente da pena.

Del resto, si evidenzia, proprio in relazione alla configurabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità dell'offesa le Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266589 hanno chiarito che «non esiste un'offesa tenue o grave in chiave archetipica», ma «è la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore».

Pertanto, non si dà tipologia di reato in cui sia inibita antologicamente l'applicazione dell'istituto di cui al citato art. 131-bis (Sez. U., Tushaj, cit.), ed anzi il legislatore ha espressamente, e significativamente, disposto che tale istituto trova applicazione anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante (art. 131-*bis*, comma 3, cod. pen.).

Il Supremo Consesso fornisce risposta affermativa anche al secondo quesito oggetto di contrasto, relativo alla compatibilità della circostanza attenuante in

esame con l'autonoma fattispecie del fatto di lieve entità prevista dall'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del1990.

Sul punto le Sezioni Unite condividono l'orientamento giurisprudenziale che ammette la compatibilità dell'attenuante del lucro e dell'offesa di speciale tenuità coll'ipotesi delittuosa del fatto di lieve entità - sull'assunto che la trasformazione dell'attenuante speciale originariamente prevista all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 in ipotesi di reato autonomo, come tale dotata di specifica cornice edittale, fa sì che l'attenuante comune in esame sia ormai destinata ad incidere sull'ordinario trattamento punitivo riservato a quelle condotte, sicché in tal caso non si verifica, come paventato dall'opposto indirizzo interpretativo, alcun cumulo di benefici sanzionatori tra loro concorrenti;

L'accoglimento della opposta tesi, preclusiva dell'applicazione dell'attenuante, comporterebbe, invece, ad avviso dei giudici di legittimità, un rigido limite nella modulazione della pena al fatto storico, e comporterebbe che, anche in presenza di un lucro e di un'offesa di speciale tenuità, l'imputato non possa beneficiare di un eventuale - e specificamente motivato - giudizio di bilanciamento con le aggravanti che fossero state contestate in relazione alla fattispecie di cui al citato art. 73, comma 5, determinando un effetto del tutto contrastante con la ratio dell'operata trasformazione normativa, espressamente volta a dare consistenza ai principi costituzionali di proporzionalità e adeguatezza della pena in materia di stupefacenti, conformando il sistema penale di settore alla multiforme varietà delle relative condotte e del loro effettivo disvalore ed emancipando il giudice, in tale ambito, da rigidi meccanismi di determinazione del trattamento sanzionatorio

Quando all'argomento secondo il quale il riconoscimento dell'attenuante del lucro e dell'offesa di speciale tenuità comporti, in caso di condanna per il delitto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/90, la duplice valutazione del medesimo elemento costituisce del resto assunto smentito dalla diversità dei presupposti necessari per l'integrazione del fatto di lieve entità rispetto a quelli conformativi dell'attenuante comune in esame.

Infatti, mentre la valutazione della "lieve entità" del fatto ai sensi dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 è relativa alla condotta - avuto riguardo ai mezzi, alla modalità e alle circostanze dell'azione - e all'oggetto materiale del reato - in relazione alla qualità e quantità delle sostanze -, la verifica della "speciale tenuità" rilevante per il riconoscimento dell'attenuante di cui alla seconda parte dell'art. 62, n. 4 cod. pen. attiene ai motivi a delinquere (lucro perseguito), al profitto (lucro conseguito) e all'evento (dannoso o pericoloso) del reato.

Si tratta quindi, contrariamente all'asserzione posta a fondamento della tesi restrittiva, di valutazioni focalizzate su elementi tra loro antologicamente distinti, ancorché in astratto suscettibili di convergere nell'accertamento del complessivo

disvalore del fatto storico e di diversa natura e diverso grado: la prima, attinente alla "lieve entità del fatto", è unitaria e complessiva, non scandita da un ordine gerarchico degli elementi allo scopo rilevanti, per ciascuno dei quali è possibile un giudizio di parziale o totale compensazione (così, da ultimo, con riferimento alla nuova fattispecie autonoma di reato, Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, Rv. 274076); la seconda, relativa alla "speciale tenuità" del lucro e dell'offesa, indica due temi specifici e parametro di maggiore intensità e pregnanza rispetto a quello rilevante per l'integrazione della fattispecie "lieve".

Sicché, anche sotto questo profilo, trova conferma l'indirizzo interpretativo secondo cui l'attenuante «richiede per la sua applicazione l'esistenza di un elemento ulteriore rispetto alla tenuità dell'offesa (comune alle due norme considerate) e come tale specializzante rispetto al "fatto lieve" di cui all'art. 73, comma 5. Elemento consistente nell'essere il delitto determinato da motivi di lucro e nell'avere l'agente perseguito, o effettivamente conseguito, un lucro di speciale tenuità».

Esclusa l'incompatibilità logica e normativa tra la fattispecie di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 e l'attenuante del lucro/offesa di speciale tenuità, nella parte finale della motivazione, le Sezioni Unite concludono affermando che «il riconoscimento di tale attenuante nel caso concreto resta tuttavia affidato ad una puntuale ed esaustiva verifica, della quale il giudice di merito deve offrire adeguata giustificazione, che dia consistenza sia all'entità del lucro perseguito o effettivamente conseguito dall'agente, che alla gravità dell'evento dannoso o pericoloso prodotto dalla condotta considerata. Dovendosi tale ultimo elemento riferire alla nozione di evento in senso giuridico, esso è infatti idoneo a comprendere qualsiasi offesa penalmente rilevante, purché essa, come concretamente accertata, si riveli di tale particolare modestia da risultare "proporzionata" alla tenuità del vantaggio patrimoniale che l'autore del fatto si proponeva di conseguire o ha in effetti conseguito».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 6, n. 7830 del 30/03/1999, Chanovi, Rv. 214733
Sez. 6, n. 41758 del 13/10/2009, Ntkaazouzt, Rv. 245019
Sez. 6, n. 20937 del 18/01/2011, Bagoura, Rv. 250028
Sez. 1, n. 36408 del 26/06/2013, Lassad, Rv. 255958
Sez. 6, n. 23821 del 27/02/2013, Orlandi, Rv. 255663
Sez. 6, n. 5812 del 24/11/2016, Samateh, Rv. 269032
Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266589
Sez. 3, n. 46447 del 10/10/2017, Mor, Rv. 272078
Sez. 6, n. 36868, del 23/6/2017, Taboui, Rv. 270671
Sez. 6, n. 11363 del 31/1/2018, Mohamed, Rv. 272519
Sez. U, n. 51063 del 27/09/2018, Murolo, Rv. 274076
Sez. 3, n. 18013 del 5/2/2019, Loussaief, Rv. 275950
Sez. 4, n. 5031 del 15/01/2019, Caruso, Rv 275265
Sez. U. n. 24990 del 30/01/2020, Rv. 27949901 e Rv. 27949902

SEZIONE IV

LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

CAPITOLO I

COLTIVAZIONE DI PIANTE DA STUPEFACENTI E PRINCIPIO DI OFFENSIVITA'

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. L' ordinanza di rimessione (Sez. 3, n. 35346, 11/06/2019) - 2. Le Sezioni Unite "Di Salvia": i termini della questione - 3. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione -3.1 Il primo indirizzo: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo. - 3.2 Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni - 3.3 L'ulteriore indirizzo: l'incremento della provvista di stupefacente e l'idoneità ad alimentare il mercato. - 4. La soluzione delle Sezioni Unite "Caruso".

1. L' ordinanza di rimessione (Sez. 3, n. 35346, 11/06/2019).

Con sentenza n. 12348, resa all'udienza del 19 dicembre 2019 (dep. il 16 aprile 2020), ric. Caruso, le Sezioni Unite hanno affermato i principi di diritto massimati dall'Ufficio nei seguenti termini:

- "Non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all'uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto." (Rv. 278624 - 01);

- "Il reato di coltivazione di stupefacenti è configurabile indipendentemente dalla quantità di principio attivo estraibile nell'immediatezza, essendo sufficienti la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre sostanza ad effetto stupefacente." (Rv. 278624 - 02).

La pronuncia trae impulso dall'ordinanza dell'11 giugno 2019, con cui la terza Sezione, registrando contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità, aveva posto il seguente quesito:

"Se, ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, è sufficiente che la pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo, non rilevando la quantità di principio attivo ricavabile

nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato."

La questione attiene al tema della offensività del reato di coltivazione non autorizzata di stupefacenti, ritenendo la Sezione rimettente che dovesse dirimersi l'alternativa tra una opzione secondo la quale, posta la conformità delle piante al tipo botanico vietato, sarebbe stato sufficiente accertare, anche in relazione al grado di maturazione ed alle caratteristiche della coltivazione, la mera attitudine della stessa a produrre sostanza stupefacente o psicotropa per il consumo (e ciò in vista dell'obiettivo di scongiurare il rischio di diffusione futura della detta sostanza), ed altra, per cui la verifica dell'offensività avrebbe richiesto l'ulteriore accertamento sulla idoneità delle colture a ledere la salute, intesa come bene collettivo, mediante l'implementazione della provvista di droghe, suscettiva di alimentare il mercato.

2. Le Sezioni Unite "Di Salvia": i termini della questione.

Le diverse prospettazioni trovano premessa nella pronuncia delle Sez. U. n. 28605 del 24/04/2008, Di Salvia, di cui - per i profili che riguardano la definizione della condotta tipica di coltivazione - la pronuncia odierna rovescia l'assetto ricostruttivo.

Con essa furono definite due essenziali coordinate ermeneutiche nel 2008, così riportate nelle massime:

"Costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale (Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996)." (Rv. 239920) "Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile. (Conf., Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996)" (Rv. 239921).

In sostanza, tale arresto da un lato escluse che la coltivazione potesse essere sottratta all'area della repressione penale, quale che sia la finalità di impiego del prodotto; dall'altro, pose l'accento sulla necessità di apprezzare, ai fini della punibilità, l'offensività in concreto della condotta, da intendersi quale idoneità delle piantumazioni a produrre un "effetto drogante rilevabile".

Il percorso motivazionale della decisione si fonda:

- su un argomento testuale, atteso che, anche dopo le modifiche introdotte dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, l'attività di coltivazione non risulta essere richiamata dall'art. 73, comma 1-bis del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, né tra quelle sanzionate solo in ambito amministrativo dal successivo art. 75, comma 1; così come non trova riscontro nel dato normativo la distinzione tra coltivazione "tecnico-agraria" e coltivazione "domestica", da taluni sostenuta per affermare che quest'ultima sia piuttosto assimilabile alla nozione di detenzione, la quale è penalmente irrilevante se finalizzata all'autoconsumo;

- su un argomento di carattere naturalistico, posto che coltivazione e detenzione si distinguono sul piano ontologico, nonché per essere la prima, quand'anche intrapresa con l'intento di soddisfare esigenze di consumo minime, suscettibile di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti. Di qui la deduzione, sul piano giuridico, della intrinseca maggiore pericolosità della coltivazione, che la Consulta aveva già evidenziato (sentenze n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996), affermando, per un verso, che tra coltivazione e consumo personale - a differenza che tra detenzione e consumo personale - difetta una relazione di immediatezza, così che restano puramente congetturali le valutazioni in merito alla destinazione della droga ad uso personale esclusivo del coltivatore, piuttosto che alla cessione a terzi; per altro verso che, non essendo stimabile a priori, con sufficiente grado di precisione, la potenzialità produttiva di una piantagione, essa ha in sé il rischio di incrementare il fenomeno degenerativo ed antisociale delle tossicomanie.

La scelta legislativa di anticipare la tutela penale, coerente con questa potenzialità diffusiva della coltivazione, deve tuttavia trovare temperamento - secondo quanto affermato dalla Consulta con riferimento a tutti i reati di pericolo presunto - in una lettura costituzionalmente orientata.

Nel dettaglio, le Sezioni Unite dell'epoca aderirono alla linea ricostruttiva - poi seguita anche dalle Sezioni Unite Caruso - per cui il principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*) ha una duplice valenza, operando: a) sul piano astratto della previsione normativa, in quanto precetto rivolto al legislatore, tenuto a strutturare fattispecie di reato che esprimano un contenuto di offesa, anche consistente nella mera esposizione a pericolo, di un bene-interesse tutelato; b) sul piano concreto dell'applicazione giurisprudenziale, come criterio interpretativo affidato al giudice, il quale, nella verifica della riconducibilità del fatto al paradigma punitivo, dovrà evitare che vi ricadano comportamenti privi di qualsiasi attitudine lesiva (offensività "in concreto"). (Corte Cost. n. 265 del 2005 e, in senso conforme, nn. 360 del 1995, n. 263 del 2000, n. 519 del 2000, n. 354 del 2002; da ultimo n. 109 del 2016).

In particolare, la condotta di coltivazione fu ritenuta dalla Corte inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico, quando la sostanza estraibile non fosse idonea a produrre un "effetto stupefacente in concreto rilevabile" (*id est.* ad alterare l'attività neuropsichica del consumatore), essendo invece irrilevante, al riguardo, il grado di offesa.

Chiaro che, spostato il *focus* sulla dimensione dell'offensività, andasse perimetrata l'oggettività giuridica della fattispecie incriminatrice, con l'individuazione dei beni-interessi che essa presidia: beni che la Corte riconobbe nella salute collettiva, ma anche nei valori della sicurezza, dell'ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni, rispetto ai quali l'implementazione della provvista di droga costituisce, comunque, una causa di turbativa (in continuità con quanto già affermato da Sez. U., n. 9973 del 21/9/1998, Kremi, Rv. 211073).

3. Gli indirizzi giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione.

3.1 Il primo indirizzo: l'idoneità della coltivazione a produrre sostanza per il consumo.

La coeva Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, Nicoletti, Rv. 242371, identificò l'offensività dell'illecito di coltivazione nella capacità della sostanza di determinare un effetto drogante, ossia di produrre alterazioni di natura psicofisica nell'assuntore, precisando tuttavia che tale idoneità dovesse essere "attuale" all'atto dell'accertamento (Sez. 4. n. 4324 del 27/10/2015, Mele, Rv. 265976), non potendo desumersi, sulla base di un giudizio di tipo prognostico, dalle caratteristiche delle colture e dalla loro presumibile resa. La pronuncia prospettò, altresì, una ricostruzione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice più riduttivo rispetto alla sentenza Di Salvia, individuandolo nella salute (dei consumatori attuali e potenziali), con fondamento negli artt. 2 e 32 Cost., in dissonanza dalla più risalente sentenza Kremi - e quindi della stessa sentenza Di Salvia, che ne aveva recepito l'impianto - sull'assunto che, affiancando alla salute altri beni-interessi strumentali alla sua tutela e proiettando l'attitudine offensiva della condotta su tali interessi cd. serventi, capaci di apprestare una tutela mediata al bene costituzionalmente protetto, quali la lotta al mercato della droga o la tutela degli adolescenti, o su valori, quali la sicurezza e l'ordine pubblico, scolora il senso stesso dell'offensività.

Nella stessa linea di pensiero si è posta, più di recente, Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015, Marongiu, Rv. 265640; per la quale, se il pericolo per la salute degli assuntori è essenzialmente collegato a condotte seriali con effetti cumulativi, e

ciò giustifica la previsione di un reato di pericolo presunto, nondimeno resta ineludibile la verifica della quantità di principio attivo ritraibile nell'immediato, che deve resistere al canone dell' "al di là di ogni ragionevole dubbio".

3.2 Le sentenze relative al ciclo di maturazione delle piantumazioni.

La giurisprudenza dell'ultimo quinquennio si è polarizzata, dunque, quanto all'accertamento dell'offensività, intorno a due distinti indirizzi interpretativi, pur gemmati dal comune presupposto che la pianta da cui siano estraibili sostanze stupefacenti risulti conforme al tipo botanico vietato.

Secondo il primo degli orientamenti richiamati nell'ordinanza di remissione, la verifica va 'slegata' dal momento della scoperta delle colture da parte dalla polizia giudiziaria.

Le sentenze che ne sono espressione si fondano sul presupposto logico-argomentativo che il "coltivare" sia attività che si riferisce all'intero ciclo evolutivo dell'organismo biologico e che l'offensività della coltivazione in corso non possa ritenersi esclusa dal mancato compimento del processo di maturazione dei vegetali, a condizione che quanto è in essere sia prevedibilmente in grado di rendere, all'esito di un fisiologico processo di sviluppo, quantità significative di prodotto dotato di effetti droganti; sicchè, quel che va valutato, ai detti fini, sono le modalità della coltivazione e, specialmente, l'assenza di fattori ostativi al completamento di tale processo (Sez. 6, n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974; Sez. 4, n. 53337 del 23/11/2016, Trabanelli, Rv. 268695; Sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi, Rv. 268938 - 01; Sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini, Rv. 270544; Sez. 6, n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266513; Sez. 4, n. 27213 del 21/05/2019, Bongi, Rv. 275877). Il momento dell'accertamento, dunque, non può che essere ininfluente rispetto alla verifica dell'offensività (in tal senso già Sez. 3, n. 21120 del 31/01/2013, Colamartino, Rv. 255427).

3.3 L'ulteriore indirizzo: l'incremento della provvista di stupefacente e l'idoneità ad alimentare il mercato.

Altro indirizzo declina invece il concetto di offensività in termini più rigorosi, restringendo sensibilmente l'area applicativa dell'illecito penale.

Comune matrice delle decisioni ascrivibili a questo ambito è che non sia sufficiente considerare il solo quantitativo di principio attivo, dovendosi altresì valutare se dalla coltivazione, così come strutturata, possa derivare o meno una produzione che valga ad incrementare il mercato; sicchè le produzioni definite trascurabili, sebbene produttive di principio attivo, dovrebbero refluire nella categoria del reato impossibile, ex art. 49 cod. pen. (Sez. 3, n. 23082 del

09/05/2013, De Vita, Rv. 256174; Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170; Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168; Sez. 4, n. 3787 del 19/01/2016, Festi, Rv. 265740; Sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017).

In questo scenario, il principio di offensività, quale canone anzitutto rivolto al legislatore, in funzione selettiva di ciò che è meritevole di tutela penale e di ciò che non lo è, costituisce un principio di grande interesse, anche dogmatico; interesse rilanciato dal continuo incremento delle fattispecie incriminatrici.

Come già chiarito dall'elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale, si tratta di un principio che, sebbene non espressamente codificato, è radicato nel tessuto connettivo degli artt. 25, 13, e 27 Cost.:

- nell'art. 25, comma 2, il quale richiama il "fatto commesso", sintagma evocativo non di una condotta meramente disobbediente rispetto ad un precetto dato, ma di un evento offensivo;

- nell'art. 13 Cost., il quale, nell'affermare l'inviolabilità della libertà personale, ne consente la privazione soltanto in relazione a condotte connotate da apprezzabile offesa a beni di rango costituzionale;

- negli artt. 25, comma 3, e 27 Cost. i quali, da un lato, nel definire un sistema a doppio binario basato sull'alternativa pene/misure di sicurezza, presuppongono, quanto alle prime, un'offesa al bene giuridico protetto, la cui mancanza finirebbe col trasformarle in misure anch'esse di tipo preventivo, con indebite interferenze di piani; dall'altro postulano, a preservare la finalità rieducativa della pena stessa, l'esistenza di un fatto che presenti un nucleo di offesa.

Nel codice penale, il principio, che integra quello di materialità del fatto, pare invece recepito dall'art. 49, il quale, piuttosto che rappresentare una pleonastica ripetizione del successivo art. 56, che esprime "in negativo" i requisiti richiesti per la punibilità del tentativo, costituisce un cardine ermenutico, proiezione della concezione cd. "realistica" del reato.

Postulato di tale concezione è che possa esservi uno scarto tra tipicità ed offensività, nel senso che fatti apparentemente conformi al tipo possono essere inidonei a ledere l'oggetto della tutela (benchè, ad evitare frizioni tra principio di offensività e principio di riserva di legge, il ricorso alla categoria del reato impossibile debba essere tendenzialmente circoscritto a casi-limite).

Ad un'area concettuale affine si ascrive la teoria che guarda alla *ratio* dell'incriminazione. Anche questo indirizzo sottrae all'area della punibilità i c.d. fatti inoffensivi, ma aderenti al tipo: casi in cui la sfasatura tra tipicità ed offesa non è conseguenza di un'imperfetta formulazione tecnico-legislativa della fattispecie, bensì della tensione tra astrattezza normativa e concretezza fattuale.

Base normativa dell'interpretazione secondo la *ratio*, o teleologica, della fattispecie incriminatrice, incentrata sugli obiettivi di tutela perseguiti, è l'art. 12 delle preleggi, che impone di tener conto dell'*intentio legis*.

4. La soluzione delle Sezioni Unite "Caruso".

La sentenza Caruso si snoda su questo sostrato concettuale e, rilevando che il quesito sottoposto dalla Sezione rimettente era inteso a sollecitare la definizione di paradigmi ricostruttivi da valere specialmente in relazione alla coltivazione "domestica", ossia di entità modesta, risolve i diversi nuclei problematici inerenti al tema.

Posta la premessa di metodo che debbano tenersi distinti i piani della tipicità e dell'offensività (dovendo poi tenersi conto, nell'ambito di quest'ultima categoria, dell'ulteriore partizione tra offensività in astratto ed offensività in concreto), le Sezioni Unite recuperano la direttrice tracciata dalla Corte costituzionale (sentenza n. 360 del 1995) e ridefiniscono la nozione giuridica di coltivazione.

Ai fini detti, rieditano la dicotomia tra "coltivazione tecnico-agraria" e "coltivazione domestica".

In consapevole dissonanza con la sentenza Di Salvia, che aveva negato tale alterità, rinvengono nella normativa vigente elementi significativi di una nozione di coltivazione, nell'accezione di pratica tecnico-agraria di dimensioni apprezzabili, a connotazione commerciale; si tratta dei riferimenti contenuti nell'art. 27 del d.P.R. n. 309 del 1990 alle "particelle catastali" e alla "superficie del terreno sulla quale sarà effettuata la coltivazione", nonché, nei successivi artt. 28, 29 e 30, alle modalità di vigilanza, raccolta e produzione delle "coltivazioni autorizzate" ed alle eccedenze di produzione "sulle quantità consentite". Parimenti, le Sezioni Unite ritengono di non poter condividere l'assunto della sentenza Di Salvia per cui l'attività di coltivazione sarebbe sempre penalmente rilevante, in quanto suscettibile - a differenza della detenzione - di creare nuove e non predeterminabili disponibilità di stupefacenti.

Al contrario, tanto non può dirsi per le coltivazioni di dimensioni minime destinate all'autoconsumo. Per conseguire risultati interpretativi dotati di sufficiente certezza, è tuttavia necessario che il nesso di immediatezza tra coltivazione e destinazione ad esclusivo uso personale del coltivatore sia oggettivo ed ancorato ad indici sintomatici - necessariamente tutti compresenti - quali, oltre al minimo elemento dimensionale della coltivazione, che deve comprendere uno scarso numero di piante, dalle quali siano ricavabili modestissime quantità di sostanza, lo svolgersi dell'attività in forma domestica e

non industriale, ma anche le rudimentali tecniche utilizzate. Devono inoltre mancare indici significativi di inserimento dell'attività nel circuito del mercato illegale.

Dunque, non si tratta di assimilare la coltivazione domestica alla detenzione e al regime giuridico di quest'ultima, ma di comprendere che un'attività colturale, così caratterizzata, non rientra nel concetto legale di coltivazione.

Quanto al riferimento alla sicurezza e all'ordine pubblico - evocati nelle sentenze Kremi e Di Salvia quali oggetto della tutela - lo stesso appare alle Sezioni Unite odierne superfluo, trattandosi di valori declinabili in termini del tutto generici con riguardo alla condotta di coltivazione. Ed ancora, risulta priva di autonomia semantica la locuzione "salvaguardia delle giovani generazioni" che, a scongiurare impropri sconfinamenti nel terreno dell'etica, non può che essere riferita alla salute dei più giovani.

Il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice va, dunque, circoscritto alla salute, individuale e collettiva, che trova un solido ancoraggio costituzionale nell'art. 32; e proprio la pregnanza di tale valore, qualificato nella Carta costituzionale come diritto soggettivo, rende legittimo il ricorso allo schema del reato di pericolo presunto, sia pure con il necessario temperamento di una puntuale verifica dell'offensività in concreto delle condotte. Risolvendo le disarmonie tra gli orientamenti sin qui richiamati, la Corte ritiene che la suddetta verifica vada diversificata, a seconda del grado di sviluppo che la coltivazione presenta al momento dell'accertamento della sua esistenza.

Stante l'ampiezza della dizione legislativa di coltivazione, riferibile all'intero ciclo di vita dei vegetali - dalla semina al raccolto - dovrà prescindersi dal quantitativo di principio attivo estraibile nell'immediatezza, essendo necessario compiere, qualora il processo di maturazione non sia esaurito, un giudizio di tipo predittivo, e valutare se le caratteristiche delle colture ne lascino prefigurare il positivo sviluppo.

Schematizzando, ciò significa che potranno rilevare, al fine di escludere la punibilità: a) un'attuale inadeguata modalità di coltivazione, da cui possa evincersi che la pianta, una volta matura, non sarà in grado di realizzare sostanza drogante; b) un risultato finale della coltivazione non conforme al tipo botanico, ovvero contenente un titolo di principio attivo troppo povero per la destinazione all'uso come droga.

La soluzione offerta ripristina l'autonomia concettuale tra coltivazione e detenzione e soddisfa l'esigenza logica, ancor prima che di politica criminale, di evitare che la punibilità del reato dipenda dal dato, puramente contingente, rappresentato dal momento in cui l'accertamento interviene (il che potrebbe condurre a negare la rilevanza penale di coltivazioni industriali, anche di larghe

dimensioni e potenzialmente molto produttive, per il solo fatto che ne sia stata disvelata l'esistenza in uno stadio arretrato di sviluppo). *A contrariis*, viene disattesa l'impostazione per la quale, intanto la condotta potrebbe ritenersi offensiva, in quanto il principio attivo ritraibile dalla coltivazione sia quantitativamente idoneo ad implementare la droga circolante nel mercato, ovvero in un segmento locale di esso, atteso che un mercato clandestino non potrebbe offrire dati certi e verificabili, sicchè il parametro per l'accertamento della lesività risulterebbe connotato da non minore vaghezza, con aumento del tasso di imprevedibilità delle decisioni giudiziarie. Si è evidenziato, infine, come l'operata sistemazione sia in armonia con la Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/757/GAI (riguardante la fissazione di norme minime in tema di repressione penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti), la quale se, per un verso, esclude dalla propria sfera applicativa le condotte (coltivazione compresa) proiettate verso il consumo personale (art. 2, paragrafo 2), per altro verso, pone agli Stati membri il vincolo a punire le condotte di coltivazione e di distribuzione di precursori anche se non si sia ancora prodotta sostanza di qualità adeguata, così anticipandosi la punizione ad uno stadio iniziale dell'attività (argomenta ex art. 3). Da ultimo, la valorizzazione di un concetto giuridico di coltivazione, diverso da quello naturalistico, permette una soddisfacente graduazione della risposta punitiva anche in materia di detenzione. Se, difatti, il regime di sanzioni amministrative di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 309 del 1990 troverà applicazione in presenza di detenzione di sostanza stupefacente esclusivamente destinata al consumo personale, (anche se) ottenuta attraverso una coltivazione domestica penalmente lecita, la detenzione di quanto prodotto da una coltivazione penalmente rilevante resterà assorbita nella coltivazione, essendo qualificabile come *post factum non punibile*, siccome ordinario e coerente sviluppo di tale condotta. In tali casi, alla coltivazione penalmente illecita restano tuttavia applicabili la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., e, in via gradata, l'ipotesi di reato tenue di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, qualora sussistano i rispettivi presupposti applicativi.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. U., n. 9973 del 21/9/1998, Kremi, Rv. 211073
Sez. U n. 47472 del 29/11/2007, Di Rocco, Rv. 237856
Sez. U., n. 28605 del 24/04/2008, Rv. 239920 - Rv. 239921
Sez. 4, n. 1222 del 28/10/2008, Nicoletti, Rv. 242371
Sez. 4, n. 25674 del 17/02/2011, Marino, Rv. 250721
Sez. U. n. 47604 del 18/10/2012, Bargelli, Rv. 253552
Sez. 3, n. 21120 del 31/01/2013, Colamartino, Rv. 255427
Sez. 6, n. 22459 del 15/03/2013, Cangemi, Rv. 255732
Sez. 4, n. 43184 del 29/10/2013, Carioti, Rv. 258095
Sez. 6, n. 6753 del 09/01/2014, M., Rv. 258998
Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014, Piredda, Rv. 260170
Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015, Marongiu, Rv. 265640
Sez. 4, n. 44136 del 27/10/2015, Cinus, Rv. 264910
Sez. 4, n. 4324 del 27/10/2015, Mele, Rv. 265976
Sez. 6, n. 5254 del 10/11/2015, Pezzato, Rv. 265641
Sez. 4, n. 3787 del 19/01/2016, Festi, Rv. 265740
Sez. 6, n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266513
Sez. 6, n. 8058 del 17/02/2016, Pasta, Rv. 266168
Sez. 6, n. 25057 del 10/05/2016, Iaffaldano, Rv. 266974
Sez. 3, n. 36037 del 22/02/2017, Compagnini, Rv. 271805
Sez. 3, n. 23881 del 23/02/2016, Damioli, Rv. 267382
Sez. 6, n. 52547 del 22/11/2016, Losi, Rv. 268938
Sez. 53337 del 23/11/2016, Trabanelli, Rv. 268695
Sez. 6, n. 35654 del 28/04/2017, Nerini, Rv. 270544
Sez. 4, n. 30238 del 10/05/2017, Tontini, Rv. 270191
Sez. 4, n. 1766 del 16/10/2018, Rv. 275071
Sez. 4, n. 27213 del 21/05/2019, Bongi, Rv. 275877
Sez. U., n. 30475 del 30/05/2019, Castignani, Rv. 275956
Sez. 3, n. 35436 del 11/06/2019, Caruso

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI CIRCOLAZIONE STRADALE

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro. -2. Il termine per far valere, nel giudizio di opposizione a decreto penale di condanna, la nullità derivante dall'omesso avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nell'esame alcolemico.

1. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro

In tema di guida in stato di ebbrezza nell'anno in rassegna si è andato consolidando un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità che - sulla scia dell'insegnamento offerto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2015 in tema di autovelox, e dell'applicazione operatane dalla Corte di cassazione civile, nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa per guida in stato di ebbrezza, in tema di onere della prova dell'omologazione e delle verifiche periodiche dell'etilometro - ha mutato il precedente orientamento in base al quale, a fronte dell'esito positivo dell'alcoltest, l'onere di provare il malfunzionamento dell'apparecchio veniva ritenuto essere carico dell'imputato.

Secondo il tradizionale orientamento, in via di superamento, infatti, ai fini dell'affermazione di responsabilità per il reato di guida in stato di ebbrezza, l'esito positivo dell'alcoltest è idoneo a costituire prova dello stato di ebbrezza, gravando sull'imputato l'onere di fornire eventualmente la prova contraria a tale accertamento, dimostrando vizi od errori di strumentazione o di metodo nell'esecuzione dell'aspirazione, non essendo sufficiente la mera allegazione della sussistenza di difetti o della mancata omologazione dell'apparecchio (Sez. 4, n. 17463 del 24/03/2011, Neri, Rv. 250324; Sez. 4, n. 42084 del 04/10/2011, Salamone, Rv. 251117; Sez. 4, n. 28887 del 11/06/2019, Cardinali, Rv. 276570).

Era stato, altresì chiarito che l'art. 379 Reg. esec. cod. strada si limita ad indicare le verifiche alle quali gli etilometri devono essere sottoposti per poter essere adoperati ed omologati, ma non prevede alcun divieto la cui violazione determini l'inutilizzabilità delle prove acquisite (Sez. 4, n. 17463 del 24/03/2011, Neri, Rv. 250324; Sez. 4, n. 23526 del 14/05/2008, Bennardo, Rv. 240846).

Secondo il diverso orientamento, registratosi nella giurisprudenza della Corte a partire dal 2019, e da allora andatosi progressivamente consolidando, ai fini della prova dello stato di ebbrezza, allorquando l'alcoltest risulti positivo, costituisce onere del pubblico ministero fornire la prova del regolare funzionamento dell'etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione

a revisione; tuttavia il pubblico ministero è onerato di tale prova soltanto nel caso di contestazione da parte dell'imputato del buon funzionamento dell'apparecchio.

Tale orientamento (anticipato da Sez. 4, n. 17494 del 29/03/2019, Scalera, e Sez. 4, n. 25132 del 21/02/2019, Picardi, entrambe non massimate e pronunciate in fattispecie in cui il pubblico ministero aveva dato la prova dell'omologazione e della revisione periodica dell'apparecchio di misurazione) è stato inaugurato da Sez. 4, n. 38618 del 06/06/2019, Bertossi, Rv. 277189, così massimata: «*In tema di guida in stato di ebbrezza, allorquando l'alcoltest risulti positivo costituisce onere del pubblico ministero fornire la prova del regolare funzionamento dell'etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione a revisione*».

Tale pronuncia prende le mosse dalla sentenza n. 113 del 2015 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 45, comma 6, d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nella parte in cui non prevedeva che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (c.d. autovelox) fossero sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura.

Viene evidenziato che il giudice delle leggi ha ritenuto la citata disposizione in contrasto col principio di razionalità, intesa sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza, essendo evidente che qualsiasi strumento di misura è soggetto a variazioni delle sue caratteristiche e quindi a variazioni dei valori misurati dovute ad invecchiamento delle proprie componenti e ad altri eventi; sia nel senso di razionalità formale o coerenza interna della norma, in ragione del fatto che l'uso di tali apparecchiature è strettamente collegato al valore probatorio delle loro risultanze nei procedimenti sanzionatori inerenti alle trasgressioni dei limiti di velocità.

Secondo la Consulta l'affidabilità dell'omologazione e la taratura di detti apparecchi, e il consequenziale obbligo per gli agenti preposti all'accertamento di attestare appositamente che le relative attività preventive siano state regolarmente compiute, giustifica, in considerazione delle esigenze di tutela della sicurezza stradale, che le risultanze degli stessi costituiscano fonte di prova della violazione, senza che l'inerente onere probatorio (pressoché diabolico) di dimostrare il cattivo funzionamento dell'apparecchiatura possa gravare sull'automobilista, dando luogo ad una presunzione (quasi assoluta) in danno dello stesso.

La Corte, nella citata sentenza "Bertossi", prende, quindi, in esame l'applicazione, operata dalla Corte di cassazione civile, dei principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di autovelox al caso dell'etilometro, affermando che « *In tema di violazione al codice della strada, il verbale dell'accertamento effettuato mediante etilometro deve contenere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'attestazione della verifica che l'apparecchio da adoperare per l'esecuzione del cd. "alcooltest" è*

stato preventivamente sottoposto alla prescritta ed aggiornata omologazione ed alla indispensabile corretta calibratura; l'onere della prova del completo espletamento di tali attività strumentali grava, nel giudizio di opposizione, sulla P.A. poiché concerne il fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria» (Sez. 6, ord. n. 1921 del 24/01/2019, Rv. 652384).

Quindi, sulla scia dell'insegnamento della Corte costituzionale, per come recepito dalla giurisprudenza civile, la Corte, nella sentenza "Bertossi", ritiene di modificare il tradizionale orientamento fino ad allora seguito, e afferma che, in tema di guida in stato ebbrezza, allorquando l'alcoltest risulti positivo, grava sulla pubblica accusa l'onere della prova del regolare funzionamento dell'etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione a revisione, mentre l'onere della prova dell'imputato di dimostrare il contrario può sorgere solo in conseguenza del reale ed effettivo accertamento da parte del pubblico ministero del regolare funzionamento e dell'espletamento delle dovute verifiche dell'etilometro.

A conforto del mutamento di indirizzo la Corte stigmatizza la difficoltà della prova, di cui fino ad allora era stato onerato l'imputato, del malfunzionamento dell'etilometro, anche in considerazione della disponibilità dell'apparecchio in capo alla pubblica amministrazione, nonché l'irragionevole distonia tra i settori civile, amministrativo e penale, ove l'onere della prova del funzionamento dell'etilometro fosse diversamente distribuito, e, inoltre, l'irrazionalità che ne conseguirebbe, potendo una medesima fattispecie costituire solo illecito penale e non illecito amministrativo, in contrasto col principio di sussidiarietà del diritto penale.

Il nuovo principio affermato viene, inoltre, ritenuto conforme a quello di carattere generale secondo cui l'accusa deve provare i fatti costitutivi del fatto reato, mentre spetta all'imputato dimostrare quelli estintivi o modificativi di una determinata situazione, rilevanti per il diritto.

Il tema è stato, successivamente, sviluppato da **Sez. 4, 12/12/2019 - dep. 2020-, n. 3201, Santini, Rv.278032** che - tramite un più approfondito esame della giurisprudenza civile in tema di opposizione alla sanzione amministrativa per guida in stato di ebbrezza - ha introdotto la distinzione, nota al sistema processuale civile, tra onere della prova e onere di allegazione, richiamando il principio per cui nel processo civile l'onere della prova dei fatti costitutivi della pretesa azionata opera in caso di contestazione degli stessi ad opera della controparte.

Chiarito che secondo la giurisprudenza civile, sebbene sia posto a carico dell'amministrazione l'onere di provare i fatti costitutivi della fattispecie produttiva dell'effetto sanzionatorio, «*nondimeno sull'opponente grava necessariamente un (prioritario) onere di allegazione volto a contestare la sussistenza di tali fatti costitutivi*», con la sentenza Santini la Corte ritiene che «*anche nel caso del giudizio penale per guida*

in stato d'ebbrezza ex art. 186*, comma* 2*, Cod. Strada nell'ambito del quale assuma rilievo la misurazione del livello di alcool nel sangue mediante etilometro, all'attribuzione dell'onere della prova in capo all'accusa circa l'omologazione e l'esecuzione delle verifiche periodiche sull'apparecchio utilizzato per l'alcoltest, debba fare riscontro un onere di allegazione da parte del soggetto accusato, avente ad oggetto la contestazione del buon funzionamento dell'apparecchio*».

Si segnala che il precedente orientamento non risulta, invece, superato riguardo all'onere della prova, a carico dell'imputato, di elementi diversi dall'omologazione e dalle verifiche periodiche dell'etilometro, che possono inficiare la validità dei risultati dell'alcoltest, quali l'assunzione di farmaci (**Sez. 4, n. 8165 del 13/02/2020, Calabrò, Rv. 278969**; Sez. 4, n. 15187 del 08/04/2015, Bregoli, Rv. 263154; Sez. 4, n. 45070 del 30/03/2004, Gervasoni, Rv. 230489).

Parimenti non risulta superato il principio, costantemente affermato dalla Corte, secondo cui il mero intervallo temporale intercorrente tra la condotta di guida e il momento dell'accertamento non costituisce elemento sufficiente a privare di valenza dimostrativa l'esito positivo dell'alcooltest (Sez. 4, n. 50973 del 05/07/2017, Denicolò, Rv. 271532; Sez. 4, n. 40722 del 09/09/2015, Chinello, Rv. 264716; Sez. 4, n. 24206 del 04/03/2015, Mongiardo, Rv. 263725; Sez. 4, n. 13999 del 11/03/2014, Pittiani, Rv. 259694; Sez. 4, n. 21991 del 28/11/2012 - dep. 2013-, Ghio, Rv. 256191) sebbene, anche recentemente, la Corte abbia puntualizzato che il decorso di un intervallo temporale di alcune ore tra la condotta di guida incriminata e l'esecuzione del test alcolemico rende necessario, verificare, ai fini della prova dello stato di ebbrezza al momento della guida o della sussunzione del fatto in una delle due ipotesi di cui all'art. 186, comma secondo, lett. b) e c) cod. strada, la presenza di altri elementi indiziari (Sez. 4, n. 47298 del 11/11/2014, Ciminari, Rv. 261573; Sez. 4, n. 42004 del 19/09/2019, Milutinovic Dusan, Rv. 277689).

2. Il termine per far valere, nel giudizio di opposizione a decreto penale di condanna, la nullità derivante dall'omesso avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nell'esame alcolemico.

In tema di guida in stato di ebbrezza, nell'anno in rassegna sembra essersi consolidato, nella giurisprudenza della Corte, il nuovo orientamento secondo cui, nel giudizio di opposizione a decreto penale di condanna, il termine entro cui può essere eccepita la nullità, di ordine generale, derivante dall'omesso avviso, al conducente da sottoporre all'esame alcolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, va individuato nella deliberazione della sentenza di

primo grado, e non nella presentazione dell'atto di opposizione al decreto stesso, come ritenuto da un precedente orientamento della Corte.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, pacifica fino al 2019, il momento entro il quale eccepire la nullità in questione, nel giudizio di opposizione a decreto penale di condanna, era da individuarsi nella presentazione dell'atto di opposizione a decreto penale, in base al combinato disposto di cui agli artt. 178, lett. c), 180 e 182, comma 2, cod. proc. pen.

A sostegno di tale tesi veniva richiamato un passaggio della motivazione di Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015, Bianchi, Rv. 263023, che, pur avendo affermato il principio di diritto per cui «*la nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art.* 114 *disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt.* 180 *e* 182*, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado*», avevano, altresì, affermato che «*l'atto di opposizione al decreto penale … equivale alla sentenza di primo grado, cui si riferisce come termine ultimo l'art.* 180 *cod. proc. pen., richiamato, come detto, dall'art.* 182*, comma* 2*, secondo periodo, cod. proc. pen.*» (Sez. 4, n. 40809 del 04/07/2019, Viotto, Rv. 277622; Sez. 4, n. 58379 del 12/12/2018, Perin, Rv. 274953; Sez. 4, n. 7686 del 16/01/2018, Favaro, Rv. 272465; Sez. 4, n. 22608 del 04/04/2017, Orlandini, Rv. 270161).

Nell'ambito di tale orientamento era stato, altresì, individuato nell'adozione del decreto penale di condanna il momento ultimo per il rilievo d'ufficio della nullità in questione, giustificandosi la discrasia temporale tra il rilievo d'ufficio e l'eccezione di parte in considerazione del contraddittorio eventuale e differito che caratterizza il procedimento per decreto, e trattandosi di discrasia solo apparente, in quanto in entrambi i casi rileva il momento di acquisita conoscenza degli atti (Sez. 4, n. 58379 del 12/12/2018, Perin, Rv. 274953).

A partire dal 2019, tuttavia, tale interpretazione sembra essere stata abbandonata dalla giurisprudenza della Corte che - in base a una lettura più aderente alla lettera dell'art. 180 cod. proc. pen. - ha statuito che, in caso di procedimento per decreto, il momento ultimo, entro il quale la nullità di ordine generale in esame può essere dedotta dalla parte, va individuato nella deliberazione della sentenza di primo grado, e non nella presentazione dell'atto di opposizione al decreto stesso, in quanto le norme sulla nullità sono di stretta interpretazione, e l'art. 180 non contiene alcun riferimento al decreto penale di condanna e al relativo atto di opposizione (Sez. 4, n. 33795 del 17/05/2019, Venditto, Rv. 276675; Sez. 4, n. 52085 del 10/12/2019, Soffiato, Rv. 277511; **Sez. 4, n. 8862 del 19/02/2020, Zanni, Rv. 278676**).

La diversa interpretazione è ampiamente motivata da Sez. 4, n. 33795 del 17/05/2019, Venditto, Rv. 276675 e, dopo il deposito della motivazione di tale sentenza, si sono registrati nella giurisprudenza della Corte solo pronunce ad essa conformi, che, peraltro, si limitano a richiamarne il principio di diritto, senza aggiungere ulteriori argomentazioni a sostegno.

Il precedente, diverso, orientamento, è stato ritenuto frutto di una lettura che ha dato eccessiva importanza (e che ha interpretato in termini ingiustificatamente restrittivi) un passaggio della motivazione della sentenza delle citate Sezioni unite Bianchi, da considerarsi un *obiter dictum*.

Secondo l'interpretazione adottata dal più recente orientamento della Corte - che fa leva sul principio di diritto enunciato dalla medesima pronuncia delle Sezioni unite, secondo cui il termine ultimo entro cui dedurre la nullità in questione, è da individuarsi nella deliberazione della sentenza di primo grado - il passaggio motivazionale finale di tale sentenza delle Sezioni unite si limiterebbe a stabilire, in relazione al caso concreto oggetto di quello specifico procedimento, che la nullità dedotta dal difensore con l'atto di opposizione a decreto penale era stata dedotta tempestivamente, non potendosi da esso dedurre il diverso principio di diritto che l'eccezione di nullità sarebbe stata intempestiva se proposta successivamente all'atto di opposizione ma comunque prima della deliberazione della sentenza d primo grado, essendo del tutto incompatibile e inconciliabile con il principio enunciato nella stessa sentenza in punto di deducibilità della nullità entro la sentenza di primo grado.

A sostegno del nuovo orientamento, viene altresì rilevato:

che la disciplina sulle nullità è costituita da norme di stretta interpretazione: con riferimento ai termini di deducibilità delle nullità, tali norme prevedono delle precise scansioni temporali legate a specifici atti processuali, la cui elencazione deve considerarsi tassativa, e non contiene alcun riferimento al decreto penale di condanna o al relativo atto di opposizione, per cui non vi è spazio per equiparare il decreto penale di condanna o la relativa opposizione con la sentenza di primo grado ai fini della corretta interpretazione dell'art. 180 cod. proc. pen., con riguardo alla tempestività di una eccezione di nullità generale a regime intermedio;

che il codice di rito non prevede termini diversi di deducibilità delle nullità per i processi conseguenti a opposizione a decreto penale, rispetto a quelli ordinariamente derivanti da citazione diretta a giudizio ex artt. 550 ss. cod. proc. pen.;

la profonda diversità di struttura e funzione tra l'opposizione a decreto penale - che costituisce un atto di impugnazione *sui generis*, che dà ingresso al contraddittorio processuale sulla *regiudicanda* per il quale non è richiesta alcuna motivazione in ordine alle ragioni dell'impugnazione, dovendo l'opponente solo

limitarsi ad indicare gli estremi del decreto penale opposto ed eventualmente specificare il rito prescelto - e la deliberazione della sentenza di primo grado che è, invece, l'atto con il quale il giudice definisce il giudizio davanti a sé, decidendo sulla *regiudicanda*;

l'opinabilità dell'equiparazione fra decreto penale (opposto) e sentenza di primo grado (che ha un senso solo per quanto attiene alle specifiche statuizioni decisorie contenute nel decreto penale non opposto e divenuto esecutivo) ai fini dell'individuazione del momento ultimo entro cui dedurre la nullità, propugnata dal precedente orientamento, perché implica che l'eccezione di nullità non potrebbe mai essere formulata dopo l'emissione del decreto penale, e renderebbe, di fatto, impossibile dedurre tempestivamente qualsiasi nullità, posto che nel procedimento per decreto l'imputato è reso edotto della condanna solo a seguito della notifica del decreto.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 45070 del 30/03/2004, Gervasoni, Rv. 230489
Sez. 4, n. 23526 del 14/05/2008, Bennardo, Rv. 240846
Sez. 4, n. 17463 del 24/03/2011, Neri, Rv. 250324
Sez. 4, n. 42084 del 04/10/2011, Salamone, Rv. 251117
Sez. 4, n. 21991 del 28/11/2012 - dep. 2013 -, Ghio, Rv. 256191
Sez. 4, n. 13999 del 11/03/2014, Pittiani, Rv. 259694
Sez. 4, n. 47298 del 11/11/2014, Ciminari, Rv. 261573
Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015, Bianchi, Rv. 263023
Sez. 4, n. 24206 del 04/03/2015, Mongiardo, Rv. 263725
Sez. 4, n. 15187 del 08/04/2015, Bregoli, Rv. 263154
Sez. 4, n. 22608 del 04/04/2017, Orlandini, Rv. 270161
Sez. 4, n. 40722 del 09/09/2015, Chinello, Rv. 264716
Sez. 4, n. 50973 del 05/07/2017, Denicolò, Rv. 271532
Sez. 4, n. 7686 del 16/01/2018, Favaro, Rv. 272465
Sez. 4, n. 58379 del 12/12/2018, Perin, Rv. 274953
Sez. 4, n. 25132 del 21/02/2019, Picardi
Sez. 4, n. 17494 del 29/03/2019, Scalera
Sez. 4, n. 28887 del 11/06/2019, Cardinali, Rv. 276570
Sez. 4, n. 33795 del 17/05/2019, Venditto, Rv. 276675
Sez. 4, n. 40809 del 04/07/2019, Viotto, Rv. 277622
Sez. 4, n. 42004 del 19/09/2019, Milutinovic Dusan, Rv. 277689
Sez. 4, n. 52085 del 10/12/2019, Soffiato, Rv. 277511
Sez. 4, 12/12/2019 - dep. 2020-, n. 3201, Santini, Rv.278032
Sez. 4, n. 8165 del 13/02/2020, Calabrò, Rv. 278969
Sez. 4, n. 8862 del 19/02/2020, Zanni, Rv. 278676
Sez. 6 civ., ord. n. 1921 del 24/01/2019, Rv. 652384

CAPITOLO III

IL PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA DI CASSAZIONE IN TEMA DI REATI FALLIMENTARI

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Amministratore formale e amministratore di fatto: gli elementi indicatori per individuare tale ultima figura. – 3. Responsabilità per il reato di bancarotta in capo ai sindaci. 4. Bancarotta documentale. – 5. Bancarotta "riparata". – 6. Pagamenti preferenziali con scopo di salvataggio. – 7. Profili processuali.

1. Premessa.

L'esame delle sentenze del 2020 pronunziate dalla Corte di cassazione in materia fallimentare evidenzia, innanzitutto, il gran numero di pronunzie. Tale dato è significativo e lascia presumere che nel prossimo futuro, avuto riguardo alle grosse difficoltà economiche attraversate dalle imprese in un anno particolare, qual è stato il 2020, tristemente segnato dall'emergenza Covid, molte e in numero crescente saranno le questioni che, in tema di reati fallimentari, interesseranno il lavoro della Corte. La stessa Procura generale presso la Corte di cassazione, proprio considerando che nel 2020 la solidità delle imprese italiane è stata messa a dura prova, ha avvertito l'esigenza di avviare una riflessione, tra l'altro, sull'insolvenza dell'imprenditore e sui meccanismi, non solo penali, atti ad affrontarne i molti riflessi. Di qui l'importanza di tracciare il percorso, tendenzialmente completo, compiuto in materia dalla giurisprudenza della Quinta Sezione, a cui è assegnata per competenza tabellare la trattazione dei reati fallimentari, evidenziando le questioni nuove o più rilevanti affrontate nel 2020, avendo anche riguardo alle esigenze sostanziali sottese alle decisioni e ciò non solo per sottolineare che la specificità del giudizio di cassazione si realizza proprio mediante un "faticoso percorso dialettico del quale fatto e diritto sono fondamentali componenti", ma anche in considerazione della ragionevole previsione che nel prossimo futuro le insolvenze aumenteranno - tanto da indurre taluni a parlare di "pandemia dei fallimenti" - nonostante il tentativo legislativo di frenarne la crescita e di non spegnere le speranze di una ricrescita.

2. Amministratore formale e amministratore di fatto: gli elementi indicatori per individuare tale ultima figura.

La giurisprudenza della Corte è costante nell'affermare che nessun dubbio, in via astratta, sussiste sulla possibilità di ritenere l'amministratore di fatto responsabile del reato di bancarotta in quanto la norma incriminatrice non si riferisce solo alla persona formalmente investita dalla carica, ma anche a colui che gestisce realmente il patrimonio sociale compiendo l'attività propria degli amministratori.

Sulla scia di quanto affermato in modo pressoché costante negli scorsi anni, **Sez. 5, n. 27264 del 10/7/2020, Fontani, Rv. 279597-01** e così, in motivazione, anche **Sez. 5, n. 33114, dell'8/10 2020, Martinenghi, Rv. 279838-01** hanno ritenuto, quindi, che i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 legge fall. vanno individuati sulla base delle concrete funzioni esercitate, senza rapportarsi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta. Nella sentenza n. 27264/2020, in motivazione, si è precisato che per la ricostruzione del profilo di amministratore di fatto deve necessariamente aversi riguardo a precisi e specifici indicatori, facendo riferimento alle attività in concreto espletate riconducibili, sulla base delle massime di esperienza, ad indici sintomatici quali la diretta partecipazione alla gestione della vita societaria, la generalizzata identificazione nelle funzioni amministrative da parte dei dipendenti e dei terzi, l'intervento nella declinazione delle strategie di impresa e nelle frasi nevralgiche dell'ente economico. La Corte, quindi, ha sottolineato quanto siano differenti i tratti distintivi delle due figure di amministratore formale e di amministratore di fatto in ambito penalistico e in quello civilistico. Ed invero, mentre in ambito civilistico la qualifica di amministratore di fatto non implica l'esercizio di tutti i poteri propri dell'amministratore di una società essendo richiesto "lo svolgimento di un'apprezzabile attività di gestione in termini non occasionali o episodici", ciò che rileva invece in sede penale, ai fini della possibile incriminazione, è la funzione di "regia" nell'amministrazione dell'ente, ossia la diretta partecipazione dell'amministratore di fatto nella declinazione delle fasi nevralgiche dell'impresa e nelle strategie economiche di questa in violazione del complesso dei doveri posti a presidio dell'interesse dei creditori, dei terzi e del mercato. La Corte ha poi precisato che la presenza di un amministratore di diritto e l'esercizio da parte di questi dei poteri suoi propri non esclude la possibile presenza della figura di un co-amministratore di fatto, così come è possibile (e ciò si è verificato nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte nella sentenza da ultimo menzionata)

che sussistano due co-amministratori di fatto, i quali, in posizione assolutamente paritetica tra loro o con l'amministratore formale, cogestiscano *de facto* la società.

Per altro verso, **Sez. 5, n. 32413 del 24/9/2020, Loda, Rv. 279831-01**, ha ritenuto, conformemente a quanto già affermato in precedenza (Sez. 5, n. 50348 del 22/10/2014, Serpetti, Rv. 263225-01), che, in caso di concorso ex art. 40, comma secondo, cod. pen., dell'amministratore formale nel reato commesso dall'amministratore di fatto, è sufficiente per integrare il dolo del primo, in forma diretta o eventuale, la generica consapevolezza, pur non riferita ai singoli episodi delittuosi, delle attività illecite compiute dalla società per il tramite dell'amministratore di fatto e ciò anche se l'amministratore di diritto abbia accettato la carica al solo fine di fare da prestanome. Viceversa, come affermato da **Sez. 5, n. 4710 del 14/10/2019, dep. 2020, Falcioni, Rv. 278156-01,** nel caso di concorso nel delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, il dolo del concorrente *extraneus* nel reato proprio dell'amministratore consiste nella volontarietà della propria condotta di apporto a quella dell'*intraneus*, con la consapevolezza che essa determina un depauperamento del patrimonio sociale ai danni dei creditori, ma non è richiesta la specifica conoscenza del dissesto della società che può rilevare sul piano probatorio, quale indice significativo della rappresentazione della pericolosità della condotta per gli interessi del ceto creditorio. A tale affermazione, che trova il conforto nella prevalente e precedente giurisprudenza della Corte, consegue che qualunque atto distrattivo assume rilievo ai sensi dell'art. 216 l. fall. nel caso di fallimento, indipendentemente dalla rappresentazione di quest'ultimo e ciò in quanto il fallimento non costituisce (come ormai pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità) l'evento del reato che deve, invece, individuarsi nella lesione dell'interesse patrimoniale dei creditori. Giova a questo proposito rammentare quanto affermato dalla Quinta Sezione con le sentenze **n. 15652 del 10/2/2020, Cagali**, e **n. 18524 del 2/3/2020, Gentile** che, in conformità a quanto in precedenza ritenuto dalla Corte, hanno ribadito che il concetto di dissesto, rilevante in ambito penale fallimentare, deve essere inteso "non tanto come una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori"(Sez. 5, 25/5/2011, n. 32899, Mapelli, Rv. 250934-01). Il reato in questione, dunque, sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta abbia soltanto aggravato una situazione di difficoltà già esistente in quanto il dissesto non si esprime istantaneamente, ma progredisce e dura nel

tempo, tanto da essere suscettibile di misurazione (Sez. 5, 4/3/2010, n. 16259, Chini, Rv. 247254-01) e la situazione rilevante è il dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale, essendo, dunque, ininfluente che, al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti, fosse già in atto una difficile condizione economica dell'impresa sulla quale la condotta ha inciso solo aggravandola.

L'amministratore di fatto, in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 cod. civ., è gravato di tutti i doveri che fanno capo all'amministratore formale. **Sez. 5, n. 36870 del 21/12/2020, Marelli** ha, conseguentemente, affermato, in motivazione, che egli, pur non essendo legittimato a presentare istanza di fallimento per la società amministrata di fatto, risponde in ogni caso del reato di cui agli artt. 224 e 217, comma primo, l. fall. ove non si attivi perché detta istanza venga presentata dal pubblico ministero, anch'egli legittimato ai sensi dell'art. 6 l. fall.

Da ultimo, con riferimento alle operazioni infragruppo, **Sez. 5, n. 36865 del 21/12/2020, Cimatti,** ha affermato che è configurabile la qualifica di amministratore di fatto in capo all'amministratore formale di una società capogruppo ove questi eserciti i relativi poteri di direzione e coordinamento delle società controllate – che gli competono quale amministratore della *holding* – ingerendosi, però, di fatto nella gestione delle stesse e riducendo, così, gli amministratori di queste ultime a meri esecutori delle sue direttive. Tale affermazione trova fondamento nel rilievo che la formale esistenza di un gruppo, con conseguente assetto giuridico predisposto per una direzione unitaria, e l'amministrazione di fatto di singole società del gruppo stesso non sono situazioni di per sé incompatibili, in quanto mentre la titolarità formale dei poteri di direzione in capo all'amministratore di una *holding* corrisponde ad una situazione di diritto nella quale la controllante svolge l'attività di direzione delle società controllate nel rispetto della relativa autonomia e delle regole che presiedono al suo funzionamento, la titolarità di fatto, invece, corrisponde ad una situazione concreta in cui i poteri di amministrazione sono esercitati direttamente da chi sia privo di una qualsivoglia investitura, ancorché irregolare o implicita. Ed invero, la titolarità della carica di amministratore formale di una società controllante di un gruppo e l'esercizio dei relativi poteri di direzione e coordinamento delle altre società implica senza alcun dubbio l'esercizio dei poteri relativi all'attività di direzione unitaria e coordinamento delle società controllate come prevista dall'art. 2497 cod. civ.; ciò non toglie che l'amministratore della *holding*, ignorando di fatto l'autonomia delle società controllate e riducendo i relativi amministratori a meri esecutori dei suoi ordini, si comporti come se ne fosse l'amministratore, pur utilizzando, formalmente, gli strumenti propri della direzione unitaria, quali

le direttive. Egli quindi, risponderà delle condotte relative all'amministrazione delle società controllate.

3. Responsabilità per il reato di bancarotta in capo ai sindaci.

Ai sensi della vigente disciplina normativa, il collegio sindacale è tipico organo di controllo, tenuto a vigilare sull'amministrazione della società, con il compito sia di garantire, a tutela non solo dell'interesse dei soci, ma anche di quello concorrente dei creditori sociali, l'osservanza della legge ed il rispetto dell'atto costitutivo sia di accertare che la contabilità sia tenuta in modo regolare (così, *ex multis,* Sez. 5, n. 26399 del 05/03/2014, Zandano, Rv. 260215; Sez. 5, n. 15360 del 05/02/2010, Rv. 246956). L'obbligo di vigilanza si sostanzia non solo nel mero controllo contabile, ma deve estendersi, ai sensi dell'art. 2403-*bis* cod. civ., anche al contenuto della gestione e, pertanto, il controllo sindacale, anche se non investe in forma diretta le scelte imprenditoriali, non si risolve neppure in una mera verifica contabile limitata alla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma comprende anche un minimo riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile (Sez. 5, n. 14045 del 22/03/2016, De Cuppis e altri, Rv. 266646). Avuto riguardo a tali compiti, la Quinta Sezione, con la pronunzia **n. 28848 del 21/9/2020, D'Alessandro, Rv. 279599-01**, ha affermato che, in tema di bancarotta semplice, i sindaci di una società dichiarata fallita, titolari, come si è detto, di un potere di controllo e non di attivazione diretta, rispondono del reato di cui agli artt. 217, comma primo, n. 4, e 224 l. fall., per aver omesso di attivarsi per rimediare all'inerzia dell'amministratore che non abbia chiesto il fallimento in proprio della società, così aggravandone il dissesto, solo quando la situazione di insolvenza sia rilevabile dagli atti posti a loro disposizione. Il giudice di merito dovrà, dunque, verificare, mediante un giudizio controfattuale, se, qualora fossero state poste in essere le attività di impulso e controllo omesse, si sarebbe comunque realizzato l'aggravamento del dissesto.

Sempre in tema di responsabilità dei componenti del collegio sindacale, **Sez. 5, n. 11936 del 5/2/2020, De Lisa, Rv. 278985** ha escluso, nel caso di bancarotta per distrazione, la responsabilità dei componenti del collegio sindacale di una società diversa dalla fallita, nel reato proprio, ex art. 40, comma secondo, cod. pen., poiché essa è invocabile solo con riferimento all'obbligo di controllo dell'operato degli amministratori della società presso cui operano e non può invece estendersi ad atti di bancarotta compiuti da amministratori di società terze, in relazione ai quali possono concorrere solo attraverso una condotta attiva. Tale principio, del resto, (cfr. sul punto, Sez. 5, n. 7556 del 28/11/2012, dep. 2013, Accorinti, Rv. 254653-01) opera anche con riferimento all'amministratore di una

società diversa da quella fallita la cui responsabilità è configurabile solo con riferimento alla società amministrata e non può estendersi agli atti compiuti da amministratori di società terze tranne nel caso in cui, egli concorra, quale *extraneus,* nel reato commesso dall'altro amministratore mediante una partecipazione attiva.

4. Bancarotta documentale.

In punto di bancarotta documentale la Corte è tornata a pronunziarsi più volte. Deve, *in primis*, sottolinearsi, come da ultimo ribadito da **Sez. 5, n. 16968 del 16/12/2019, dep. 2020, Sorge,** che costituisce principio pacifico nella giurisprudenza della sezione, quello secondo cui il reato di bancarotta fraudolenta documentale non può avere ad oggetto il bilancio, non rientrando quest'ultimo nelle nozioni di "libri" e "scritture contabili" previste dalla norma ex all'art. 216, comma primo, n. 2, l. fall. e che eventuali omissioni nei bilanci, sussistendone i presupposti, possono integrare solo la fattispecie di bancarotta impropria da reato societario.

Sez. 5, n. 14689 del 21/2/2020, Conti, Rv. 279151 – dopo aver precisato che soggetto attivo del delitto di bancarotta fraudolenta documentale, anche nel caso di nomina di un amministratore giudiziario a seguito di sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione delle quote e dell'azienda di una società, è sempre l'amministratore di questa, in quanto il sequestro non comporta la modificazione del contratto di società o la sostituzione degli organi della persona giuridica e l'amministratore giudiziario riveste, ai sensi dell'art. 35, comma 5, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il ruolo di mero custode dei beni sequestrati e non di legale rappresentante o nuovo amministratore della società oggetto di sequestro – ha ribadito che la distinzione tra bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta documentale è da ritrovarsi nell'elemento soggettivo in quanto, mentre a norma dell'art. 217, comma secondo, l. fall. (che integra l'ipotesi di bancarotta semplice), l'elemento psicologico può indifferentemente essere costituito dal dolo o dalla colpa riscontrabili quando l'agente ometta, con coscienza e volontà o per semplice negligenza, di tenere le scritture contabili, nell'ipotesi di cui all'art. 216, comma primo, n. 2, l. fall. (bancarotta fraudolenta documentale), è sufficiente il dolo generico, costituito dalla coscienza e volontà dell'irregolare tenuta delle scritture, con la consapevolezza che ciò renda impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio dell'imprenditore (così, da ultimo, **Sez. 5, n. 27566 del 21/9/2020, Del Gaudio**).

Nel caso di tenuta della contabilità mediante il sistema informatico e di perdita della disponibilità del *computer,* **Sez. 5, n. 12724 del 12/12/2019, dep.**

2020, Conticello, Rv. 279019-01 ha ravvisato la prima delle due fattispecie criminose nell'ipotesi di mancata conservazione o del programma di lettura del supporto sul quale vengono conservate le scritture o della copia cartacea delle stesse, in quanto la possibilità di tenuta della contabilità mediante sistema informatico, prevista dall'art. 7, comma 4-*ter*, l. n. 489 del 1994, non determina il venir meno dell'obbligo dell'imprenditore di conservazione dei libri e delle scritture e, quindi, dell'obbligo del puntuale aggiornamento dell'esercizio corrente, della veridicità delle singole attestazioni dei libri contabili, nonché della loro conservazione, ma semplicemente comporta la necessità di modificarne le modalità di conservazione. Si configura invece il reato di bancarotta fraudolenta documentale quando il dolo si atteggi in concreto quale volontà del soggetto agente di omettere la tenuta della contabilità interna allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, impedendo la ricostruzione dei fatti gestionali (così, **Sez. 5, n. 18320 del 7/11/2019, dep. 2020, Morace, Rv. 279179-01**) o rendendola anche solo molto difficoltosa così come quando la ricostruzione possa essere attuata diversamente presso terzi, ad esempio, attraverso l'esame di documentazione bancaria (**Sez. 5, n. 21028 del 21/2/2020, Capasso, Rv. 279346-01**) o quando gli accertamenti, da parte degli organi fallimentari, siano stati ostacolati da difficoltà superabili solo con particolare diligenza (così in motivazione, **Sez. 5, n. 36011 del 9/10/2020, D'Ambrosio**). Ed invero, pur autorizzando il legislatore la tenuta della contabilità mediante il sistema informatico, il predetto elemento soggettivo è integrato dalla consapevolezza nell'agente che la confusa tenuta della contabilità possa rendere impossibile la ricostruzione delle vicende del patrimonio e del volume d'affari non essendo necessaria la specifica volontà di impedire la ricostruzione e tantomeno di arrecare pregiudizio ai creditori. Da ultimo, con la sentenza **n. 33114 dell'8/10/2020, Martinenghi, Rv. 279838-01,** sempre la Quinta Sezione, in linea con l'orientamento prevalente, ha precisato che l'occultamento delle scritture contabili, anche sotto la forma dell'omessa tenuta, sostanziandosi nella "fisica" sottrazione delle stesse alla disponibilità degli organi fallimentari, costituisce una fattispecie autonoma ed alternativa rispetto alla tenuta fraudolenta di tali scritture che presuppone un accertamento sui libri e scritture rinvenuti.

Si configurerà bancarotta semplice nel caso in cui, verificatasi in un'accomandita semplice una causa di scioglimento ex art. 2323 cod. civ. senza che, nel termine di sei mesi, venga ricostruita la pluralità dei soci, l'amministratore o il legale rappresentante non abbiano tenuto le scritture contabili o le abbiano tenute in modo irregolare. In tale ipotesi, infatti, come affermato da **Sez.5, n. 3221 del 19/9/2019, dep. 2020, Cristofaro, Rv. 278303-01**, la società non si è estinta occorrendo a tal fine provvedere prima all'estinzione dei debiti e, quindi,

permane ogni obbligo, ivi compreso quello di curare la tenuta dei libri e delle scritture.

L'impossibilità o meno di ricostruire totalmente o parzialmente la situazione contabile dell'impresa fallita e di esercitare le azioni revocatorie o altre azioni a tutela dei creditori deve valutarsi, unitamente alla diminuzione che l'omessa o irregolare tenuta dei libri abbia determinato nella quota di attivo da ripartirsi tra i soci, ai fini dell'applicabilità della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità di cui all'art. 219, comma terzo, l. fall. Ed invero, come precisato da **Sez. 5, n. 11725 del 19/12/2019, dep. 2020, Camorani, Rv. 279098-01,** sulla scia di quanto costantemente affermato dalla Corte, il danno valutabile ai fini della suddetta circostanza attenuante, quale che sia l'ipotesi di bancarotta (semplice o fraudolenta), è quello cagionato dal fatto reato e non quello derivante dal passivo del fallimento, avendo riguardo al momento consumativo del reato. A questo proposito, ma con riferimento al delitto di omesso deposito di bilanci e scritture contabili e fiscali obbligatorie, previsto dagli artt. 220 e 16, comma primo, n. 3, l. fall., con la decisione **n. 12946 del 25/2/2020, Boi, Rv. 278887-01,** sempre la Quinta Sezione ha affermato che, avendo tale delitto natura di reato omissivo proprio istantaneo, con effetti eventualmente permanenti, esso si consuma all'atto dell'inadempimento dell'obbligo di deposito nei tempi previsti dalla legge e, cioè, entro ventiquattro ore dalla comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Il danno, dunque, deve valutarsi sia in relazione all'impossibilità di ricostruire totalmente o parzialmente la situazione contabile dell'impresa fallita o di esercitare le azioni revocatorie o altre azioni a tutela dei creditori, sia in relazione alla diminuzione che l'omessa tenuta dei libri contabili abbia determinato sulla quota di attivo oggetto di riparto tra i creditori (così, **Sez. 5, n. 31258 del 15/7/2020, Bosio).** Innovando un risalente orientamento della Corte (Sez. 5, n. 8690 del 27/4/1992, Bartolotti, Rv. 191565-01), la Quinta Sezione ha precisato che il principio del *favor rei* non giova ai fini della concedibilità dell'attenuante in questione ove il danno non possa accertarsi nella sua sussistenza ed entità apprezzabile e ciò in quanto è proprio la condotta dell'imputato ad aver reso impossibile, in mancanza di scritture, la ricostruzione dei fatti di gestione. In ultima analisi, quindi, se la mancanza di scritture non consente di presumere distrazioni o altri fatti negativi per l'imputato, parimenti non potrà essere utilizzata per presumere circostanze a lui favorevoli.

In linea con quanto affermato in passato, **Sez. 5, n. 22486 del 6/7/2020, Fasana** ha ritenuto configurabile il concorso tra il delitto di bancarotta fraudolenta documentale e quello di tributario di occultamento e distruzione di documenti contabili, previsto dall'art. 10 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in quanto

essi sono tra loro in rapporto di specialità reciproca, in ragione: a) del differente oggetto materiale dell'illecito; b) dei diversi destinatari del precetto penale; c) del differente oggetto del dolo specifico; d) del divergente effetto lesivo delle condotte di reato. La Corte ha però specificato che, ove siffatti reati vengano processualmente trattati congiuntamente, pur avendo lo stesso oggetto materiale non è configurabile la violazione del divieto del *bis in idem*, mentre, nel caso in cui i due reati vengano trattati e giudicati separatamente e per uno di essi sia intervenuta sentenza di condanna, l'azione penale per l'altro non potrà essere esercitata pena l'improcedibilità, e ove sia intervenuta sentenza di condanna, si procederà all'annullamento in sede esecutiva. Si distingue, in altri termini, la nozione di *bis in idem* processuale da quella di *bis in idem* sostanziale: la prima è più ampia della seconda avendo riguardo al rapporto tra il fatto storico, oggetto di giudicato, ed il nuovo giudizio e, prescindendo dalle eventuali differenti qualificazioni giuridiche, preclude una seconda iniziativa penale là dove il medesimo fatto, nella sua dimensione storico-naturalistica, sia stato già oggetto di una pronuncia di carattere definitivo; la seconda, invece, concerne il rapporto tra norme incriminatrici astratte e prescinde dal raffronto con il fatto storico (negli stessi termini, anche se con riferimento a differenti ipotesi delittuose si veda da ultimo, **Sez. 7, n. 32631 del 01/10/2020, Barbato**).

5. Bancarotta "riparata".

Si parla di bancarotta "riparata" allorché la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che abbia quale effetto la reintegrazione del patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento in modo da evitare il pericolo che la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza. In tal modo si determina l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, annullando il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno (**Sez. 5, n. 11297 del 9/12/2019, dep. 2020, Sarno** e, prima ancora, *ex multis*, Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347-01; Sez. 5, n. 50289 del 07/07/2015, Mollica, Rv. 265903-01).

Sulla scorta di tali principi, **Sez. 5**, **n. 34290 del 02/12/2020, Cappelletti,** ha annullato la sentenza del giudice distrettuale che aveva escluso che la transazione, con cui il ricorrente aveva rinunciato all'indennità di buona uscita e ad altre voci dello stipendio, potesse equipararsi all'attività di integrale reintegrazione del patrimonio sociale sì da configurare la fattispecie della cd. "bancarotta riparata" e aveva motivato tale ragionamento sulla base dell'assunto che, anche se l'imputato aveva rinunciato a crediti certi ed esigibili, non aveva, però, restituito i beni distratti prima della dichiarazione di fallimento. Sul punto

la Corte, nel richiamare principi già affermati in precedenza (da ultimo, Sez. 5, n. 57759 del 24/11/2017, Liparoti, Rv. 271922-01), ha ritenuto che, ai fini della configurabilità della bancarotta riparata, non è necessaria la restituzione del singolo bene sottratto, ma un'attività di integrale reintegrazione del patrimonio anteriore alla declaratoria di fallimento, attività che ben potrebbe consistere nella rinuncia a crediti certi ed esigibili.

Per altro verso, **Sez. 5, n. 8445 del 04/02/2020, Abate, Rv. 278684-01** ha affermato, non discostandosi da un consolidato pregresso orientamento, che in tema di bancarotta patrimoniale per distrazione, non è configurabile l'attenuante della riparazione del danno, di cui all'art. 62, comma primo, n. 6, cod. pen., qualora la restituzione di beni oggetto della condotta distrattiva sia avvenuto a seguito del prospettato esercizio dell'azione revocatoria da parte del curatore fallimentare e non per iniziativa dell'imputato. Tale attenuante, infatti, è applicabile solo allorché la riparazione del danno, tanto nella forma specifica della restituzione, quanto in quella del risarcimento, sia effettiva, integrale e volontaria.

6. Pagamenti preferenziali con scopo di salvataggio.

L'elemento soggettivo del reato di bancarotta fraudolenta preferenziale è costituito dal dolo specifico, consistente nella volontà di recare un vantaggio ad uno o più creditori, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per gli altri secondo lo schema del dolo eventuale. Per **Sez. 5, n. 18528 del 18/6/2020, Mazza**, tale finalità non è ravvisabile allorché il pagamento sia volto, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia dell'attività sociale o imprenditoriale ed il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile. Sempre nella medesima sentenza si ribadisce poi il principio, già affermato in precedenza dalla Corte (Sez. 5, n. 54502 del 03/10/2018, Raia, Rv. 275235-01), secondo cui, in tema di bancarotta preferenziale, qualora il fallito provveda al pagamento di crediti privilegiati, ai fini della configurabilità del reato, è necessario il concorso non già di qualsiasi altro credito, ma di altri crediti con privilegio, di grado prevalente o eguale, rimasti insoddisfatti per effetto del pagamento.

Nell'ipotesi in cui l'amministratore di una società si appropri di somme di quest'ultima al fine di recuperare i propri crediti per le prestazioni lavorative svolte in favore dell'ente amministrato, permane invece il contrasto, già registrato negli scorsi anni, in ordine alla configurabilità della bancarotta preferenziale o della bancarotta fraudolenta per distrazione. Aderendo all'impostazione più rigida, **Sez. F. n. 27132 del 13/8/2020, Villardita, Rv. 279633-02** ha ribadito l'indirizzo, che appare numericamente prevalente e da ultimo ribadito da Sez. 5,

n. 25773 del 2019, RV. 277577-01, secondo cui in siffatta ipotesi è configurabile la bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione poiché non è scindibile la qualità di creditore da quella di amministratore che, in quanto tale, è vincolato alla società dall'obbligo di fedeltà e da quello di tutela degli interessi sociali nei confronti dei terzi. **Sez. 5, n. 14010 del 12/2/2020, Sarasso, Rv. 279103-01**, con riferimento all'amministratore di società di persone, ha confermato il medesimo orientamento, specificando, però, che ove il socio amministratore prelevi dalle casse sociali somme asseritamente corrispondenti a crediti vantati per l'attività lavorativa prestata dovrà indicare gli elementi che consentano di verificare in concreto l'oggettivo svolgimento di attività estranee e parallele alle funzioni inerenti la carica di amministratore in quanto il rapporto che si instaura tra amministratore e società amministrata, sia essa di persone, sia di capitali, non è assimilabile né ad un contratto d'opera, né ad un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato. Il rapporto di "immedesimazione organica" che lega l'amministratore alla società rileva ancor di più per le società di persone per la stretta connessione che sussiste tra il potere di amministrare e la responsabilità illimitata del socio, che ha un preciso interesse a svolgere l'attività gestoria. Da tale natura, invero, discende che la spettanza di un compenso all'amministratore non può essere data per scontata, ma deve essere appositamente decisa e determinata dai soci. Quando, invece, l'attività lavorativa venga esercitata successivamente alla dichiarazione di fallimento, ove il fallito trattenga i proventi derivanti dall'esercizio di siffatta attività, sarà configurabile, come precisato da **Sez. 5, n. 15650 del 24/1/2020, Gullino, Rv. 279213-01**, bancarotta post-fallimentare solo per la parte di guadagno effettivo – calcolato detraendo i costi sostenuti dai ricavi conseguiti nell'esercizio della nuova attività – che ecceda i limiti necessari per il mantenimento suo e della propria famiglia. Sul punto giova ricordare che l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 46 l. fall., che individuano i beni non compresi nel fallimento suscettibili di trattenimento da parte del fallito, presuppone la già intervenuta dichiarazione di fallimento e la qualità di imprenditore individuale. Le disposizioni da ultimo richiamate riguardano letteralmente il "fallito" (così **Sez. 5, n. 17614 del 7/2/2020, Scopazzini, Rv. 279354-01**) e, pertanto, il soggetto a cui la disposizione si riferisce deve essere individuato solo in chi sia personalmente fallito. Occorre, quindi, non solo che i prelievi siano avvenuti dopo la pronunzia della sentenza di fallimento, ma anche che essi siano stati effettuati da soggetto personalmente dichiarato fallito, ossia l'imprenditore individuale ovvero il socio illimitatamente responsabile di una società di persone. L'autonomia patrimoniale di una società di capitali rispetto ai soci e agli amministratori impedisce che i soci e, *a fortiori,* gli amministratori possano attingere alle casse sociali giacché, ai primi, è solo

consentito di percepire gli eventuali utili derivanti dalle quote possedute e, ai secondi, l'eventuale compenso per l'attività svolta.

7. Profili processuali.

Costituisce espressione di un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza della Corte il principio secondo cui, in tema di bancarotta fraudolenta, non integra un fatto nuovo, ai sensi dell'art. 518 cod. proc. pen., l'individuazione di diverse modalità della condotta illecita ovvero di ulteriori condotte di distrazione o, comunque, di difformi condotte integrative della violazione dell'art. 216 l. fall. Si è pervenuti a tale conclusione in virtù della peculiare disciplina dell'illecito fallimentare – connaturato alla c.d. unitarietà del reato desumibile dall'art. 219, comma secondo, n. 1, l. fall. – che deroga alla disciplina della continuazione in considerazione della peculiarità della norma incriminatrice che non assegna alle condotte di distrazione, occultamento, distrazione, dissipazione e dissimulazione, previste dall'art. 216, l. fall, natura di fatto autonomo, bensì di fattispecie penalmente tra loro equivalenti e, cioè, modalità di esecuzione alternative e fungibili di un unico reato (così, *ex multis,* Sez. 5, n. 4551 del 02/12/2010, dep. 2011, Mei, Rv. 249262-01). Sulla base di siffatti principi, **Sez. 5, n. 15814 del 20/1/2020, Morabito, Rv. 279257-01** ha ritenuto che, non integrando le ulteriori condotte di distrazione o, comunque, quelle previste dall'art. 216 legge fall., un fatto nuovo *ex* art. 518 cod. proc. pen., il potere del pubblico ministero di procedere nel corso dell'istruzione dibattimentale alla modifica dell'imputazione o alla contestazione di una circostanza aggravante per l'individuazione di diverse modalità della condotta illecita non è soggetto a specifici limiti temporali o di fonte, avendo comunque l'imputato la facoltà di chiedere un temine per contrastare l'accusa e di esercitare ogni prerogativa difensiva, come la richiesta di nuove prove o il diritto di essere rimesso in termini per chiedere riti alternativi. Argomenta la Corte che il potere di precisazione della contestazione, immediatamente derivante dal principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 103 Cost., conformemente agli insegnamenti forniti da Sez. U, n. 4 del 28/10/1998 - dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757-01, non è soggetto ad alcuna preclusione e che, pertanto, deve essere riconosciuto al pubblico ministero il potere di procedere nel dibattimento alla modifica dell'imputazione o alla formulazione di nuove contestazioni senza specifici limiti, temporali o di fonte – e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari – sempre che, ovviamente, vengano garantiti i diritti della difesa e ciò al fine di evitare, in linea

con i principi di immediatezza e di concentrazione del dibattimento, la celebrazione un altro dibattimento in ordine alle nuove evenienze.

Ai principi dianzi riportati si ricollega quanto affermato da **Sez. 5, n. 33123 del 19/10/2020, Martino, Rv. 279840-01** secondo cui, quando all'imputato vengano contestati più fatti di bancarotta, la mancata contestazione esplicita della circostanza aggravante speciale di cui all'art. 219, comma secondo, n. 1, l. fall. non integra alcuna violazione dell'art. 522 cod. proc. pen., perché il riferimento alla predetta circostanza aggravante, in tutti i suoi elementi costitutivi, è implicitamente contenuto nella descrizione della pluralità dei reati, la cui contestazione pone l'imputato in condizione di conoscere il significato dell'accusa e di esercitare il diritto di difesa.

In motivazione la Corte ha evidenziato che siffatto principio non si pone in contraddizione con quanto recentemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, nella sua più autorevole composizione (Sez. U., n. 24906 del18/4/2019, Sorge, Rv. 275436-01), poiché per contestazione in fatto si intende una formulazione dell'imputazione che riporti in maniera sufficientemente chiara e precisa gli elementi di fatto che integrano la fattispecie in modo che l'imputato possa averne piena cognizione e possa adeguatamente difendersi. Con riferimento alle circostanze aggravanti, poiché per le Sez. U. Sorge l'ammissibilità della contestazione in fatto deve essere verificata rispetto alle caratteristiche di ogni singola circostanza e, in particolare, alla natura degli elementi costitutivi delle stesse, nel caso di contestazione di più fatti di bancarotta non sorgono particolari questioni poiché le fattispecie si esauriscono in comportamenti descritti nella loro materialità o riferiti a mezzi o oggetti determinati nelle loro caratteristiche oggettive.

Sempre nell'ottica di garantire l'effettività del diritto di difesa, **Sez. 5, n. 16993 del 2/3/2020, Latini, Rv. 279090-01** ha escluso la genericità ed indeterminatezza di un'imputazione di bancarotta nel caso di contestazione all'imputato della distrazione di somme di denaro, iscritte in contabilità ed espunte mediante giroconti, mentre l'istruttoria, a cui l'imputato aveva partecipato, aveva chiarito che le somme medesime erano state utilizzate per soddisfare, senza causa lecita, crediti di una società diversa. In tale ipotesi, per la Corte, era stato rispettato il consolidato principio secondo cui non vi è incertezza sui fatti descritti nella imputazione quando questa contenga, con adeguata specificità, i tratti essenziali del fatto di reato contestato, in modo da consentire all'imputato di difendersi. E' configurabile, invece, la lesione del diritto di difesa nella diversa ipotesi in cui il giudice di appello, in riforma della sentenza di primo grado, riqualificando l'originaria imputazione di bancarotta preferenziale, condanni l'imputato per il reato di bancarotta per distrazione (così, **Sez. 5, n.**

19365 del 5/12/2019, dep. 2020, Alessandrini, Rv. 279106). A tal proposito, la Corte ha ritenuto che sussiste la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, trattandosi di un fatto significativamente e sostanzialmente diverso e più grave di quello contestato con l'originaria imputazione, con conseguente lesione dei poteri difensivi dell'imputato. Siffatta violazione, invece, non è prospettabile nella fattispecie inversa di originaria imputazione di bancarotta per distrazione e successiva riqualificazione e condanna per bancarotta preferenziale. In tal caso, infatti, l'atto dispositivo tipico di tale ultima fattispecie criminosa costituisce una *species* del più ampio *genus* di sottrazione di risorse del patrimonio della società e, venendo in rilievo una riqualificazione *in bonam partem,* non può profilarsi lesione alcuna del diritto di difesa garantito all'imputato.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U., n. 4 del 28/10/1998 - dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757-01
Sez. 5, n. 8690 del 27/4/1992, Bartolotti, Rv. 191565-01
Sez. 5, n. 15360 del 05/2/2010, Tacconi, Rv. 246956-01
Sez. 5, n. 16259 del 4/3/2010, Chini, Rv. 247254-01
Sez. 5, n. 4551 del 2/12/2010, dep. 2011, Mei, Rv. 249262-01
Sez. 5, n. 32899 del 25/5/2011, Mapelli, Rv. 250934-01
Sez. 5, n. 7556 del 28/11/2012, dep. 2013, Accorinti, Rv. 254653-01
Sez. 5, n. 26399 del 05/03/2014, Zandano, Rv. 260215-01
Sez. 5, n. 50348 del 22/10/2014, Serpetti, Rv. 263225-01
Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347-01
Sez. 5, n. 50289 del 07/07/2015, Mollica, Rv.265903-01
Sez. 5, n. 14045 del 22/03/2016, De Cuppis e altri, Rv. 266646-01
Sez. 5, n. 57759 del 24/11/2017, Liparoti, Rv. 271922-01
Sez. 5, n. 54502 del 03/10/2018, Raia, Rv. 275235-01
Sez. 5, n. 3221 del 19/9/2019, dep. 2020, Cristofaro, Rv. 278303-01
Sez. 5, n. 4710 del 14/10/2019, dep. 2020, Falcioni, Rv. 278156-01,
Sez. 5, n. 18320 del 7/11/2019, dep. 2020, Morace, Rv. 279179-01
Sez. 5, n. 19365 del 5/12/2019, dep. 2020, Alessandrini, Rv. 279106
Sez. 5, n. 11297 del 9/12/2019, dep. 2020, Sarno
Sez. 5, n. 12724 del 12/12/2019, dep. 2020, Conticello, Rv. 279019-01
Sez. 5, n. 16968 del 16/12/2019, dep. 2020, Sorge
Sez. 5, n. 11725 del 19/12/2019, dep. 2020, Camorani, Rv. 279098-01
Sez. U., n. 24906 del 18/4/2019, Sorge, Rv. 275436-01
Sez. 5, n. 15814 del 20/1/2020, Morabito, Rv. 279257-01
Sez. 5, n. 15650 del 24/1/2020, Gullino, Rv. 279213-01
Sez. 5, n. 8445 del 4/2/2020, Abate, Rv. 278684-01
Sez. 5, n. 11936 del 5/2/2020, De Lisa, Rv. 278985-01
Sez. 5, n. 17614 del 7/2/2020, Scopazzini, Rv. 279354-01
Sez. 5 n. 15652 del 10/2/2020, Cagali,
Sez. 5, n. 14010 del 12/2/2020, Sarasso, Rv. 279103-01
Sez. 5, n. 14689 del 21/2/2020, Conti, Rv. 279151-01
Sez. 5, n. 21028 del 21/2/2020, Capasso, Rv. 279346-01
Sez. 5, n. 12946 del 25/2/2020, Boi, Rv. 278887-01
Sez. 5, n. 16993 del 2/3/2020, Latini, Rv. 279090-01
Sez. 5, n. 18524 del 2/3/2020, Gentile,
Sez. 5, n. 18528 del 18/6/2020, Mazza

Sez. 5, n. 22486 del 6/7/2020, Fasana
Sez. 5, n. 27264 del 10/7/2020, Fontani, Rv. 279597-01
Sez. 5, n. 31258 del 15/7/2020, Bosio
Sez. F. n. 27132 del 13/8/2020, Villardita, Rv. 279633-02
Sez. 5, n. 27566 del 21/9/2020, Del Gaudio
Sez. 5, n. 28848 del 21/9/2020, D'Alessandro, Rv. 279599-01
Sez. 5, n. 32413 del 24/9/2020, Loda, Rv. 279831-01
Sez. 7, n. 32631 del 01/10/2020, Barbato
Sez. 5, n. 33114, dell'8/10/ 2020, Martinenghi, Rv. 279838-01
Sez. 5, n. 36011 del 9/10/2020, D'Ambrosio
Sez. 5, n. 33123 del 19/10/2020, Martino, Rv. 279840-01
Sez. 5, n. 34290 del 2/12/2020, Cappelletti
Sez. 5, n. 36870 del 21/12/2020, Marelli
Sez. 5, n. 36865 del 21/12/2020, Cimatti

CAPITOLO IV

PERCORSI ERMENEUTICI DI LEGITTIMITA' IN MATERIA DI REATI TRIBUTARI

(PAOLO BERNAZZANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Rapporti fra norme. Le singole fattispecie. 2.1. Rapporti fra norme incriminatrici e successione di leggi extrapenali. 2.2. Le singole fattispecie contemplate dal d.lgs. n. 74 del 2000: art. 4. 2.3. Art. 5. 2.4. Art. 10-bis. 2.5. Art. 10-ter. 2.6. Art. 10-quater. 2.7. Art. 11. 2.8. Concorso di persone nei reati di cui agli artt. 2 ed 8 2.9. Art. 5-septies d.l. n. 167 del 1990. 3. Cause di non punibilità e circostanze attenuanti. 3.1. Art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000. 3.2. Art. 131-bis cod. pen. 3.3. Circostanza attenuante ex art. 13-bis, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000. 4. Sequestro e confisca. 5. Questioni processuali.

1. Premessa.

La complessa e variegata disciplina dei reati tributari è stata oggetto nel corso del corrente anno di numerose pronunce emesse dalla Terza sezione della Corte di cassazione che, da un lato, hanno meglio delineato il percorso nomofilattico già intrapreso dagli arresti decisori degli scorsi anni e, dall'altro, hanno affrontato questioni inedite ovvero hanno posto in luce nuovi profili attinenti a temi già oggetto di elaborazione sistematica. Le decisioni che si esamineranno nella trattazione, ordinate secondo un ordine sistematico essenzialmente incentrato sul rilievo classificatorio rivestito dagli istituti ovvero dalle fattispecie incriminatrici via via evocate, contribuiscono, nel loro complesso, a disegnare un composito quadro interpretativo, fotografato nella sua costante tensione verso la ricerca, se non proprio di una - forse utopistica - *reductio ad unum*, di affidabili coordinate ricostruttive in una materia senza dubbio "di confine" fra i valori e le categorie classiche del diritto penale e gli assetti, in rapidissima evoluzione, del diritto tributario.

2. Rapporti fra norme. Le singole fattispecie.

Le pronunce di legittimità che hanno interessato la materia tributaria si sono, innanzitutto soffermate su specifiche questioni interpretative concernenti, in massima parte, le singole fattispecie contemplate dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, anche alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, fornendo, così, il proprio apporto alla nomofilachia declinata in chiave di sistema penaltributario.

2.1. Rapporti fra norme incriminatrici e successione di leggi extrapenali.

Sul piano dei rapporti fra norme incriminatrici ed, in particolare, in ordine alla eventuale incidenza, in tale ambito, delle modifiche apportate dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, **Sez. 3, n. 10916 del 12/11/2019, dep. 2020, Bracco, Rv. 279859**, ricollegandosi in senso confermativo all'orientamento già espresso da Sez. 3, n. 6360 del 25/10/2018, dep. 2019, Capobianco, Rv. 275698, ha affermato che il riferimento a talune ipotesi di fatturazione, contenuto nell'art. 3, comma 3, d.lgs. citato, come riformato dal d.lgs. n. 158 del 2015, «non ha modificato il rapporto di specialità reciproca esistente tra il reato di cui all'art. 2 e quello di cui all'art. 3 del medesimo decreto legislativo, in quanto, accanto ad un nucleo comune costituito dalla presentazione di una dichiarazione infedele, il primo presuppone l'utilizzazione di fatture o documenti analoghi relativi ad operazioni inesistenti, mentre il secondo richiede una falsa rappresentazione delle scritture contabili obbligatorie, nonché l'impiego di altri mezzi fraudolenti idonei a ostacolare l'accertamento e il raggiungimento della soglia di punibilità; ne consegue che il discrimine tra le due fattispecie è costituito dalle diverse modalità di documentazione dell'operazione economica, poiché alla particolare idoneità probatoria delle fatture corrisponde una maggiore capacità decettiva delle falsità commesse utilizzando tali documenti.

Quanto al distinto, ma complementare, profilo della successione di leggi extrapenali integratrici, richiamate nel quadro della fattispecie penaltributaria, fra le decisioni depositate nel corrente anno va segnalata, con particolare riferimento all'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000, **Sez. 3, n. 5411 del 25/10/2019, dep. 2020, Nucita, Rv. 278595**, la quale, ponendosi nel solco di altre precedenti pronunce (Sez. 3, n. 11520 del 29/01/2019, Tonnarello, Rv. 275990; Sez. 3, n. 28681 del 27/01/2017, Peverelli, Rv. 270335; Sez**.** U, n. 2451 del 27/09/2007, dep. 2008, P.g. in proc. Magera, Rv. 238197) ha affermato che la modificazione "in melius" della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice esclude la punibilità del fatto precedentemente commesso solo se attiene a norma integratrice di quella penale. Applicando tale principio all'ipotesi di infedele dichiarazione sottoposta a scrutinio, la Corte è pervenuta alla conclusione che l'art. 101, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nella formulazione introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, non costituisce norma integratrice della fattispecie penale, perché, avendo per oggetto i criteri di scomputo delle perdite su crediti, lascia del tutto immutati gli elementi costitutivi e la soglia di punibilità del reato previsto dall'art. 4, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

2.2. Le singole fattispecie contemplate dal d.lgs. n. 74 del 2000: art. 4.

Con riferimento alla fattispecie di infedele dichiarazione contemplata dall'art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000, sotto il profilo della individuazione del reddito imponibile, **Sez. 3, n. 18575 del 14/02/2020, Belsito, Rv. 279500** ha ritenuto che il reato di dichiarazione infedele dei redditi ai fini Irpef sussiste anche qualora l'evasione di imposta riguardi redditi di derivazione illecita, salvo che i relativi proventi siano stati assoggettati a sequestro o confisca penale nello stesso periodo di imposta in cui si è verificato il presupposto impositivo: invero, solo in tale ipotesi i provvedimenti ablatori determinano, in relazione al principio della capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., una riduzione del reddito imponibile. Corollario di tale enunciazione di principio è, secondo la pronuncia in esame, l'assenza di rilievo, ai predetti fini, del provvedimento ablatorio disposto contestualmente alla sentenza di condanna di primo grado, quale ulteriore conseguenza sanzionatoria ex art. 12-bis d.lgs. n. 74 del 2000.

Sempre con riferimento all'elemento essenziale della fattispecie criminosa in parola, costituito dall'indicazione di elementi attivi o passivi in misura diversa da quella reale, **Sez. 3, n. 8969 del 07/11/2019, dep. 2020, Cesina, Rv. 278634**, ha puntualizzato che i principi giurisprudenziali in materia di falso innocuo o grossolano non trovano applicazione in relazione alla fattispecie di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 d.lgs. n. 74 del 2000, in quanto l'indicazione di elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o di elementi passivi inesistenti nella dichiarazione annuale, da cui discende il non corretto calcolo dell'imposta e la sua mancata corresponsione, non richiede alcun carattere ingannatorio, essendo sufficiente che sia stata posta in essere al fine di evadere le imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

2.3. Art. 5.

In relazione alla fattispecie di omessa dichiarazione prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000, **Sez. 3, n. 10098 del 27/11/2019, dep. 2020, Pavesi, Rv. 278536**, nell'affrontare le questioni connesse alla residenza fiscale all'estero del contribuente, ha affermato il principio secondo cui «l'obbligo di presentazione della dichiarazione annuale dei redditi da parte di società avente residenza fiscale all'estero, la cui omissione integra il reato previsto dall'art. 5 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sussiste se l'impresa abbia stabile organizzazione in Italia, il che si verifica quando si svolgano nel territorio nazionale la gestione amministrativa, le decisioni strategiche, industriali e finanziarie nonché la programmazione di tutti gli atti necessari affinché sia raggiunto il fine sociale, non rilevando il luogo di adempimento degli obblighi contrattuali e dell'espletamento dei servizi». Con tale

pronuncia - che si ricollega al *dictum* di Sez. 3, n. 37849 del 29/03/2017, Meersseman, Rv. 270739; Sez. 3, n. 32091 del 21/02/2013, Mazzeschi, Rv. 257043; Sez. 3, n. 7080 del 24/01/2012, Barretta, Rv. 252102, la Corte ha precisato che le società "estero-vestite" non sono, per ciò solo, necessariamente prive della loro autonomia giuridico-patrimoniale e, quindi, autonomamente qualificabili come "schermi", ovvero enti fittizi artificiosamente costruiti, rientrando in tale fenomeno anche strutture societarie dotate di una propria autonomia giuridica ed operativa, la cui attività economica è nascosta al fisco italiano.

La decisione si inserisce nel filone giurisprudenziale cui appartiene anche Sez. 3, n. 50151 del 13/07/2018, M., Rv. 274090, secondo cui si configura la "stabile organizzazione", da cui scaturisce l'obbligo fiscale di un soggetto non formalmente residente, nel caso in cui una società estera, con una sede fissa di affari nel territorio italiano, effettui in Italia la sua attività mediante un'organizzazione di persone e di mezzi (cd. estero-vestizione della residenza fiscale); si ha, invece, una "società-schermo", nell'ipotesi in cui l'ente, anche se allocato formalmente all'estero, è privo di concreta autonomia e costituisce solo una copertura attraverso la quale agisce la persona fisica, che è la titolare effettiva dell'attività economica e che, di conseguenza, è tenuta agli adempimenti fiscali.

Altro profilo ampiamente dibattuto, sul quale anche la giurisprudenza dell'ultimo anno non ha mancato di soffermarsi, è costituito dall'incidenza dell'attività del professionista/consulente fiscale sull'assolvimento degli obblighi di dichiarazione. In particolare, **Sez. 3, n. 9417 del 14/01/2020, Quattri, Rv. 278421**, ponendosi in linea di continuità con altre precedenti decisioni massimate (Sez. 3, n. 37856 del 18/06/2015, Porzio, Rv. 265087; Sez. 3, n. 9163 del 29/10/2009, dep. 2010, Lombardi, Rv. 246208), ha ribadito che l'affidamento ad un professionista dell'incarico di predisporre e presentare la dichiarazione annuale dei redditi non esonera il soggetto obbligato dalla responsabilità penale per il delitto di omessa dichiarazione, in quanto la norma tributaria considera come personale ed indelegabile il relativo dovere, essendo unicamente delegabile la predisposizione e l'inoltro telematico dell'atto.

Quanto al connesso tema dell'esatta ricostruzione dell'elemento soggettivo che caratterizza la fattispecie, **Sez. 3, n. 16469 del 28/02/2020, Veruari, Rv. 278966**, sempre in tema di omessa presentazione della dichiarazione annuale dei redditi da parte del professionista a ciò incaricato, ha affermato che la prova del dolo specifico in capo al contribuente – che non deriva dalla semplice violazione dell'obbligo dichiarativo né da una *"culpa in vigilando"* sull'operato del professionista, atteso che tale opzione trasformerebbe il rimprovero per l'atteggiamento antidoveroso da doloso in colposo, ma dalla ricorrenza di

elementi fattuali dimostrativi che il soggetto obbligato ha consapevolmente preordinato l'omessa dichiarazione all'evasione dell'imposta per quantità superiori alla soglia di rilevanza penale - può desumersi anche dal comportamento successivo del mancato pagamento delle imposte dovute e non dichiarate, dimostrativo della volontà preordinata di non presentare la dichiarazione. Nella specie, la Corte ha considerato di valore assorbente ed elemento decisivo a sostegno del dolo di evasione la circostanza della conoscenza dell'accertamento disposto dall'Agenzia delle Entrate e la conseguente inerzia del ricorrente, che avrebbe invece dovuto attivarsi a presentare osservazioni o a versare quanto dovuto (e ciò, annota la sentenza, anche ammettendosi per provata la successiva scoperta da parte del contribuente-imputato del mancato assolvimento dell'incarico da parte del commercialista; cfr. in tal senso, anche la citata Sez. 3, n. 37856 del 2015).

2.4. Art. 10-bis.

Anche la fattispecie di omesso versamento di ritenute *ex* art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000 non ha mancato di catalizzare l'attenzione della giurisprudenza di legittimità:

In tale ambito, una questione interpretativa sulla quale si è esercitata la funzione nomofilattica della Corte in punto di omesso versamento di ritenute certificate, riguarda la nozione di "rilascio" della certificazione attestante l'effettuazione delle ritenute da parte del datore di lavoro quale sostituto di imposta. **Sez. 3, n. 25987 del 13/07/2020, Ravasi, Rv. 279743** ha puntualizzato che, per integrare il predetto "rilascio" della documentazione ai sostituiti delle «non si richiede soltanto la formazione, ancorché perfezionata attraverso la loro sottoscrizione, delle certificazioni in esame, ma è necessaria l'avvenuta esternazione di queste ultime rispetto alla sfera del loro redattore e la loro materiale consegna ai rispettivi destinatari o, quanto meno, a taluno di essi» (fattispecie alla quale la Corte ha ritenuto applicabile, "ratione temporis", la disciplina dettata dall'art. 10-bis cit. nel testo anteriore alla modifica apportata dall'art. 7, comma 1, lett. b), d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158).

Un rilevante filone giurisprudenziale concerne le interferenze fra l'adempimento degli obblighi tributari, la cui omissione costituisce reato, e la pendenza di procedure concorsuali. Sul tema, va menzionata **Sez. 3, n. 13628 del 20/02/2020, Ferrarini, Rv. 279421,** la quale ha puntualizzato che la procedura di concordato preventivo scrimina il reato di omesso versamento di ritenute di cui all'art. 10-bis citato, riguardante gli obblighi scaduti tra la presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, sia esso "in bianco" che con deposito

del piano, e l'adozione del relativo decreto, solo ove sia intervenuto un provvedimento del tribunale che abbia vietato, o comunque non autorizzato, come invece richiesto dall'interessato, il pagamento dei suddetti debiti, essendo in tal caso configurabile la scriminante dell'adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo dell'autorità di cui all'art. 51 cod. pen.. In applicazione del principio, la Corte ha specificato che, in mancanza di dette condizioni, il mero decreto di ammissione al concordato non vale a scriminare "retroattivamente" gli omessi versamenti relativi a debiti scaduti anteriormente.

Va ricordato che, secondo la tesi patrocinata dal pubblico ministero ricorrente, la limitazione dei poteri dell'amministratore di una società in concordato preventivo, da cui discende il divieto di pagare i debiti tributari, opererebbe dal momento del deposito della domanda di concordato preventivo corredata da piano, ai sensi dell'art. 161 commi 1, 2 e 3 legge fall., e non dal momento della presentazione della domanda di concordato preventivo c.d. con riserva di cui all'art. 161 comma 6, l.fall.; quindi, nessun effetto inibitorio deriverebbe dalla semplice domanda con riserva rispetto al pagamento dei debiti tributari, la cui omissione integrerebbe il reato contestato.

Nell'inquadramento della questione, la Corte ha effettuato una disamina della disciplina del concordato preventivo a seguito delle modifiche normative, applicabili *ratione temporis,* apportate dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con legge n. 134 del 2012 e dal d.l. n. 83 del 2015, conv. con legge n. 132 del 2015; in particolare, la Corte si è soffermata sull'introduzione del concordato con riserva di presentazione del piano, di cui all'art. 161 comma 6, e sulla disciplina degli effetti del concordato per i creditori, oltre che sulla disciplina del compimento degli atti di straordinaria amministrazione, regolati «in termini non diversi, per la nuova figura di concordato di nuovo conio, rispetto a quella dettata dall'art. 167 legge fall. per il concordato con deposito del piano *ex* art. 161 commi 1, 2 legge fall.». La decisione si avvale, inoltre, di puntuali richiami alla giurisprudenza delle sezioni civili della Corte, la quale ha evidenziato, per quanto qui di rilievo, che il procedimento innescato dalla domanda con riserva «non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, semplicemente articolato in due fasi per così dire "interne"» (Cass. civ., Sez. 1, n. 14713 del 29/05/2019, Rv. 654268 - 02). Sempre la medesima pronuncia ha chiarito che, dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall., l'imprenditore può compiere senza necessità di autorizzazione del tribunale gli atti di gestione dell'impresa finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio, secondo il medesimo

criterio previsto dall'art. 167 l.fall.; sicché la distinzione tra atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione resta incentrata sulla sua idoneità a pregiudicare i valori dell'attivo compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, tenuto conto esclusivamente dell'interesse di questi ultimi e non dell'imprenditore insolvente, essendo quindi possibile che atti astrattamente qualificabili dì ordinaria amministrazione, se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato nell'ambito di una procedura concorsuale (ancora Cass. civ., Sez. 1, n. 14713 del 29/05/2019, cit.).

Tale indirizzo interpretativo, osserva la Terza sezione nella sentenza n. 13628 del 2020 in esame, è coerente con gli enunciati della giurisprudenza penale di legittimità, secondo cui la procedura di concordato preventivo, sia essa introdotta con piano concordatario, sia con riserva, non inibisce il pagamento dei debiti tributari il cui termine di scadenza sia successivo al deposito della domanda, giuste le disposizioni di cui all'art. 161, comma 7, e 167 legge fall., salva la presenza di un provvedimento del tribunale che abbia vietato il pagamento di crediti anteriori.

La decisione si colloca, altresì, nel solco di Sez. 3, n. 2860 del 30/10/2018, dep. 2019, Maurina, Rv. 274822, in relazione al reato di omesso versamento di ritenute certificate di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, ha ritenuto configurabile la causa di giustificazione prevista dall'art. 51 cod. pen. solo se i provvedimenti che impongono il dovere di non adempiere all'obbligo tributario, come l'ammissione al concordato preventivo ovvero, in alternativa, il provvedimento del tribunale che abbia vietato il pagamento di crediti anteriori, siano intervenuti prima della scadenza di tale obbligo e, dunque, non siano successivi alla consumazione del reato (fattispecie in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca).

Va osservato, per completezza di esposizione, che, anche nell'area della fattispecie normativamente contigua di omesso versamento di IVA di cui all'art. 10-ter d.lgs. citato, non dissimile impostazione caratterizza alcune decisioni degli ultimi anni. In particolare, Sez. 3, n. 49795 del 23/05/2018, Giacometti, Rv. 274199, ha affermato che non assume rilevanza, né sul piano dell'elemento soggettivo, né su quello della esigibilità della condotta, la mera presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, la quale non impedisce il pagamento dei debiti tributari che vengano a scadere successivamente alla sua presentazione, ma prima dell'adozione di provvedimenti da parte del tribunale.

Riassumendo, dunque, secondo la sentenza Ferrarini «la procedura di concordato è unica, ancorché introdotta con il ricorso per l'ammissione al concordato con riserva, e anche durante tale segmento, ovvero prima del deposito del piano concordatario e del decreto di ammissione di cui all'art. 163 l.fall., vige il c.d. spossessamento attenuato che non impedisce il compimento degli atti

straordinari e urgenti, previa autorizzazione del tribunale che, proprio perché non esiste ancora un piano concordatario, può assumere informazione dal commissario giudiziale. È indubbio poi che tra gli atti straordinari rientri il pagamento del debito tributario, la cui omissione di versamento costituisce reato, atto da qualificarsi straordinario e urgente avuto riguardo agli effetti penali dell'omissione».

In tale prospettiva, il Collegio giudicante si discosta consapevolmente dal diverso orientamento espresso da altre decisioni. Ad esempio, in una fattispecie di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, Sez. 3, n. 36320 del 02/04/2019, Prefabbricati srl in liquidazione in concordato preventivo, Rv. 277687 ha affermato che, nel caso di ammissione al concordato preventivo, non è configurabile il "fumus" del reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate in relazione agli obblighi scaduti successivamente alla presentazione dell'istanza di ammissione al concordato, in quanto gli effetti di tale ammissione decorrono dalla data della presentazione della relativa domanda.

A tale riguardo, la sentenza Ferrarini ritiene che il citato precedente non si confronti compiutamente con il dato testuale e con la disciplina introdotta all'esito delle modifiche normative di cui si fatto cenno, che «consente il pagamento del debito tributario (…), previa autorizzazione (risultando scriminata l'omissione in presenza di un diniego di pagamento) a nulla rilevando, a tali fini, il richiamo agli effetti retroattivi della procedura laddove da questi si invocherebbe una scriminante per il mancato pagamento del debito».

In sostanza, agli effetti retroattivi del concordato conseguenti al decreto di ammissione non potrebbe collegarsi l'esclusione della rilevanza penale dell'omissione costituente reato già perfezionatasi; il vero punto nodale della questione è la possibilità di configurare la causa di giustificazione prevista dall'art. 51 cod. pen., che può essere invocata soltanto ove l'imputato sia destinatario o di un "ordine legittimo" del tribunale civile impositivo del divieto di pagamento dei crediti anteriori alla proposta di concordato, o di una mancata autorizzazione al pagamento degli stessi, «non potendo la stessa essere individuata nel provvedimento di ammissione, ai sensi dell'art. 163 legge fall., nei confronti di debito scaduto nelle more tra la presentazione del ricorso con riserva e la sua ammissione, essendo tale situazione equiparabile, quanto alla possibilità di compimento di atti di straordinaria amministrazione, a quella del concordato con piano, e non potendo, sul versante penale, accordarsi valore di scriminante all'ammissione al concordato rispetto ad una condotta di reato già perfezionatasi. In tale ambito non rileva il richiamo alla retrodatazione degli effetti, indicata nella sentenza n. 36320/2019, che concerne il diverso profilo dell'efficacia verso i terzi

e verso il debitore (168 legge fall. e 188 legge fall.) a fronte del chiaro dettato normativo di cui agli artt. 161 comma 7 e 167 legge fall.».

2.5. Art. 10-ter.

Con riferimento al delitto di cui all'art. 10-ter, d.lgs. citato, **Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 2020, Mattiazzo, Rv. 278909**, ha affermato che l'omesso versamento dell'IVA dipeso dal mancato incasso per inadempimento contrattuale dei propri clienti non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter, atteso che l'obbligo del predetto versamento prescinde dall'effettiva riscossione delle relative somme e che il mancato adempimento del debitore è riconducibile all'ordinario rischio di impresa, evitabile anche con il ricorso alle procedure di storno dai ricavi dei corrispettivi non riscossi.

La decisione si ricollega alla considerazione che in tema di IVA, ai fini della variazione dell'imponibile in senso favorevole al contribuente, devono ricorrere i seguenti presupposti: a) la realizzazione di un'operazione imponibile, per la quale sia stata emessa fattura; b) il sopravvenire di una causa di scioglimento del contratto; c) la sussistenza di un titolo idoneo a realizzare gli effetti risolutori del precedente contratto; d) l'identità delle parti dell'accordo risolutorio e del negozio oggetto di risoluzione consensuale; e) il regolare adempimento degli obblighi di registrazione previsti dal d.P.R. n. 633 del 1972; f) un lasso di tempo infrannuale, entro il quale deve verificarsi la vicenda risolutiva, qualora essa trovi titolo in un accordo di mutuo dissenso (cfr. Sez. 5 civile, n. 1303 del 18/01/2019).

Nella giurisprudenza penale, il principio di diritto sopra enunciato trova risconto anche in altre pronunce, fra le quali, da ultimo, Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, Ventura, Rv. 272069, secondo cui il reato omissivo previsto dall'art. 10-ter citato consiste nel mancato versamento all'erario delle somme dovute sulla base della dichiarazione annuale che, tranne i casi di applicabilità del regime di "IVA per cassa", è ordinariamente svincolato dalla effettiva riscossione delle somme-corrispettivo relative alle prestazioni effettuate.

Una diversa impostazione contraddistingue, invece, Sez. 3, n. 29873 del 01/12/2017 – dep. 2018 -, Calabrò, Rv. 273690, che, nell'affermare il principio secondo cui, ai fini dell'accertamento del dolo generico del delitto di omesso versamento di IVA di cui all'art. 10-ter citato, occorre ravvisare la concreta possibilità di adempiere il pagamento nei termini di legge che costituisce il presupposto della sussistenza della volontà del soggetto obbligato di non effettuare il versamento dovuto, ha concluso per l'esclusione del dolo nell'ipotesi in cui l'omesso versamento derivi dalla mancanza della necessaria liquidità dovuta al mancato incasso delle fatture emesse con l'addebito d'imposta.

Siffatto principio, - osserva la citata sentenza n. 6506 del 2020 - «appare non in linea con le dianzi riportate indicazioni, cui invece si ritiene opportuno dare continuità, derivanti sia dalla giurisprudenza propriamente tributaria», la quale «non risulta affatto ancorare la sussistenza del presupposto per l'affermazione della dovutezza del pagamento dell'IVA da parte del contribuente tributariamente inciso da essa all'avvenuta rimessa della relativa provvista da parte del soggetto finanziariamente tenuto a tenere indenne il suo dante causa dagli effetti dell'imposta», sia dal prevalente orientamento della stessa Corte penale «che, oltre a disancorare, come sopra rilevato, la struttura del reato dall'effettiva riscossione da parte del contribuente delle somme che egli sarà tenuto a versare a titolo di Iva, ha, in svariate occasioni, anche assai prossime nel tempo, ribadito che la colpevolezza del contribuente, in caso di omesso versamento dell'IVA risultante dalla dichiarazione presentata non è esclusa dalla crisi di liquidità del debitore alla scadenza del termine fissato per il pagamento, anche se derivante dall'omesso versamento da parte dei fruitori dei suoi beni o servizi della necessaria provvista finanziaria, a meno che non venga dimostrato che siano state adottate da quello tutte le iniziative per provvedere alla corresponsione del tributo e, nel caso in cui l'omesso versamento dipenda dal mancato incasso dell'IVA per altrui inadempimento, non siano provati i motivi che hanno determinato l'emissione della fattura antecedentemente alla ricezione del corrispettivo».

Infine, una puntuale declinazione degli orientamenti ermeneutici di legittimità in relazione alla specificità regime fiscale del consolidato nazionale proviene da **Sez. 3, n. 5513 del 16/10/2019, dep. 2020, Mocali, Rv. 278254**, la quale, con particolare riferimento alla configurabilità della responsabilità della società consolidante nel caso di omesso versamento delle somme da parte delle società consolidate, ha affermato che, «qualora un gruppo societario eserciti l'opzione per il regime fiscale del consolidato nazionale, disciplinato dagli artt. 117 e ss. del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 - testo unico delle imposte sui redditi -, è configurabile la responsabilità della società consolidante, e per essa dei suoi amministratori, per il reato di omesso versamento di IVA di cui all'art. 10-ter del d.lgs.17 marzo 2000, n. 74, anche nel caso della mancata corresponsione delle imposte dovute dalle società controllate».

2.6. Art. 10-quater.

Molteplici sono stati, anche nel corso dell'anno appena trascorso, gli interventi in tema di indebita compensazione di cui all'art. 10-quater, d.lgs. n. 74 del 2000.

Sez. 3, n. 23027 del 23/06/2020, Mangieri, Rv. 279755 si è occupata dell'individuazione del momento consumativo del reato e della eventuale incidenza delle risultanze del c.d. cassetto fiscale. La Corte ha affermato che il delitto *de quo* si consuma al momento della presentazione dell'ultimo modello F24 relativo all'anno interessato e non in quello della successiva dichiarazione dei redditi, in quanto, con l'utilizzo del modello indicato, si perfeziona la condotta decettiva del contribuente, realizzandosi il mancato versamento per effetto dell'indebita compensazione di crediti in realtà non spettanti in base alla normativa fiscale; non rilevano, pertanto, l'eventuale mancato computo della compensazione da parte dello Stato ed il conseguente non aggiornamento del c.d. cassetto fiscale, in quanto tali operazioni, successive alla presentazione del modello indicato, sono soltanto ricognitive del rapporto obbligatorio tra Amministrazione e contribuente, senza alcun effetto costitutivo o modificativo.

Sul piano della puntuale delimitazione, in via ermeneutica, dei tratti essenziali della condotta tipica, **Sez. 3, n. 13149 del 03/03/2020, Pmt c/ Bonelli, Rv. 279118** ha ribadito l'orientamento secondo il quale la compensazione di cui al reato in esame ricomprende sia quella c.d. verticale, riguardante crediti e debiti per tributi di natura omogenea, sia quella c.d. orizzontale, concernente crediti e debiti di natura diversa, anche non afferenti alle imposte dirette od all'IVA. Tale impostazione ricostruttiva ha consentito alla Corte di precisare che l'art.10-quater citato, richiamando espressamente l'art.17, d.lgs. 9 luglio 1997, n.241, risulta applicabile anche alle ipotesi di indebita compensazione tra crediti risultanti da dichiarazioni fiscali ed altre imposte, contributi previdenziali ed assistenziali, premi Inail ed altre somme dovute allo Stato, alle Regioni, agli enti locali od altri enti.

In tale prospettiva, la decisione si distacca dall'orientamento, di cui è espressione Sez. 1, n. 38042 del 10/05/2019, Pmt/Santoro, Rv. 278825, che, invece, circoscrive la condotta di omesso versamento di cui all'art. 10-quater cit. esclusivamente alle somme dovute a titolo di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, «coerentemente con la sua collocazione all'interno di un testo normativo concernente i soli reati attinenti dette imposte e con la speciale causa di non punibilità del pagamento del debito tributario disciplinata dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000 in termini incompatibili con obblighi di natura diversa. In tal senso, la decisione della Prima sezione penale annota che tale conclusione non è impedita dalla riferibilità dell'istituto della compensazione di cui all'art. 17 d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, come espressamente richiamato dall'art. 10-quater cit., anche a crediti e debiti di natura diversa.

Argomenti a sostegno di tale ricostruzione sono tratti, innanzitutto, dalla collocazione sistematica della norma all'interno di un decreto legislativo che

disciplina i reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto; senza trascurare che le "disposizioni comuni" contenute nel titolo III del decreto si riferiscono ad importi riguardanti unicamente debiti tributari ed imposte evase e che la sopraindicata causa di non punibilità, essendo tipicamente riconnessa a debiti tributari, non risulterebbe compatibile con obblighi di natura diversa quali, ad esempio, quelli relativi a contributi previdenziali e assistenziali.

La decisione recenziore non ritiene condivisibile l'approdo decisorio della sentenza Santoro, ritenendo, in particolare, che l'argomento utilizzato (ossia il richiamo alla causa di non punibilità del pagamento del debito tributario *ex* art. 13, co. 1, d.lgs. n. 74 del 2000, che, parificando le tre fattispecie di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater, confermerebbe che quella contemplata dalla norma di cui all'art. 10-quater, come le altre due, punirebbe sempre e solo l'omesso versamento delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto), in realtà non tiene conto del disposto del citato art. 17 d.lgs. n. 241 del 1997, il quale non limita la facoltà del contribuente di procedere alla compensazione di posizioni di debito o credito a quelle afferenti alla medesima imposta (cd. compensazione verticale), estendendo tale facoltà anche a debiti e crediti di natura diversa (c.d. compensazione orizzontale) nei termini di cui sopra.

Il richiamato art. 13, co. 1, del d.lgs. 74/2000, si muove, invece, in un'ottica premiale volta maggiormente alla tutela del corretto gettito fiscale piuttosto che alla punizione dei trasgressori e la ragione dell'avere accomunato nel comma 1 le fattispecie di omesso versamento di ritenute e di IVA risiede essenzialmente nel fatto che per gli omessi versamenti e per l'indebita compensazione la non punibilità si radica sull'avere il contribuente correttamente indicato il proprio debito tributario, effettuando il pagamento del dovuto nei termini previsti, a differenza di quanto invece previsto dal comma 2 dell'art. 13 citato per i reati dichiarativi, per i quali è necessaria anche la spontaneità della resipiscenza del contribuente; si tratta, dunque, di una *ratio* che non autorizza la conclusione che la predetta "parificazione" fra le due categorie di reati implichi che l'art. 10-quater sia applicabile soltanto alla indebita compensazione delle imposte e non anche quella relativa a debiti previdenziali o INAIL.

Ulteriore profilo oggetto di intervento nomofilattico da parte della Corte è quello costituito dalla soglia di rilevanza penale contemplata dalla fattispecie delittuosa in esame, pari a cinquantamila euro annui. **Sez. 3, n. 14763 del 19/02/2020, Cercel, Rv. 279119**, ha, in particolare, specificato che essa va riferita all'ammontare dei crediti non spettanti utilizzati per le compensazioni indebite, e non alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto non versate, con la conseguenza che, per accertare il superamento della soglia, occorre procedere alla somma algebrica degli importi dei crediti inesistenti o non spettanti portati in

compensazione. La medesima impostazione si rinviene, altresì, in **Sez. 3, n. 34966 del 16/10/2020, Capoccia, Rv. 280428**.

La delimitazione della sfera dei soggetti attivi del reato ha costituito oggetto dell'elaborazione di **Sez. 3, n. 1722 del 25/09/2019, dep. 2020, Passoni, Rv. 277507**, secondo cui l'amministratore di fatto risponde, quale autore principale, del delitto di indebita compensazione di cui all'art. 10-quater d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in quanto titolare effettivo della gestione sociale e, pertanto, nelle condizioni di poter compiere l'azione dovuta, mentre l'amministratore di diritto, come mero prestanome, è responsabile del medesimo reato a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento, ai sensi degli artt. 40, comma secondo, cod. pen. e 2932 cod. civ., a condizione che ricorra l'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice. Nella specie, la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza di merito con la quale è stata affermata la sussistenza del dolo eventuale dell'amministratore di diritto, desumendola, oltre che dall'accettazione della carica, da una pluralità di elementi fattuali convergenti, che ne comprovavano la consapevolezza delle criticità gestionali della società e lo svolgimento di un ruolo attivo in ambito societario, con conseguente accettazione del rischio relativo alla commissione di reati da parte dell'amministratore di fatto.

Infine, è da segnalare, sul versante della disciplina processuale, **Sez. 3, n. 6529 del 12/12/2019, dep. 2020, Magnozzi, Rv. 278597**, secondo cui, ai fini della determinazione della competenza per territorio riguardante il delitto di indebita compensazione, atteso che l'obbligazione tributaria può essere adempiuta presso qualsiasi concessionario operante sul territorio nazionale, va applicato, nella conseguente impossibilità di fare riferimento al luogo di consumazione di cui all'art. 8 cod. proc. pen., il criterio sussidiario del luogo dell'accertamento del reato di cui all'art. 18, comma 1, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, prevalente, per la sua natura speciale, rispetto alle regole generali dettate dall'art. 9 cod. proc. pen.

2.7. Art. 11.

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, che punisce colui che, per sottrarsi alle imposte, aliena simulatamente o compie atti fraudolenti sui propri o altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva, è stato affermato da **Sez. 3, n. 19989 del 10/01/2020, Costagliola, Rv. 279290** che non è necessaria la fondatezza della pretesa erariale, di talché la Corte, avuto riguardo ad una fattispecie relativa ad un'operazione di scissione societaria volta a deprivare il patrimonio della società contribuente, ha ritenuto legittimo il sequestro

preventivo delle quote e dei beni societari, nonostante lo sgravio parziale delle somme dovute all'erario a seguito di annullamento dell'avviso di accertamento.

Quanto alla puntuale interpretazione della nozione di fraudolenza, **Sez. 3, n. 35983 del 17/09/2020, Colanzi, Rv. 280372** osserva che gli atti dispositivi compiuti dall'obbligato, oggettivamente idonei ad eludere l'esecuzione esattoriale, hanno natura fraudolenta allorquando siano connotati da elementi di artificio, inganno o menzogna tali da rappresentare ai terzi una riduzione del patrimonio non corrispondente al vero, così mettendo a repentaglio o, comunque, rendendo più difficoltosa la procedura di riscossione coattiva. In tale prospettiva, la decisione in parola ha condiviso la qualificazione di atto fraudolento attribuita dal giudice di merito alla cessione, da parte dell'imputato, della propria azienda per un prezzo irrisorio in favore di una società non operativa, creata al solo scopo di effettuare l'acquisto e apparentemente amministrata da un familiare dello stesso imputato.

2.8. Concorso di persone nei reati di cui agli artt. 2 ed 8.

La giurisprudenza della Terza sezione (cfr., da ultimo, Sez. 3, n. 5434 del 25/10/2016, dep. 2017, Rv. 269279) aveva già fissato il principio secondo il quale la disciplina in deroga all'ordinaria disciplina in tema di concorso di persone nel reato, prevista dall'art. 9 del d.lgs. 74 del 2000, non si applica laddove il soggetto emittente le fatture per operazioni inesistenti coincida con l'utilizzatore delle stesse, con particolare riferimento ad un'ipotesi in cui la stessa persona fisica rivestiva contemporaneamente la carica di amministratore delle società emittente e di quella utilizzatrice delle medesime fatture per operazioni inesistenti. Sul punto, **Sez. 3, n. 34021 del 29/10/2020, Rossineli, Rv. 280370** ha affrontato l'ipotesi, concettualmente distinta, del concorso dell'*extraneus* – nella specie, consulente fiscale - nella commissione di entrambi i reati di cui agli artt. 2 ed 8 d.lgs. citato, giungendo ad affermare che la predetta disciplina in deroga di cui all'art. 9, come non si applica al soggetto che cumula in sé la qualità di emittente e quella di utilizzatore delle medesime fatture false, così è inapplicabile anche al consulente fiscale che con il primo concorra, quale *extraneus*, nella commissione di ciascuno dei reati oggetto di volontà comune, in considerazione della natura paritaria del titolo di responsabilità previsto dall'art. 110 cod. pen.

2.9. Art. 5-septies d.l. n. 167 del 1990.

Un'approfondita analisi della fattispecie di esibizione di atti falsi e comunicazione di dati non rispondenti al vero contemplata dall'art. 5-septies d.l.

28 giugno 1990, n. 167, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, si rinviene in **Sez. 3, n. 27603 del 14/07/2020, Cerea.**

Com'è noto, l'art. 4 del d.l. n. 167 del 1990 stabilisce che le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed equiparate ai sensi dell'articolo 5 del TUIR, residenti in Italia che, nel periodo d'imposta, detengono investimenti all'estero ovvero attività estere di natura finanziaria, suscettibili di produrre redditi imponibili in Italia, devono indicarli nella dichiarazione annuale dei redditi; il successivo art. 5-quater (Collaborazione volontaria), come modificato dal d.l. 30/09/2015, n. 153 stabilisce che l'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione di cui all'articolo 4, comma 1, commessa fino al 30 settembre 2014, può avvalersi della procedura di collaborazione volontaria per l'emersione delle attività finanziarie e patrimoniali costituite o detenute fuori del territorio dello Stato, per la definizione delle sanzioni per le eventuali violazioni di tali obblighi e per la definizione dell'accertamento mediante adesione. A tal fine, la norma prevede alcuni specifici adempimenti da parte del contribuente, quali l'indicazione spontanea all'Amministrazione finanziaria, mediante la presentazione di apposita richiesta, delle attività e degli investimenti di natura finanziaria all'estero, anche in via indiretta o per interposta persona, fornendo la relativa documentazione, necessaria anche per la determinazione degli eventuali maggiori imponibili relativamente a tutti i periodi d'imposta ancora suscettibili di accertamento; infine, il versamento delle somme dovute. Il corretto svolgimento della procedura di collaborazione volontaria comporta l'esclusione della punibilità per i delitti di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 10-bis e 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000, nonché delle condotte previste dagli artt. 648-bis, 648-ter, 648-ter.1 cod. pen., se commesse in relazione ai predetti delitti.

A presidio del corretto svolgimento della procedura, l'art. 5-septies dispone: «L'autore della violazione di cui all'articolo 4, comma 1, che, nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria di cui all'articolo 5-quater, esibisce o trasmette atti o documenti falsi, in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni. L'autore della violazione di cui all'articolo 4, comma 1, deve rilasciare al professionista che lo assiste nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale attesta che gli atti o documenti consegnati per l'espletamento dell'incarico non sono falsi e che i dati e notizie forniti sono rispondenti al vero».

In tale contesto normativo, la decisione della Terza sezione sopra citata ha stabilito, innanzitutto, che il soggetto attivo del reato di cui all'art. 5-septies, d.l. 28 giugno 1990, n. 167, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 1990, n. 227, è colui che si avvale della procedura di «collaborazione volontaria», poiché,

avendo l'obbligo di rendere una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà circa la veridicità di dati, notizie e documenti forniti al professionista che lo assiste, è responsabile per l'eventuale mendacio in ordine agli stessi (**Rv. 280279-01**).

In secondo luogo, la sentenza n. 27603 del 2020 ha precisato che, fra i dati e le notizie rilevanti ai fini della procedura in esame, sono ricomprese anche le circostanze fattuali necessarie ai fini della individuazione del regime fiscale applicabile, e, quindi, della determinazione dell'esatto ammontare degli imponibili. (In motivazione, la Corte ha affermato che in tale ambito sono inclusi i dati concernenti la disponibilità di società-schermo nel medesimo settore di attività in cui si collocano le operazioni oggetto della procedura di «collaborazione volontaria») (**Rv. 280279-02**). Infine, la prefata decisione ha individuato il profitto del reato *de quo* «nelle somme non versate per effetto della esibizione o trasmissione di atti o documenti falsi o della comunicazione di dati e notizie non rispondenti al vero nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria a norma dell'art. 5-quater del d.l. citato, trattandosi del vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell'illecito. (**Rv. 280279-03**).

3. Cause di non punibilità e circostanze attenuanti.

3.1. Art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000.

L'elaborazione in materia penaltributaria frutto della giurisprudenza della Terza sezione della Corte non ha trascurato di dedicare la propria attenzione ad alcuni significativi profili attinenti alla causa di non punibilità prevista dall'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

In particolare, **Sez. 3, n. 17806 del 29/01/2020, Tamburro, Rv. 279426** ha stabilito che la compensazione legale del debito IVA con i crediti del contribuente non integra la causa di non punibilità prevista dall'art. 13 citato, rappresentando, piuttosto, un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento e non costituendo, pertanto, una forma di "pagamento" del debito quale elemento richiesto espressamente dalla norma. La decisione argomenta nel senso che «va anzitutto escluso, in generale, che la compensazione di diritto, ove maturata prima della scadenza dell'obbligo di versamento dell'IVA, sia idonea ad estinguere in radice il debito stesso sicché non potrebbe parlarsi, evidentemente, ai sensi dell'art. 13, del pagamento di un debito che sarebbe, già di per sé, inesistente». In secondo luogo, muovendo dall'ipotesi che, invece, la compensazione di specie fosse maturata successivamente alla scadenza dell'obbligo di versamento, «va

rilevato che il dettato dell'art. 13 cit., che fa espresso riferimento al "pagamento", in esso includendo anche ipotesi specifiche derivanti da istituti di natura conciliativa, non consente di includervi l'ipotesi della compensazione legale che, come noto, rientra, per espressa qualificazione del codice civile, tra i "modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento", ovvero, in altri termini, diversi proprio dal pagamento».

Sul piano dei meccanismi operativi delineati dalla norma al fine di consentire all'imputato-contribuente di fruire della predetta causa di non punibilità, rilevante è il contributo offerto da **Sez. 3, n. 5288 del 12/11/2019, dep. 2020, Carelli, Rv. 278397**, a tenore della quale la concessione del termine trimestrale di cui all'art.13, comma 3, d.lgs. citato, che consente il pagamento del debito erariale in pendenza del processo, «presuppone l'esistenza di un piano di rateizzazione produttivo di effetti e il rispetto del termine di pagamento delle singole rate, previsto a pena di decadenza». Facendo puntuale applicazione di tale principio, la Corte ha, in particolare, ritenuto immune da censure la mancata concessione del suddetto termine non avendo l'imputato fornito prova della sussistenza di un valido piano di rateizzazione e dell'adempimento degli importi oggetto di dilazione ai sensi dell'art. 3-bis, d.lgs.18 dicembre 1997, n. 462.

Le implicazioni scaturenti dall'accordo con l'amministrazione finanziaria per il pagamento rateale del debito tributario sono state oggetto anche di **Sez. 3, n. 16472 del 28/02/2020, Giardi, Rv. 279012**, secondo cui «l'accordo tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria per la rateizzazione del debito, quantunque comporti la rimodulazione della sua scadenza, che viene scansionata nel tempo in corrispondenza ai termini delle singole rate, non esclude che, al verificarsi di detta scadenza senza la soddisfazione totale del debito, il reato resti comunque configurabile, in quanto la previsione di una causa sopravvenuta di non punibilità del fatto lascia immutata l'illiceità della condotta, che non può ritenersi scriminata ai sensi dell'art. 51 cod. pen. né ai sensi dell'art. 59, comma quarto, cod. pen., cadendo l'errore del contribuente su norme penali (nella specie gli artt. 10-ter e 13, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), con conseguente applicazione dell'art. 5 cod. pen.».

3.2. Art. 131-bis cod. pen.

Ulteriori pronunce della Terza sezione hanno analizzato il tema dei rapporti fra art. 131-bis cod. pen. e fattispecie penaltributarie. **Sez. 3, n. 16599 del 20/02/2020, Latorre, Rv. 278946**, occupandosi di una fattispecie di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi ai fini di evasione delle imposte, ha puntualizzato che la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen. è

applicabile laddove la omissione abbia riguardato un ammontare vicinissimo alla soglia di punibilità, fissata in euro 50.000,00 dall'art. 5 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, in ragione del fatto che il grado di offensività che fonda il reato è stato valutato dal legislatore nella determinazione della soglia di rilevanza penale: nella specie, la Corte ha ritenuto che la censura del ricorrente relativa al mancato riconoscimento della predetta causa di non punibilità fosse manifestamente infondata con riferimento ad una evasione di imposta eccedente la soglia di legge per un ammontare di euro 5.825,21, superiore all'11% dell'importo della soglia stessa.

In argomento, da segnalare, altresì, **Sez. 3, n. 36915 del 22/12/2020, Vittalini, Rv. 280269 – 02**, secondo cui, in tema di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, anche nell'ipotesi lieve prevista dall'art. 2, comma 2-bis, d.lgs. n. 74 del 2000 non opera la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen., neppure a seguito della parziale declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2020, in quanto essa, essendo riferita ai reati per i quali non è stabilito un minimo edittale di pena detentiva - con conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, primo comma, cod. pen. - e nei quali, pertanto, sono potenzialmente sussumibili condotte della più tenue offensività, non può essere estesa ad una ipotesi in cui la pena minima è stabilita in un anno e sei mesi di reclusione.

3.3. Circostanza attenuante ex art. 13-*bis*, comma 1 d.lgs. n. 74 del 2000.

Pronunciandosi in ordine all'attenuante di cui all'art. 13-bis, comma 1, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, che consegue al pagamento dei debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, **Sez. 3, n. 9883 del 04/02/2020, Carlovico, Rv. 278671**, ha chiarito che la stessa richiede il presupposto della esistenza di un debito tributario suscettibile di essere adempiuto, sicché non è applicabile in relazione ai reati che sussistono pur in assenza di un'evasione di imposta. Il principio è stato direttamente riferito ad una fattispecie di reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti, ex art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000, ma in motivazione la Corte ha affermato che «al medesimo genere appartengono anche i reati di cui agli artt. 10 e 11, la cui integrazione non è condizionata dall'esistenza di un'omissione tributaria o comunque di un danno patrimoniale a carico dell'Erario». Tali ipotesi, infatti, costituiscono reati di pericolo «la cui integrazione non necessita del verificarsi di un evento naturalistico, nel caso la evasione di

imposta, essendo sufficiente che si realizzi il pericolo che questo si verifichi» (cfr. anche Sez. 3, n, 46049 dell'11/10/2018, Carestia, Rv. 274697 – 02).

Nel contempo, la Corte ha escluso, in quanto manifestamente infondato, ogni profilo di irragionevolezza ovvero di contrasto con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., avendo in realtà il legislatore, per un verso, «inteso premiare con un trattamento sanzionatorio più blando il soggetto che, attraverso il pagamento delle imposte fino a quel momento evase, ha in tal modo dimostrato concretamente una forma di avvenuta resipiscenza rispetto al suo precedente atteggiamento antigiuridico

(né la circostanza che un siffatto atteggiamento non possa essere negli stessi termini dimostrato da chi non avendo evaso alcuna imposta non sia in condizione di pagarla prima dell'inizio del dibattimento costituisce fattore tale da determinare un trattamento irragionevolmente deteriore di tale seconda categoria di soggetti, una volta che gli stessi siano condannati, atteso che la descritta circostanza, cioè la mancata sussistenza di un danno materiale a carico dell'Erario quale conseguenza dell'agire di costoro, potrà essere ragionevolmente oggetto di valutazione da parte del giudicante nell'ambito della discrezionale quantificazione della pena entro la forcella edittale prevista per il singolo reato perpetrato), mentre ha, per altro verso, così inteso incentivare - facendo uso della ampia discrezionalità che è concessa al legislatore in materia di misure ampliative o comunque attributive di benefici - attraverso la previsione premiale della circostanza attenuante in questione, attesi gli evidenti vantaggi di carattere generale che da ciò possono derivare al complessivo sistema fiscale, il, sia pure differito, integrale adempimento degli obblighi tributari da parte di chi si sia, sino a quel momento, sottratto ad essi».

Di notevole rilievo è, altresì, il principio espresso da **Sez. 3, n. 36915 del 22/12/2020, Vittalini, Rv. 280269-01:** in tema di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, la sentenza ha affermato che il riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 13-bis, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000 non consente, ai sensi dell'art. 131-bis, comma 4, cod. pen., l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in quanto, ricorrendo una sola circostanza ad effetto speciale per la quale non è prevista una diminuzione minima, va effettuata un'ideale diminuzione di un giorno di reclusione, sicché il massimo di pena previsto per detta fattispecie delittuosa non rientra nel limite di cinque anni previsto dall'art. 131-bis cod. pen.

Infine, a completamento del quadro così sinteticamente tratteggiato va annotato che la Corte, con altra decisione, ha avuto modo di ribadire che la fattispecie di cui all'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 74 del 2000, n. 74, abrogata dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre

2011, n. 148, ha natura di reato autonomo e non di circostanza attenuante ad effetto speciale. (**Sez. 3, n. 3163 del 22/11/2019, dep. 2020, Bruschi, Rv. 278251**).

4. Sequestro e confisca.

È noto che, secondo il *dictum* di Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437-01, «qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato». Altrettanto noto è il principio enunciato da Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258647, secondo cui è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto rimasto nella disponibilità di una persona giuridica, derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante, non potendo considerarsi l'ente una persona estranea al detto reato.

In tale quadro, **Sez. 3, n. 31516 del 29/09/2020, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 280152**, resa in fattispecie relativa al reato di omesso versamento di ritenute dovute o certificate ex art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, ha precisato che il riferimento alla natura fungibile del denaro non consente il sequestro preventivo funzionale alla confisca diretta delle somme depositate sul conto corrente bancario di una società dichiarata fallita, corrispondenti alle rimesse effettuate dal curatore fallimentare successivamente alla data di consumazione del reato da parte del legale rappresentante della stessa, in quanto esse, non derivando dal reato, non ne possono costituire il profitto.

Una puntuale declinazione dei principi generali in materia di sequestro e confisca in relazione alla specifica fattispecie di indebita compensazione, di cui all'art. 10-quater, d.lgs. n. 74 del 2000, posta in essere dall'amministratore di una persona giuridica ha condotto **Sez. 3, n. 23040 del 01/07/2020, Multi Professional Service srl, Rv. 279827** ad affermare che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca in forma diretta del profitto derivante dal reato può avere ad oggetto il saldo attivo presente sul conto corrente sociale al momento della sua consumazione, coincidente con la presentazione dell'ultimo modello F24 relativo all'anno interessato - sul rilievo indiziario che le disponibilità monetarie si siano accresciute per il risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta -, restando onere della difesa allegare circostanze specifiche da cui desumere che, alla data di consumazione del reato, non vi

fossero sul predetto conto somme liquide a disposizione del contribuente o che il denaro sequestrato sia frutto di accrediti con causa lecita effettuati successivamente a tale momento.

Con specifico riferimento alla figura del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, **Sez. 3, n. 25448 del 23/07/2020, Carelli, Rv. 279867** ha affermato che è legittima l'apposizione del vincolo cautelare in funzione della confisca per equivalente di una quota dell'immobile di piena proprietà dell'indagato, ben potendo il vincolo essere apposto su di un bene solo fino alla concorrenza del profitto del reato da sequestrare.

È interessante notare come, in motivazione, la Corte abbia precisato che, in caso di confisca della sola quota in conseguenza della necessità di rapportare l'importo oggetto di sequestro al valore del profitto conseguito, si realizza una comunione ordinaria sul bene immobile tra lo Stato - e, per esso, l'Agenzia del demanio - e l'indagato, assoggettata alla disciplina generale sulla comunione ordinaria di cui agli artt. 1100-1116 cod. civ.

Sempre in relazione al tema dell'apposizione di un vincolo cautelare funzionale alla confisca per equivalente, nella specie dei beni dell'amministratore, nel caso di incapienza dei beni della società rispetto al debito maturato, **Sez. 3, n. 23621 del 17/07/2020, Zamattio, Rv. 279824**, ponendosi nel solco di altre precedenti pronunce (cfr., ad esempio, Sez. 3, n. 40362 del 06/07/2016, D'Agostino, Rv. 268586) ha affermato che in tal caso il sequestro preventivo, non presupponendo alcuna forma di responsabilità civile, può avere ad oggetto anche beni inclusi nel fondo patrimoniale familiare, «in quanto su di essi grava un mero vincolo di destinazione che non ne esclude la disponibilità da parte del proprietario che ve li ha conferiti». (Fattispecie nella quale è stato ritenuto legittimo il sequestro di un immobile appartenente al ricorrente, sebbene incluso nel fondo patrimoniale e assegnato alla moglie separata ed ai figli).

Riguardo, poi, alla disposizione di cui all'art.12-bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, introdotta dal d.lgs. n.158 del 2015, secondo cui la confisca diretta o di valore dei beni costituenti profitto o prezzo del reato «non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro», **Sez. 3, n. 28488 del 10/09/2020, D'Angela, Rv. 280014** ha precisato che tale norma deve essere intesa nel senso che la confisca - così come il sequestro preventivo ad essa preordinato - può essere adottata anche a fronte dell'impegno di pagamento assunto, producendo tuttavia effetti solo ove si verifichi l'evento futuro ed incerto costituito dal mancato pagamento del debito. In tale prospettiva, la Corte ha precisato che il sequestro e la conseguente confisca devono essere conservati fino all'integrale effettivo pagamento della somma

evasa, potendo le rate già versate essere considerate solo ai fini della riquantificazione della misura.

Ulteriori precisazioni sul tema provengono da **Sez. 3, n. 14738 del 12/12/2019, dep. 2020, Marchio, Rv. 279462**, a tenore della quale l'anzidetta previsione di cui al comma secondo dell'art. 12-bis citato «si riferisce ai casi di obbligo assunto nei termini riconosciuti dalla legislazione tributaria di riferimento, tra i quali rientra la definizione agevolata delle controversie prevista dall'art. 6, commi 6 e 8, del d.l. 24 ottobre 2018, n. 119, conv. con mod. dalla legge 17 dicembre 2018 n. 136 (c.d. "pace fiscale"), sempre che la controversia oggetto di richiesta di definizione non riguardi, in tutto o in parte, le risorse o somme di cui al comma 5, lett. a e b, del suddetto art. 6 del d. l. n. 119 del 2018 ed abbia ad oggetto gli stessi fatti produttivi del profitto confiscabile».

Resta fermo, come annota **Sez. 3, n. 14766 del 26/02/2020, Pmt c/ Sangermano, Rv. 279382**, che il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti della persona fisica «è ammissibile anche nel caso di intervenuto fallimento della persona giuridica, che determina il passaggio dei beni nella disponibilità della curatela, con conseguente impossibilità di ablazione attraverso il sequestro in via diretta nei confronti di detta persona giuridica».

In una prospettiva non dissimile, **Sez. 3, n. 9380 del 16/10/2019, dep. 2020, Caucci, Rv. 278416**, in una fattispecie in tema di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ha affermato che la possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni degli amministratori sussiste anche laddove non possa farsi luogo al sequestro diretto del profitto derivante dalla commissione del reato nel patrimonio dell'ente nel cui interesse costoro hanno agito perché già sottoposto a sequestro preventivo in relazione ad altro reato.

Sempre in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, **Sez. 3, n. 10098 del 27/11/2019, dep. 2020, Pavesi, Rv. 278536-02**, ha affermato che, in ipotesi di cd. estero-vestizione della residenza fiscale, ossia nel caso in cui sia configurabile la "stabile organizzazione" in Italia di una società formalmente residente all'estero, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente può essere disposto sui beni dell'imputato, ove non sia stato possibile reperire nei confronti dell'ente il profitto diretto del reato, mentre, invece, in caso di costituzione di una mera "società-schermo", il sequestro preventivo ai fini di confisca del profitto del reato può essere eseguito, indifferentemente, sia sui beni dell'imputato, sia su quelli della società. **Sez. 3, n. 166 del 09/10/2019, dep. 2020, Calderato Rv. 278576**, occupandosi dei limiti di configurabilità della confisca del profitto in relazione alla fattispecie di occultamento e distruzione di scritture contabili, ha stabilito che «è confiscabile, in via diretta o per equivalente,

a condizione che sia possibile determinare l'importo dell'evasione, il profitto del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000, che consiste nell'indebito vantaggio economico commisurato al debito di imposta, maggiorato delle eventuali sanzioni e degli interessi maturati sino al momento della commissione del fatto, e di cui la condotta delittuosa ha ostacolato la scoperta». Ancora, **Sez. 3, n. 8995 del 07/11/2019, dep. 2020, Piscopo, Rv. 278275** affrontando il tema della contestata legittimità della confisca per equivalente dell'abitazione dell'indagato, quale profitto del delitto di cui all'art. 2 del d.lgs. n.74 del 2000, ha osservato che il limite alla espropriazione immobiliare previsto dall'art. 76, comma 1, lett. a), del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nel testo introdotto dall'art. 52, comma 1, lett. g), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 98), opera solo nei confronti dell'Erario, per debiti tributari, e non di altre categorie di creditori, riguarda l'unico immobile di proprietà, e non la "prima casa" del debitore, e non costituisce un limite all'adozione né della confisca penale, sia essa diretta o per equivalente, né del sequestro preventivo ad essa finalizzato.

Nel caso, infine, in cui la sentenza di condanna per reato tributario abbia omesso la confisca del profitto ex art. 12-bis d.lgs. n. 74 del 2000, **Sez. 3, n. 3165 del 22/11/2019, dep. 2020, Tortorici, Rv. 278637** ha stabilito che detta decisione va parzialmente annullata con rinvio ove occorra verificare, mediante attività istruttorie precluse nel giudizio di legittimità, la possibilità di procedere in via prioritaria alla confisca diretta di tale profitto e, solo ove ciò sia impossibile, a quella per equivalente.

5. Questioni processuali.

Diverse sono le decisioni che hanno affrontato questioni processuali in relazione a fattispecie penaltributarie. Sotto il profilo della contestazione dell'accusa e della precisione e determinatezza del capo d'imputazione, **Sez. 3, n. 6509 del 06/11/2019, dep. 2020, Pace, Rv. 278544** ha puntualizzato che, in relazione al delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti, la mancata indicazione specifica dei soggetti beneficiari delle stesse nel capo di imputazione «non comporta alcuna genericità o indeterminatezza della contestazione del delitto di cui all'art. 8 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, allorché tali soggetti siano agevolmente identificabili in forza di elementi fattuali che ne rendano comunque possibile l'individuazione». In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto sufficientemente determinato un capo di imputazione che si riferiva a tutte le fatture dell'anno 2011.

Sul diverso piano dell'istruzione probatoria, **Sez. 3, n. 28489 del 10/09/2020,** Sammarini**, Rv. 280015**, occupandosi del reato previsto dall'art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000, ha stabilito che non è richiesta, ai fini di prova, l'acquisizione al fascicolo processuale della dichiarazione fiscale del contribuente o di alcuna prova legale, essendo sufficiente che il giudice raggiunga la certezza, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'omissione, per una somma eccedente la soglia di punibilità, abbia ad oggetto l'IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale regolarmente presentata, dandone conto con motivazione immune da vizi logici o giuridici. Nella specie, la Corte ha ritenuto provata l'avvenuta presentazione della dichiarazione IVA in ragione della denuncia presentata dall'Agenzia delle entrate, originata dalla valutazione, da parte del funzionario accertatore, della dichiarazione fiscale contenente la specifica indicazione dell'imposta da versare).

Sotto ulteriore e convergente profilo, **Sez. 3, n. 8784 del 29/11/2019, dep. 2020, Calabrese, Rv. 278266**, in tema di reato di omesso versamento dell'IVA, ha puntualizzato che, nel caso in cui l'ammontare dell'imposta dichiarata e non versata sia indicata dal contribuente con la compilazione del quadro VL, spetta a questi dare dimostrazione dell'inattendibilità, per errore o per altra causa, della dichiarazione a fini IVA, senza che ciò costituisca un'inversione dell'onere della prova.

Sul versante degli eventi che, nel determinare la sospensione del procedimento, incidono sul decorso del termine prescrizionale del reato una puntuale declinazione del tema nel settore dei procedimenti per reati tributari giunge da **Sez. 3, n. 23179 del 16/06/2020, Marcuccio, Rv. 279861**. La decisione, nel fare proprio il principio secondo cui la sospensione del procedimento e il rinvio o la sospensione del dibattimento comportano, senza necessità di un provvedimento formale, la sospensione dei relativi termini ogni qualvolta siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore, ovvero su loro richiesta e sempre che l'una o l'altro non siano determinati da esigenze di acquisizione della prova o dal riconoscimento di un termine a difesa, ha in concreto escluso che il rinvio, disposto su richiesta dell'imputato o del suo difensore, per consentire il completamento della procedura di adesione all'accertamento tributario fosse riconducibile all'esercizio del diritto alla prova o del diritto di difesa nel processo penale.

Gli aspetti di tipo risarcitorio che fanno da corollario alla commissione di un reato fiscale sono stati oggetto di puntuale ricognizione da parte di **Sez. 3, n. 3458 del 18/11/2019, dep. 2020, Viganò, Rv. 278594**: secondo tale arresto decisorio, la persona giuridica amministrata dall'imputato del reato di cui all'art. 2, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 che lamenti un danno alla propria immagine, per il

discredito conseguente alla condanna del proprio legale rappresentante, e un danno patrimoniale, a causa del sorgere della obbligazione di pagamento degli interessi e delle sanzioni derivanti dalle condotte illecite, è legittimata a costituirsi parte civile nei confronti dello stesso. In motivazione la Corte ha precisato che, nonostante la parte offesa dei reati tributari sia l'Agenzia delle Entrate, ciò non esclude che possano esservi altri soggetti danneggiati dai medesimi reati.

Oggetto di perdurante interesse anche da parte della giurisprudenza penaltributaria formatasi nel 2020 è il sempre attuale tema concernente i presupposti per l'accesso ai riti alternativi, in chiave di epilogo decisorio del processo per reati tributari.

Premesso che, come affermato da **Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019, dep. 2020, Bentivogli, Rv. 278014-02**, la condizione per l'ammissibilità del patteggiamento, prevista dall'art. 13-bis, comma 2, d.lgs n. 74 del 2000, come inserita dall'art. 12 del d.lgs. n. 158 del 2015, «ha natura esclusivamente procedimentale e, pertanto, si applica anche ai fatti antecedenti alla sua entrata in vigore», per un più agevole inquadramento della questione, è utile ricordare alcune essenziali tappe dell'evoluzione interpretativa delle disposizioni, invero non cristalline, destinate a regolare la complessa tematica.

Va richiamato, in particolare, che Sez. 3, n. 38684 del 12/04/2018, P.g. in proc. Incerti, Rv. 273607 – 01 aveva affermato il principio secondo cui, in relazione al delitto di omesso versamento dell'IVA, l'estinzione dei debiti tributari mediante integrale pagamento, da effettuarsi prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto di legittimità del patteggiamento ai sensi dell'art. 13-bis del d.lgs. n. 74 del 2000, in quanto l'art. 13, comma 1 configura detto comportamento come causa di non punibilità dei delitti previsti dagli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater del medesimo decreto e il patteggiamento non potrebbe certamente riguardare reati non punibili (In motivazione, la Corte ha richiamato la clausola di salvezza contenuta nello stesso art. 13-bis, comma 2); un conforme orientamento è stato, più di recente, espresso anche da Sez. 3, n. 48029 del 22/10/2019, Rv. 277466.

È altrettanto importante rilevare come la medesima soluzione - originariamente riferita, come visto, ai delitti previsti dagli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater - sia stata successivamente estesa da Sez. 3, n. 10800 del 23/11/2018, dep. 2019, Pg c/ Bianconi, Rv. 277418, al delitto di omessa dichiarazione previsto dall'art. 5 dello stesso d.lgs., nonché, in via di enunciazione di principio, anche a quelli di cui agli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto. Invero, anche in tali ipotesi, secondo la decisione in esame, «l'estinzione dei debiti tributari, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi, mediante integrale pagamento degli importi dovuti prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto

di legittimità dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 13-bis del medesimo d.lgs., in quanto l'art. 13, comma 2, della stessa normativa configura tale comportamento come causa di non punibilità dei delitti previsti dagli artt. 2, 3, 4 e 5 del medesimo decreto. Nella parte motiva di tale decisione, la Corte aveva precisato che l'art. 13-bis d.lgs. n. 74 del 2000, disciplinando la predetta condizione di accesso al rito speciale, fa espressamente salve le ipotesi di non punibilità previste dal citato art. 13 del medesimo d.lgs».

Tuttavia, in merito alla possibilità di estendere l'operatività del principio enunciato dalla sentenza Incerti in relazione ai delitti previsti dagli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater, ampliandone la portata applicativa sino a ricomprendervi, in special modo, anche le diverse fattispecie di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione previste dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 74 del 2000, si registra un differente itinerario interpretativo, esaurientemente espresso da Sez. 3, n. 47287 del 02/10/2019, Cetin Mehmet Emin, Rv. 277897, secondo cui, in tali ipotesi, «la richiesta di applicazione della pena è ammissibile solo quando vi sia stato l'integrale pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado pur se dopo la formale conoscenza, da parte dell'autore del reato, di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, diversamente operando la causa di non punibilità prevista dall'art. 13, comma 2, del medesimo d.lgs.».

Nei passaggi salienti della motivazione della decisione in esame si sottolinea che la soluzione accolta segue ad una ricostruzione del dettato normativo che non si pone in alcun modo in contrasto con il principio, già affermato dalla sentenza n. 38684 del 2018, Incerti, secondo cui in relazione al delitto di omesso versamento dell'IVA, l'estinzione dei debiti tributari mediante integrale pagamento, prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto di legittimità del patteggiamento ai sensi dell'art. 13-bis citato, in quanto l'art. 13, comma 1, configura detto comportamento come causa di non punibilità dei delitti previsti dagli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater del medesimo decreto e il patteggiamento non potrebbe certamente riguardare reati non punibili.

In particolare, l'art. 13-bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, stabilisce, per tutti i delitti previsti dal medesimo provvedimento normativo, la possibilità di accedere al rito del c.d. "patteggiamento" solo quando ricorra la circostanza di cui al comma 1 (fondata sul pagamento integrale, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, di tributi, sanzioni amministrative ed interessi, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione), nonché il ravvedimento operoso, fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 13, commi 1 e 2.

Tale clausola di salvezza si riferisce, precisamente, alle cause di non punibilità ex art. 13: è noto che la norma nei suoi due commi prevede presupposti diversi per i delitti di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1, da un lato, e per i delitti di cui agli artt. 4 e 5 - e, dopo il d.l. 26 ottobre 2019, convertito con modificazioni nella legge 19 dicembre 2019, n. 157, anche per gli artt. 2 e 3 - dall'altro. In particolare, il comma 1 dell'art. 13 stabilisce che «i reati di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso.». A norma dell'art. 13, comma 2, invece, «i reati di cui agli articoli 2, 3, 4 e 5 non sono punibili se debiti tributari, sanzioni e interessi sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.».

La decisione in esame pone in rilievo che, dalla combinazione di tutte le disposizioni indicate, risulta evidente che non si possono porre problemi di ammissibilità del patteggiamento per tutti i delitti citati quando il pagamento del debito tributario dia luogo ad una causa di non punibilità a norma dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, perché in tal caso il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione, in linea con quanto disposto dall'art. 444, comma 2, cod. proc. pen.

In disparte tali ipotesi, la sentenza sottolinea come, per i reati previsti dagli artt. 10-bis, 10-ter e 10- quater, comma 1, gli elementi costituivi della circostanza di cui all'art. 13-bis, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000, la cui verificazione è presupposto per l'accesso al rito del c.d. "patteggiamento", e gli elementi costitutivi della fattispecie integrante la causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 1, del medesimo d.lgs., si sovrappongono totalmente; di qui due conseguenze: in primo luogo, per detti reati, l'estinzione integrale dei debiti tributari prima dell'apertura del dibattimento di primo grado fa scattare la causa di non punibilità, in quanto prevista da una norma che è speciale rispetto a quella relativa alla circostanza attenuante ad effetto speciale. In secondo luogo, per tali reati, il predetto pagamento «non può mai costituire presupposto per l'accesso al rito del c.d. "patteggiamento" perché, se si verifica, dà luogo, in ogni caso, alla causa di non punibilità. In presenza delle indicate fattispecie, quindi, l'alternativa

è o ritenere preclusa in radice la definibilità del procedimento penale a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., o, al contrario, ammetterla, ma senza richiedere il preventivo pagamento del debito tributario. La prima soluzione, però, sembra poco plausibile perché l'art. 13-bis, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000, nei suoi enunciati testuali, non fissa, in linea generale e programmatica, un divieto generale di accesso al c.d. "patteggiamento" per i delitti di cui agli artt. 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1».

Diversa è la situazione riferita ai reati di cui agli artt. 4 e 5 (ed estesa anche alle fattispecie di cui agli artt. 2 e 3, per effetto della sopracitata modifica dell'art. 13, comma 2 per effetto della legge n. 157 del 2019). Per essi, la causa di non punibilità ex art. 13, comma 2, d.lgs. cit. è integrata esclusivamente se l'integrale pagamento del debito è effettuato: a) in collegamento con il ravvedimento operoso o la presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione per il periodo d'imposta successivo; b) «sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali».

È quindi evidente che, per i reati in questione, il pagamento del debito tributario effettuato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ma dopo la formale conoscenza, da parte dell'autore del reato, di uno dei citati atti non potrà integrare la causa di non punibilità, ma solo la circostanza attenuante ad effetto speciale. Pertanto, per questi delitti, si ritiene che l'accesso al rito di cui all'art. 444 cod. proc. pen. possa e debba essere subordinato al verificarsi della circostanza di cui all'art. 13-bis, comma 1, d.lgs. cit.., ossia quando vi sia stato l'integrale pagamento del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, pur se dopo la formale conoscenza, da parte dell'autore del reato, di accessi, ispezioni, verifiche, dell'inizio di altre attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.

Questa soluzione ermeneutica – che, come osservato, non si pone affatto in contrasto con la sentenza Incerti, di cui costituisce, piuttosto, un completamento (introducendo principi che possono oggi essere estesi, come detto, anche alle fattispecie di cui agli artt. 2 e 3) –, pure non isolata (cfr., a titolo esemplificativo, **Sez. 3, n.26529 del 24/06/2020, Zaniboni**), sembra, tuttavia, non essere stata recepita dalla motivazione della più recente **Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019, dep. 2020, Bentivogli, Rv. 278014-01**.

La Corte, in tale ultimo arresto decisorio, ha, innanzitutto, ritenuto pena illegale quella determinata attraverso una riduzione per il patteggiamento non

consentita per la mancanza dei presupposti richiesti dalla legge per l'accesso al rito speciale. In particolare, considerando la nozione di pena illegale, come sintetizzata dalle Sezioni Unite (in particolare, Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02, e Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Iazouli, Rv. 264205-01 e 264207-01), e ritenendo tale anche la pena determinata attraverso l'applicazione di una diminuzione non consentita, per l'assenza di una delle condizioni richieste per accedere al rito alternativo, la sentenza considera illegale la pena nella specie patteggiata, «in quanto determinata mediante l'applicazione di una diminuzione priva del presupposto espressamente previsto per l'accesso al rito alternativo e, quindi, per la sua applicabilità» costituita, per i reati previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000, dal pagamento integrale dei debiti tributari o dal ravvedimento operoso.

In tale prospettiva, peraltro, la decisione interpreta l'art. 13-bis*,* comma 2, d.lgs. citato nel senso che alla regola della previa estinzione dei debiti tributari quale condizione di accesso al rito premiale facciano eccezione non solo i delitti di cui agli artt. 10 bis, 10 ter e 10 quater, ma anche quelli di cui agli artt. 4 e 5, tanto è vero che l'illegalità della riduzione di pena ex art. 444 cod. proc. pen. in quanto effettuata senza che fosse stato integrato, "a monte", il predetto pagamento integrale è stata ritenuta esclusivamente con riguardo ai reati cui agli artt. 10 (capo C) ed 8 (capo D) del d.lgs. n. 74 del 2000, e non anche rispetto al reato, parimenti contestato, di cui all'art. 5 (capi A e B della rubrica).

Infine, per completezza espositiva, per quanto la decisione non appartenga al catalogo di quelle adottate nel corso del 2020, merita di essere richiamata **Sez. 3, n. 41133 del 12/04/2019, Zucchelli, Rv. 277979**, secondo cui, in relazione al delitto di occultamento o distruzione di documenti contabili, l'estinzione dei debiti tributari di cui sopra, comprese sanzioni amministrative e interessi, mediante integrale pagamento degli importi dovuti prima dell'apertura del dibattimento, non costituisce presupposto di legittimità dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 13-bis citato, in quanto tale reato non richiede l'esistenza di un profitto per l'agente o di un danno in termini di minore entrata fiscale per l'Erario. (In motivazione, la Corte ha rilevato che sarebbe stato onere del ricorrente Pubblico Ministero, fornire, nel rispetto del canone della specificità dell'impugnazione, elementi in ordine all'esistenza in capo all'imputato di un qualche debito tributario dipendente dalla condotta a lui contestata, che egli avrebbe dovuto adempiere per accedere al rito).

Di particolare interesse, infine, è la disamina compiuta in tema di formule di assoluzione ed interesse ad impugnare da parte di **Sez. 3, n. 27007 del 22/07/2020, Bianchi, Rv. 279917**.

La decisione ha fissato il principio secondo cui, nel caso di assoluzione dal reato di omesso versamento dell'IVA previsto dall'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000, in ragione del mancato raggiungimento della soglia di punibilità, con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", non sussiste l'interesse dell'imputato ad impugnare la sentenza al fine di ottenere l'assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste", atteso che, ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen., la sentenza penale irrevocabile di assoluzione non pregiudica comunque il potere dell'amministrazione finanziaria di procedere all'accertamento della violazione in relazione all'imposta dovuta e non versata in misura inferiore alla soglia di punibilità, in quanto integrante un fatto diverso da quello giudicato in sede penale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 2451 del 27/09/2007, dep. 2008, Magera, Rv. 238197
Sez. 3, n. 9163 del 29/10/2009, dep. 2010, Lombardi, Rv. 246208
Sez. 3, n. 7080 del 24/01/2012, Barretta, Rv. 252102
Sez. 3, n. 32091 del 21/02/2013, Mazzeschi, Rv. 257043
Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258647
Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Iazouli, Rv. 264205 e 264207
Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437-01
Sez. 3, n. 37856 del 18/06/2015, Porzio, Rv. 265087
Sez. 3, n. 40362 del 06/07/2016, D'Agostino, Rv. 268586
Sez. 3, n. 28681 del 27/01/2017, Peverelli, Rv. 270335
Sez. 3, n. 37849 del 29/03/2017, Meersseman, Rv. 270739
Sez. 3, n. 29873 del 01/12/2017 – dep. 2018 -, Calabrò, Rv. 273690
Sez. U, n. 40986 del 19/07/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02
Sez. 3, n. 38684 del 12/04/2018, P.G. in proc. Incerti, Rv. 273607
Sez. 3, n. 49795 del 23/05/2018, Giacometti, Rv. 274199
Sez. 3, n. 50151 del 13/07/2018, M., Rv. 274090
Sez. 3, n, 46049 del 11/10/2018, Carestia, Rv. 274697-02
Sez. 3, n. 6360 del 25/10/2018, dep. 2019, Capobianco, Rv. 275698
Sez. 3, n. 2860 del 30/10/2018, dep. 2019, Pmt c/ Maurina, Rv. 274822
Sez. 3, n. 10800 del 23/11/2018, dep. 2019, Pg c/ Bianconi, Rv. 277418
Sez. 3, n. 11520 del 29/01/2019, Tonnarello, Rv. 275990
Sez. 3, n. 36320 del 02/04/2019, Prefabbricati srl, Rv. 277687
Sez. 3, n. 41133 del 12/04/2019, Pg c/ Zucchelli, Rv. 277979
Sez. 1, n. 38042 del 10/05/2019, Pmt/Santoro, Rv. 278825
Sez. 3, n. 47287 del 02/10/2019, Pg C/ Cetin Mehmet Emin, Rv. 277897
Sez. 3, n. 48029 del 22/10/2019, Pg c/ Vitali, Rv. 277466
Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019, dep. 2020, Bentivogli, Rv. 278014-01, -02
Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 2020, Mattiazzo, Rv. 278909
Sez. 3, n. 1722 del 25/09/2019, dep. 2020, Passoni, Rv. 277507
Sez. 3, n. 166 del 09/10/2019, dep. 2020, Pmt c/Calderato Rv. 278576
Sez. 3, n. 5513 del 16/10/2019, dep. 2020, Mocali, Rv. 278254
Sez. 3, n. 9380 del 16/10/2019, dep. 2020, Caucci, Rv. 278416
Sez. 3, n. 5411 del 25/10/2019, dep. 2020, Nucita, Rv. 278595
Sez. 3, n. 6509 del 06/11/2019, dep. 2020, Pace. Rv. 278544
Sez. 3, n. 8969 del 07/11/2019, dep. 2020, Cesina, Rv. 278634
Sez. 3, n. 8995 del 07/11/2019, dep. 2020, Piscopo, Rv. 278275

Sez. 3, n. 5288 del 12/11/2019, dep. 2020, Carelli, Rv. 278397,
Sez. 3, n. 10916 del 12/11/2019, dep. 2020, Bracco, Rv. 279859,
Sez. 3, n. 3458 del 18/11/2019, dep. 2020, Viganò, Rv. 278594
Sez. 3, n. 3163 del 22/11/2019, dep. 2020, Bruschi, Rv. 278251
Sez. 3, n. 3165 del 22/11/2019, dep. 2020, Pg c/ Tortorici, Rv. 278637
Sez. 3, n. 10098 del 27/11/2019, dep. 2020, Pavesi, Rv. 278536
Sez. 3, n. 8784 del 29/11/2019, dep. 2020, Calabrese, Rv. 278266
Sez. 3, n. 6529 del 12/12/2019, dep. 2020, Magnozzi, Rv. 278597
Sez. 3, n. 14738 del 12/12/2019, dep. 2020, Marchio, Rv. 279462
Sez. 3, n. 19989 del 10/01/2020, Costagliola, Rv. 279290
Sez. 3, n. 9417 del 14/01/2020, Quattri, Rv. 278421
Sez. 3, n. 17806 del 29/01/2020, Tamburro, Rv. 279426
Sez. 3, n. 9883 del 04/02/2020, Carlovico, Rv. 278671
Sez. 3, n. 18575 del 14/02/2020, Belsito, Rv. 279500
Sez. 3, n. 14763 del 19/02/2020, Cercel, Rv. 279119
Sez. 3, n. 13628 del 20/02/2020, Pmt in c. Ferrarini, Rv. 279421,
Sez. 3, n. 16599 del 20/02/2020, Latorre, Rv. 278946
Sez. 3, n. 14766 del 26/02/2020, Pmt c/ Sangermano, Rv. 279382
Sez. 3, n. 16469 del 28/02/2020, Veruari, Rv. 278966
Sez. 3, n. 16472 del 28/02/2020, Giardi, Rv. 279012,
Sez. 3, n. 13149 del 03/03/2020, Pmt c/ Bonelli, Rv. 279118
Sez. 3, n. 23179 del 16/06/2020, Marcuccio, Rv. 279861
Sez. 3, n. 23027 del 23/06/2020, Mangieri, Rv. 279755
Sez. 3, n.26529 del 24/06/2020, Pg. c/Zaniboni, n.m.
Sez. 3, n. 23040 del 01/07/2020, Multi Professional Service srl, Rv. 279827
Sez. 3, n. 552 del 10/07/2019, dep. 2020, Rv. 278014-02
Sez. 3, n. 25987 del 13/07/2020, Ravasi, Rv. 279743
Sez. 3, n. 23621 del 17/07/2020, Zamattio, Rv. 279824
Sez. 3, n. 27007 del 22/07/2020, Bianchi, Rv. 279917.
Sez. 3, n. 27603 del 14/07/2020, Cerea, Rv. 280279-01, -02, -03
Sez. 3, n. 25448 del 23/07/2020, Carelli, Rv. 279867
Sez. 3, n. 28488 del 10/09/2020, D'Angela, Rv. 280014
Sez. 3, n. 28489 del 10/09/2020, Sammarini, Rv. 280015
Sez. 3, n. 35983 del 17/09/2020, Colanzi, Rv. 280372
Sez. 3, n. 31516 del 29/09/2020, Casa di cura Trusso, Rv. 280152
Sez. 3, n. 34966 del 16/10/2020, Capoccia, Rv. 280428
Sez. 3, n. 34021 del 29/10/2020, Rossineli, Rv. 280370
Sez. 3, n.36915 del 22/12/2020, Vittalini. Rv. 280269–01, -02
Cass. Civ. Sez. 1, n. 14713 del 29/05/2019, N. contro C., Rv. 654268–02

CAPITOLO V

SEZ. U. N. 14722 DEL 30/01/2020, POLITO, RV. 279005, DROGHE LEGGERE E INGENTE QUANTITA'

(BRUNO GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Il contrasto. 2. L'evoluzione giurisprudenziale che conduce alla sentenza Biondi. 3. Giurisprudenza che ritiene il superamento dei principi della sentenza Biondi. 4. L'attualità dei principi dettati dalla sentenza Biondi. 5. I presupposti della Sentenza Polito. 6. Gli argomenti delle Sezioni Unite. 7. Il criterio aritmetico temperato e le droghe leggere. 8. La definizione della dose-soglia.

1. Il contrasto.

Con la **sentenza n. 14722 del 30/01/2020, Polito, Rv. 279005-01**, le Sezioni Unite intervengono in tema di stupefacenti, a risoluzione del contrasto insorto circa l'interpretazione della circostanza aggravante prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. 9/10/1990, n. 309, specificamente per la scelta dei criteri di determinazione dell'aggravante dell'ingente quantità in materia di c.d. droghe leggere. La Sezione Quarta della Corte rileva un contrasto di giurisprudenza sul tema *de quo* e specificamente si rimette alle Sezioni Unite per una pronuncia risolutiva di un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni con il seguente quesito: "Se, con riferimento alle cosiddette "droghe leggere", la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del d.l. 20 marzo 2014, n. 36 convertito con modificazioni nella l. 16 maggio 2014, n. 79, imponga una nuova verifica circa la sussistenza dei presupposti di applicazione della circostanza aggravante dell'ingente quantità, oppure mantengano validità, per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 75 del d. P.R. n. 309 del 1990, i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile di cui alla sentenza delle Sez. U., n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi". La peculiarità della questione sottoposta al supremo organo nomofilattico si evidenzia nel tipo di quesito che verte non tanto sull'ermeneutica normativa quanto sull'attualità – o superamento – del *dictum* pronunciato dalle Sezioni unite con la sentenza Biondi, dopo il *novum* legislativo, secondo cui la circostanza aggravante dell'ingente quantità di cui all'articolo 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2000 volte il valore massimo espresso in milligrammi (valore-soglia) determinato per ogni sostanza dalla tabella allegata al decreto ministeriale 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito quando tale quantità sia superata. I due diversi orientamenti esposti si possono brevemente individuare in un primo che ritiene superati i

principi dettati dalla sentenza Biondi alla luce delle modifiche successivamente intervenute; e in un secondo che, invece, ritiene ancora attuale il *dictum* della sentenza Biondi in quanto non strettamente dipendente dal sistema monotabellare. In particolare, l'ordinanza di rimessione evidenzia che un primo orientamento si è espresso nel senso che la modifica del sistema tabellare allora vigente, realizzatasi per effetto del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, imponga una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante dell'ingente quantità in considerazione "dell'accresciuto tasso di modulazione normativa", difficilmente compatibile con un'interpretazione tendenzialmente solo aritmetica e dunque automatica di tale aggravante. In proposito la Sezione rimettente richiama le oscillazioni giurisprudenziali concernenti l'individuazione, con riferimento alle c.d. "droghe leggere", del limite minimo di principio attivo perché possa ritenersi sussistere l' "ingente quantità"; rileva in proposito come nella giurisprudenza di legittimità emergano decisioni di segno diverso circa i fattori da utilizzare per il relativo calcolo in conseguenza dell'annullamento, con sentenza del T.A.R. Lazio in data 21 marzo 2007 (dunque precedente alla pronuncia delle Sezioni Unite), del D.M. 4 agosto 2006, il quale aveva raddoppiato il moltiplicatore previsto in origine dal D.M. 11 aprile 2016 portando la quantità massima disponibile di "droga leggera" (valore soglia) da 500 a 1000 mg. Il contrasto sollevato, in breve, muove sostanzialmente dall'osservazione concatenata di due profili: da un lato l'evoluzione normativa, anche di fonti subordinate, in materia di droghe leggere e dall'altra l'attualità dei principi dettati dalla sentenza delle Sezioni Unite Biondi. La prima rimetterebbe in discussione i secondi.

2. L'evoluzione giurisprudenziale che conduce alla sentenza Biondi.

Un breve *excursus* giurisprudenziale degli orientamenti precedenti alla sentenza Biondi può essere utile per analizzare i principi cristallizzati da quest'ultima decisione e la loro attualità.

Si noti che la sentenza Biondi ha risolto il contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza di legittimità dopo che le medesime Sezioni Unite, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216666, avevano affermato il principio secondo cui la circostanza aggravante speciale dell'ingente quantità di sostanza stupefacente prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ricorre ogni qualvolta il quantitativo di sostanza oggetto di imputazione, pur non raggiungendo valori massimi, sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicodipendenti.

La sentenza Primavera, a sua volta, aveva superato – ma solo apparentemente - il riferimento all'incerta nozione di saturazione di un "mercato illecito" di aleatoria definizione (desumibile da un'analisi del dato ponderale di sostanza tossica notevolmente ed eccezionalmente superiore alla quantità usualmente trattata in transazioni del genere nell'ambito territoriale di accertamento del reato).

Un importante punto argomentativo, oggi ripreso dalla sentenza Polito, muove dalla considerazione che tale giurisprudenza non ha avuto rilievo l'entrata in vigore del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 (c.d. "Fini-Giovanardi") che ha ricondotto le sostanze stupefacenti "pesanti" e "leggere" nella medesima tabella, di formazione ministeriale, allegata al d.P.R. n. 309/90 (artt. 13 e 14 d.P.R. cit. come allora novellati), unificando la sanzione per i reati ad esse relativi (art. 73 d.P.R. n. 309/90 come emendato dall'art. 4-bis).

Tale riforma aveva ripristinato l'originario sistema della predeterminazione della quantità detenibile per "uso personale", cioè quello dell'individuazione numerica del limite di irrilevanza penale, attribuendo ad un decreto del Ministro della Salute (D.M. 11 aprile 2006) ed all'«elenco» ad esso allegato il compito di fissare i limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope riferibili a tale uso esclusivo (art. 73, comma 1 bis, lett. a), analogamente al sistema precedente, introdotto con la legge 26 giugno 1990, n. 162, poi confluita nel d.P.R. n. 309/90, artt. 75, comma 1, e 78, comma 1, lett. c), venuto meno all'esito di referendum popolare (d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171).

Solo con la sentenza Sez. 6, n. 20119 del 02/03/2010, Castrogiovanni, Rv. 243374 (e successivamente, *ex plurimis*, Sez. 6, n. 31351 del 19/05/2011, Turi, Rv. 250545, e Sez. 6, n. 27128 del 25/05/2011, D'Antonio, Rv. 250736) si era manifestata l'esigenza di ancorare la nozione di ingente quantità ad un parametro improntato, per quanto possibile, a criteri oggettivi, volgendo particolare attenzione al principio di determinatezza ex art. 25, comma secondo, Cost., anche se la giurisprudenza, pur in linea con la sentenza Primavera, portava a risultati diversi in presenza di dati qualitativi/quantitativi e di realtà territoriali in tutto simili.

Incentrando la configurabilità della circostanza aggravante sul criterio oggettivo del numero dei possibili fruitori finali (e non sul territorio su cui insistono) e dunque essenzialmente considerando il valore ponderale dello stupefacente in relazione alla qualità della sostanza, specificato in relazione al grado di purezza, la Sezione sesta prende atto dei dati derivanti dall'esperienza giudiziaria, apprezzabili a maggior ragione dalla Corte di cassazione, sede

privilegiata di conoscenza in quanto terminale di confluenza di una rappresentazione casistica generale.

Le conclusioni militano nel senso che ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, non possano di regola definirsi "ingenti" i quantitativi di droghe "pesanti" o "leggere" che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per il tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di 2 kg. e 50 kg. Contrastavano espressamente tale orientamento, riproponendo i principi della sentenza Primavera e ritenendoli idonei a superare i dubbi di determinatezza della norma, tra le altre, Sez. 4, n. 24571 del 03/06/2010, Iberdemaj, Rv. 247823; Sez. 4, n. 9927, del 01/02/2011, Ardizzone, Rv. 249076; Sez. 4, n. 38794 del 29/09/2011, Galateri, Rv. 251438, ad avviso delle quali la predeterminazione dell'indice quantitativo che oggettivamente segna il confine tra la quantità ingente e quella non ingente, finendo col proporsi in sostanza come dato avente valenza normativa, non potrebbe che essere prerogativa del legislatore.

In sintesi, il quadro giurisprudenziale in cui sorge il contrasto su cui interviene la sentenza delle Sezioni Unite Biondi può così riassumersi:

- si condivide la statuizione della sentenza Primavera, in base alla quale l'aggravante in questione ricorre tutte le volte in cui il quantitativo «pur non raggiungendo valori massimi», consenta, tuttavia, di determinare una notevole incidenza nell'elevazione dei consumi, raggiungendo quindi un cospicuo numero di sub-fornitori, prima, e una folta massa di consumatori, in fine.

- La figura criminale che, attraverso l'aggravante si individua è quella del "grossista" dello stupefacente escludendo lo spacciatore di medio livello.

- Locuzioni come quantità "considerevoli, rilevanti, cospicue", o, appunto, "ingenti", sono tutte sostanzialmente indefinite, perché relative, mutevoli, sfuggenti, sottoposte all'interpretazione soggettiva e all'esperienza contingente.

- Il riferimento, peraltro presuntivo, al criterio della saturazione del mercato illegale viene abbandonato per la indefinibilità dello stesso; le variabili di tale nozione possono portare il rischio di violare il principio costituzionale di eguaglianza, finendo per attribuire rilevanza, in termini di aggravante, a una circostanza in un determinato contesto e non in un altro.

- L'aggravante de qua è letteralmente costruita sul solo dato quantitativo "ingente" (che quindi non può essere declinata *ratione loci*), a differenza dell'attenuante di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 che, per delineare i fatti "di lieve entità", esige la considerazione, oltre alla quantità dello stupefacente trattato, vari altri parametri (i mezzi adoperati, le modalità

della condotta, le circostanze che l'hanno accompagnata, la qualità dello stupefacente).

- La quantità ingente va valutata in riferimento al principio attivo, non al materiale inerte di cui la sostanza risulti essere anche composta. Ciò premesso, il Supremo Collegio osserva che gli artt. 13, comma 1, e 14 d.P.R. n. 309 del 1990 (come modificati e integrati prima dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, e successivamente dalla legge 15 marzo 2010, n. 38) prevedono che le sostanze stupefacenti e psicotrope siano iscritte in due tabelle. La prima tabella comprende le sostanze, indipendentemente dalla distinzione tra stupefacenti e sostanze psicotrope, con potere drogante; nella seconda sono inserite le sostanze che hanno funzione farmacologica e pertanto sono usate a scopo terapeutico. Dette tabelle sono aggiornate quando si presenti la necessità di inserire una nuova sostanza o di variarne la collocazione o di provvedere a eventuali ablazioni (ad es. quando qualche "nuova droga" viene messa in circolazione sul mercato clandestino o, ancora, quando viene messo a punto un nuovo farmaco ad azione stupefacente o psicotropa).

La Corte fa riferimento non al valore ponderale globale, ma alle dosi-soglia, individuando in 2000 il limite al di sotto del quale non potrà essere di norma contestata l'aggravante della ingente quantità, atteso che a tale limite corrispondono i valori ponderali individuati come "medi" (*rectius:* non eccezionali) su dati processuali. I parametri così enucleati non determinano - di per sé e automaticamente - se superati, la configurabilità dell'aggravante. Essi, invero, valgono solo in negativo, nel senso che, al di sotto di tali valori quantitativi, l'aggravante (*ex* art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990) deve ritenersi in via di massima non sussistente.

3. Giurisprudenza che ritiene il superamento dei principi della sentenza Biondi.

Secondo un primo orientamento l'impostazione accolta dalle Sezioni Unite con la sentenza Biondi è strettamente connessa al sistema normativo della legge Fini-Giovanardi che aveva sostituito alle originarie quattro tabelle, che distinguevano le droghe leggere (tabelle 2 e 4) dalle droghe pesanti (tabelle 1 e 3), un'unica tabella relativa a tutte le sostanze stupefacenti e psicotrope droganti, che a sua volta era collegata al d.m. 11 aprile 2006.

L'interpretazione offerta dal Supremo Collegio, quindi, dovrebbe ritenersi superata, poiché essa si rapporterebbe direttamente al sistema tabellare introdotto nel testo unico degli stupefacenti dal d.l. n. 272 del 2005, art. 4-*vicies ter*, convertito

con modificazioni nella legge n. 49 del 2006 (c.d. legge "Fini-Giovanardi"), e successivamente dichiarato illegittimo.

Invero, a seguito alla citata sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, il legislatore ha modificato il sistema tabellare.

Venuta meno l'omogeneità o l'equiparazione delle sostanze stupefacenti (presunta dalla legge n. 49 del 2006, mediante l'unificazione delle tabelle), il legislatore, con il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, ha infatti reintrodotto le quattro originarie tabelle.

Secondo l'orientamento in esame tale nuovo quadro legislativo comporta il superamento della *ratio* della normativa vigente all'epoca dello sviluppo giurisprudenziale della sentenza Biondi.

Si ritiene che l'assunto della sentenza Biondi sarebbe difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque "automatica" dell'aggravante dell'ingente quantità, fondata sui valori soglia indicati da un decreto ministeriale collegato a un'unica tabella, "spezzando la sostanziale equiparazione tra il reato attinente alle droghe pesanti e il reato relativo a droghe leggere, e per di più, non si può non rilevare per completezza, enucleando come reato autonomo, anche sotto il profilo delle modalità, e non solo dell'entità, del trattamento sanzionatorio, la fattispecie lieve di cui al comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990" (così un *obiter dictum* di Sez. 3, n. 1609 del 27/05/2015, Rv. 265810 e anche Sez. 3, n. 12532 del 29/01/2015, Rv. 263001; Sez. 3, n. 45458 del 01/10/2014, Rv. 260964, relativa ad un quantitativo di 60 kg. di hashish contenente 3,167 kg. di principio attivo, nonché Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Rv. 259397, concernente un'imputazione di detenzione e trasporto di marijuana contenente 16,933 kg. di principio attivo, pari a 677.332 dosi attive singole).

Pertanto la modifica del sistema tabellare realizzata per effetto del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 79, imporrebbe una nuova verifica in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della circostanza aggravante della ingente quantità "in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque automatica dell'aggravante dell'ingente quantità". Quest'ultima formula argomentativa viene oggi respinta dalla sentenza Polito.

4. L'attualità dei principi dettati dalla sentenza Biondi.

A fronte di tale orientamento si rileva una diversa e maggioritaria linea interpretativa ritenendosi in particolare che i criteri elaborati dalle Sezioni

unite, con la decisione n. 36258 del 2012, per l'applicazione dell'aggravante dell'ingente quantità mantengano comunque una loro attualità, giacché utilizzati come meri criteri orientativi, individuati a seguito di una indagine condotta su un numero cospicuo di sentenze di merito.

Con tale opzione, infatti (in linea con la sentenza Biondi), si continua a ritenere che l'aggravante della ingente quantità di cui all'art. 80, comma secondo, del d.P.R. n. 309 del 1990, non sia di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo in milligrammi (valore soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m.11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata (si vedano fra le altre: Sez. 4, n.49366 del 19/07/2018, Coku, Rv. 274038; Sez. 4 n. 55014 del 5/11/2017, Corrao, Rv. 271680; Sez. 6, n.50076 del 04/10/2016, Dervishaj, Rv. 268935; Sez. 6, n. 543 del 17/11/2015, dep. 2016, Pajo, Rv. 265756; Sez. 6, n. 44596 del 08/10/2015, Maggiore, Rv. 265523; Sez. 6, n. 6331 del 04/02/2015, Berardi, Rv.262345; Sez. 4, n. 49619 del 12/10/2016, Palumbo, Rv. 268624; Sez. 4 n.3799 del 05/12/2014 dep. 2015, Vabanesi, Rv. 263203; Sez. 4, n.1292 del 17/10/2014 dep. 2015, Kapsimalis, Rv. 261770; Sez. 4 n. 43465 del 02/07/2014, Galizzi, Rv. 260307; Sez. 4, n.32126 del 20/06/2014, Jitaru Rv. 260123).

In particolare, prendendo a riferimento *ex plurimis* Sez. 6, n. 44596 del 08/10/2015, Maggiore, Rv. 265523, si è detto che "per effetto dell'espressa reintroduzione della nozione di quantità massima detenibile, ai sensi del comma primo bis dell'art. 75, d.P.R. n. 309 del 1990, come modificato dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, di conversione, con modificazioni, del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, mantengono validità i criteri basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile, al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990".

5. I presupposti della Sentenza Polito.

La sentenza Polito riconosce innanzi tutto che la giurisprudenza delle sezioni semplici si è adeguata ai principi della sentenza Biondi (ad es. Sez. 4, n. 6369 del 20/12/2012, dep. 2013, Casale, Rv. 255098; Sez. 4, n. 10618 del 18/01/2013, Grasso, Rv. 254913; Sez. 3, n. 19441 del 19/03/2014, Aquino, Rv. 259753), ma evidenzia altresì il collegamento per il quale tali principi sono stati, tuttavia, posti in discussione in seguito alla normativa originata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. n. 272 del 2005, come convertito dall'art. 1, comma

1, della legge n. 49 del 2006, in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost. (per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto -legge e quelle, impugnate, introdotte nella legge di conversione). Infatti, il d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito dalla legge 16 marzo 2014, n. 79, ha espressamente ripristinato la distinzione, per quanto qui interessa, fra sostanze stupefacenti "pesanti" e sostanze "leggere".

Sulla base di tale evoluzione normativa si è palesato il citato orientamento giurisprudenziale volto a sollecitare il superamento dei principi dettati dalla sentenza Biondi, ma in proposito un importante passaggio della motivazione della sentenza Polito in esame intende precisare che questo filone interpretativo, il quale vede il suo *leading case* in Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Amato, Rv. 259397, si è sviluppato attraverso alcune decisioni, anche graficamente sovrapponibili, per un assai ristretto periodo di tempo (Sez.4, n. 41779 del 02/07/2014, Piozzo; Sez. 3, n. 46172 del 01/10/2014, Mingotti; Sez. 3, n. 45458 del 01/10/2014, Bouzaroita, Rv. 260964; Sez. 3, n. 5907 del 30/10/2014, Faraj; Sez. 3, n. 27057 del 18/12/2014, Matarese, n.m.; Sez. 3, n. 11338 del 07/01/2015, Farabella; Sez. 3, n. 12532 del 29/01/2015, Castelletti, Rv. 263001; Sez. 3, n. 1609 del 27/05/2015, Gavagna, Rv. 265810) e che "il contrasto sia stato interamente e definitivamente riassorbito dalla giurisprudenza successiva, univocamente orientata, nel confermare la persistente validità dei principi affermati dalle Sezioni Unite Biondi".

Il passaggio motivazionale smussa ma non riduce però l'entità del contrasto a una questione di sincronia giurisprudenziale, forse già superata o non attuale secondo un consolidato filone giurisprudenziale successivo alle modifiche normative citate. La nuova decisione delle Sezioni Unite analizza approfonditamente l'orientamento critico verso l'attualità dei principi della sentenza Biondi, il quale ritiene che poiché a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 il legislatore ha modificato il "sistema tabellare" che era seguito alla legge "Fini-Giovanardi" ed introdotto quattro nuove tabelle in ordine alle sostanze stupefacenti e psicotrope, la determinazione dei presupposti per l'applicazione dell'aggravante della ingente quantità non potrebbe prescindere da questa nuova impostazione normativa differente.

In particolare, la sentenza Polito supera l'assunto per il quale «tale giurisprudenza dovrà essere rimeditata, in considerazione dell'accresciuto tasso di modulazione normativa, difficilmente compatibile con una interpretazione tendenzialmente soltanto aritmetica e dunque automatica dell'aggravante dell'ingente quantità».

Si tratta di un passaggio argomentativo centrale nell'ordinanza di rimessione che viene attenzionato e superato dal Supremo Collegio adesivo, invece, all'indirizzo sincronicamente contrapposto.

La considerazione da cui muove la sentenza Polito sul punto è incentrata sulla validità dei criteri enunciati dalla sentenza Biondi basati sul rapporto tra quantità di principio attivo e valore massimo tabellarmente detenibile al fine di verificare la sussistenza della circostanza aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309/90. (Sez. 4, n. 32126 del 20/06/2014, Jitaru, Rv. 260123; Sez. 4, n. 43465 del 02/07/2014, Gallizzi, Rv. 260307; Sez. 4, n. 1817 del 03/10/2014, dep. 2015, Merdita; Sez. 6, n. 46301 del 15/10/2014, Sala, Rv. 261253; Sez. 4, n. 1292 del 17/10/2014, dep. 2015, Kapsimalis, Rv. 261770; Sez. 6, n. 47907 del 14/11/2014, Keci, Rv. 261261; Sez. 4, n. 3799 del 05/12/2014, dep. 2015, Vabanesi, Rv. 263203; Sez. 6, n. 6331 del 04/02/2015, Berardi, Rv. 262345; Sez. 6, n. 20140 del 05/05/2015, Perri).

Per desumerne il seguente *dictum* conclusivo: "a seguito della riforma introdotta nel sistema della legislazione in tema di stupefacenti dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 16 marzo 2014, n. 79, mantengono validità i criteri fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36258 del 24 maggio 2012, Biondi, per l'individuazione della soglia oltre la quale è configurabile la circostanza aggravante dell'ingente quantità prevista dall'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309/90; con riferimento alle c.d. droghe leggere la soglia rimane fissata in 2 kg. di principio attivo".

6. Gli argomenti delle Sezioni Unite.

Gli argomenti esposti nella motivazione della sentenza in esame delle Sezioni Unite depongono a favore della validità attuale dei criteri fissati nella sentenza Biondi per la configurabilità della circostanza aggravante dell'ingente quantità prevista dall'art. 80, comma 2, del d.P.R. n. 309 del 1990.

In primo luogo, la Corte rileva l'erroneo presupposto dal quale muove l'orientamento contrario che ritiene la necessità di rivedere i criteri per l'applicazione della circostanza *de qua*.

Sotto la lente critica del Supremo Collegio v'è la considerazione dell'ordinanza rimettente che la riforma del 2014 abbia determinato una modifica (o "travolgimento", così Sez. 4, n. 41779 del 02/07/2014, Piozzo) del sistema tabellare introdotto con la c.d. legge "Fini-Giovanardi" nella vigenza della quale si erano pronunciate le Sezioni Unite Biondi.

Il recente intervento legislativo e la legge n. 49 del 2006 (di conversione del d.l. n. 272 del 2005), infatti, sono ritenuti dalla Corte con la sentenza Polito in

continuità con il sistema tabellare già prefigurato nella legge 22 ottobre 1954, n. 1041 e quindi realizzato compiutamente con la legge 22 dicembre 1975, n. 685. Quest'ultima agli artt. 11 e 12 prevedeva che le sostanze fossero raggruppate in sei tabelle, la prima e la terza delle quali indicanti sostanze stupefacenti e psicotrope di tipo "pesante", la seconda e la quarta di tipo "leggero", ricollegando sanzioni di differente gravità alle rispettive violazioni (assetto normativo peraltro integralmente replicato nel T.U. stup. del 1990, artt. 13, 14 e 73).

V'è un ulteriore passaggio argomentativo sviluppato dalla motivazione della sentenza Polito che merita particolare attenzione e riguardante la continuità di sistema sulla quale si colloca, da una lato, l'opzione del legislatore del 2006 di unificare la pena per i reati concernenti sostanze "pesanti" e "leggere" che discrezionalmente vengono accorpate tutte nella medesima tabella; dall'altro lato, quella del legislatore del 2014 il quale, tornando a distinguere in base all'effetto drogante differenzia, a seconda della sostanza, la pena base sulla quale deve essere applicato l'aumento per la ricorrenza della circostanza aggravante. Ma non pare che rientri nell'intenzione del legislatore riscrivere i criteri per la sua configurabilità, a fronte di un dato normativo rimasto testualmente invariato sin dalla disciplina posta dall'art. 74 della legge n. 685 del 1975, il quale al secondo comma espressamente contemplava che «se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope le pene sono aumentate dalla metà a due terzi», con formula identica a quella contenuta nell'art. 80, comma 2, del d.P.R. n. 309 del 1990.

La formulazione dell'aggravante, infatti, non è stata modificata né dalla legge n. 49 del 2006 di conversione del d.l. n. 272 del 2005 né dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36 convertito, con modificazioni, dalla legge 16 maggio 2014, n. 79.

Un ulteriore argomento speso dall'ordinanza di rimessione e superato dalla motivazione in esame riguarda l'affermazione fondata sul collegamento tra la trasformazione in reato autonomo della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, prevista dal comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/90, ed i criteri di valutazione dell'ingente quantità.

Tale modifica normativa è ritenuta dalla Corte del tutto eccentrica rispetto alla questione di diritto affrontata dalle Sezioni Unite Biondi e conseguentemente del tutto ininfluente.

Invece, nell'economia della motivazione assume decisivo rilievo, ai fini della risoluzione della questione rimessa alle Sezioni Unite, la circostanza che l'art. 2 comma 1 del d.l. n. 36 del 2014, come convertito dalla legge n. 79 del 2014, abbia espressamente previsto che riprendano a produrre effetti gli atti amministrativi adottati ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990 sino alla data della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/14. Ciò sulla base della considerazione

che è stata così integralmente recuperata dal legislatore primario l'efficacia del d.m. 11 aprile 2006 (che detta «Indicazione dei limiti quantitativi massimi delle sostanze stupefacenti e psicotrope, riferibili ad un uso esclusivamente personale»); trattasi dell'atto di normazione secondaria che la sentenza Biondi aveva posto a base dei propri argomenti partendo dal dato testuale della specifica indicazione numerica di un limite massimo di principio attivo detenibile per giungere alla fissazione di un limite minimo - pur esso coerentemente fondato su dati numerici - per il riconoscimento della circostanza aggravante dell'ingente quantità.

Le Sezioni Unite con la sentenza Polito escludono dunque che dal c.d. «accresciuto tasso di modulazione normativa», come viene definito nell'ordinanza di rimessione, possa desumersi il superamento del principio fissato dalle Sezioni Unite nella sentenza Biondi.

A ciò consegue anche l'esclusione della prospettata sopravvenuta incompatibilità con il sistema delineato dal d.P.R. n. 309/90, come novellato, del criterio c.d. aritmetico e dunque automatico dell'ingente quantità.

Osserva e condivide infine la Corte come la giurisprudenza di legittimità, abbia da tempo stabilito che il superamento dei parametri enucleati dalla sentenza Biondi per l'individuazione del limite minimo dell'ingente quantità, non determini automaticamente la sussistenza dell'ipotesi aggravata.

Ciò in base a due ordini di valutazioni: in primo luogo, in quanto si deve sempre avere riguardo alle circostanze del caso da valutarsi con riferimento alla pericolosità della condotta ed al livello di potenziale compromissione della salute e dell'ordine pubblico, quali beni giuridici tutelati dalla normativa in materia di contrasto al mercato illegale degli stupefacenti. In secondo luogo, perchè il giudice, nell'esercizio del potere di valutazione in concreto cui è tenuto possa valorizzare, per corroborare il dato rappresentato dal superamento del limite, tutti gli elementi di fatto della realtà criminale specifica. Al riguardo si noti che già la giurisprudenza, in assenza di specifici parametri quantitativi, aveva indicato anteriormente all'elaborazione alle Sezioni Unite del 2012 degli indici significativi ed esaustivi della ricorrenza dell'aggravante (Sez. 3, n. 19441 del 19/03/2014, Aquino, Rv. 259753; Sez. 6, n. 46301 del 15/10/2014, Sala; Sez. 5, n. 22766 del 03/05/2011, Pellegrino; per una sintesi, Sez. 3, n. 37530 del 11/07/2019, Fagbemi).

In definitiva non ha dubbi il Supremo Collegio nomofilattico circa l'attualità ed efficacia dimostrativa delle conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite nella sentenza Biondi del 2012.

7. Il criterio aritmetico temperato e le droghe leggere.

Un importante punto della motivazione della Corte muove dall'osservazione che, successivamente ma all'interno dell'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi con la sentenza Biondi che ha recepito il criterio aritmetico temperato dalla discrezionalità giudiziale, si è sviluppato un contrasto interpretativo circa i fattori della moltiplicazione che determinano il confine inferiore dell'ingente quantità nell'ipotesi di reati concernenti le c.d. "droghe leggere".

Osserva la Corte che tale contrasto ha origine da un'imprecisione contenuta nella sentenza Biondi la quale, individuato in 2000 il moltiplicatore del dato numerico (costituito dal valore soglia di principio attivo, cioè la quantità massima detenibile) da utilizzare come primo fattore dell'operazione per determinare il livello ponderale minimo, pure numerico, dell'ingente quantità, ha indicato per le c.d. droghe leggere un "valore soglia", espresso in milligrammi, pari a 1000.

La Corte osserva che la sentenza ha operato, al fine di individuare i dati dei valori-soglia, un generico riferimento alle tabelle di cui agli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 309/90 le quali, hanno solo la diversa funzione di individuare le sostanze "vietate" o comunque sottoposte a controllo.

Di conseguenza le Sezioni Unite hanno tratto tali valori dall'«elenco» allegato al più volte citato d.m. 11 aprile 2006 previsto dall'art. 73. comma 1-*bis,* legge "Fini Giovanardi (ed ora "recuperato" dalla riforma del 2014) il quale tuttavia, al momento della decisione, prevedeva per le c.d. "droghe leggere" (THC) un valore-soglia di principio attivo, espresso in milligrammi, pari 500 e non a 1000, come invece indicato in sentenza.

L'imprecisione sorge dal d.m. 4 agosto 2006 il quale - aumentando da 20 a 40 il moltiplicatore del valore di principio attivo della dose media singola (25 mg.) da applicarsi per ottenere la quantità massima detenibile - aveva portato a 1000 il valore-soglia del THC espresso in milligrammi, che però era stato annullato per vizi della motivazione dal Tribunale amministrativo del Lazio, Sez. III *quater,* con sentenza n. 2487 del 21 marzo 2007.

Per completezza ricostruttiva si deve evidenziare che dopo la pronuncia delle Sezioni Unite Biondi la giurisprudenza di legittimità ha preso atto della circostanza che prima della decisione fosse già intervenuto l'annullamento del d.m. 4 agosto 2006 ed ha così ricondotto il valore-soglia delle "droghe leggere" all'originaria previsione di 500 milligrammi.

Ne consegue che, operata la moltiplicazione di quest'ultimo dato per il fattore 2000 indicato da Sezioni Unite Biondi per tutte le sostanze, il limite minimo dell'ingente quantità è stato fissato in 1 kg. di principio attivo.

Sul punto il contrasto segnalato dalla sezione rimettente viene definito diacronico e considerato ormai riassorbito, poiché dalla pronuncia di Sez. 3, n. 47978 del 28/09/2016, Hrim, Rv. 268698, tale indirizzo è stato tuttavia integralmente sostituito da altro.

In particolare, secondo tale orientamento, in linea con la sentenza Biondi, per rispettare le proporzioni e allineare il principio ivi affermato alle conseguenze dell'annullamento del d.m. 4 agosto 2006, il quantitativo minimo di principio attivo di sostanza stupefacente "leggera", al di sotto del quale non è ravvisabile la circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, «deve essere necessariamente pari al doppio di quello da essa (erroneamente) indicato e dunque a 4.000 (e non 2.000) volte il quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un giorno (corrispondente a 2 kg. di principio attivo, che del resto corrisponde a quanto ipotizzato immaginando un quantitativo lordo di sostanza pura al 5%)».

Le Sezioni Unite Polito, in un apprezzabile sforzo di tipizzazione e tassatività della fattispecie, ritengono di confermare quest'ultimo orientamento, perché aderente al reale contenuto dell'analisi effettuata dalla sentenza Biondi del 2012 come riferita alle caratteristiche oggettive della sostanza (qualità, quantità, concentrazione) idonee a rendere applicabile l'art. 80, comma 2, d.P.R. 309/90.

Il passaggio motivazionale in parola assume un ruolo centrale nel *dictum* per ribadire da parte delle Sezioni Unite il criterio di determinazione che si articola:

a) in primo luogo, commisurando il dato oggettivo delle quantità di stupefacente alle quali attribuire - secondo la verifica effettuata in concreto da un osservatorio privilegiato - rilievo ponderale tale da poter integrare il valore minimo per la configurabilità della circostanza aggravante *de qua;*
b) e in secondo luogo, partendo dalla premessa teorica della fissazione normativa della quantità massima detenibile, individuando un moltiplicatore di questa che consentisse di ricostruire e rappresentare in termini numerici proprio quel valore ponderale minimo come determinato attraverso l'esame dell'esperienza giudiziaria.

In breve – evidenzia la Corte - nella giurisprudenza si è posta prima la verifica delle quantità definibili ingenti (significativo il riferimento esemplificativo ai 50 kg. di "droghe leggere") e poi quella dei numeri atti a rappresentarle, sicché l'evidente errore di lettura del d.m. quanto al valore-soglia di principio attivo del THC non può inficiare in alcun modo l'accertamento empirico delle quantità rilevanti effettuato dalle Sezioni Unite.

Si impone però una correzione dei fattori del calcolo circa il moltiplicatore normativo della dose media singola (20 divenuto 40 e poi tornato 20) per ottenere la dose-soglia o, in alternativa, il moltiplicatore empirico di questa (2000 o 4000)

poco importa, perché il risultato aderente all'esito dell'indagine induttiva delle Sezioni Unite cristallizzato nella sentenza Biondi è che la soglia minima perché si possa intendere ingente una quantità di droga leggera è di 2 kg. di principio attivo.

8. La definizione della dose-soglia.

La Corte completa l'analisi soffermandosi sulla figura giuridica della "dose media giornaliera" quale limite alla detenzione per uso esclusivamente personale introdotta con la legge 26 giugno 1990, n. 162, poi confluita nel d.P.R. n. 309/90, artt. 75 comma 1, e 78, comma 1, lett. c) e venuta meno all'esito di referendum popolare (d.P.R. 5 giugno 1993, n. 171). E procede pertanto anche ad una precisazione relativamente alla definizione della c.d. dose-soglia come «quantitativo di principio attivo che può essere detenuto in un giorno», necessaria per fornire al giudice un indice, nell'esercizio della residua discrezionalità per valutare la sussistenza o meno della circostanza aggravante dell'ingente quantità nei casi in cui risulti superato il valore minimo ponderale determinato secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite.

E' rilevante la considerazione della Corte circa la c.d. dose media singola, intesa come quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente e psicotropo, che si deve rapportare oggi alla dose-soglia, cioè la quantità massima detenibile, la quale è data dall'incremento della dose media singola in base ad un moltiplicatore variabile in relazione alle caratteristiche di ciascuna sostanza.

Nota la Corte che essa prescinde totalmente dalla frequenza delle assunzioni nell'arco della giornata.

L'unità di misura rapportabile al singolo cliente-consumatore è quella del valore soglia (la quantità massima detenibile) posto a base del percorso argomentativo delle Sezioni Unite Biondi e ricavato dalla moltiplicazione del valore espresso in milligrammi della dose media singola per un fattore - di individuazione ministeriale sulla base di scelte di discrezionalità tecnica - pari a 5 per la cocaina, 10 per l'eroina, 20 per il THC, la cui determinazione deriva dalla differente pericolosità o efficacia drogante dei vari tipi di stupefacente.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 17 del 21/06/2000, Primavera, Rv. 216666
Sez. 6, n. 20119 del 02/03/2010, Castrogiovanni, Rv. 243374
Sez. 4, n. 24571 del 03/06/2010, Iberdemaj, Rv. 247823
Sez. 4, n. 9927, del 01/02/2011, Ardizzone, Rv. 249076
Sez. 5, n. 22766 del 03/05/2011, Pellegrino, Rv. 250398
Sez. 6, n. 31351 del 19/05/2011, Turi, Rv. 250545
Sez. 6, n. 27128 del 25/05/2011, D'Antonio, Rv. 250736
Sez. 4, n. 38794 del 29/09/2011, Galateri, Rv. 251438,
Sez. 4, n. 6369 del 20/12/2012, dep. 2013, Casale, Rv. 255098
Sez. 4, n. 10618 del 18/01/2013, Grasso, Rv. 254913
Sez. 3, n. 19441 del 19/03/2014, Aquino, Rv. 259753
Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Amato, Rv. 259397
Sez. 4, n.32126 del 20/06/2014, Jitaru, Rv. 260123
Sez.4, n. 41779 del 02/07/2014, Piozzo, n.m.;
Sez. 4 n. 43465 del 02/07/2014, Galizzi, Rv. 260307
Sez. 3, n. 45458 del 01/10/2014, Bouzaroita, Rv. 260964
Sez. 3, n. 46172 del 01/10/2014, Mingotti, n.m.
Sez. 4, n. 1817 del 03/10/2014, dep. 2015, Merdita
Sez. 6, n. 46301 del 15/10/2014, Sala, Rv. 261253;
Sez. 4, n. 1292 del 17/10/2014, dep. 2015, Kapsimalis, Rv. 261770
Sez. 3, n. 5907 del 30/10/2014, Faraj
Sez. 6, n. 47907 del 14/11/2014, Keci, Rv. 261261
Sez. 4 n.3799 del 05/12/2014 dep. 2015, Vabanesi, Rv. 263203
Sez. 3, n. 27057 del 18/12/2014, Matarese,
Sez. 3, n. 11338 del 07/01/2015, Farabella
Sez. 3, n. 12532 del 29/01/2015, Castelletti, Rv. 263001
Sez. 6, n. 6331 del 04/02/2015, Berardi, Rv. 262345
Sez. 6, n. 20140 del 05/05/2015, Perri
Sez. 3, n. 1609 del 27/05/2015, Gavagna, Rv. 265810
Sez. 6, n. 44596 del 08/10/2015, Maggiore, Rv. 265523
Sez. 6, n. 543 del 17/11/2015, dep. 2016, Pajo, Rv. 265756
Sez. 6, n. 50076 del 04/10/2016, Dervishaj, Rv. 268935
Sez. 3, n. 47978 del 28/09/2016, Hrim, Rv. 268698,
Sez. 4, n. 49619 del 12/10/2016, Palumbo, Rv. 268624
Sez. 4 n. 55014 *del* 5/11/2017, Corrao, Rv. 271680

Sez. 4, n.49366 del 19/07/2018, Coku, Rv. 274038;
Sez. 3, n. 37530 del 11/07/2019, Fagbemi
Sez. U. n. 14722 del 30/01/2020, Polito, Rv. 279005-01

Sentenze della Corte Costituzionale

Corte cost. sent. n. 32 del 12/02/2014

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITA' DEL PROFITTO

CAPITOLO I

LA CONFISCA LOTTIZZATORIA "SENZA CONDANNA"

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. La decisione delle Sezioni unite. - 2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazioni nella giurisdizione di legittimità. - 3. La sentenza della Corte EDU "Varvara". - 4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara". - 5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale. - 6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. - 7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione. - 8. La giurisprudenza di legittimità successiva e la rimessione del tema alle Sezioni unite. - 9. La sentenza delle Sezioni unite. - 10. Il fondamento del problema. - 11. L'indirizzo che consentiva l'annullamento con rinvio per la declaratoria della prescrizione. - 12. L'area operativa dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. - 13. L'applicazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non presuppone una condanna di primo grado. - 14. Il rilievo della natura della confisca. - 15. I principi di diritto affermati. - 16. La decisione della vicenda posta al vaglio delle Sezioni unite. - 17. La giurisprudenza di legittimità successiva.

1. La decisione delle Sezioni unite.

Con **sentenza pronunciata alla camera di consiglio del 30/01/2020, dep. il 30/04/2020, n. 13539, Perroni, Rv. 278870 - 01**, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: "*La confisca di cui al D.P.R. n.* 380 *del* 2001*, art.* 44 *può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art.* 129 *c.p.p., comma* 1*, proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento"***.**

Ed inoltre, è stato affermato: "In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44" (**Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 02**).

Per cogliere la portata di questa sentenza è necessario fare un passo indietro, soffermandosi su alcune sentenze della Corte EDU e su una pronuncia della Corte costituzionale, che hanno inciso in modo significativo nella materia.

2. La sentenza della Corte EDU "Sud Fondi" e le sue implicazioni nella giurisdizione di legittimità.

L'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 dispone che "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite". È noto che, per lungo tempo, questa norma è stata pacificamente interpretata nel senso che la confisca dei terreni e delle opere potesse essere disposta anche in assenza di condanna, sul presupposto che, per applicare la misura in esame, fosse sufficiente una sentenza che "accertasse" la lottizzazione abusiva e non occorresse necessariamente una pronuncia di condanna (cfr., tra le altre, Sez. 3, n. 9982 del 05/03/2008, Quattrone, Rv. 238984; in precedenza, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene ed altri, Rv. 197506).

Tale conclusione, in particolare, si fondava sulla natura amministrativa della misura, da cui si traeva la conseguenza che non vi sarebbero ostacoli alla sua applicazione non solo in assenza di condanna, ma anche nei confronti di proprietari del bene rimasti estranei al processo penale (Sez. 3, n. 37086 del 07/07/2004, Percinaro, Rv. 230031; secondo Sez. 3, ord. n. 10916 del 3/3/2005, Visconti, Rv. 230984, «La confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere realizzate, prevista dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile, atteso che trattasi di una sanzione amministrativa a natura reale e non personale applicata indipendentemente da una sentenza di condanna e sul solo presupposto dell'accertamento giurisdizionale di una lottizzazione abusiva»).

La confisca urbanistica, più precisamente, secondo l'opinione tradizionalmente condivisa in giurisprudenza, integrerebbe una sanzione emessa dal giudice penale in supplenza rispetto all'analoga misura di competenza dell'autorità amministrativa e non una misura di sicurezza di natura patrimoniale (Sez. 3, n. 36844 del 09/07/2009, Contò, Rv. 244923).

In tale contesto, è intervenuta la sentenza della Corte EDU 30/08/2007 nel caso Sud Fondi c. Italia. La Corte di Strasburgo, come è noto, vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso Welch c. Regno Unito, ha affermato la natura essenzialmente penale dell'istituto, in ragione dei suoi scopi prevalentemente repressivi, con la conseguente necessità di conformarlo al rispetto dell'art. 7 CEDU.

In quest'occasione, la Corte EDU ha precisato che il principio di legalità impone che qualunque provvedimento normativo, da cui derivi la possibile inflizione di una sanzione penale ad un individuo, debba rispettare alcune

caratteristiche imprescindibili come la conoscibilità e intelligibilità da parte della persona del precetto contenuto nella norma giuridica nonché la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie cui si espone colui che lo viola.

La Corte EDU, al contempo, ha ritenuto che la mancanza di una pronuncia di condanna non assumesse valenza determinante al fine di escludere la configurabilità di una sanzione penale in presenza di ulteriori elementi sintomatici attinenti allo scopo, alla gravità e alla qualificazione legislativa della misura.

Dopo tale pronuncia della Corte di Strasburgo, l'attenzione della giurisprudenza si è incentrata essenzialmente sulla valorizzazione di un principio di "colpevolezza convenzionale", desumibile dall'art. 7 CEDU ed applicabile anche alla confisca urbanistica in considerazione della ritenuta natura di sanzione penale. La sentenza, infatti, aveva esaminato il rapporto tra la confisca urbanistica e l'assoluzione dell'imputato, mentre aveva lasciato impregiudicato il problema della compatibilità della suddetta sanzione con l'ipotesi di intervenuta prescrizione.

La successiva giurisprudenza di legittimità, infatti, ha ribadito la confiscabilità dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, pur in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia stata accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo (Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta, Rv. 243630; Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi e altri, Rv. 245347) all'esito di un giudizio in cui sia stato assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e sia stata accertata l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe e altri, Rv. 255112).

3. La sentenza della Corte EDU "Varvara".

Il problema della possibilità di disporre la confisca urbanistica nel caso di intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione è stato successivamente preso in esame dalla sentenza della Corte EDU 29/10/2013, Varvara c. Italia. Tale pronuncia ha affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena. È stato affermato testualmente che «la logica della "pena" e della "punizione", e la nozione di "*guilty*" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "*personne coupable*" (nella versione francese) depongono a favore di un'interpretazione dell'art. 7 CEDU che esige, per punire, una dichiarazione di

responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore».

La Corte di Strasburgo, dunque, ha operato un collegamento fra il concetto di "colpevolezza", intesa come rimproverabilità di un soggetto per un comportamento, e la necessità che tale comportamento sia accertato da una sentenza di condanna, emessa all'esito di un giudizio cui devono essere collegate le garanzie previste dall'art. 7 CEDU.

La sentenza "Varvara", pertanto, è stata tendenzialmente interpretata nel senso di ritenere che la conformità della misura ablativa ai principi convenzionali richiederebbe necessariamente il dato formale della definizione del procedimento penale con una sentenza di condanna, escludendo la possibilità di dar rilievo a decisioni che, pur formalmente liberatorie, conterrebbero ugualmente l'accertamento della materiale sussistenza del reato.

4. Le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza "Varvara".

Dopo la sentenza della Corte EDU "Varvara" il problema della compatibilità tra la confisca urbanistica e l'intervenuta dichiarazione di prescrizione del reato di lottizzazione ha assunto un rinnovato vigore.

Il tema è stato particolarmente sentito perché, anche dopo la sentenza Sud Fondi, la Corte di cassazione aveva in più occasioni affermato la compatibilità della confisca con la dichiarazione di prescrizione del reato (cfr., tra le altre, Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta, cit.; Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi, cit.), purché fosse accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (cfr. Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe e altri, cit.).

Sul presupposto che, secondo la sentenza "Varvara", la confisca, in quanto vera e propria sanzione penale, potrebbe essere adottata solo a seguito di sentenza di condanna, la Corte di cassazione ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001, per contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte EDU, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi» (Sez. 3, ord. n. 20636 del 20/05/2014, Alessandrini).

Per ragioni sostanzialmente opposte, inoltre, ha sollevato questione di legittimità costituzionale anche il Tribunale di Teramo, evidenziando come, a fronte del diritto vivente cristallizzato dalla giurisprudenza della Cassazione, che imponeva anche in caso di prescrizione del reato di disporre la confisca, e di una sentenza della Corte EDU che, invece, aveva affermato che una simile statuizione viola l'art. 7 CEDU, la previsione dell'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001 fosse contraria all'art. 117, primo comma, cost. in relazione all'art. 7 CEDU (così come interpretato dalla sentenza Varvara) «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva - quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite - possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione» (Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, B.C).

5. La soluzione adottata dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni, pur esprimendosi su alcune questioni di primario rilievo, sia di ordine generale, sia specificamente riferite alla confisca urbanistica.

La Corte costituzionale, in particolare, ha fondato la sua pronuncia sul presupposto secondo cui sarebbe «erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza Varvara sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva». A tale conclusione la Corte è giunta non solo sulla scorta di una serie di argomentazioni in punto di compatibilità tra la sentenza di prescrizione e l'accertamento della sussistenza del reato, ma anche evidenziando come la sentenza "Varvara" non potesse considerarsi alla stregua di un "diritto consolidato" della Corte EDU, tant'è che all'epoca in cui la Consulta si è pronunciata la medesima questione era stata già rimessa alla Grande Camera.

Sulla base di tale presupposto, la Consulta ha ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca, precisando tuttavia che tale "pieno accertamento" non è affatto precluso nel caso di proscioglimento per prescrizione, atteso che tale pronuncia ben potrebbe «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato»; tale motivazione, secondo il Giudice delle leggi, costituisce un preciso obbligo a carico del giudice, il quale dovrà «attenersi ad

adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto».

Secondo la Consulta, ai fini della confisca urbanistica, occorre aver riguardo «non della forma della pronuncia, ma dalla sostanza dell'accertamento», valorizzando le potenzialità di accertamento del fatto di reato consentite anche qualora venga pronunciata una sentenza di proscioglimento.

6. La giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015.

Prendendo atto delle indicazioni contenute nella decisione della Corte costituzionale illustrata (e nell'analoga pronuncia Corte cost., ord. n. 187 del 2015), la successiva giurisprudenza di legittimità ha ribadito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca del bene lottizzato, allorquando sia stata accertata, con adeguata motivazione, la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi costitutivi, oggettivo e soggettivo (Sez. 3, n. 15888 del 08/04/2015, dep. 2016, Sannella, Rv. 266628; Sez. 4, n. 31239 del 23/06/2015, Giallombardo, Rv. 264337; Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi e aa., Rv. 270646; Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791; Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196).

In seguito, la decisione dei ricorsi ancora pendenti in materia è stata sospesa in attesa della pronuncia sul punto della Grande Camera della Corte EDU, nel frattempo investita, tra l'altro, anche della questione sulla compatibilità con l'art. 7 CEDU dell'applicazione della confisca urbanistica conseguente a lottizzazione abusiva nell'ambito di una pronuncia dichiarativa della prescrizione del reato.

7. La sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia: la compatibilità della confisca con la prescrizione.

Con la sentenza della Grande Camera 28/06/2018, emessa nella causa G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia, come è noto, la Corte EDU è tornata sulla confisca urbanistica, affrontando plurimi profili problematici, tra i quali quello relativo all'applicabilità della confisca nel caso di dichiarazione di estinzione per intervenuta prescrizione del reato urbanistico.

La Corte EDU, in particolare, ha escluso l'incompatibilità tra la confisca urbanistica e la mancata pronuncia di una sentenza formalmente di condanna.

Per giungere a tale conclusione, la sentenza ha preliminarmente ripercorso le ragioni in base alle quali la confisca urbanistica deve essere considerata, in ambito convenzionale, come una sanzione di natura penale sottolineando:

- il diretto collegamento fra la misura in questione e la commissione di un reato;

- la collocazione sistematica della confisca urbanistica, che è inserita in un articolo rubricato "sanzioni penali";

- la finalità punitiva della confisca urbanistica, desunta, in particolare, dalla natura obbligatoria della confisca urbanistica, tant'è che può essere disposta «in assenza di un danno effettivo o di un rischio concreto per l'ambiente. La confisca può quindi essere applicata anche in assenza di qualsiasi attività concreta volta a trasformare il territorio» (§ 225);

- la gravità della misura, ritenuta una «sanzione particolarmente onerosa e intrusiva» (§ 227);

- la competenza all'adozione della confisca attribuita al giudice penale (§ 228), ritenuto titolare di un potere esercitato in via autonoma e non già in mera supplenza dell'autorità amministrativa.

La Corte EDU, pertanto, ha concluso affermando che «le misure di confisca costituiscono delle "pene" ai sensi dell'art. 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di "pena" ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6» (§ 233).

Sulla scorta di tale premessa, la Corte EDU ha proceduto al vaglio della principale questione rimessa al suo esame, concernente la compatibilità tra la confisca urbanistica e l'adozione di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione.

Nel risolvere la questione, la Corte ha dovuto necessariamente prendere le mosse dall'affermazione contenuta nella sentenza "Varvara", lì dove aveva affermato che «La logica della «pena» e della «punizione», e la nozione di «*guilty*» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «*personne coupable*» (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso. Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata».

La Corte ha proseguito ribadendo che i principi di legalità e colpevolezza, condensati nell'art. 7 CEDU, nonché la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 6 § 2, non consentono che la confisca venga disposta in assenza di un

sostanziale dichiarazione di responsabilità, pur se adottata in mancanza della pronuncia di una formale sentenza di condanna.

Ferma restando l'imprescindibile necessità di garantire il diritto di difesa nella sua massima esplicazione e secondo i parametri di cui all'art. 6 CEDU, la Corte ha affermato che «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato» (§ 261).

Ne deriva che la compatibilità tra la confisca urbanistica e la pronuncia di una sentenza di prescrizione è, in astratto, pienamente conforme ai principi convenzionali, dovendosi invece appuntare l'attenzione sul dato sostanziale dell'avvenuto accertamento dell'esistenza del reato e della colpevolezza dell'imputato, attuando tutte le garanzie proprie della natura penale della sanzione irrogata.

Seguendo la logica "sostanzialista" propria della giurisprudenza CEDU, pertanto, la Corte ha affermato, da un lato, il principio per cui è possibile disporre la confisca urbanistica anche in caso di sentenza di prescrizione; dall'altro, ha ribadito la necessità che la decisione sulla confisca - proprio perché in ottica convenzionale integra una decisione sanzionatoria di tipo penale - debba necessariamente essere adottata secondo standard probatori e con il rispetto delle garanzie proprie delle pronunce formali di condanna.

8. La giurisprudenza di legittimità successiva e la rimessione del tema alle Sezioni Unite.

Dopo la sentenza della Corte EDU da ultimo illustrata, la Quinta sezione della Corte di cassazione, con ordinanza n. 40380 del 15/05/2019, depositata il 2/10/2019, ha rimesso il ricorso alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., avendo rilevato un contrasto di giurisprudenza sulla possibilità da parte della Corte di cassazione, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura ablatoria, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte EDU 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia.

9. La sentenza delle Sezioni unite.

Con sentenza pronunciata alla camera di consiglio del **30/01/2020, dep. il 30/04/2020, n. 13539, Perroni, le Sezioni Unite**, ritenuto infondato il ricorso

e preso atto dell'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva per il quale era stata disposta la condanna, hanno affrontato la questione residuale delle determinazioni che possono o meno essere adottate nel giudizio di legittimità con riferimento alla confisca che sia stata disposta dal giudice di merito (specificamente, nel presente giudizio, dal giudice di primo grado con statuizione confermata dalla sentenza impugnata). Si è trattato, cioè, di accertare se, all'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per l'estinzione del reato, potessero resistere singole statuizioni contenute nella decisione in ragione della loro sostanziale autonomia. Al riguardo, è stato precisato che la possibilità di individuare all'interno della sentenza statuizioni che non siano travolte dall'effetto caducante provocato dalla prescrizione del reato deve necessariamente trovare fondamento su disposizioni normative che consentano una tale operazione.

10. Il fondamento del problema.

La questione, dunque, trova il suo presupposto logico in quella appena illustrata, riguardante i rapporti tra la declaratoria di prescrizione e l'adozione della confisca lottizzatoria.

Al riguardo, secondo un orientamento consolidato (tra le altre, Sez. 3, n. 9982 del 05/03/2008, Quattrone, Rv. 238984; Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe, Rv. 255112; Sez. 3, n. 15888/16 del 08/04/2015, dep. 2016, Sannella, Rv. 266628; Sez.3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi, Rv. 270646), essenzialmente fondato sulla lettera del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 2, la confisca dei terreni ben può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato purché sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva.

Tale indirizzo, sorto da tempi risalenti (si veda, nel vigore della l. n. 47 del 1985, art. 19, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene, cit. e Sez. 3, n. 10061 del 13/07/1995, Barletta, Rv. 203473), era condensato inizialmente nella semplice affermazione della compatibilità tra dichiarazione di estinzione per prescrizione del reato e confisca delle aree lottizzate in ragione della sufficienza di un accertamento del reato. Il principio si è via via irrobustito attraverso, dapprima, la indicazione della "latitudine" dell'accertamento, necessariamente comprensivo, per tenere conto delle indicazioni a suo tempo giunte dalla sentenza della Corte EDU 30/08/2007, Sud Fondi c. Italia, sia dell'elemento oggettivo, sia di quello soggettivo del reato (tra le prime, Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta, cit.; Sez. 3, n. 30933 del 19/05/2009, Costanza, Rv. 244247) e, successivamente, attraverso la predisposizione di modalità procedimentali coerenti con i principi del "giusto processo", come tali richiedenti la sussistenza del contraddittorio delle parti quale elemento imprescindibile dell'accertamento stesso (tra le altre, Sez. 3,

n. 17066 del 04/02/2013, Volpe, Rv. 255112; Sez. 4, n. 31239 del 23/06/2015, Giallombardo, Rv. 264337).

L'orientamento illustrato, in un certo momento, si è trovato in dissonanza con la giurisprudenza della Corte EDU. La pronuncia della Corte EDU 29/10/2013, Varvara c. Italia, infatti, come si è visto, aveva affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza, potesse subire una "pena" (tale dovendo secondo la Corte essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'art. 7 CEDU. Successivamente, con la sentenza n. 49 del 2015 - il cui contenuto è stato dapprima illustrato - la Corte costituzionale ha precisato che il pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito, necessario per l'applicazione della confisca, non è precluso nel caso di proscioglimento dovuto a prescrizione, atteso che tale pronuncia ben potrebbe «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato». La pronuncia della Grande Camera 28/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, in seguito, come pure è stato rilevato, ha affermato che «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'art. 7, che in questo caso non è violato».

11. L'indirizzo che consentiva l'annullamento con rinvio per la declaratoria della prescrizione.

Sulle premesse illustrate, nel caso di estinzione del reato di lottizzazione abusiva, un indirizzo giurisprudenziale ha affermato la possibilità di annullamento con rinvio della sentenza limitatamente al profilo relativo alla confisca, individuando un tale esito come un logico corollario della possibilità di coesistenza della prescrizione e della confisca. Tale principio, infatti, acquista un concreto valore, in quanto si consenta che, nonostante la intervenuta prescrizione maturata nel corso del giudizio di impugnazione, il giudice possa ugualmente disporre la misura in oggetto.

Queste pronunce hanno trovato una conferma di ciò nell'art. 578-bis cod. proc. pen. secondo cui "quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dall'art. 240-bis c.p., comma 1 e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322-ter c.p., il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono

sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato" (cfr. Sez. 3, n. 14005 del 04/12/2018, dep. 2019, PM in proc. Bogni, Rv. 275356; Sez. 3, n. 22034 del 11/4/2019, PM in proc. Pintore, Rv. 275969; Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco e altri, Rv. 277167; Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio, Rv. 277322; Sez. 3, n. 47094 del 12/09/2019, Ventura; Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli ed altro, Rv. 277363).

12. L'area operativa dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen.

La formulazione originaria dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., introdotto dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, (di attuazione della delega per la riserva di codice), e da ultimo modificata con la l. n. 3 del 2019 (che vi ha inserito l'inciso relativo alla "confisca prevista dall'art. 322-*ter* c.p."), ha rappresentato il sostanziale trapianto, nel codice di rito, del contenuto del d.l. n. 306 del 1992, art. 12-*sexies*, comma 4-*septies*, secondo cui "*le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma* 2-*ter, si applicano quando, pronunziata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*". Tale comma è stato trasfuso nell'art. 240-*bis*, comma 1, cod. pen., inserito nel codice dal d.lgs. n. 21 del 2018 cit., art. 6, comma 1, e richiamato espressamente dall'art. 578-*bis* (così come, l'art. 12-*sexies*, comma 4-septies cit. richiamava il comma 1 della stessa norma).

L'art. 12-*sexies* cit., comma 1 (e, conseguentemente, in virtù della già indicata corrispondenza, l'art. 240 *bis* cit., comma 1), invero, prevedeva, come sopra anticipato, la sola confisca cosiddetta "per sproporzione", senza contemplare la confisca urbanistica.

L'art. 578-*bis* cod. proc. pen., tuttavia, non si è limitato a richiamare la "*confisca in casi particolari prevista dall'art.* 240-*bis c.p., comma* 1" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "*prevista da altre disposizioni di legge*" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera della L. 9 gennaio 2019, n. 3, art. 1, comma 4, lett. f), il richiamo alla confisca "*prevista dall'art.* 322-*ter cod. pen.*".

Quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa deve essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, dovendo riconoscersi al richiamo alla confisca "*prevista da altre disposizioni di legge*", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale.

Secondo l'ordinanza di rimessione, invero, tale inciso sarebbe da riferire specificamente alla confisca "allargata" relativa al reato di cui al d.P.R. n. 43 del 1973, art. 295, comma 2, e a quella relativa al reato di cui al d.P.R. n. 309 del 1993, art. 73, che, in quanto disciplinate entrambe da testi unici, non avrebbero potuto, per il principio della "riserva di codice" di cui all'art. 3-*bis* cod. pen., essere espressamente menzionate nel codice penale. Per discostarsi da tale assunto, peraltro, è dirimente osservare che tale principio riguarda, per come emergente dal tenore testuale di detta norma, le "*nuove disposizioni che prevedono reati*", le quali "*possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia*", essendosi, cioè, voluto evitare che con leggi diverse da tali due fonti si possano introdurre nuove fattispecie di reato. Nella specie, invece, non si sarebbe trattato di introdurre nuove fattispecie di reato ma solo di menzionare, ai fini della regolamentazione della confisca per esse prevista, fattispecie già contemplate dall'ordinamento.

Né il fatto che la rubrica della norma riguardi unicamente la "*confisca in casi particolari*", in tal modo sembrando alludere alla sola confisca "allargata" di cui all'art. 240-bis cit., che infatti, in rubrica riporta la stessa formulazione, può condurre a diverse conclusioni, dovendo sul punto ribadirsi che le partizioni sistematiche di una legge, in particolare titoli, capi e rubriche, non fanno parte né integrano il testo legislativo e quindi non vincolano l'interprete, in quanto la disciplina normativa sulla formazione delle leggi prevede che solo i singoli articoli siano oggetto di esame e di approvazione da parte degli organi legislativi (Sez. 1, n. 16372 del 20/03/2015, De Gennaro, Rv. 263325).

E, allo stesso modo, non è apparso ostare ad una lettura che includa nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. anche la confisca urbanistica il fatto che, alla "*confisca in casi particolari*" e a quella "*prevista...da altre disposizioni di legge*", tra loro legate dalla congiunzione "*e*", si sia poi aggiunta anche la confisca di cui all'art. 322-*ter* cit., per mezzo della diversa congiunzione "*o*"; secondo una prima lettura di tali unità sintattiche, menzionata dalla ordinanza di rimessione, infatti, la diversa natura delle due congiunzioni usate starebbe a dimostrare che le confische menzionate dalla norma potrebbero essere di soli due tipi, ovvero, da un lato, la confisca cosiddetta "allargata", esemplificata dal riferimento all'art. 240-*bis* cit. cui, per effetto della congiunzione "e", andrebbe accomunata anche la confisca previste da altre disposizioni di legge, e, dall'altro, la confisca per equivalente, esemplificata dal riferimento all'art. 322-*ter* cit., senza spazio, dunque, per ulteriori tipi di confisca. Sennonché, non può non tenersi conto che, come già detto, la versione originaria era limitata ai soli due primi elementi mentre il riferimento alla confisca di cui all'art. 322-*ter* cod. pen. è stato il frutto di interpolazione successiva, sicché l'affidamento sull'appropriata utilizzazione delle congiunzioni (dapprima la "e" e,

poi, la "o") e sulle sue conseguenze interpretative appare in definitiva assai labile ove non rapportato, come necessario, alla formulazione primigenia caratterizzata dal semplice riferimento ad una confisca prevista dall'art. 240-bis nonché da altre leggi speciali; ed anzi, ben potrebbe dirsi che è la stessa aggiunta posteriore, in realtà, ed in senso opposto a quanto si vorrebbe, a rafforzare una lettura della disposizione inclusiva anche dei provvedimenti ablatori aventi portata *lato sensu* sanzionatoria, come indubbiamente è la confisca per equivalente e come è la confisca urbanistica, avente natura, per consolidata esegesi di questa Corte, di "sanzione amministrativa" (cfr., tra le altre, Sez. 3, n. 12471 del 16/11/1995, Besana, Rv. 203275; Sez. 3, n. 777 del 24/02/1999, Iaconangeli, Rv. 214058; Sez. 3, n. 38728 del 07/07/2004, Lazzara, Rv. 229608; Sez. 3, n. 36844 del 09/07/2009, Contò, Rv. 244923; Sez. 3, n. 5857 del 6/10/2010, dep. 2011, Grova, Rv. 249516; **Sez. 3, n. 2292 del 25/10/19, dep. 2020, Romano**).

Va aggiunto che già le Sezioni Unite avevano significativamente affermato, con la sentenza n. 6141/19 del 25/10/2018, Milanesi, Rv. 274627, come il riferimento dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. alle "*altre disposizioni di legge*" evochi "le plurime forme di confisca previste dalle leggi penali speciali", in tal modo condividendo la legittimità di una lettura ad ampio raggio, non limitata alla sola confisca "per sproporzione".

Né, interpretando la norma come applicabile anche alla confisca urbanistica, da intendersi ricompresa appunto nella indeterminata categoria delle confische previste da altre disposizioni di legge, potrebbero emergere elementi sintomatici di un possibile attrito della stessa con il principio di cui all'art. 76 cost. tale da fare dubitare, in termini non manifestamente infondati, della sua legittimità costituzionale.

Va considerato che la legge 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, comma 82, ha delegato il Governo all'adozione di norme per la riforma dei giudizi di impugnazione nel processo penale, entro le quali, dunque, ben può farsi rientrare anche l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., norma inequivocabilmente volta, sia per l'ambito di collocazione sia per il contenuto, a disciplinare appunto il giudizio di impugnazione, e che, dall'altro, l'art. 1, comma 86 stessa legge stabilisce che "*Il Governo è delegato ad adottare, nei termini e con la procedura di cui al comma* 83*, decreti legislativi recanti le norme di attuazione delle disposizioni previste dai commi* 84 *e* 85 *e le norme di coordinamento delle stesse con tutte le altre leggi dello Stato, nonché le norme di carattere transitorio*", ben potendo l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. costituire, nella sostanza, una delle "norme di coordinamento con tutte le altre leggi dello Stato" resesi necessarie in esito all'esercizio della delega.

Del resto, come costantemente affermato dalla Corte costituzionale, i principi e criteri direttivi servono, da un lato, a circoscrivere il campo della delega, sì da

evitare che essa venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno determinata, ma, dall'altro, devono anche consentire al potere delegato la possibilità di valutare le particolari situazioni giuridiche da regolamentare nella fisiologica attività di "riempimento" che lega i due livelli normativi, sicché la determinazione dei principi e dei criteri suddetti "non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore" (sent. n. 117 del 1997; n. 198 del 1998; n. 426 del 2006; n. 341 del 2007) pur nel silenzio del legislatore delegante (sent. n. 141 del 1993).

La riferibilità dell'art. 578-*bis* cit. anche alla confisca urbanistica, peraltro, poggia non solo sugli argomenti illustrati, ma anche su un criterio di evidente razionalità: l'esigenza che ha spinto il legislatore a dettare una norma volta, in chiara analogia con la disposizione dell'art. 578 cod. proc. pen. (non a caso immediatamente precedente nella topografia codicistica), ad evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all'art. 240-*bis* cit. nel frattempo disposta in primo grado o in grado di appello (a seconda che la prescrizione maturi rispettivamente nel giudizio di appello o in quello di legittimità), in linea con il principio di conservazione degli effetti delle pronunce di merito sul punto non sovvertite nei gradi successivi (così come, con riguardo all'art. 578 cod. proc. pen., si è voluto evitare la dissipazione degli effetti sul piano delle statuizioni civili), è ancor più tangibile nel caso della confisca di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44.

Come si è già detto, infatti, ai fini di disporre la confisca lottizzatoria non è necessaria una pronuncia di condanna, essendo invece sufficiente il "sostanziale" accertamento del fatto, sia pure circondato dalle garanzie sostanziali e processuali già ricordate sopra; non si comprende allora quale senso potrebbe avere consentire che il mero fatto di una prescrizione sopravvenuta in grado di appello o in quello di legittimità (ovvero, in altri termini, il sopravvenire di una situazione che, ove prodottasi già in primo grado, non avrebbe comunque potuto impedire la sanzione amministrativa de qua) impedisca al giudice dell'impugnazione di decidere comunque agli effetti della confisca.

Da tale punto di vista, dunque, il parallelismo che, con riguardo alla confisca "per sproporzione", il legislatore ha posto, per le altre confische, tra la norma sostanziale di cui all'art. 240-*bis* e quella processuale di cui all'art. 578-*bis*, va, con riguardo alla confisca urbanistica, più specificamente instaurato tra il d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44 (quale "legge speciale" richiamata dalla norma del codice di procedura) e l'art. 578-bis.

13. L'applicazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non presuppone una condanna di primo grado.

La Corte ha poi rilevato che l'art. 578-*bis* cod. proc. pen. non presuppone che, ai fini della confisca urbanistica, sia sempre necessaria, in primo grado, una pronuncia di condanna.

Premesso che la formulazione letterale della norma in sé considerata non contiene alcun espresso riferimento a tale presupposto (venendo unicamente menzionata la necessità di una previa confisca), il necessario antecedente di una sentenza di condanna non può neppure essere rinvenuto nell'*incipit* dell'art. 240-*bis*, comma 1, cit., che menziona la condanna (nonché la sentenza di applicazione della pena), appunto perché, come appena detto, il necessario referente dell'art. 578-*bis*, per quanto riguardante specificamente la confisca urbanistica, non è rappresentato dall'art. 240-*bis* bensì il d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44 che opera il chiaro riferimento al solo "accertamento".

Le Sezioni Unite, nondimeno, hanno precisato che, affinché sia razionalmente ricostruito il "sistema" ricavato dalle norme appena ricordate, la possibilità per il giudice dell'impugnazione, che dichiari la prescrizione, di decidere comunque agli effetti della confisca, non può implicare, come invece ritenuto da alcune pronunce, che il giudizio di primo grado, una volta intervenuta la prescrizione e non ancora accertato il fatto, possa comunque proseguire a tali soli fini di accertamento.

Un orientamento, invero, ha ritenuto recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato di cui all'art. 129 cod. proc. pen. rispetto all'obbligo di accertamento ricavabile dall'art. 44 cit., che, dunque, dovrebbe avere piena espansione consentendo al giudice, nell'ottica della possibilità di individuare, accanto all'azione penale tipica, una cosiddetta "azione penale complementare", di "adottare altri provvedimenti a carattere reattivo o ripristinatorio, nei quali si sostanzia l'esigenza dell'ordinamento di ripristinare l'ordine giuridico violato dal fatto illecito" (così, tra le altre, da ultimo, **n. 2292 del 25/10/2019, dep. 22/01/2020, Romano**, non mass., nonché Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791; Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196; Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco, Rv. 277167).

Secondo questa impostazione, l'unico limite a che il processo penale possa progredire relativamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica sarebbe rappresentato dall'estinzione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale (Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534).

Le Sezioni Unite, tuttavia, hanno ritenuto di riaffermare la valenza, rispondente a principi di ordine costituzionale, dell'obbligo di immediata declaratoria della causa di estinzione del reato posto dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., unicamente derogabile, *in melius*, dal comma 2 stessa norma, laddove già risulti con evidenza la sussistenza di una causa di proscioglimento nel merito e, *in peius*, nel senso, cioè, di consentire ugualmente la prosecuzione del processo ai fini dell'adozione di provvedimenti *lato sensu* sanzionatori, solo in presenza di norme che espressamente statuiscano in tal senso.

Dal tenore letterale dell'art. 44 cit., in primo luogo, non può trarsi alcuna indicazione nel senso di un "obbligo" di compiere l'accertamento nonostante la prescrizione già maturata e che in tale direzione non possono condurre, come anche osservato dall'ordinanza di rimessione, né la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, né la già ricordata pronuncia della Corte EDU GIEM s.r.l. c. Italia.

Sotto il primo profilo normativo, la disposizione appena ricordata si limita a prevedere che "*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca...*": in altri termini, pur postulando che ai fini della confisca sia sufficiente l'accertamento del fatto, in tal modo consentendo la misura anche a fronte di maturata prescrizione, la stessa nulla dice in ordine ai rapporti in punto di successione temporale tra l'accertamento del fatto, da un lato, e la prescrizione, dall'altro, se, cioè, l'accertamento debba necessariamente precedere il termine di compimento della prescrizione, affinché sia legittimo disporre la confisca, oppure sia invece consentito che, nonostante la prescrizione ormai intervenuta, il giudizio debba proseguire oltre ai soli fini di accertare il fatto (evidentemente prima non accertato) onde potere disporre la confisca.

Sotto il secondo profilo giurisprudenziale, poi, nessun riferimento la Corte costituzionale appare avere operato a tale aspetto, ciò non potendo in particolare ricavarsi dalla specificazione per cui non sarebbe di per sé "escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato", ciò solo significando, appunto, la reiterazione del principio di compatibilità "logica o giuridica della prescrizione con un pieno accertamento di responsabilità"; né alcun riferimento specifico sarebbe possibile rinvenire nella giurisprudenza della Corte EDU, che mai è scesa a valutare gli aspetti di ordine prettamente processuale appena ricordati, del resto chiaramente estranei all'orizzonte decisionale proprio della giurisdizione sovranazionale se non espressamente denunciati ad essa in ragione di eventuali effetti di inosservanza dei principi della Convenzione EDU.

È invece necessario il riferimento alle norme processuali e, in particolare, all'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., specificamente dedicato proprio al tempo e al *quomodo* della declaratoria di determinate cause di non punibilità (in esse rientrando anche la estinzione del reato), da sempre interpretato da questa Corte come espressiva di un obbligo per il giudice di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia "lo stato e il grado del processo" (clausola, questa, significativamente menzionata dalla norma), sentenza di proscioglimento (in tal senso, Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Bevilacqua, Rv. 229387; Sez. 5, n. 12174 del 18/02/2002, Vitale, Rv. 221392; implicitamente, Sez. 6, n. 783 del 26/02/1999, Tota, Rv. 214141).

Ed è emblematico che, esattamente in fattispecie riguardante la confisca urbanistica, ed in conseguenza della stretta applicazione del "principio di immediatezza" di cui all'art. 129 cit., sia stato da questa Corte ritenuto abnorme il decreto del giudice dell'udienza preliminare che, proprio al fine di consentire successivamente l'accertamento finalizzato a detta confisca, abbia disposto ugualmente il rinvio a giudizio per un reato, pur riconoscendo l'intervenuta estinzione dello stesso per prescrizione, in quanto esplicatosi al di fuori dei casi consentiti, al di là di ogni ragionevole limite (Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Bevilacqua, cit.).

E, sempre in tema di confisca urbanistica, va ricordato come la Corte, pur attraverso il riferimento a quanto imposto specificamente dall'art. 469 cod. proc. pen., abbia ravvisato, a fronte di maturata prescrizione del reato di lottizzazione, l'impossibilità, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, e, dunque, ad azione penale già esercitata, e dunque in un momento processuale tale, in teoria, da consentire di accertare il fatto nelle sue componenti oggettive e soggettive, di protrarre oltre il giudizio (Sez. 3, n. del 14/11/2018, dep. 2019, Bernardini, Rv. 277975).

Né è inutile ricordare il rilievo, di ordine anche costituzionale, che l'art. 129 cod. proc. pen. riveste anche secondo questa Corte a Sezioni Unite.

Secondo quanto affermato in particolare da Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403, infatti, due sono le funzioni fondamentali che assolve tale norma, la prima essendo quella di favorire l'imputato innocente (o comunque da prosciogliere o assolvere), prevedendo l'obbligo dell'immediata declaratoria di cause di non punibilità "in ogni stato e grado del processo", e, la seconda, quella di agevolare in ogni caso l'*exitus* del processo, ove non appaia concretamente realizzabile la pretesa punitiva dello Stato; implicita in tali funzioni ve ne sarebbe poi una terza, consistente nel fatto che l'art. 129 cit. rappresenta, sul piano processuale, la proiezione del principio di legalità stabilito sul piano del diritto sostanziale dall'art. 1 cod. pen.

Né va dimenticato l'ulteriore fine, perseguito dalla norma, di contemperamento dell'interesse dell'imputato ad una più ampia possibilità di vedere proseguire l'attività processuale in vista di un auspicato proscioglimento con formula liberatoria di merito, "con l'aspetto, non meno rilevante, dell'*exitus* del processo quale obiettivo da perseguire, la cui importanza non può certamente sottovalutarsi, posto che la disciplina d'impulso alla sollecita definizione del processo tutela un fondamentale interesse di carattere costituzionale (art. 111 Cost., comma 2: ragionevole durata del processo) che non può essere considerato aprioristicamente di rango inferiore ad altri interessi pur apprezzabili e, in ogni caso, sempre tutelabili".

In definitiva, dunque, e per ribadire le affermazioni di tale pronuncia, il principio dell'immediata operatività della causa estintiva, fatto salvo il limite dell'evidente innocenza dell'imputato, è il frutto di una scelta legislativa che trova la sua *ratio* nell'intento di evitare la prosecuzione infruttuosa di un giudizio e nella finalità di assicurare la pronta definizione dello stesso, evitando così esasperati, dispendiosi ed inutili formalismi.

Peraltro, ove il principio dell'immediatezza del proscioglimento appena ricordato fosse ritenuto derogabile in vista della confisca urbanistica, ovvero in senso chiaramente sfavorevole all'imputato, non ci si potrebbe sottrarre all'evidente sperequazione che verrebbe in generale in tal modo a crearsi nel caso, invece, di accertamenti da operare *in melius*, essendosi sempre esclusa da questa Corte la possibilità di prosecuzione a tal fine del processo proprio per il contrasto della stessa con quanto disposto dall'art. 129 c.p.p. (da ultimo, Sez. 3, n. 56059 del 19/09/2017, Marvelli, Rv. 272427 e Sez. 5, n. 5586 del 03/10/2013, Fortunato, Rv. 258875).

Dunque, solo là dove specificamente previsto, il principio dell'immediata adozione di pronuncia di proscioglimento può trovare deroga nel contemperamento con interessi ritenuti comunque meritevoli di tutela, difettando invece, per quanto riguardante la confisca lottizzatoria, ogni disposizione in tal senso.

Pertanto, non possono condurre ad una prosecuzione del giudizio che non abbia già accertato il reato le norme che consentono al giudice, nonostante la declaratoria di proscioglimento, anche di proseguire nel giudizio per determinate specifiche finalità (tra esse annoverandosi l'art. 537 cod. proc. pen., in tema di pronuncia sulla falsità di documenti, e il d.P.R. n. 43 del 1973, art. 301 in tema di contrabbando).

È infatti chiaro che tali norme, proprio perché derogatorie rispetto all'art. 129 cod. proc. pen., non possono essere certo considerate esemplificative di un "sistema" in tal senso, tanto più in ragione della peculiarità di situazioni, come

quella disciplinata, ad esempio, dall'art. 537 cod. proc. pen. (la cui finalità è quella di evitare la celebrazione di un giudizio civile per accertare la falsità dell'atto), non equiparabili a quella della confisca urbanistica.

Del resto, proprio all'esistenza di dette specifiche disposizioni va collegata l'affermazione di Sez. U, n. 38834 del 10/07/2008, De Maio, Rv. 240565, secondo cui la circostanza che il giudice possa procedere ad accertamenti ai fini della confisca non potrebbe considerarsi "anomala": è evidente che l'affermazione resa in tali esatti termini, nell'ambito di questione oltretutto limitata, ancora una volta, alla sola verifica della compatibilità tra confisca ed estinzione del reato, segnala l'impossibilità di volgere la stessa nel senso, ben diverso, della sistematicità necessaria, sempre e comunque, di accertamenti in presenza di una prescrizione già maturata.

14. Il rilievo della natura della confisca.

Alla conclusione nel senso adottato, infine, ha condotto anche la natura della confisca lottizzatoria, costantemente qualificata dalla Corte di cassazione come sanzione amministrativa, sia pure irrogata dal giudice penale, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001. Tale natura comporta che, laddove la confisca non sia stata disposta in sede penale, perché non è stato possibile accertare il fatto, l'amministrazione può comunque adottare i provvedimenti sanzionatori previsti dall'art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001 (Sez. 3, n. 5857 del 06/10/2010, dep. 2011, Grova, Rv. 249517).

Né può trascurarsi la circostanza che, all'interno del sistema delle sanzioni amministrative previsto, per la lottizzazione, dall'art. 30, commi 7 e 8, l'intervento sanzionatorio del giudice penale attuato tramite la confisca è di ordine meramente residuale (Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli, cit.; Sez. 3, n. 47094 del 12/09/2019, Ventura, cit.; Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco; Sez. 3 n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini, Rv. 275756) e non interferisce, né si sovrappone all'autonomo potere principalmente attribuito all'autorità amministrativa dall'art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001 (Sez. 3 n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini, cit.).

Deve, del resto, escludersi che, in tema di provvedimenti sanzionatori che conseguono all'accertamento di una lottizzazione abusiva, possa desumersi dalla disciplina in materia l'esistenza di una sorta di pregiudiziale penale, ovvero di previa verifica della sussistenza della responsabilità penale di cui all'art. 44, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380 del 2001, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa (così, Cons. Stato, Sez. 6, n. 2082 del 3/04/2018; negli stessi termini, Cons. Stato, Sez. 6, n. 1888 del 26/03/2018; Cons. Stato, Sez. 6, n. 1878 del 23/03/2018; cfr. TAR Toscana, Sez. 3, n. 1643 del 19/12/2018;

TAR Toscana, n. 509 del 30/03/2015; T.A.R. Toscana, Sez. 3, Sent. n. 893 del 29/05/2014).

Il principio di adozione in via immediata del proscioglimento (in esso compreso quello dovuto ad estinzione del reato) va dunque riaffermato, sicché il giudice di primo grado potrà disporre la confisca solo ove, prima della maturazione della prescrizione, sia stato comunque già accertato, nel contraddittorio delle parti, il fatto di lottizzazione nelle sue componenti oggettive e soggettive.

15. I principi di diritto affermati.

Conclusivamente, le Sezioni Unite hanno enunciato i principi di diritto illustrati in precedenza e che appare opportuno ribadire:

"La confisca di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129 c.p.p., comma 1, proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento".

Ed inoltre, hanno affermato: "In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44".

16. La decisione della vicenda posta al vaglio delle Sezioni Unite.

Sulla base dei principi illustrati, dunque, la Corte, nonostante l'intervenuta prescrizione del reato, che comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, ha ritenuto di essere tenuta ugualmente a decidere in ordine alla confisca già disposta dal giudice di primo grado e confermata in sede di appello.

In proposito, l'unico motivo proposto in ricorso riguardante la confisca, tuttavia, è stato giudicato inammissibile per la mancanza di interesse del ricorrente che ha dedotto di essere proprietario solo in minima parte dei beni confiscati, i quali apparterrebbero a terzi in buona fede. È stata pertanto confermata la statuizione del tribunale di confisca del terreno abusivamente lottizzato e dei manufatti sullo stesso abusivamente realizzati.

Al riguardo, è stato applicato il principio, implicito anche nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso. Il potere di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, invece, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi.

Nessuno spazio dunque residua per valutare l'eventuale illegittimità della statuizione della confisca, neppure sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità evocato dall'ordinanza di rimessione come questione rilevabile d'ufficio per effetto della decisione della Corte EDU 26/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, posto che lo stesso ricorrente, con l'unico motivo riguardante la confisca, ha dedotto una questione, ovvero quella della buona fede di soggetti terzi proprietari dell'area e di beni lottizzati, del tutto estranea alla propria posizione.

Del resto, nel caso di specie, la confisca ha testualmente riguardato "il terreno abusivamente lottizzato" e i "manufatti sullo stesso abusivamente realizzati", sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la misura sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria. L'annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, pertanto, si risolverebbe in un annullamento *ad explorandum*, del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità (nel senso che "un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito", v. Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606).

E tale presupposto non può che restare fermo anche con riguardo a quanto previsto dall'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., in relazione alla possibilità per la Corte di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello (si veda, infatti, sia pure con riferimento all'applicabilità dell'art. 129 c.p.p., Sez. 3, n. 394 del 25/09/2018, Gilardi, Rv. 274567).

Al riguardo, è stato affermato il principio così massimato: "In tema di giudizio di legittimità, il potere di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, riguarda solo quelle relative ai soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche quelle che attengono a terzi" (**Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 03**).

L'enunciazione di tale principio, peraltro, non significa che la relativa questione sia definitivamente preclusa: è proprio l'ampio impiego, da parte dei giudici di merito, della formula di legge relativa alla confisca urbanistica a consentire all'interessato di proporre ogni doglianza sul punto in sede esecutiva (anche, ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l'attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca) e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell'incidente di esecuzione, nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell'applicazione giurisprudenziale (nel senso che in sede esecutiva può farsi questione anche sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa, cfr. Sez. 1, n. 30713 del 03/07/2002, Merlo, Rv. 222157 e Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000, EI Yamini, Rv. 216491).

A tale proposito è stato affermato il principio: "In tema di lottizzazione abusiva, le questioni relative alla conformità della confisca al principio di protezione della proprietà di cui all'art. 1 del Prot. n. 1 CEDU, come interpretato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte EDU del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. contro Italia possono essere proposte dagli interessati al giudice dell'esecuzione, anche chiedendo la revoca della misura limitatamente alle aree o agli immobili estranei alla condotta illecita" (**Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 04**).

17. La giurisprudenza di legittimità successiva.

La giurisprudenza successiva si è allineata ai principi espressi dalle Sezioni Unite.

È stato costantemente ribadito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca, ove sia stata comunque accertata, con adeguata motivazione e nel contraddittorio delle parti, la sussistenza del reato nei suoi elementi, oggettivo e soggettivo. Il giudice di primo grado, però, potrà disporre la confisca solo ove, anteriormente al momento di maturazione della prescrizione, sia stato comunque già accertato, nel contraddittorio delle parti, il fatto di lottizzazione nelle sue componenti oggettive e soggettive (**Sez. 3, n. 31177 del 10/09/2020, Di Ciommo; Sez. 3, n. 28474 del 8/09/2020, Pontrandolfo; Sez. 3, n. 23013 del 13/02/2020, Paone; Sez. 3, n. 20095 del 1/07/2020, Albanese**).

In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per intervenuta prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., a decidere sull'impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, avendo le Sezioni Unite precisato che deve riconoscersi al richiamo contenuto nell'art. 578-*bis* alla confisca "*prevista da altre disposizioni di legge*", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale (**Sez. 3, n. 32383 del 9/09/2020, Paolicelli**).

Il potere della Corte di cassazione di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi, titolari dei beni confiscati (**Sez. 3, n. 23010 del 10/01/2020, Grossi**).

Una volta intervenuta la causa di estinzione del reato, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., proseguire al solo fine di compiere l'accertamento della responsabilità. Una decisione della Corte, peraltro, ha ravvisato una eccezione a tale regola, rappresentata dai casi di processo "cumulativo" in cui il giudizio debba necessariamente proseguire per accertare ulteriori illeciti (**Sez. 3, n. 31182 del 16/09/2020, Galli**).

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. 3, n. 4954 del 8/02/1994, Pene ed altri, Rv. 197506
Sez. 3, n. 10061 del 13/07/1995, Barletta, Rv. 203473
Sez. 3, n. 12471 del 16/11/1995, Besana, Rv. 203275
Sez. 3, n. 777 del 24/02/1999, Iaconangeli, Rv. 214058
Sez. 6, n. 783 del 26/02/1999, Tota, Rv. 214141
Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000, EI Yamini, Rv. 216491
Sez. 5, n. 12174 del 18/02/2002, Vitale, Rv. 221392
Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002, Conti, Rv. 221403
Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606
Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Bevilacqua, Rv. 229387
Sez. 3, n. 37086 del 07/07/2004, Percinaro, Rv. 230031
Sez. 3, n. 38728 del 07/07/2004, Lazzara, Rv. 229608
Sez. 3, ord. n. 10916 del 3/3/2005, Visconti, Rv. 230984
Sez. 3, n. 9982 del 05/03/2008, Quattrone, Rv. 238984
Sez. U, n. 38834 del 10/07/2008, De Maio, Rv. 240565
Sez. 3, n. 21188 del 30/04/2009, Casasanta e altri, Rv. 243630
Sez. 3, n. 30933 del 19/05/2009, Costanza, Rv. 244247
Sez. 3, n. 36844 del 09/07/2009, Contò, Rv. 244923
Sez. 3, n. 39078 del 13/07/2009, Apponi e altri, Rv. 245347
Sez. 3, n. 5857 del 6/10/2010, dep. 2011, Grova, Rv. 249516
Sez. 3, n. 17066 del 04/02/2013, Volpe, Rv. 255112
Sez. 5, n. 5586 del 03/10/2013, Fortunato, Rv. 258875
Sez. 3, (ord.) n. 20636 del 20/05/2014, Alessandrini
Sez. 1, n. 16372 del 20/03/2015, De Gennaro, Rv. 263325
Sez. 3, n. 15888 del 08/04/2015, dep. 2016, Sannella, Rv. 266628
Sez. 4, n. 31239 del 23/06/2015, Giallombardo, Rv. 264337
Sez. 3, n. 35313 del 19/05/2016, Imolese, Rv. 267534
Sez. 3, n. 33051 del 10/05/2017, Puglisi e aa., Rv. 270646
Sez. 3, n. 53692 del 13/07/2017, Martino, Rv. 272791
Sez. 3, n. 56059 del 19/09/2017, Marvelli, Rv. 272427
Sez. 3, n. 43630 del 25/06/2018, Tammaro, Rv. 274196
Sez. 3, n. 394 del 25/09/2018, Gilardi, Rv. 274567
Sez. 3, n. del 14/11/2018, dep. 2019, Bernardini, Rv. 277975
Sez. 3, n. 14005 del 04/12/2018, dep. 2019, Bogni, Rv. 275356
Sez. 3 n. 8350 del 23/01/2019, Alessandrini, Rv. 275756;
Sez. 3, n. 22034 del 11/4/2019, Pintore, Rv. 275969

Sez. 3, n. 31282, del 27/3/2019, Grieco, Rv. 277167
Sez. 3, n. 38484 del 5/07/2019, Giannattasio, Rv. 277322
Sez. 3, n. 47094 del 12/09/2019, Ventura
Sez. 3, n. 47280 del 12/09/2019, Cancelli, Rv. 277363
Sez. 3, n. 2292 del 25/10/19, dep. 2020, Romano
Sez. 3, n. 23010 del 10/01/2020, Grossi
Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 03
Sez. 3, n. 23013 del 13/02/2020, Paone
Sez. 3, n. 20095 del 1/07/2020, Albanese
Sez. 1, n. 30713 del 03/07/2002, Merlo, Rv. 222157
Sez. 3, n. 28474 del 8/09/2020, Pontrandolfo
Sez. 3, n. 32383 del 9/09/2020, Paolicelli
Sez. 3, n. 31177 del 10/09/2020, Di Ciommo
Sez. 3, n. 31182 del 16/09/2020, Galli

CAPITOLO II

LA CONFISCA PER EQUIVALENTE: NATURA E COMPATIBILITÀ CON LA PRESCRIZIONE DEL REATO.

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La confisca per equivalente in rapporto all'art.578-bis cod.proc.pen. - 3. La natura della confisca per equivalente. - 4. Confisca per equivalente e finalità riparatoria. - 5. Estensione del principio alle altre ipotesi di confisca per equivalente. - 6. Le confische in materia di reati tributari.

1. Premessa.

Il sistema penale ha da tempo incentrato una parte rilevante della risposta sanzionatoria sull'applicazione di forme differenziate di confisca, al punto che quello che era inizialmente uno strumento ben delimitato e avente essenzialmente la funzione di misura di sicurezza patrimoniale, ha assunto plurimi connotati, anche spiccatamente sanzionatori.

L'evoluzione del diritto penale ha comportato, pertanto, l'ampliamento delle ipotesi già note di confisca e l'introduzione di forme nuove, spesso calibrate sulle specifiche necessità repressive relative a determinati fenomeni criminosi (si pensi, in particolare, alla innovativa disciplina in materia di responsabilità da reato degli enti, lì dove la confisca ex art.19 d.lgs. n.231 del 2001, nel qual caso la confisca assurge a vera e propria sanzione principale).

Di pari passo, si è assistito ad un ampliamento delle ipotesi di confisca per equivalente, nel qual caso la rescissione del legame di pertinenzialità con il reato amplia considerevolmente l'efficacia dell'ablazione patrimoniale, rendendo più agevole il rinvenimento di cespiti da acquisire.

L'ampliamento dei casi in cui è possibile addivenire alla confisca per equivalente rappresenta la principale linea evolutiva della repressione "patrimoniale" in ambito penale, consentendo di superare quell'esigenza di stabilire un collegamento tra fatto di reato e utilità patrimoniale conseguita che, evidentemente, rappresenta anche una considerevole agevolazione sotto il profilo prettamente probatorio.

Nel momento in cui, mediante la previsione della confisca per equivalente, viene meno la necessità di accertare il nesso di pertinenzialità con il reato, ne risulta chiaramente agevolata la possibilità di aggredire patrimoni altrimenti destinati a restare nella disponibilità dell'autore dell'illecito.

L'altra direttrice fondamentale rispetto alla quale si va evolvendo la confisca è rappresentata sicuramente dall'esigenza di scollegare la confisca dal requisito di una formale sentenza di condanna.

Con riguardo a tale profilo, la norma antesignana dell'attuale evoluzione della confisca senza condanna è sicuramente costituita dalla confisca ex art.12-sexies, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, lì dove - recependo in parte la logica sottesa alle confische di prevenzione - si prevedeva, per un numero di fattispecie di reato estremamente ampio, la possibilità di addivenire alla confisca "per sproporzione", valorizzando la mancanza di giustificazione delle disponibilità patrimoniali in capo agli autori di determinati reati.

La norma citata non ci contraddistingue solo per l'aver fondato il presupposto della confisca nell'assenza di giustificazione in ordine alle disponibilità patrimoniali, ma anche per l'obbligatorietà di tale forma di confisca e per la possibilità che la stessa venisse disposta anche in caso di prescrizione del reato (art. 12-sexies, comma 4-septies, d.l. d.l. 8 giugno 1992, n. 306).

Il dato di fondo è sicuramente costituito dalla presa di consapevolezza della potenzialità criminogena dei patrimoni illeciti, con la conseguente tendenza a superare i tradizionali schemi penalistici, al fine di impedire che le locupletazioni indebite- di varia specie e genere - possano in alcun caso restare nella disponibilità dell'autore di condotte illecite. Tale finalità è particolarmente evidente nella previsione di cui all'art.6, comma 5, d.lgs. n.231 del 2001, in base al quale la confisca del profitto è sempre disposta, anche nel caso in cui, difettando la sussistenza dei presupposti della colpevolezza, l'ente non risponde dell'illecito dipendente da reato.

A fronte della consapevolezza dell'efficacia della confisca, è chiaramente individuabile il percorso che, prima la giurisprudenza e poi il Legislatore, hanno intrapreso per giungere a delineare i confini della confisca "senza condanna" che, evidentemente, rappresenta la risposta dell'ordinamento a fronte di ipotesi in cui la necessità dell'ablazione patrimoniale viene giudicata prevalente e non direttamente connessa alla formale affermazione della penale responsabilità.

L'intersezione tra la confisca "senza condanna" disciplinata dall'art.578-bis cod.proc.pen. e l'applicabilità alle ipotesi di confisca per equivalente ha determinato l'insorgere di dubbi in ordine alla natura di quest'ultima forma di ablazione, nonché alla sua possibilità di disporla in mancanza di una formale pronuncia di condanna.

Nel corso dell'ultimo anno, si è riproposta la questione in ordine alla natura sanzionatoria della confisca per equivalente, aspetto che rileva con riguardo a plurimi ambiti, ma che assume un rilievo dirimente proprio nel valutare la possibilità che la confisca per equivalente possa essere disposta anche nel caso in

cui il reato si accerti solo incidentalmente ed a margine di una pronucia di prescrizione.

2. La confisca per equivalente in rapporto all'art.578-bis cod.proc.pen.

Nella sua originaria previsione la confisca disposta in caso di prescrizione del reato non contemplava il riferimento alle plurime ipotesi di confisca per equivalente previste dall'ordinamento, atteso che l'art.578-*bis* cod.proc.pen. consentiva la confisca, anche nel caso di sopravvenuta prescrizione, solo con riguardo alle ipotesi disciplinate dall'art.240-*bis*, comma primo, cod.pen.

In tal modo, quindi, si escludeva espressamente dall'ambito applicativo della norma la confisca per equivalente disciplinata dall'art.240-*bis*, comma secondo, cod.pen., lì dove si prevede che «quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona».

Il mancato riferimento nell'originaria previsione dell'art.578-*bis* cod.proc.pen. ad ipotesi specifiche di confisca per equivalente, peraltro, appariva congruente rispetto alla natura di tale misura patrimoniale, tradizionalmente considerata nella giurisprudenza di costituzionale e di legittimità come una vera e propria ipotesi sanzionatoria, in quanto tale ritenuta incompatibile con una sentenza che dichiari l'estinzione del reato.

Tale soluzione trovava un autorevole precedente proprio nella sentenza "Lucci" delle Sezioni unite, lì dove era stato affermato il principio secondo cui « Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto» (Sez.U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435).

A tale conclusione le Sezioni unite erano giunte valorizzando il fatto che la confisca per equivalente assolve ad «una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza (ex plurimis, Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037)».

In conclusione, il binomio tra sentenza di condanna ed irrogazione della confisca per equivalente è stato ritenuto non superabile, proprio perché in tal caso la misura ablativa svolge una funzione eminentemente punitiva, che per sua natura non può conseguire ad una mera sentenza che accerti la commissione del reato, pur dichiarando l'intervenuta prescrizione.

A fronte del risultato cui erano pervenute le Sezioni unite e che sembrava recepito anche nel novellato art.578-bis cod.proc.pen., il quadro ha subito una profonda modifica a seguito dell'espressa inclusione nella suddetta norma del richiamo all'art.322-ter cod.pen. (modifica introdotta dall'art.3, lett.f), della l. 9 gennaio 2019, n.3, c.d. "spazzacorrotti").

Quest'ultima previsione, infatti, contempla un'ipotesi di confisca diretta ed obbligatoria avente ad oggetto il profitto od il prezzo dei più gravi reati contro la P.A., consentendo nelle medesime ipotesi anche la confisca per equivalente di beni per un valore pari a quello del prezzo o del profitto, ove non sia stata possibile l'acquisizione diretta di questi ultimi.

Rispetto al quadro giurisprudenziale formatosi ante novella, si pone inevitabilmente la questione di verificare se l'indiscriminato richiamo all'art.322-ter cod.pen. contenuto nell'art.578-bis cod.proc.pen. debba essere inteso nel senso che si è estesa, in via normativa, la possibilità di applicare la confisca per equivalente anche nel caso di pronuncia di una sentenza di prescrizione.

In alternativa, si potrebbe anche ipotizzare che il richiamo all'art.322-ter cod.pen. debba intendersi limitato ai soli casi di confisca diretta, in tal modo salvaguardando il principio secondo cui la confisca per equivalente, in quanto avente natura sanzionatoria, presuppone necessariamente una sentenza di condanna.

Tale soluzione si scontra inevitabilmente con il dato normativo che, nel compiere un richiamo generale all'art.322-ter cod.pen., difficilmente si presta ad una interpretazione (parzialmente *abrogans*) volta a limitare l'applicabilità dell'art.578-bis cod.proc.pen. alle sole ipotesi di confisca diretta contemplate dall'art.322-ter cod.pen.

Per converso, si potrebbe anche sostenere che, nel momento in cui il Legislatore ha espressamente esteso l'art.578-bis cod.proc.pen. anche ad un'ipotesi di confisca obbligatoria per equivalente, sarebbe implicitamente venuto meno il limite imposto dalle Sezioni unite con la sentenza "Lucci", sicchè il principio della legittimità della confisca "senza condanna" potrebbe estendersi anche ad altre fattispecie di confisca per equivalente, purchè caratterizzata dal requisito dell'obbligatorietà.

3. La natura della confisca per equivalente.

Le osservazioni in precedenza svolte dimostrano come il limite all'estensione dell'art.578-bis cod.proc.pen. alla confisca per equivalente deriva essenzialmente dalla qualificazione giuridica che la giurisprudenza ha dato di tale figura.

Nel momento in cui si è ritenuto che nella confisca per equivalente prevale l'intento punitivo rispetto a quello "riparatorio", ne consegue necessariamente l'adozione a seguito di una sentenza di condanna.

Diversamente ragionando, si porrebbero dubbi di legittimità costituzionali, soprattutto per violazione del principio di colpevolezza, posto che non pare consentito irrogare una sanzione nei confronti di un soggetto del quale non sia stata dichiarata la responsabilità penale con sentenza di condanna per effetto dell'estinzione del reato, la prescrizione, infatti, implica una rinuncia all'esercizio del potere punitivo che mal si concilia con l'irrogazione di una confisca di natura sanzionatoria.

Il nucleo della questione controversa, pertanto, può essenzialmente individuarsi nella qualificazione giuridica della confisca per equivalente.

Invero, la dottrina ha in più occasioni sottolineato come la qualificazione della confisca per equivalente in termini prettamente sanzionatori non è del tutto appagante, specie ove si consideri che tale forma di confisca altro non è che una modalità alternativa di esecuzione della confisca diretta.

La confisca per equivalente, in sostanza, integrerebbe una semplificazione del procedimento ablatorio, andando ad incidere sul momento esecutivo della confisca, piuttosto che su quello genetico, essendo una modalità per sostituire l'oggetto dell'apprensione, consentendo di aggredire un bene immediatamente rinvenibile nel patrimonio del destinatario della misura, a fronte dell'impossibilità di confiscare il bene direttamente legato alla commissione del reato.

La "fungibilità" dell'oggetto della confisca per equivalente, tuttavia, non andrebbe a modificare la funzione tipica del provvedimento ablatorio, atteso che la finalità recuperatoria resterebbe pur sempre quella prioritariamente perseguita.

La tematica in esame è stata recentemente oggetto di alcune pronunce di legittimità che, sia pur con riguardo ad ambiti non del tutto sovrapponibili, hanno rimesso in discussione la natura esclusivamente sanzionatoria della confisca per equivalente, evidenziando come a seconda dei profili valutati la funzione punitiva viene valorizzata in maniera diversa.

Ove si è posto il problema di valutare l'applicabilità della confisca per equivalente a fatti antecedenti all'entrata in vigore della norma che la prevede, **Sez.6, n.16103 del 19/2/2020, PG/De Grandi, Rv. 278961** ha ritenuto che «La confisca per equivalente del profitto, introdotta dall'art. 322-ter, comma primo,

cod. pen,, come novellato dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, ha natura eminentemente sanzionatoria e, quindi, non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge citata».

In un diverso contesto decisionale, invece, **Sez.2, n.8538 del 3/03/2020, De Gregorio, Rv. 278241**, ha escluso che la confisca per equivalente, pur avendo funzione sanzionatoria, possa equipararsi *in toto* alla sanzione penale, con la conseguente esclusione dell'applicabilità della sospensione condizionale della pena, evidenziando come tale forma di ablazione patrimoniale «non può essere parificata né ad una pena accessoria, in assenza della funzione preventiva tipica di questa, né alla pena principale, in quanto non è definita in proporzione alla gravità della condotta ed alla colpevolezza del reo e, piuttosto che "affliggere", mira a "ripristinare" la situazione patrimoniale preesistente alla consumazione del reato. (In motivazione la Corte ha qualificato la confisca per equivalente come presidio ripristinatorio autonomo, connotato da obbligatorietà ed assenza di discrezionalità nella determinazione del "quantum", rispetto alle sanzioni principali ed accessorie)».

4. Confisca per equivalente e finalità riparatoria.

La pronuncia di maggior rilievo, in quando si è direttamente occupata del profilo inerente la compatibilità della confisca per equivalente ex art.322-ter cod.pen. rispetto alla previsione dell'art.578-bis cod.proc.pen. è quella resa da da **Sez.6, n.14041 del 07/05/2020, Malvaso, Rv. 279262 - 01**.

Quest'ultima sentenza parte dalla ricostruzione sistematica dell'art.578-bis cod.proc.pen. segnalando come l'intenzione del Legislatore sia stata quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati, anche in caso di estinzione del reato (cfr. Relazione del Governo al disegno di legge presentato il 34/09/2018 recepito in Atto Camera n. C - 1189 -; Atto Senato n. 955, dossier n. 85).

La sentenza in esame si pone espressamente il problema della compatibilità tra la confisca per equivalente e l'assenza di una formale condanna, esprimendosi in senso favorevole sulla base di tre argomenti, strettamente collegati tra di loro.

In primo luogo, si segnala come il precedente costituito dalla sentenza "Lucci" non può costituire di per sé il fondamento per escludere la confisca per equivalente "senza condanna", in quanto la suddetta pronuncia è intervenuta in un quadro normativo del tutto diverso, nel quale era assente la specifica norma attualmente dettata dall'art.578-bis cod.proc.pen. In particolare, a seguito dell'espressa ricomprensione della confisca ex art.322-ter cod.pen. nell'ambito applicativo dell'art.578-bis cod.proc.pen., deve ritenersi che sia stato riconosciuto

a livello normativo l'ammissibilità della confisca per equivalente anche nel caso di sentenza di prescrizione del reato.

Per quanto concerne, più in generale, la compatibilità tra la confisca per equivalente e la pronuncia di prescrizione del reato, la sentenza evidenzia come i principi elaborati dalla giurisprudenza CEDU non costituiscano affatto un ostacolo, posto che - come ben evidenziato nella sentenza della Corte EDU, 28 giugno 2018, GIEM c./Italia - la convenzione non richiede affatto che una sanzione di natura penale sia irrogata esclusivamente a seguito di una formale sentenza di condanna, ben potendo conseguire anche in occasione di pronunce formalmente liberatorie, purchè contengano un pieno accertamento della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità del soggetto colpito dalla sanzione.

Sostiene la Sesta Sezione nella sentenza "Malvaso" come è proprio la sentenza "GIEM" ad ammettere la possibilità della confisca senza condanna con riferimento ad un'ipotesi - quella della confisca urbanistica - di cui è stata espressamente riconosciuta la funzione essenzialmente punitiva.

Infine, si evidenzia come nella confisca per equivalente del prezzo o del profitto del reato prevista dall'art. 322-ter cod. pen., connotata da un carattere afflittivo e sanzionatorio, convergono evidenti finalità ripristinatorie, di semplificazione probatoria ed esecutiva, che la differenziano sostanzialmente da una pura e semplice pena patrimoniale.

Ne consegue che «la confisca per equivalente ex art. 322-ter cod. pen. non ha la capacità di infliggere un *quid pluris* afflittivo, poiché si limita a privare l'autore di uno dei reati contro la pubblica amministrazione contemplati dalla norma di un valore equivalente a quanto da lui illecitamente ed effettivamente conseguito attraverso il reato e di cui sia divenuta impossibile l'apprensione diretta. Si tratta, in altre parole, di una forma di confisca che trova il proprio fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e per la quale, non a caso, si ritiene applicabile il principio di solidarietà passiva, proprio delle misure riparatorie, che limita la misura ablatoria alla quota di prezzo o profitto conseguita effettivamente e personalmente da ciascuno degli imputati (Sez. 6, n. 25877 del 23/06/2006, Maniglia, Rv. 234850; Sez. 6, n. 929 del 13/02/2014, Giancone, Rv. 259592), restando detta confisca esclusa nel caso in cui quanto illecitamente percepito sia già stato altrimenti restituito».

In conclusione, la Sesta sezione ha ritenuto che non sussista alcuna incompatibilità tra la confisca per equivalente e l'intervenuta prescrizione del reato dichiarata in sede di impugnazione, proprio perché la confisca per equivalente - pur presentando una natura mista, essendo connotata anche profili sanzionatori - mantiene il carattere di misura essenzialmente recuperatoria ed, in

quanto tale, ben può essere disposta a condizione che sia intervenuto l'accertamento del reato, anche se nell'ambito di un giudizio culminato con la pronuncia di estinzione.

5. Estensione del principio alle altre ipotesi di confisca per equivalente.

Le considerazioni svolte in relazione alla confisca dettata con riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione introducono necessariamente l'ulteriore problematica relativa alla applicabilità o meno dell'art.578-bis cod.proc.pen. anche ad altre ipotesi di confisca per equivalente, pur se non direttamente richiamate in tale disposizione.

Occorre premettere che la problematica non pare possa essere risolta applicando i consolidati principi che escludono l'estensione analogica delle norme penali *in pejus*, atteso che nel caso di specie non si tratterebbe di applicare una confisca per equivalente a fronte di reati per i quali non è prevista, bensì solo di consentirne l'irrogazione anche nel caso di intervenuta prescrizione del reato. Ciò che viene in gioco, pertanto, è solo ed esclusivamente l'applicabilità o meno di una norma processuale, rispetto alla quale la Cassazione ha già avuto modo di affermarne l'applicabilità anche con riguardo a fatti commessi prima della sua introduzione.

A tal riguardo, va segnalata la pronuncia resa da Sez.3, n.8785 del 29/11/2019, dep. 2020, Palmieri, Rv. 278256-01, secondo cui «La disposizione di cui all'art. 578-bis cod. proc. pen., introdotta dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha disciplinato la possibilità di applicare, con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione, la confisca cd. allargata prevista dall'art. 240-bis cod. pen. e che poi è stata estesa, dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, a tutte le ipotesi di confisca di cui all'art. 322-ter cod. pen., costituisce una norma di natura processuale, come tale soggetta al principio *tempus regit actum*».

Superato l'aspetto di diritto intertemporale, una prima soluzione potrebbe essere quella di ritenere che, una volta ammessa espressamente - sia pur con riferimento all'art.322-ter cod.proc.pen. - la possibilità della confisca per equivalente in caso di sopravvenuta prescrizione del reato, risulterebbe superato *ex lege* il limite che aveva imposto l'interpretazione seguita dalla sentenza "Lucci".

Tale argomento, del resto, è uno di quelli sui quali la sesta sezione, con la sentenza "Malvaso", ha fatto leva per affermare la legittimità dell'estensione dell'art.578-bis cod.proc.pen. all'art.322-*ter* cod.pen., valorizzando il fatto che il Legislatore ha evidentemente ritenuto che la confisca per equivalente, proprio perché persegue quanto meno in parte finalità non prettamente sanzionatorie,

bensì recuperatorie, risulta compatibile con lo schema della "confisca senza condanna".

Valorizzando tale argomentazione, si potrebbe ritenere che non vi siano reali ragioni ostative all'applicazione della confisca per equivalente, anche ove prevista da norme diverse da quella di cui all'art.322-ter, cod.pen., nel caso di proscioglimento per prescrizione, sia pur a seguito di una sentenza di condanna in primo grado.

In buona sostanza, si tratterebbe di adeguare gli argomenti che - a partire dalla sentenza "Lucci", passando per la sentenza della Corte cost. n.49 del 2015 e della Corte EDU - hanno consentito in via interpretativa di delineare i presupposti della "confisca senza condanna". Al contempo, si potrebbe sostenere che il dato normativo, lì dove l'art.578-bis cod.proc.pen. non contempla tutte le ipotesi di confisca per equivalente, potrebbe non essere di per sé dirimente, specie ove si consideri la genesi di tale norma (legata all'introduzione della riserva di codice), sostanzialmente recettiva di un principio già affermato dalla giurisprudenza e, quindi, ritenuto immanente nel sistema.

A conclusioni ben diverse, invece, si potrebbe addivenire ove si ritenga che la confisca per equivalente "senza condanna" costituisce pur sempre un'ipotesi derogatoria rispetto al principio generale secondo cui la natura punitiva, pur se non esclusiva, dell'istituto richiede una formale sentenza di condanna, non essendo sufficiente il mero accertamento incidentale.

Optanto per tale soluzione, tuttavia, si determinerebbero regimi differenziati tra le diverse ipotesi di confisca per equivalente, senza che sia riavvisabile una giustificazione che non sia quella derivante dalla legittima esplicazione della discrezionalità legislativa.

6. Le confische in materia di reati tributari.

Le problematiche sopra evidenziate si pongono, in primo luogo, con riguardo ai reati tributari, per i quali sono previste due forme distinte di confisca: la prima è attualmente disciplinata dall'art. 12 bis d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (introdotta dall'art.10 d.lg. 24 settembre 2015, n.158), che si pone in linea di continuità rispetto alla confisca già prevista dall'art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244, norma che a sua volta estendeva a determinati reati tributari la previsione contenuta all'art.322-ter cod.pen.

La seconda ipotesi di confisca è stata introdotta all'art.12 ter d.lgs. n.74 del 2000 dall'art. 39 comma 1 bis d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla l. n. 157 del 2019; si tratta di una tipica ipotesi di confisca allargata come espressamente contemplato al comma 1, lì dove si stabilisce che

«Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per i delitti di seguito indicati, si applica l'articolo 240 bis del codice penale quando».

Il coordinamento di tali disposizioni rispetto all'art.578-bis cod.pen.pen. non pone problemi interpretativi per quanto concerne la confisca per sproporzione di cui all'art.12-ter, essendo questa espressamente ricondotta tra quelle disciplinate dall'art.240-bis cod.pen., norma a sua volta richiamata dall'art.578-bis cod.proc.pen.

Ciò comporta che si potrà procedere alla confisca senza condanna, con riguardo ai reati tributari, sempre che ricorrano tutti i requisiti richiesti dall'art.12 ter.

Maggiori problemi si pongono in relazione all'art.12-bis, atteso che in tal caso non si tratta di una confisca allargata e, quindi, si pone il dubbio in ordine alla riconducibilità o meno di tale forma di ablazione nell'ambito dell'art.578-bis cod.proc.pen.

Al quesito pare corretto dare risposta positiva, valorizzando l'argomentazione sostenuta da **Sez.U, n.13539 del 30/4/2020, Perroni, Rv.278870-02** lì dove ammette che l'art.578-bis cod.proc.pen. non si applichi alle sole ipotesi di confisca allargata, ma anche a tutte le ipotesi di confisca disciplinate dalla normativa speciale.

Resta il problema di verificare se il principio è valido anche con riguardo al caso in cui venga disposta la confisca per equivalente ex art.12-bis, atteso che l'art.578-bis cod.proc.pen. (a differenza di quanto visto in relazione all'art.322-ter cod.pen.) non contiene alcun riferimento generalizzato in ordine all'ammissibilità della confisca per equivalente "senza condanna".

La questione, invero, potrebbe essere agevolmente risolta, nel senso di ammettere la confisca per equivalente senza condanna, considerando che l'art.12-bis non ha una portata innovativa, trattandosi di una norma che ha semplicemente ricondotto nell'alveo del d.lgs. n.74 del 2000 la previsione speciale (art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007) che, originariamente, estendeva a determinati reati tributari la confisca ex art.322-ter cod.pen.

In buona sostanza, vi è una assoluta continuità normativa che lega l'attuale art.12-bis, d.lg. n.74 del 2000, alla confisca ex art.322-ter cod.pen., il che dovrebbe indurre a ritenere, pur a seguito della diversificazione delle previsioni che contemplano tali ipotesi di confisca, che il regime non può che essere il medesimo.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez.6, n.14041 del 07/05/2020, Malvaso, Rv. 279262 - 01
Sez.U, n.13539 del 30/4/2020, Perroni, Rv.278870-02
Sez.2, n.8538 del 3/03/2020, De Gregorio, Rv. 278241
Sez.6, n.16103 del 19/2/2020, PG/De Grandi, Rv. 278961
Sez. 3, n. 8785 del 29/11/2019, dep. 2020, Palmieri, Rv. 278256-01
Sez.U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264435
Sez. 6, n. 929 del 13/02/2014, Giancone, Rv. 259592
Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037
Sez. 6, n. 25877 del 23/06/2006, Maniglia, Rv. 234850

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, 28 giugno 2018, GIEM c./Italia

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

Anno 2020

VOLUME II

INDICE

VOLUME II

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

APPLICAZIONE DI MISURA CAUTELARE IN ACCOGLIMENTO DELL'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO E INTERROGATORIO DI GARANZIA.
(FULVIO FILOCAMO)

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite 431
2. Il contrasto. 432
3. La giurisprudenza che esclude la necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. 433
4. La pronuncia sulla necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. 435
5. La soluzione accolta dalle Sezioni unite. 436
Indice delle sentenze citate 442

CAPITOLO II

INFORMAZIONE E PROTEZIONE DELLA PERSONA OFFESA NELL'INCIDENTE CAUTELARE
(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa. 443
2. Gli oneri di notifica della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale a favore della persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona. 444
2.1. L'affermazione dell'orientamento che delimita la categoria delle vittime dei delitti commessi con violenza alla persona. 446
2.2. L'esercizio del diritto all'informazione *de libertate* della persona offesa. 447
2.3 La notifica tramite PEC. 452
3. L'inammissibilità dell'istanza cautelare per violazione dell'art. 299 cod. proc. pen. 453
4. La valutazione di idoneità cautelare della misura nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona. 453
Indice delle sentenze citate 455

CAPITOLO III

GIUDIZIO DI RINVIO IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI: INDIVIDUAZIONE DEL *DIES A QUO* PER LA DECISIONE.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 27104 del 16/07/2020, Calella, Rv. 279533-01. 457
2. La vicenda processuale. 457
3. I motivi di ricorso. 458
4. L'ordinanza di rimessione ed i precedenti di legittimità. 459
4.1. L'orientamento minoritario. 460
4.2. L'orientamento maggioritario. 461
5. La decisione delle Sezioni Unite. 470

6. Conclusioni. 474
Indice delle sentenze citate 477

CAPITOLO IV

IL CRITERIO DI COMPUTO DELLA RETRODATAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI
(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. 479
2. La tesi favorevole al computo per fasi omogenee. 480
3. La tesi favorevole al computo dell'intero periodo di custodia cautelare. 481
4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. 483
5. L'interpretazione della norma alla luce della giurisprudenza costituzionale. 484
6. Retrodatazione e procedimenti pendenti dinanzi a diverse autorità. 486
7. La rilevabilità d'ufficio della carenza dei presupposti per la retrodatazione. 488
Indice delle sentenze citate 490

CAPITOLO V

LE SEZIONI UNITE SUL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE DEL DETENUTO ALL'UDIENZA CAMERALE DI RIESAME
(ANNA MAURO)

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. 491
2. I punti essenziali del contrasto. 491
3. La decisione delle Sezioni Unite. 494
Indice delle sentenze citate 499

SEZIONE II
RICUSAZIONE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE "GERBINO", IN MATERIA DI RICUSAZIONE ED INCIDENZA SUGLI ATTI DEL PROCESSO.
(STEFANIA RICCIO)

1. Premessa 501
2. L'ordinanza di rimessione e i termini del contrasto. 501
3. L'impostazione delle Sezione Unite "Tanzi". 504
4. La soluzione delle Sezioni Unite Gerbino. 505
Indice delle sentenze citate 509

SEZIONE III
PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

NOTIFICAZIONI ALL'IMPUTATO DETENUTO
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, questione controversa e principi di diritto enunciati da Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020. 511
2. Orientamento maggioritario in generale. 512
2.1. Elezione di domicilio effettuata dall'imputato detenuto. 512

2.2. Notificazione all'imputato detenuto eseguita nel domicilio eletto prima della detenzione. 513
3. Orientamento minoritario. 514
4. Orientamento tradizionale-intermedio. 515
5. Decisione delle Sezioni Unite: necessità che la notificazione all'imputato detenuto sia svolta mediante consegna personale al destinatario nel luogo in cui egli è ristretto. 515
5.1. Passaggi essenziali della motivazione della sentenza. 516
5.2. Nullità a regime intermedio della notificazione all'imputato detenuto effettuata nel domicilio dichiarato o eletto. 518
6. Ulteriore principio enunciato dalle Sezioni Unite in relazione alle conseguenze dello smarrimento di fonoregistrazioni riproducenti dichiarazioni testimoniali. 519
Indice delle sentenze citate 521

CAPITOLO II

IL PROCESSO IN ASSENZA: LE SEZIONI UNITE E IL DIRITTO ALLA CONOSCENZA DEL PROCESSO DA PARTE DELL'ACCUSATO
(ANNA MAURO)

1. La questione controversa. 523
2. Il fatto. 523
3. Le ragioni del contrasto. 524
4. La decisione delle Sezioni Unite. 526
Indice delle sentenze citate 530

SEZIONE IV
PROVE

CAPITOLO I

QUESTIONI RELATIVE ALL'USO DEL CAPTATORE INFORMATICO NELLE INDAGINI
(LUIGI GIORDANO)

1. La disciplina delle intercettazioni per mezzo del captatore informatico. 531
2. La disciplina transitoria della riforma. 533
3. L'utilizzo del captatore informatico nelle indagini in attesa delle nuove norme. 535
4. L'uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione. 537
5. Il captatore informatico come mero mezzo tecnico per eseguire intercettazioni tra presenti. 538
6. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata. 539
7. L'intercettazione di immagini. 539
8. Le questioni "tecniche" conseguenziali all'uso del *trojan*. 540
9. La mancata indicazione nel verbale del nominativo dell'ausiliario di polizia giudiziaria che ha inoculato il virus. 541
10. La pretesa natura "fraudolenta" del mezzo adoperato. 542
11. L'uso dell'energia elettrica altrui. 544
12. L'area operativa delle questioni di inutilizzabilità. 544
13. Il rischio di captare dialoghi con il difensore. 544
14. L'intercettazione tramite *trojan* di conversazioni intervenute all'estero. 545
Indice delle sentenze citate 548

SEZIONE V
PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA.
(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. 551
2. La vicenda processuale. 551
3. I motivi di ricorso. 552
4. L'ordinanza di rimessione. 552
5. La giurisprudenza di legittimità. 555
6. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. 561
7. La decisione delle Sezioni Unite. 565
Indice delle sentenze citate 570

SEZIONE VI
IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

DICHIARAZIONE DI INCOMPETENZA TERRITORIALE DEL GIP, ANNULLAMENTO DELL'ORDINANZA APPLICATIVA DELLA MISURA CAUTELARE E INTERESSE AD IMPUGNARE DEL PUBBLICO MINISTERO
(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. 571
2. L'orientamento contrario all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. 574
3. L'orientamento favorevole all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. 577
4. La decisione delle Sezioni Unite. 579
Indice delle sentenze citate 585

CAPITOLO II

IL RICORSO CAUTELARE PER CASSAZIONE: TOPOGRAFIA E TEMPISTICA.
(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. 587
2. Le ragioni della questione controversa. 588
3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa: il profilo topografico. 590
4. La sentenza delle Sezioni Unite "D'Alfonso": una traccia per la soluzione della questione. 594
5. Il profilo temporale: la tempestività della presentazione dell'atto impugnatorio. 599
6. La decisione. 602
Indice delle sentenze citate 604

CAPITOLO III

LE SEZIONI UNITE "SAVIN" E "MELZANI" ED I LIMITI ALLA DEDUCIBILITÀ IN SEDE DI LEGITTIMITÀ DEL VIZIO DI MOTIVAZIONE RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA O DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE.
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 607
2. Le questioni controverse. 608
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Savin: la legittimità del patteggiamento complesso e le sue ricadute sul regime di impugnazione. 611
3.1 Il carattere vincolante dell'accordo sulle misure di sicurezza e la motivazione della sentenza di patteggiamento. 613
4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Melzani. 614
4.1 La deducibilità dell'omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie. 615
5. La diversa soluzione adottata dalle sezioni Unite Savin in tema di omessa applicazione delle misure di sicurezza. 617
6. Le tutele alternative al ricorso per cassazione negli arresti delle sezioni semplici. 618
7. Le questioni ancora aperte in tema di impugnazione del "patteggiamento in appello". 619
Indice delle sentenze citate 623

SEZIONE VII
ESECUZIONE

CAPITOLO I

RIMEDI RISARCITORI PER TRATTAMENTO CARCERARIO CONTRARIO ALL'ART. 3 CEDU: COME CALCOLARE LO SPAZIO DETENTIVO MINIMO
(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa 625
2. La peculiare formulazione del precetto contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. 627
3. Lo spazio minimo detentivo secondo il diritto positivo. 631
4. I principi espressi dalla Corte EDU. 633
5. Le ragioni del contrasto. 640
6. Analisi degli orientamenti in campo. 641
6.1. Il calcolo dello spazio al netto degli arredi. 641
6.2. L'area occupata dal letto. 644
6.3. Il calcolo al lordo degli arredi. 647
7. Gli arresti della Corte di giustizia dell'unione europea. 650
8. Autonomia del giudice e portata vincolante della giurisprudenza della Corte EDU. 652
9. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite. 656
Indice delle sentenze citate 657

CAPITOLO II

I DIRITTI DEL DETENUTO IN REGIME DETENTIVO DIFFERENZIATO
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. La natura giuridica del regime detentivo differenziato. 663
2. Il regime detentivo differenziato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu. 666
3. Recenti questioni in tema di applicazione e proroga del regime detentivo differenziato. 668
4. Il diritto ai colloqui con i familiari e conviventi. 669
5. Le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza. 672

6. Il diritto alla salute.....674
6.1 (segue) Recenti problematiche insorte a seguito della pandemia da COVID 19. 677
7. La permanenza all'aperto e la socialità. 678
8. I permessi premio.....680
9. La questione di legittimità costituzionale concernente l'applicazione del regime detentivo differenziato agli internati.....681
Indice delle sentenze citate 683

CAPITOLO III

L'ESEGUIBILITA' DEL GIUDICATO PARZIALE
(DEBORA TRIPICCIONE)

1. Premessa. 685
2. L'eseguibilità del giudicato progressivo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. 686
3. Le ricadute processuali del giudicato progressivo: a) sulle misure cautelari in corso. 690
3.1 b) in tema di reato continuato. 691
3.2 c) in tema di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. 692
3.3 d) in tema di remissione della querela. 693
3.4 e) in tema di revisione.....693
4. Il contrasto giurisprudenziale sulla eseguibilità del giudicato parziale interno al capo: la tesi della predeterminazione nella sentenza della "pena minima". 694
5. La tesi della "pena minima determinabile". 696
6. Il giudice competente ad individuare la pena minima da eseguire. 697
Indice delle sentenze citate 699

CAPITOLO IV

LA DEDUCIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLE NULLITÀ INSANABILI DERIVANTI DALL'OMESSA CITAZIONE IN GIUDIZIO
(ANDREA NOCERA)

1. La questione controversa. 701
2. La giurisprudenza di legittimità. 704
2.1. L'orientamento tradizionale che esclude la deducibilità delle nullità "in executivis". 704
2.2 L'orientamento che ritiene ammissibile l'incidente di esecuzione. 706
2.3 La possibilità di conversione dell'incidente di esecuzione nel rimedio rescissorio. 708
3. Considerazioni di sintesi. 710
Indice delle sentenze citate 714

CAPITOLO V

RIDETERMINAZIONE DELLA PENA "IN EXECUTIVIS"
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1.1. "Abolitio criminis" e fenomeno della successione di leggi penali nel tempo. 715
1.2. Sorti della continuazione che avvinca il reato oggetto di abolizione quale reato più grave: poteri e limiti del giudice dell'esecuzione. 717
1.3. Sentenze dell'ultimo anno in cui è stata esclusa la ricorrenza di ipotesi di "abolitio criminis". 718
2. "Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena. 719
3. Introduzione di una nuova scriminante o ampliamento della sfera di operatività di una scriminante già esistente. 721
4.1. Conseguenze "in executivis" delle declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: introduzione. 721
4.2. Il percorso della giurisprudenza di legittimità sull'idoneità ad incidere sul giudicato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio. 722

4.3.1. L'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e l'enucleazione del problema dei limiti temporali oltre i quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio è insuscettiva di produrre effetti. ... 724
4.3.2. Limite nel presente: i giudizi pendenti. ... 725
4.3.3. Limite nel passato (o "a ritroso"): i rapporti esauriti. ... 726
4.3.4. Problematica determinazione, nella materia penale, del "discrimen" tra rapporti ancora pendenti e rapporti esauriti alla luce dell'idoneità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio ad oltrepassare il segno del mero giudicato. ... 727
4.4.2. Regola e parziale eccezione. ... 730
4.4.3.1. Regola e due temperamenti, quanto a circostanze e riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. ... 730
4.4.3.2. Giurisprudenza essenziale con riferimento alle circostanze. ... 731
4.4.3.3. Giurisprudenza essenziale con riferimento alla riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. ... 732
4.5. Concordato sui motivi d'appello. ... 732
4.6. Reato continuato. ... 733
5. Rideterminazione "in executivis" delle pene accessorie. ... 733
6.1. Riconoscimento della continuazione ex art. 671 cod. proc. pen.: inquadramento. ... 735
6.2.1. Dovere di motivazione del giudice dell'esecuzione sugli aumenti di pena: contrasto tra la tesi che ne ritiene sempre la configurabilità …. ... 735
6.2.2. … e la tesi che invece ne ridimensiona la portata ai soli casi di aumenti prossimi alla pena irrogata, per il singolo reato satellite, dal giudice della cognizione. ... 737
6.3.1. Parallelo con il giudizio di cognizione: introduzione. ... 738
6.3.2. I tre orientamenti che si contendono il campo nel giudizio di cognizione. ... 739
6.3.3. Riflessioni conclusive, in rapporto all'applicazione della disciplina del reato continuato, sui poteri-doveri del giudice dell'esecuzione e di quello della cognizione. ... 740
Indice delle sentenze citate ... 742

SEZIONE VIII
INGIUSTA DETENZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI RIPARAZIONE PER L'INGIUSTA DETENZIONE
(FRANCESCA COSTANTINI)

1. Premessa. ... 745
2. La condizione ostativa del dolo e della colpa grave. ... 745
3. La verifica della assenza di cause di estinzione del reato. ... 749
4. Pluralità di contestazioni e diritto alla riparazione. ... 749
5. Morte del ricorrente e presentazione della domanda. ... 751
6. Quantificazione dell'indennizzo. ... 753
7. Ingiusta detenzione e riparazione dell'errore giudiziario. ... 755
Indice delle sentenze citate ... 757

SEZIONE IX
RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO I

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON LE AUTORITA' STRANIERE
(STEFANIA RICCIO E ANDREA VENEGONI)

1. Estradizione. 759
2. Il riconoscimento delle decisioni straniere. 764
3. L'ordine di indagine europeo. 766
4. Il mandato di arresto europeo. 769
4. 1. Gravi indizi. 769
4. 2. Aspetti procedurali. 770
4. 3. Motivi di rifiuto. 774
4. 4. Principio di specialità. 779
4.5. Consegna successiva. 780
4.6. Brexit. 780
Indice delle sentenze citate: 781

PARTE QUARTA
SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I
INDENNITA' DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?
(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa. 783
2. La questione controversa. 783
3. L'ordinanza di rimessione. 784
4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo. 784
5. La giurisprudenza di legittimità sulla locuzione "magistrato che procede". 785
6. Il decreto di archiviazione e la sua natura. 788
7. La pronunzia delle Sezioni Unite. 790
Indice delle sentenze citate 793

SEZIONE II
PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN ORDINE ALLA LIQUIDAZIONE DELLE SPESE DELLA PARTE CIVILE AMMESSA AL GRATUITO PATROCINIO
(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Ordinanza di rimessione e decisione delle Sezioni Unite. 795
2. Orientamento maggioritario. 796

3.1. Orientamento minoritario. 798
3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale. 798
4. Orientamento intermedio. 798
5. Cenni ai passaggi fondamentali della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite. 799
6. Giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite. 801
Indice delle sentenze citate 802

CAPITOLO II

LA RILEVANZA DELLA FALSITA' O INCOMPLETEZZA DELLE INDICAZIONI CONTENUTE NELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL BENEFICIO DEL PATROCINIO DEI NON ABBIENTI IN CASO DI MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO.

(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa. 803
2. La questione controversa. 803
3. L'ordinanza di rimessione. 804
4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni. 805
5. Il controllo dello *status* di "non abbiente" da parte del giudice: limiti. 806
6. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002: il contrasto sviluppatosi in merito alla norma e la soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Infanti". 808
7. Altre ipotesi di revoca: l'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. 811
8. La natura del provvedimento di revoca. 814
9. La pronunzia delle Sezioni Unite. 815
Indice delle sentenze citate 817

PARTE QUINTA

LEGISLAZIONE EMERGENZIALE

SEZIONE I
DISCIPLINA IN TEMA DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA EMERGENZIALE INTRODOTTA PER FRONTEGGIARE LA PANDEMIA DA COVID-19.

(PAOLO DI GERONIMO)

1. Premessa. 819
2. La disciplina in tema di sospensione della prescrizione. 820
3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo alla sospensione della prescrizione. 822
4. Le prime pronunce della Cassazione. 826
4.1. L'orientamento maggioritario e la valorizzazione dell'art.159 cod. pen. 829
5. La sentenza della Corte costituzionale. 832
6. La sospensione della prescrizione nel giudizio in Cassazione. 835
6.1. Le ragioni della rimessione della questione alle Sezioni Unite. 835
6.2. La tesi restrittiva. 837
7. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. 838
8. Le modalità di computo della sospensione della prescrizione ex art.83, comma 4 e 9. 840
Indice delle sentenze citate 843

PARTE TERZA

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I

MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

APPLICAZIONE DI MISURA CAUTELARE IN ACCOGLIMENTO DELL'APPELLO DEL PUBBLICO MINISTERO E INTERROGATORIO DI GARANZIA.

(FULVIO FILOCAMO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni Unite. - 2. Il contrasto. - 3. La giurisprudenza che esclude la necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. - 4. La pronuncia sulla necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia. - 5. La soluzione accolta dalle Sezioni unite.

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite

La Sesta sezione della Corte di cassazione, con ordinanza n. 1243 del 18/12/2019 ha rimesso alle Sezioni Unite, la questione volta a stabilire se sia necessario procedere all'interrogatorio di garanzia, a pena d'inefficacia della misura cautelare, qualora questa sia stata applicata con provvedimento del tribunale in accoglimento dell'appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto del g.i.p.

In particolare, nel caso in esame il tribunale applicava al ricorrente la misura coercitiva della custodia cautelare in carcere in relazione al reato di concussione continuata, commesso dall'indagato nella qualità di Segretario Comunale e di Presidente dell'Unione dei Comuni, accogliendo l'appello del pubblico ministero contro la precedente ordinanza di rigetto del giudice per le indagini preliminari del medesimo tribunale.

Detta ordinanza coercitiva, emessa dal tribunale *ex* art. 310 cod. proc. pen., veniva successivamente impugnata con ricorso per cassazione *ex* art. 311 cod. proc. pen., rigettato dalla Corte.

Il ricorrente, quindi, chiedeva al tribunale la revoca o sostituzione della misura applicata, deducendo l'inefficacia sopravvenuta della misura per mancato interrogatorio ex artt. 294 e 302 cod. proc. pen.

Il tribunale rigettava l'istanza ritenendo non necessario l'espletamento dell'interrogatorio nel caso di misura cautelare emessa all'esito di appello cautelare, in quanto preceduta dall'instaurazione di un pieno contraddittorio. Avverso detto provvedimento di rigetto veniva proposto appello al tribunale del riesame, nuovamente respinto.

2. Il contrasto.

La Sezione rimettente, con l'ordinanza indicata, nel rilevare l'esistenza di un contrasto interpretativo, ha affermato di preferire l'orientamento secondo il quale l'interrogatorio di garanzia sarebbe doveroso, a pena d'inefficacia della misura *ex* art. 302 cit., nel caso di applicazione della misura cautelare da parte del tribunale all'esito di appello del P.M. *ex* art. 310 cit., trovando solido ancoraggio nel dato testuale dell'art. 294, commi 1 e 1-*bis*, cit., salvo che non si sia proceduto ad assumerlo nell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo o sia stata già dichiarata l'apertura del dibattimento.

Si è, infatti, osservato come, secondo un primo orientamento condiviso dal tribunale nel provvedimento impugnato, non sia necessario procedere all'interrogatorio di garanzia, poiché il provvedimento emesso in sede di appello cautelare è preceduto dall'instaurazione di un contraddittorio pieno, finalizzato ad approfondire anticipatamente tutti i temi dell'azione cautelare, anche attraverso i contributi forniti dalla difesa (Sez. 6, n. 50768 del 12/11/2013, Cocuzza, Rv. 261538). Tale soluzione garantirebbe, infatti, all'indagato, attraverso la facoltà di rendere dichiarazioni, prima della decisione del tribunale sull'appello del pubblico ministero, un contatto preventivo con il giudice, con la relativa possibilità di fornire elementi, in fatto e diritto, volti ad elidere od attenuare la gravità indiziaria nonché a rivalutare i motivi fondanti la richiesta coercitiva anche sulle esigenze cautelari. Si cita anche una pronuncia successiva che ha ribadito, con sentenza meramente adesiva, detto principio (Sez. 2, n. 38828 del 25/05/2017, Savina, Rv. 271135). Si è, inoltre, rrilevato, come l'interrogatorio non risulti normativamente necessario (art. 294, comma 1, cod. proc. pen.) quando la misura sia stata applicata dopo l'inizio della fase dibattimentale, stante l'intervenuta instaurazione di un pieno contraddittorio.

L'orientamento opposto, invece, sostiene che, anche in caso di applicazione del provvedimento coercitivo da parte del tribunale su appello del pubblico ministero *ex* art. 310 cod. proc. pen. avverso l'ordinanza di rigetto della precedente richiesta, si debba svolgere l'interrogatorio di garanzia, salvo che sia già iniziato il dibattimento, a pena di inefficacia della misura cautelare applicata (Sez. 6 n. 6088 del 20/11/2014, Lo Nardo). Tale soluzione si fonda principalmente sull'analisi del testo dell'art. 294 cod. proc. pen. unitamente all'art. 302, comma 1 prima parte, cod. proc. pen.

Nell'ordinanza di rimessione sono richiamate anche due decisioni, risolutive di un conflitto negativo di competenza, nelle quali la Corte di cassazione ha chiarito come, in caso di applicazione della misura cautelare da parte del tribunale della libertà, adito *ex* art. 310 cod. proc. pen. dal pubblico ministero, competente a procedere all'interrogatorio dell'indagato è sempre il giudice delle indagini preliminari (Sez. 1 n. 2761 del 10/06/1992, Pazzola, Rv. 191383; Sez. 1, n. 3608 del 28/09/1992, Arabia, Rv. 192079); tale affermazione di principio non potrebbe non postulare, quale necessario antecedente logico-giuridico, che l'interrogatorio di garanzia debba essere celebrato anche in caso di emissione del provvedimento coercitivo da parte del tribunale del riesame a seguito di appello del pubblico ministero *ex* art. 310 cod. proc. pen.

In conclusione, la Sezione rimettente, affermando di prediligere l'orientamento che prevede la necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia, ha citato le argomentazioni della Corte costituzionale, espresse nelle sentenze del 24 marzo 1997, n. 77, e del 10 febbraio 1999, n. 32, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 294, comma 1, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che il giudice debba procedere all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare in carcere - con la prima decisione - "fino alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento" e - con la seconda decisione - "fino all'apertura del dibattimento", da cui si trarrebbe la conclusione, ritenuta univoca, che la cognizione degli atti delle indagini preliminari, con l'avvenuta emersione degli elementi a carico, unitamente alla possibilità di fornire elementi a discarico tramite il difensore ed alla facoltà per l'indagato/imputato di essere "sentito" da parte del tribunale del riesame, non sia sufficiente a superare la necessità di effettuare l'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 cod. proc. pen. Si tratterebbe, oltre che di un dovere del giudice, di un diritto fondamentale della persona, mentre soltanto la fase del giudizio, "per i suoi caratteri essenziali di pienezza del contraddittorio e per l'immanente presenza dell'imputato", avrebbe la stessa funzione dell'interrogatorio quale mezzo "di difesa più efficace", posto a disposizione dell'interessato in relazione alla cautela disposta.

3. La giurisprudenza che esclude la necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia.

Secondo un primo orientamento, qualora la misura cautelare sia emessa all'esito dell'appello cautelare, non sarebbe necessario procedere al successivo interrogatorio di garanzia, poiché il provvedimento è preceduto dall'instaurazione di un contraddittorio pieno, finalizzato ad approfondire anticipatamente tutti i temi dell'azione cautelare anche attraverso i contributi forniti dalla difesa (Sez. 6, n. 50768

del 12/11/2013, Cocuzza, Rv. 261538 a cui è seguita l'analoga decisione meramente adesiva Sez. 2, n. 38828 del 25/05/2017, Savina, Rv. 271135).

Si afferma, infatti, che la preventiva instaurazione del contraddittorio garantirebbe al soggetto destinatario della richiesta cautelare un contatto preventivo con il giudice, con la possibilità di fornire elementi, in fatto e diritto - anche attraverso spontanee dichiarazioni - volti ad elidere o attenuare la gravità indiziaria, nonché a rivalutare i motivi fondanti la richiesta coercitiva anche sulle esigenze cautelari.

Si tratterebbe di una situazione simile a quella normativamente prevista dal comma 1 dell'art. 294 cod. proc. pen. come novellato dal d.l. n. 29 del 1999, conv. con modif. dalla l. n. 109 del 1999, in esito alla declaratoria di incostituzionalità sancita da Corte cost. sent. n. 32 del 1999, secondo cui l'interrogatorio non risulta necessario quando la misura sia stata applicata dopo l'inizio della fase dibattimentale, stante l'intervenuta instaurazione di un pieno contraddittorio.

A supporto della bontà di questa soluzione viene anche indicata la motivazione della sentenza di Sez. U, n. 18190 del 22/01/2009, La Mari, Rv. 243028, la quale afferma che, qualora la custodia venga disposta dopo la sentenza di condanna, non sia necessario procedere all'interrogatorio di garanzia dell'imputato. Si richiama, inoltre, il principio di diritto secondo cui tale incombente può essere omesso durante la fase delle indagini preliminari, qualora la misura venga emessa reiterando un precedente intervento cautelare caducato per ragioni meramente formali e di rito, sempre che la misura dichiarata inefficace sia stata caratterizzata dall'esecuzione dell'interrogatorio e l'ultima misura non si fondi su ragioni indiziarie e di cautela diverse da quelle che avevano giustificato la precedente (come affermato da Sez. U, n. 28270 del 24/04/2014, Sandomenico, Rv. 260016, in caso di inefficacia della precedente misura motivata dalla decorrenza dei termini sanciti dai commi 9 e 10 dell'art. 309 cod. proc. pen. per la decisione del tribunale del riesame).

Un'ulteriore conferma sarebbe rinvenibile dalla lettura dell'art. 302 cod. proc. pen. il quale, proprio con riferimento alla nuova ordinanza emessa in esito alla inefficacia per nullità, tardivo o mancato espletamento dell'interrogatorio, impone - peraltro in via preventiva - che la nuova ordinanza sia preceduta dal medesimo adempimento processuale, poiché il vizio caducante la precedente ordinanza è proprio costituito dal mancato o invalido espletamento dell'interrogatorio, così che la norma impone che venga comunque garantito detto indefettibile presidio difensivo.

Su queste basi si ritiene, quindi, superfluo l'interrogatorio di garanzia quando, nel corso delle indagini preliminari, il provvedimento coercitivo sia stato emesso dal giudice dell'appello cautelare *ex* art. 310 cod. proc. pen. a seguito di ricorso da parte del pubblico ministero dopo l'ordinanza del g.i.p. di rigetto dell'originaria richiesta di

misura cautelare, essendosi anticipata l'instaurazione del contraddittorio nell'udienza camerale deputata a trattare detta impugnazione.

4. La pronuncia sulla necessità di procedere all'interrogatorio di garanzia.

L'orientamento opposto, fondato su un'unica decisione successiva (Sez. 6 n. 6088 del 20/11/2014, Lo Nardo, non massimata), ritiene, invece, che il contraddittorio anticipato non possa sostituirsi all'interrogatorio di garanzia. Si premette, infatti, come l'interrogatorio di garanzia costituisca un momento processuale assolutamente necessario per consentire al soggetto sottoposto a qualsiasi limitazione della libertà personale di rendere la propria versione dei fatti davanti al giudice e dunque di svolgere compiutamente la propria difesa finalizzata a contrastare e far verificare la sussistenza e permanenza delle condizioni che hanno giustificato l'adozione del vincolo.

Si sostiene come detto adempimento sia necessario a pena di inefficacia della misura, salvo che il giudice non abbia rigettato la richiesta di emissione del provvedimento coercitivo dopo avere tenuto l'interrogatorio in udienza di convalida dell'arresto o del fermo, ovvero che sia già stata dichiarata l'apertura del dibattimento (come previsto espressamente dall'art. 294 cod. proc. pen.) nell'ambito del quale l'imputato ha la facoltà di chiedere di essere sottoposto ad esame *ex* art. 503 cod. proc. pen. nel pieno contraddittorio fra le parti, oltre che di rendere dichiarazioni spontanee *ex* art. 494 stesso codice.

La conferma di quanto affermato si rinverrebbe nella necessità di dover procedere all'interrogatorio "a piede libero" laddove, a norma dell'art. 302 cod. proc. pen., venga rinnovata la misura già dichiarata inefficace, in caso di omissione o tardività del medesimo adempimento. Ciò porterebbe a ritenere che, salvo i casi espressamente previsti, non si possa escludere dall'incombente processuale il caso di applicazione da parte del tribunale del riesame su appello del pubblico ministero. Si sostiene, infatti, che l'interrogatorio sia un momento processuale assolutamente imprescindibile affinché il soggetto possa svolgere le proprie difese per ottenere una verifica sulle condizioni di applicabilità del vincolo, che non può considerarsi come già svolto con la facoltà, eventuale, di rendere spontanee dichiarazioni nell'udienza che precede la decisione del giudice.

Si rileva inoltre come, con più pronunce di legittimità assunte per risolvere un conflitto negativo di competenza, si sia chiarito come, in caso di applicazione della misura cautelare da parte del tribunale della libertà, adito *ex* art. 310 codice di rito dal pubblico ministero, competente a procedere all'interrogatorio dell'indagato sia sempre il giudice delle indagini preliminari (Sez. 1 n. 2761 del 10/06/1992, Pazzola Rv. 191383; Sez. 1, n. 3608 del 28/09/1992, Arabia, Rv. 192079; Sez. 1, n. 3587 del

25/09/1992, Frontei, Rv. 192845; Sez. 1, n. 3668 del 30/09/1992, Mesoraca, Rv. 192356). Detto principio prevederebbe quindi, quale necessario antecedente logico-giuridico, che l'interrogatorio di garanzia debba essere celebrato anche in caso di emissione del provvedimento coercitivo da parte del tribunale del riesame a seguito di appello del pubblico ministero *ex* art. 310 cod. proc. pen.

Sulla diversa natura dei due istituti processuali si è evidenziato come, nell'interrogatorio, il giudice debba fissare un'apposita udienza ed osservare le formalità del codice con gli avvisi previsti dall'art. 64 e dal successivo art. 65 cod. proc. pen. Diversamente, le dichiarazioni spontanee rappresentano un incidente processuale eventuale e condizionato dalla libera scelta dell'interessato; infatti, l'art. 310 cod. proc. pen., nel richiamare l'art. 127 stesso codice, in caso di appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto del g.i.p. rispetto all'originaria richiesta di misura cautelare, consente all'indiziato di essere sentito se compare all'udienza ovvero prima del giorno dell'udienza, se detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, dal magistrato di sorveglianza del luogo il quale, ai sensi dell'art. 101 comma 2, disp. att. cod. proc. pen. - in assenza delle ammonizioni previste nell'art. 64 cod. proc. pen. - senza ritardo assume le dichiarazioni dell'imputato, previo tempestivo avviso al difensore, e quindi trasmette gli atti al tribunale con il mezzo più celere. Le spontanee dichiarazioni, inoltre, sono rese liberamente dall'interessato, secondo un proprio percorso logico argomentativo e scegliendo liberamente gli argomenti da trattare, mentre l'interrogatorio - ove egli vi consenta - si svolge con la direzione del giudice sulla base delle accuse e del materiale probatorio o indiziario posto a fondamento della misura.

Ciò porterebbe a ritenere che tali strumenti siano ontologicamente diversi e non possano ritenersi equivalenti. Tanto più che gli stessi intervengono in tempi e circostanze assolutamente non coincidenti: la misura è infatti già efficace nel caso dell'interrogatorio di garanzia, mentre è solamente richiesta nel caso delle spontanee dichiarazioni. Il confronto è tra un provvedimento concreto con cui il giudice ha già valutato ed accolto la richiesta dell'accusa e la reiterazione dell'istanza di applicazione, già rigettata, in un secondo grado *de libertate*, che, se accolta, potrà essere eseguita, ai sensi dell'art. 310, comma 3, cod. proc. pen., solamente a seguito del rigetto del successivo eventuale ricorso per cassazione.

5. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con decisione camerale assunta il 26/3/2020, hanno deciso in senso contrario rispetto alla tesi privilegiata nell'ordinanza di rimessione, ritenendo che quanto affermato sull'interrogatorio quale momento indefettibile del diritto di difesa non sia applicabile in una vicenda, quale quella della misura adottata all'esito

dell'appello cautelare da parte del pubblico ministero, ove il contraddittorio nel procedimento camerale che si instaura a seguito dell'impugnazione, consente al soggetto interessato di difendersi pienamente.

La facoltatività delle dichiarazioni non è ritenuta rilevante, essendo una decisione discrezionale dell'interessato su come esercitare il proprio diritto ad essere ascoltato e questo gli è certamente garantito in detto momento processuale.

Diversamente dall'ordinaria successione procedimentale (richiesta del pubblico ministero ed ordinanza del giudice per le indagini preliminari) che avviene senza alcun tipo di coinvolgimento o preavviso all'interessato, nella fattispecie vagliata è prevista - rispetto alla richiesta cautelare sottoposta al giudice dell'appello - l'assistenza tecnica del difensore, il quale può presenziare all'udienza, che permette un esame anticipato di tutti i temi dell'azione cautelare prima della decisione del giudice. A seguito all'entrata in vigore della legge 47 del 2015, si rileva come vi sia una maggior possibilità da parte dell'indagato di partecipare alla fase dell'impugnazione cautelare, poiché secondo il nuovo disposto dell'art. 309, comma 6, cod. proc. pen. è previsto che l'interessato ha diritto di comparire personalmente all'udienza in esame, cosicché può dirsi garantito un contraddittorio pieno e senza limitazioni che rende superfluo l'adempimento previsto dall'art. 294 cod. proc. pen.

Dato atto dal Supremo consesso che l'obbligatorietà dell'interrogatorio di garanzia nello sviluppo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità è stata ampliata in relazione ad ordinanze disposte o eseguite oltre il termine delle indagini preliminari, in detti casi si tratta, però, di situazioni processuali diverse nelle quali l'interrogatorio assume un ruolo certamente insostituibile.

I principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 77 del 24 marzo 1997 e n. 32 del 10 febbraio 1999, che evidenziano la necessità dell'interrogatorio di garanzia quale diritto fondamentale della persona sottoposta alla custodia rispetto alla fase successiva alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento e fino all'inizio di questo, nonché da Sez. U, n. 3 del 28/01/1998, Budini, Rv. 21058, la quale, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 77 del 1997, nel definire la natura e la finalità dell'interrogatorio di garanzia, lo ritiene insostituibile per "il contatto immediato e diretto tra il soggetto interessato ed il giudice che deve decidere sulla sua libertà", non sono ritenuti applicabili alla fattispecie esaminata per la particolare situazione processuale che si sviluppa quando la misura è adottata in sede di appello cautelare, ove l'interessato ha la possibilità di esercitare la propria difesa in un pieno contraddittorio anticipato rispetto alla decisione del giudice cautelare.

Le ipotesi processuali in cui l'interrogatorio è previsto al di fuori dello schema tipico dell'art. 294 cod. proc. pen., sono dovute al verificarsi di situazioni che possono ritenersi equiparabili alla *ratio* di detta norma ovvero sono previste da particolari ipotesi legislative, come nel caso in cui l'interrogatorio, quale mezzo di difesa, è

previsto "prima" dell'adozione della misura, per valorizzare un momento di conoscenza anticipata delle ragioni difensive, rispetto ad una particolare potenziale "invasività qualitativa" della misura.

Nel caso in esame l'interrogatorio non è previsto, né può essere ritenuto necessario, perché il contraddittorio è garantito in modo equivalente, senza nulla togliere all'esercizio del diritto alla difesa garantito dalla Costituzione, potendo il legislatore darvi attuazione in modo diverso, tenuto conto delle diverse fasi processuali.

A supporto della soluzione prescelta, le Sezioni Unite citano alcune norme - diverse dall'art. 294 cod. proc. pen. - che prevedono l'espletamento dell'interrogatorio per la specificità delle ipotesi considerate, a conferma del fatto che l'esercizio del diritto di difesa, a fronte dell'applicazione di una misura cautelare, è legittimamente costruito dal legislatore in modo diversificato, non sempre con il meccanismo previsto dall'art. 294 cod. proc. pen., attraverso l'interrogatorio di garanzia da espletarsi dopo l'adozione della misura.

Si tratta dell'art. 299, comma 3-*ter*, cod. proc. pen., nel quale si prevede la possibilità che il giudice possa procedere all'interrogatorio nel caso di revoca o sostituzione della misura e ritiene obbligatorio l'adempimento quando la richiesta di revoca o sostituzione sia fondata su elementi nuovi o diversi, al fine di consentire al giudice di apprezzare, con l'intervento dell'interessato, le ragioni alla base della revoca o della sostituzione della misura e, ancora, l'art. 302 del medesimo codice, che prevede l'ipotesi di procedere obbligatoriamente all'interrogatorio prima di emettere una nuova misura quando quella precedentemente applicata sia divenuta inefficace, essendo quasi equiparabile all'applicazione originaria della misura che così trova il momento di garanzia difensiva nella disciplina di cui all'art. 294 cod. proc. pen.

Si aggiungono anche ipotesi in cui l'interrogatorio deve essere anticipato (come nel caso dell'art. 289 cod. proc. pen. e art. 47 d.lgs. n. 231 del 2001, in tema di responsabilità amministrativa degli enti), senza che vi sia la previsione di detta garanzia difensiva "dopo" l'applicazione della misura. Ciò non può considerarsi una violazione del diritto di difesa, dato che il contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa sono stati comunque assicurato "prima".

Allo stesso modo, si richiama la disciplina della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio *ex* art. 289 cod. proc. pen., ove l'inversione della successione procedimentale disciplinata per le altre misure personali è predisposta proprio per evitare che il provvedimento, il quale incide sulla funzionalità e continuatività dell'amministrazione pubblica, possa essere adottato senza la conoscenza e ponderata valutazione di circostanze che l'indagato può fornire anche in ordine alla necessità di adottare il provvedimento (cfr. Sez. 6, n. 26929 del 15/03/2019, Cecchini, Rv. 273416); anche nel caso di applicazione di misura interdittiva in sede di

appello cautelare, la superfluità dell'interrogatorio è motivata dal fatto che il diritto al contraddittorio è assicurato dalla possibilità l'indagato di comparire all'udienza per la trattazione del gravame e di chiedere di essere interrogato (v. Sez. 6, n.14958 del 05/03/2019, Graziano, Rv. 275538).

Si rammenta, inoltre che, nella peculiare disciplina dell'applicazione delle misure cautelari nel procedimento sulla responsabilità amministrativa degli enti, si trova il modello procedimentale a contraddittorio anticipato cui si ispira l'art. 47 del d.lgs. n. 231 del 2001, rispetto al quale il legislatore, proprio a fronte della potenziale incisività dell'applicazione di misure cautelari interdittive per la vita dell'ente che potrebbero paralizzarne l'attività, ha privilegiato un'interlocuzione anticipata, per consentire all'ente di difendersi prima dell'eventuale adozione della misura e, contestualmente, ha imposto al giudice della misura l'obbligo, in sede di motivazione dell'ordinanza, di chiarire i motivi per i quali non sono stati ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa per contrastare l'ipotesi accusatoria (cfr. Sez. 6, n. 10903 del 05/03/2013, Orsi).

A conclusione del ragionamento volto a distinguere le situazioni si riportano anche quelle ipotesi in cui il contraddittorio è assicurato, senza che sia prevista la necessità di espletare l'interrogatorio di garanzia, come quando la custodia venga disposta dopo la sentenza di condanna (Sez. U, n. 18190 del 22/01/2009, La Mari, Rv. 243028) in cui la diversità di disciplina è stata apprezzata proprio per la particolare situazione processuale del condannato. Se l'interrogatorio di garanzia, infatti, è un adempimento doveroso che consente alla persona sottoposta alla misura cautelare di prospettare immediatamente le ragioni difensive in merito a tutti i presupposti per l'applicazione ed il mantenimento della stessa, le stesse esigenze difensive sono pienamente soddisfatte con la celebrazione del dibattimento, ove è consentito all'imputato, nella massima espressione del contraddittorio caratterizzato dall'assunzione delle prove richieste da accusa e difesa, di prospettare al giudice tutte le sue ragioni, anche attraverso l'esame o le dichiarazioni spontanee di cui all'art. 494 cod. proc. pen.

Analogo ragionamento viene ritenuto valido per l'ipotesi della trasgressione alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare, prevista dall'art. 276 cod. proc. pen., laddove non è previsto, in caso di sostituzione o di cumulo della misura trasgredita con altra più grave, l'interrogatorio del prevenuto (v. Sez. U, n. 4932 del 18/12/2008, Giannone, Rv. 242028), giustificato dal fatto che l'interrogatorio è già avvenuto in occasione dell'applicazione della misura originariamente applicata e successivamente violata. Ove la sostituzione o il cumulo conseguono alla ritenuta violazione delle prescrizioni di tale misura, sarà possibile esercitare le proprie difese con l'impugnazione del provvedimento, senza dover inutilmente ripetere un atto già

espletato nel quale l'interessato già è stato posto in grado di fornire la propria versione difensiva sulla gravità degli indizi e sulle esigenze cautelari.

Richiamata ancora la sentenza Giannone si sottolinea come la Corte costituzionale abbia in numerose occasioni ribadito il principio secondo cui la garanzia costituzionale del diritto di difesa non esclude, quanto alle sue modalità di espletamento, che il legislatore possa darvi attuazione in modo diverso purché si tratti di scelte discrezionali non irragionevoli (si indicano in particolare le ordinanze n. 350 del 2005 e, sulla difesa tecnica, n. 299 del 2002).

Si aggiunge, infine, che l'interrogatorio perde il ruolo di imprescindibile prerogativa difensiva anche quando, durante la fase delle indagini preliminari, la misura sia stata emessa reiterando un precedente provvedimento cautelare caducato per ragioni meramente formali e di rito, sempre che la misura dichiarata inefficace sia stata caratterizzata dall'esecuzione dell'interrogatorio di garanzia e non sia fondata su ragioni indiziarie e di cautela diverse da quelle che avevano giustificato la precedente (Sez. U, n. 28270 del 24/4/2014, Sandomenico, Rv. 260016, nel caso di inefficacia della precedente misura motivata dalla decorrenza dei termini sanciti dall'art. 309 cod. proc. pen., commi 9 e 10, per la decisione del tribunale del riesame).

La diversità dei meccanismi procedimentali richiamati, previsti per consentire l'esercizio del diritto di difesa è riprova della non estensibilità dell'interrogatorio *ex* art. 294 cod. proc. pen. ad una situazione in cui il diritto di difesa è stato garantito dall'instaurazione di un contraddittorio pieno, ove tutti i temi dell'azione cautelare sono anticipati, anche con i contributi forniti dalla difesa, prima che venga emesso il provvedimento in sede di appello cautelare (v. Sez. 6, n. 50768 del 12/11/2013, Cocuzza, Rv. 261538).

Non ricorrono, per quanto detto, le ragioni difensive poste alla base dell'interrogatorio di garanzia ovvero la necessità di garantire all'indagato, tramite un immediato contatto con il giudice, la possibilità di fornire gli elementi in fatto ed in diritto per elidere od attenuare la gravità indiziaria e riesaminare le originarie motivazioni alla base dell'intervento cautelare. Si può, quindi, fare un paragone con la situazione che si verifica quando la misura è applicata dopo l'apertura del dibattimento, poiché, il contraddittorio dibattimentale consente all'imputato, nella pienezza del contraddittorio che caratterizza l'assunzione delle prove richieste da accusa e difesa, di presentare al giudice tutte le ragioni difensive, anche attraverso l'esame o le dichiarazioni di cui all'art. 494 cod. proc. pen., senza che si possa invocare la facoltatività delle dichiarazioni eventualmente da rendere in sede di impugnazione cautelare, poiché ciò che rileva è che sia garantita la possibilità all'interessato di esercitare in modo compiuto le proprie difese, senza che rilevino le determinazioni personali e discrezionali sulle modalità concrete di esercizio del relativo diritto.

L'interrogatorio disciplinato dall'art. 294 cod. proc. pen., momento fondamentale di esercizio del diritto di difesa, non può pertanto essere richiesto al di fuori delle ipotesi espressamente previste, essendo i principi costituzionali degli artt. 13 e 24 Cost. ugualmente garantiti, in situazioni differenti e non equiparabili, da altre modalità di contraddittorio regolate dalla legge.

Alla luce di tali ragionamenti, le Sezioni unite, con la sentenza in esame, n. 17274 del 26/3/2020, Salvati, Rv. 279281, hanno affermato il seguente principio di diritto: "in caso di applicazione di una misura cautelare coercitiva da parte del tribunale del riesame in accoglimento dell'appello del pubblico ministero avverso la decisione di rigetto del giudice delle indagini preliminari non è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia a pena di inefficacia della misura suddetta".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 1, n. 3608 del 28/09/1992, Arabia, Rv. 192079
Sez. 1 n. 2761 del 10/06/1992, Pazzola Rv. 191383
Sez. 1, n. 3668 del 30/09/1992, Mesoraca, Rv. 192356
Sez. 1, n. 3587 del 25/09/1992, Frontei, Rv. 192845
Sez. U, n. 3 del 28/01/1998, Budini, Rv. 21058
Sez. U, n. 4932 del 18/12/2008, Giannone, Rv.242028
Sez. U, n. 18190 del 22/01/2009, La Mari, Rv. 243028
Sez.6, n. 10903 del 05/03/2013, Orsi
Sez. 6, n. 50768 del 12/11/2013, Cocuzza, Rv. 261538
Sez. U, n. 28270 del 24/4/2014, Sandomenico, Rv. 260016
Sez. 6 n. 6088 del 20/11/2014, Lo Nardo
Sez. 2, n. 38828 del 25/05/2017, Savina, Rv. 271135
Sez. 6, n. 26929 del 15/03/2019, Cecchini, Rv. 273416
Sez.6, n.14958 del 05/03/2019, Graziano, Rv. 275538

Sentenze della Corte costituzionale
Corte cost., sent. n. 77 del 1997
Corte cost., sent. n. 32 del 1999
Corte cost., ord. n. 299 del 2002
Corte cost., ord. n. 350 del 2005

CAPITOLO II

INFORMAZIONE E PROTEZIONE DELLA PERSONA OFFESA NELL'INCIDENTE CAUTELARE

(MARIAEMANUELA GUERRA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli oneri di notifica della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale a favore della persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona. - 2.1. L'affermazione dell'orientamento che delimita la categoria delle vittime dei delitti commessi con violenza alla persona. - 2.2. L'esercizio del diritto all'informazione *de libertate* della persona offesa. - 2.3. La notifica tramite PEC. - 3. L'inammissibilità dell'istanza cautelare per violazione dell'art. 299 cod. proc. pen. - 4. La valutazione di idoneità cautelare della misura nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona.

1. Premessa.

Nel corso dell'ultimo decennio diversi sono stati gli interventi normativi che hanno significativamente inciso sul codice di rito nella prospettiva di valorizzare il ruolo e gli interessi della vittima del reato nel processo penale; in particolare, dal 2013 il legislatore, in adempimento di precisi obblighi sovranazionali, ha introdotto inediti diritti di partecipazione della vittima nel processo, in alcuni casi assistiti da sanzioni processuali a presidio della effettività della tutela riconosciuta.

Come noto, a differenza delle fonti convenzionali ed europee, il nostro ordinamento tradizionalmente non utilizza il termine "vittima" bensì quelli di "persona offesa dal reato" o di "danneggiato" (posizioni non sempre sovrapponibile in capo allo stesso soggetto), concentrando l'attenzione più sull'effetto lesivo subito che sulla posizione soggettiva della persona offesa. Ed invero, l'utilizzo del termine "vittima" è inizialmente avvenuto in "settori ancillari" del diritto processuale: nella disciplina penitenziaria (Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime, art. 73, l. 354 del 1975) in materia di misure alternative alla detenzione, per il tramite dei parametri di concessione (art. 21, comma 4-*ter;* art. 47, comma 7, l. n. 354 del 1975). Solo più di recente, sotto l'influenza del diritto europeo, tale espressione è stata introdotta nel codice penale: con riferimento all'istituto dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis*, comma 2, cod. pen. "minorata difesa della vittima"), e in tema di assistenza affettiva e psicologica al minore vittima di determinati reati (art. 609-*decies* cod. pen.), e di procedura penale: art. 498, comma 4-*ter*, in punto di esame protetto delle vittime di specifici reati, e nell'art. 316, comma 1-*bis* e nell'art. 539, comma 2-*bis*, a tutela di minori orfani di vittime di violenza domestica.

Ebbene, l'applicazione giudiziale della nuova disciplina ha posto alcuni problemi interpretativi che in più occasioni hanno richiesto il fisiologico intervento nomofilattico della Corte di legittimità, a presidio della certezza dei diritti e

dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini sul territorio nazionale per situazioni omogenee (per un inquadramento introduttivo sul punto, si rimanda alla Rassegna della Giurisprudenza di Legittimità - anno 2016 - Gli orientamenti delle Sezioni penali, Sezione III, capitolo I, pag. 93 e ss).

Con particolare riguardo alla tematica dei diritti di informazione della persona offesa in occasione delle vicende evolutive delle misure cautelari personali applicate all'autore del reato, l'anno appena trascorso ha registrato importanti pronunce che hanno, per un verso, ulteriormente perimetrato l'ambito di operatività dei suddetti diritti e, per l'altro, consolidato la posizione sulla ritualità di determinate modalità esecutive di notifica nei confronti della persona offesa.

In termini generali, può affermarsi come le soluzioni accolte dalla Corte perseguano il necessario contemperamento, secondo una lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme in tema di giusto processo, dei confliggenti diritti fondamentali, da un lato dell'indagato/imputato ad una pronta decisione giudiziale sulle misure cautelari che limitano la propria libertà e, dall'altro, della vittima del reato ad una effettiva e dignitosa protezione della propria incolumità personale nel corso del processo.

2. Gli oneri di notifica della richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare personale a favore della persona offesa dei delitti commessi con violenza alla persona.

Nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, l'art. 299 cod. proc. pen. prescrive a carico del soggetto richiedente - pubblico ministero o imputato - la revoca o la sostituzione di una delle misure coercitive, previste dagli artt. 282-*bis (*misure dell'allontanamento dalla casa familiare), 282-*ter (*divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa), 283 (divieto ed obbligo di dimora), 284 (custodia cautelare in carcere), 285 (arresti domiciliari) e 286 (custodia cautelare in luogo di cura) di notificare la relativa domanda «*al difensore della parte offesa o, in mancanza, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio*».

Tale onere è previsto con riferimento sia alla fase delle indagini preliminari sia a quella successiva, ad eccezione delle richieste presentate, rispettivamente, in sede di interrogatorio di garanzia ovvero in udienza (art. 299, commi 3 e 4-*bis* cod. proc. pen.). Quest'ultima esclusione emerge chiaramente dal testo normativo e sul punto la giurisprudenza di legittimità è consolidata: da ultimo, si può menzionare **Sez.1, n. 1418 del 10/12/2019, dep. 2020, Cicerchia**, in cui la Corte ha confermato l'insussistenza di alcun obbligo di notifica alle persone offese della richiesta di sostituzione di misura cautelare avanzata nel corso dell'udienza di incidente

probatorio alla presenza dei difensori delle persone offese (in precedenza, cfr. Sez. 5, n. 9872 dell'8/11/2018, dep. 2019, R., Rv. 275633).

Si tratta di una garanzia molto avanzata: a differenza delle comunicazioni contemplate dagli artt. 299, comma 2-*bis* e 90-*ter* cod. proc. pen., che intervengono in maniera postuma, quando cioè si è già verificata la modifica dello *status libertatis* dell'imputato o del condannato, l'informazione prevista dai commi 3 e 4-*bis*, è preventiva, è presidiata dalla sanzione processuale della inammissibilità dell'istanza *de libertate* nell'ipotesi di omissione ed è direttamente funzionale all'esercizio di un diritto di interlocuzione della persona offesa. Ed infatti, la finalità è quella di consentire a quest'ultima, anche tramite il proprio difensore, di presentare memorie, ai sensi dell'art. 121 cod. proc. pen., con le quali poter indicare al giudice elementi utili alla decisione, nei due giorni successivi alla notifica, trascorsi i quali il giudice procede comunque.

La portata innovativa delle disposizioni in esame, pertanto, pur collocandosi nel solco di altre previsioni che si prefiggono il potenziamento del ruolo della vittima in rapporto alla cautela (quali l'art. 284 cod. proc. pen. che per la scelta del luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, impone anche la valutazione delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato; l'art. 282-*quater* cod. proc. pen., che attribuisce rilevanza, in vista della attenuazione della misura, al superamento da parte dell'imputato dei programmi di prevenzione della violenza organizzati dai sevizi socio-assistenziali, in grado quindi di soddisfare le esigenze di protezione della persona offesa; l'art. 282-*quater*, comma 1-*bis,* cod. proc. pen. recante l'obbligo, per l'autorità giudiziaria di informare la persona offesa, qualora sia stata emessa ordinanza di allontanamento dalla casa familiare o di divieto di avvicinarsi nei confronti dell'indagato, della facoltà di richiedere l'emissione di un ordine di protezione europeo), risiede nell'aver contemplato per la prima volta il coinvolgimento diretto dell'offeso nella cognizione della fase esecutiva cautelare, tradizionalmente segnata dalla esclusiva contrapposizione dialettica tra autorità statale e imputato.

Con riferimento ai problemi applicativi sorti in merito all'ambito di applicabilità di suddetto onere informativo, la Corte, nel corso dell'ultimo anno, ha affrontato e deciso le seguenti questioni, ovvero se l'onere di notifica:

a) trovi applicazione solo nelle ipotesi di qualificato rapporto relazionale tra l'autore del reato violento e la vittima, ovvero operi con riferimento a qualunque vittima di reato connotato da violenza;

b) sia o meno condizionato alla nomina del difensore o all'elezione di domicilio da parte della persona offesa;

c) sia ritualmente adempiuto anche tramite utilizzo della posta elettronica certificata.

2.1. L'affermazione dell'orientamento che delimita la categoria delle vittime dei delitti commessi con violenza alla persona.

La giurisprudenza della Corte si è attestata nel senso di circoscrivere l'operatività dei presidi informativi previsti dall'art. 299 cod. proc. pen., escludendoli intutti i casi nei quali non sia in concreto configurabile un pericolo per la sicurezza personale della vittima, proveniente dallo stesso autore del reato per cui si procede.

Il canone interpretativo affermatosi, pertanto, si propone di superare la giurisprudenza secondo cui la nozione di "delitti commessi con violenza alla persona" includerebbe tutti i delitti consumati o tentati che si siano in concreto manifestati con atti di violenza in danno della vittima (in questi termini, cfr. da ultimo, Sez. 6, n. 27601 del 22/03/2019, Pascale, Rv. 276077 - 01).

Secondo i più recenti arresti, allora, è importante bilanciare i diritti della persona offesa con quelli della persona ristretta, al fine di riconoscere se sia giustificato "*il sacrificio del diritto dell'indagato ad una rapida definizione dell'incidente cautelare a vantaggio del diritto della persona offesa ad offrire il suo contributo alle decisioni in tema di libertà, essendo quest'ultima esposta ad un rischio "personale", candidandosi ad essere nuovamente vittima dello stesso autore del reato per cui si procede* (**Sez. 5, n. 4485 del dell'8/01/2020, L., Rv. 278141 01- 02;** conf. a Sez. 2, n. 17335 del 28/03/2019, Ambrogio, Rv. 276953 - 01).

Come ribadito da **Sez. 2, n. 28924 del 9/07/2020, Cervelloni,** pertanto, l'incombente della notificazione alla persona offesa non può essere fatto discendere solo dal titolo di reato, dovendo sussistere anche concreti elementi significativi di un pericolo di recidivanza in danno della stessa persona offesa. Di conseguenza, il giudice investito della decisione cautelare dovrà tener conto - alla luce dei canoni interpretativi emergenti dalla Direttiva 2012/29/UE (che ha provocato la novella dell'art. 299 cod. proc. pen.) - in via gradata, della tipologia della persona offesa o del movente del reato, ovvero del contesto in cui il reato è stato commesso, per riconoscere se si tratti di vittima vulnerabile con rischio di vittimizzazione personale; al di fuori di tali casi, sarà tenuto a valutare e motivare se al delitto connotato da violenza si ricolleghi anche un concreto pericolo di intimidazione, ritorsioni, o vittimizzazione secondaria ripetuta, tali da escludere che si tratti di un reato minore o che via sia un debole rischio di danno per la vittima (negli stessi termini, **Sez. 2, n. 12800 del 13/02/2020, Cerrito**; **Sez. 1, n. 26024 del 13/07/2020, Nasri**).

La Corte sottolinea come suddetta interpretazione colleghi l'obbligo di notifica a quella parte della Direttiva europea specificamente diretta ad individuare misure minime di protezione nei confronti delle vittime con caratteristiche di vulnerabilità, valorizzando il pericolo di recidive nei confronti delle medesime. Secondo tale prospettiva, infatti, l'allungamento dei tempi per la decisione cautelare che consegue inevitabilmente all'esercizio del diritto della vittima ad essere informata e a poter

rappresentare al giudice le proprie ragioni, è giustificabile solo nei casi in cui emerga effettivamente un rischio di "recidiva personale".

Da richiamare, inoltre, la precisazione svolta da **Sez. 1, n. 20295 del 18/06/2020, Russo**, secondo la quale, ai fini del riconoscimento o dell'esclusione dell'applicabilità dell'obbligo imposto dall'art. 299 cod. proc. pen. al richiedente la modifica cautelare, non assume alcun rilievo la gravità del pericolo alla vita o della lesione alla incolumità personale subiti dalla persona offesa in occasione della commissione reato per cui si procede (nel caso all'esame la vittima aveva riportato lesioni giudicate guaribili in sette giorni).

2.2. L'esercizio del diritto all'informazione *de libertate* della persona offesa.

Con riferimento alla notifica della richiesta di modifica del regime cautelare applicato all'indagato/imputato, permane il contrasto in merito alla sussistenza o meno di un onere in capo alla parte offesa di manifestare la volontà di partecipare al procedimento, espressa dalla nomina del difensore o dalla dichiarazione ovvero elezione di domicilio, tale da condizionare l'esercizio del diritto di informazione e partecipazione.

Ed invero, nell'ipotesi in cui la persona offesa abbia nominato un difensore, secondo la chiara indicazione normativa, la notifica viene eseguita presso quest'ultimo quale domiciliatario dell'interessato, indipendentemente dalla espressa elezione di domicilio, e ciò in base alla previsione contenuta nell'art. 33 disp. att. cod. proc. pen., secondo cui, appunto, il domicilio della persona offesa dal reato che abbia nominato un difensore si intende eletto presso quest'ultimo.

In tal senso si è espressa **Sez. 3, n. 15609 del 21/02/2020, G., Rv. 278839,** che ha affermato il principio così massimato:

"In tema di misure cautelari, ai fini della ammissibilità della richiesta di revoca o di sostituzione del provvedimento applicato nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, non proposta in sede di interrogatorio di garanzia, è sufficiente la notifica al solo difensore della persona offesa e, soltanto qualora questi non sia stato nominato, alla persona offesa. (In motivazione, la Corte ha precisato che il regime delle notifiche previsto dall'art. 299, comma 3, cod. proc. pen. per la richiesta di revoca o di sostituzione si distingue da quello di cui al comma 2-*bis* della medesima norma, come modificato dall'art. 15, comma 4, della legge 19 luglio 2019 n. 69, che, per rafforzare il meccanismo di conoscenza della persona offesa, impone l'immediata comunicazione del provvedimento di accoglimento, anche parziale, della istanza "de libertate" alla stessa persona offesa, in aggiunta e non in alternativa al suo difensore)" (conf. **Sez. 5, n. 23127 del 3/07/2020, F. Rv. 279403; Sez. 2, n. 36837 del 22/10/2020, Lamani).**

La Corte prende le mosse da un'esegesi del testo normativo, come novellato per effetto degli interventi del 2019 (la cd. legge del "codice rosso"), precisando che, a differenza dei provvedimenti di revoca o sostituzione delle misure cautelari che ai sensi dell'art. 299, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 15, comma 4, legge 19 luglio 2019, n. 69, "*devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-asistenziali e alla persona offesa e, ove nominato, al suo difensore*", in materia di richiesta di revoca o sostituzione i commi 3 e 4-*bis* non sono stati modificati nel 2019, continuando, perciò, a prevedere la notifica della relativa istanza presso il difensore della persona offesa e, solo qualora questo non sia stato nominato, presso la vittima del reato. In sostanza, sottolinea la Corte, per precisa volontà legislativa si è creato un differente regime che risponde a ragionevolezza, essendo diverse le fasi in cui opera la tutela della vittima a fronte di eventuali modifiche delle misure cautelari applicate. Ed infatti, in caso di richiesta di revoca o sostituzione della misura viene privilegiata la conoscenza sotto un profilo più squisitamente tecnico dell'iniziativa difensiva, mediante l'esclusivo coinvolgimento del difensore nominato, essendo importante assicurare un adeguato contraddittorio integrato sia dal parere del P.M., sia dalle eventuali memorie ex art. 121 cod. proc. pen. fatte pervenire dalla persona offesa. Viceversa, superata questa fase, nel momento in cui l'istanza *de libertate* sia stata anche solo parzialmente accolta, è maggiormente avvertita la necessità di informare direttamente la vittima, prevedendo, appunto, la comunicazione del provvedimento di modifica del regime cautelare sia ai servizi socio-assistenziali, sia alla persona offesa in aggiunta al suo difensore, ove nominato.

Ed allora, la notifica dell'istanza cautelare esclusivamente al difensore nominato dalla persona offesa deve ritenersi idonea a soddisfare il requisito dell'ammissibilità della richiesta di modifica, non assumendo nemmeno rilievo che la vittima non abbia formalmente eletto domicilio presso tale difensore, trovando applicazione la regola fissata dall'art. 33 disp. att. cod. proc. pen.

Diversamente, nell'ipotesi in cui manchi la nomina di un difensore, oppure la persona offesa non abbia eletto o dichiarato domicilio, in giurisprudenza si registrano due diverse ricostruzioni interpretative.

Accoglie l'orientamento che ritiene in ogni caso sussistente l'obbligo, a pena di inammissibilità, di notificare all'offeso le richieste di modifica dello *status* cautelare, la sopracitata **Sez. 5, n. 4485 dell'8/01/2020, L., Rv. 278141 01- 02**. (conf. a Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, dep. 2018, A., Rv. 272216).

In motivazione, infatti, viene puntualizzato come l'art. 299, comma 4-*bis,* cod. proc. pen. - riferito alla fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari - prescriva la necessità di notificare contestualmente alla persona offesa la richiesta di sostituzione o revoca di misure cautelari, declinando distinte modalità: a) presso il difensore di fiducia, ai sensi dell'art. 33 disp. att. cod. proc. pen.; b) personalmente,

presso la persona offesa, in difetto di nomina di un difensore di fiducia, salva l'ipotesi in cui questa abbia eletto o dichiarato domicilio. Di conseguenza, qualora la persona offesa abbia nominato un difensore di fiducia, si considererà domiciliata presso quest'ultimo (art. 33 disp. att. c.p.p.); nel caso non lo abbia nominato, invece, la notifica dovrà essere eseguita personalmente alla stessa persona offesa, a meno che la stessa abbia eletto o dichiarato domicilio, perché in quest'ultima evenienza la notifica dovrà essere sempre eseguita in tale luogo, anche se sia già intervenuta la nomina di un difensore.

Ed allora, nella particolare ipotesi di notifica da eseguirsi alla persona offesa non munita di difensore, laddove questa non abbia dichiarato o eletto domicilio, considerate le difficoltà che potrebbe sorgere nel reperimento del domicilio del destinatario, la Sezione sopracitata richiama il canone della ordinaria diligenza da esigere nel caso concreto, considerando destinatari della notifica solo le persone offese i cui dati siano immediatamente ricavabili dal fascicolo processuale. Secondo tale prospettiva, pertanto, l'onere di notifica imporrebbe che la persona sia agevolmente reperibile in base ai dati rilevabili dagli atti accessibili alla parte istante. Tale condizione, dunque, segna il limite della diligenza esigibile ai fini della notifica, oltre la quale, precisa la Sezione, l'istanza dovrà essere valutata nel merito stante l'incolpevole impossibilità di adempiere all'obbligo informativo.

Nel caso di specie, il difensore dell'imputato aveva provveduto a notificare contestualmente la richiesta ex art. 299 cod. proc. pen. alla persona offesa - non assistita da difensore e che non aveva eletto, né dichiarato domicilio - mediante l'invio di raccomandata con avviso di ricevimento all'indirizzo risultante dagli atti del fascicolo, allegando all'istanza la copia del cedolino di invio e la lettera di accompagnamento. La Corte ha ritenuto sufficiente che il richiedente producesse la stampa dell'esito infruttuoso della notifica tratto dal sito *web* delle Poste Italiane attestante l'avvenuto tentativo di consegna ed il mancato ritiro del plico, affermando i seguenti principi:

1. Rv. 278141 01: *"Nei procedimenti* per reati commessi con violenza alla persona, per assolvere alla condizione posta a pena di inammissibilità dal comma 4-bis dell'art. 299 cod. proc. pen., è sufficiente che l'imputato alleghi la prova di avere contestualmente notificato, mediante raccomandata con ricevuta di ritorno, la richiesta di revoca o sostituzione della misura alla persona offesa presso il domicilio risultante in atti, laddove quest'ultima non sia assistita da difensore di fiducia e non abbia dichiarato o eletto domicilio. (Fattispecie in cui era risultato che la raccomandata ritualmente spedita non era stata ritirata dal destinatario e la Corte ha ritenuto correttamente assolta la condizione di cui all'art. 299, comma 4-bis cod. proc. pen.)".

2. Rv. 278141 02: "*Nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, al fine di dimostrare la ritualità della notifica alla persona offesa dell'istanza di revoca o sostituzione di misura cautelare, ai sensi dell'art.* 299*, comma* 4*-bis cod. proc. pen., deve ritenersi sufficiente la stampa del documento, scaricato dal sito web delle Poste, da cui risulta l'esito della notificazione, atteso che nel sistema processuale vige il principio generale di libertà della prova sia per i fatti-reato che per gli atti del processo, come si evince dall'art.* 234 *cod. proc. pen e dalla direttiva n.* 1 *della legge delega per il nuovo codice di procedura penale, che stabilisce la massima semplificazione processuale con eliminazione di ogni atto non essenziale. (Fattispecie in cui è stata ritenuta legittimamente provata la notifica per compiuta giacenza con l'esibizione del documento scaricato dal sito delle Poste che attestava che "la spedizione non è stata ritirata dal destinatario e sarà restituita al mittente").*"

In definitiva, la sentenza in esame, nell'esigere sempre e comunque la notifica della richiesta *de libertate* alla persona offesa - anche in assenza di nomina di un difensore, ovvero di elezione o dichiarazione di domicilio - ha rimarcato come non si potesse comunque gravare l'imputato dell'obbligo di esibire l'originale della cartolina attestante la compiuta giacenza; la soluzione accolta, in sostanza, è tale da bilanciare l'interesse del notificante a non vedersi imputare conseguenze negative per gli eventuali ritardi nel completamento della fattispecie comunicativa dovuti al fatto di terzi, e quello del destinatario a non vedersi impedito l'esercizio dei propri diritti.

Si inscrive a tale opzione interpretativa anche **Sez.2, n. 32866 del 28/09/2020, Clemente**, che ha ritenuto esente da censure la declaratoria di inammissibilità dell'istanza rilevata d'ufficio dal Tribunale per la mancanza di notifica alla persona offesa che, pur non avendo nominato un difensore, né eletto o dichiarato domicilio, era compiutamente identificata in atti "*così che il ricorrente aveva le informazioni necessarie all'adempimento richiesto a pena di inammissibilità, dall'art.* 299*, comma* 4*bis, cod. proc. pen. presentata*".

Esprime una ricostruzione ermeneutica più restrittiva, invece, **Sez. 1, n. 5552 del 17/01/2020, Gangemi, Rv. 278483-01,** che ha affermato il principio di diritto così massimato: "*Nei procedimenti per reati commessi con violenza alla persona, l'istanza di revoca o di modifica della misura cautelare non proposta in sede di interrogatorio di garanzia non deve essere notificata alla persona offesa che non abbia provveduto a nominare un difensore o ad effettuare dichiarazione od elezione di domicilio. (In motivazione, la Corte ha precisato che in tal senso depone l'inequivoco tenore letterale dell'art.* 299*, comma* 3*, secondo periodo, cod. proc. pen., nell'inciso in cui, dopo aver previsto l'obbligo di notifica della richiesta presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa medesima, fa salva, in quest'ultimo caso, l'eventualità che questa non abbia provveduto a dichiarare o ad eleggere domicilio)*".

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale distrettuale di rigetto dell'appello cautelare proposto dall'imputato avverso il provvedimento del G.I.P. che aveva dichiarato inammissibile l'istanza di

sostituzione della misura cautelare per omessa notifica della stessa alle persone offese di più episodi di estorsione aggravata.

In motivazione, la Corte ha precisato che alla parte offesa non spetta alcuna notificazione della richiesta di modifica cautelare quando non abbia provveduto a nominare un difensore ovvero dichiarare o eleggere di domicilio; ed allora, poiché nel caso di specie il giudice del riesame non aveva chiarito se le persone offese avessero provveduto o meno ad uno dei suddetti adempimenti, la decisione è stata nel senso dell'annullamento dell'ordinanza impugnata, rinviando al tribunale la necessaria verifica della effettiva sussistenza, nel caso all'esame, di un'ipotesi di omessa notifica a persone offese "notiziabili" nel senso sopra specificato.

La Sezione addiviene a tale conclusione non solo perché ritenuta aderente alla volontà legislativa, ma anche per ragioni di ordine logico e sistematico.

In primo luogo, infatti, viene osservato come l'iter parlamentare che ha portato all'adozione del testo finale - che ha visto l'aggiunta dell'inciso "*salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o a eleggere domicilio*" in sede di conversione del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 dalla legge 15 ottobre del 2013 n. 119 - evidenzi la inequivoca intenzione del legislatore di non esigere dall'imputato, in stato di limitazione della propria libertà personale, l'adempimento di oneri eccessivamente gravosi, derivanti dalla difficoltà di reperire il domicilio della persona offesa che non lo abbia eletto o dichiarato.

Da un punto di vista sistematico, inoltre, solo la configurazione di un corrispondente onere in capo alla persona offesa a manifestare l'interesse a conoscere le vicende processuali, tramite la nomina di un difensore ovvero la elezione o dichiarazione di domicilio, può contemperare i diritti di quest'ultima con l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'indagato o imputato, salvaguardando, in particolare, l'interesse di quest'ultimo a non trovare ostacoli o difficoltà ad eseguire celermente le notifiche necessarie e consentire la rapida definizione del procedimento incidentale *de libertate* che lo riguarda.

La sentenza in esame, infine, puntualizza in senso critico come la diversa posizione interpretativa secondo la quale la notificazione alla persona offesa deve comunque effettuarsi, pur se questa non abbia eletto o dichiarato domicilio, sulla base dei dati identificativi immediatamente ricavabili dal fascicolo processuale, imporrebbe, in ogni caso al richiedente la revoca o la sostituzione della misura cautelare l'obbligo di attivarsi per reperire i dati necessari all'adempimento processuale e, solo in caso di irreperibilità, l'obbligo suddetto verrebbe meno.

2.3 La notifica tramite PEC.

La giurisprudenza è consolidata nel ritenere legittimo l'utilizzo della posta elettronica certificata (PEC) per effettuare la notifica delle richieste ex art. 299, commi 3 e 4-*bis* cod. proc. pen., da parte del difensore dell'imputato a quello della vittima. (**Sez. 2, n. 26050 del 22/07/2020, Napoli; Sez. 5, n. 23127 del 3/07/2020, F., Rv. 279403; Sez. 3, n. 15609 del 21/02/2020, G., Rv. 278839; Sez. 2, n. 36837 del 22/10/2020, Lamani;** in precedenza, cfr., Sez. 2, n. 6320 del 11/01/2017, Simeoli, Rv. 268984**).**

La soluzione accolta riposa su quanto previsto dagli artt. 152 cod. proc. pen. - a mente del quale "salvo che la legge disponga altrimenti, le notificazioni richieste dalle parti private possono essere sostituite dall'invio di copia dell'atto effettuata dal difensore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento" - e 48 del d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - secondo cui "1. La trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna avviene mediante la posta elettronica certificata ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68. 2. La trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata mediante la posta elettronica certificata, equivale, nei casi consentiti dalla legge, alla notificazione per mezzo della posta. 3. La data e l'ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso mediante posta elettronica certificata sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche.".

Viene, peraltro, puntualizzato, come in proposito non venga in considerazione la previsione contenuta nell'art. 16 del d.l. 16 ottobre 2012, n. 179 (convertito dalla legge n. 17 dicembre 2012, n. 221) essendo quest'ultima finalizzata a regolamentare l'utilizzo della PEC da parte delle cancellerie e non la diversa situazione delle comunicazioni tra le parti private.

Ed allora, considerato che sulla base del sopracitato art. 48 la notifica a mezzo PEC è equiparata alla notifica per mezzo della posta, salvo che la legge non disponga altrimenti, deve ritenersi che la lettera raccomandata, di cui può avvalersi il difensore ai sensi dell'art. 152 cod. proc. Pen., può essere validamente sostituita dalla comunicazione a mezzo PEC, con la conseguenza, pertanto, che la notifica effettuata in tal modo dal difensore dell'imputato al difensore della persona offesa ex art. 299 cod. proc. Pen., deve ritenersi validamente effettuata. La Corte osserva come tale conclusione consenta non solo di soddisfare l'interesse alla celerità nell'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, ma anche di rispettare pienamente le esigenze di tutela della persona offesa, sottese all'art. 299 cod. proc. Pen., non essendo dubitabile che la comunicazione a mezzo PEC costituisce uno strumento idoneo a portare un atto

a conoscenza del destinatario offrendo certezza in ordine all'identificazione del mittente e alla sua avvenuta ricezione.

3. L'inammissibilità dell'istanza cautelare per violazione dell'art. 299 cod. proc. pen.

In piena aderenza agli obblighi sovranazionali, il legislatore ha inteso assicurare effettività al diritto di interlocuzione della persona offesa, e, nello specifico, ha previsto la sanzione dell'inammissibilità nell'ipotesi di richiesta di modifica cautelare non contestualmente notificata all'offeso secondo le modalità sopradescritte.

In proposito, la Corte in diverse pronunce ha ribadito che l'inammissibilità della richiesta è rilevabile d'ufficio dal giudice, in ogni stato e grado dell'incidente cautelare, e in sede di appello suddetto controllo officioso prescinde totalmente dalla limitazione della cognizione del decidente derivante dal principio devolutivo, di cui all'art. 597 cod. proc. pen., proprio in quanto viene in gioco la legittimità del provvedimento impugnato che, appunto, non ammette la possibilità di forme di sanatoria non previste per legge (**Sez. 2, n. 28932 del 4/09/2020, Cammareri**; Sez. 2, n. 57925 del 25/10/2018, Refas; Sez. 5, n. 48622 del 24/09/2018, Paradiso; Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, dep. 22/02/2018, A., Rv. 272215).

4. La valutazione di idoneità cautelare della misura nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona.

Prendendo le mosse dalla regola generale espressa dall'art. 275, comma 1, cod. proc. pen. che esige la necessaria valutazione giudiziale della idoneità della misura da disporre rispetto alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, la Corte è giunta a specificare il criterio ermeneutico quando sia in gioco il bene giuridico dell'incolumità personale e il correlato pericolo di recidiva che si intende scongiurare. In particolare, **Sez. 2 n. 19559 del 25/02/2020, Amico, Rv. 279475,** ha affermato il principio così massimato: "*In tema di misure cautelari personali, la valutazione in ordine alla "proporzionalità" della misura implica l'apprezzamento del "tipo" di recidiva che si intende contrastare, ovvero della gravità dei reati che si ritiene probabile possano essere nuovamente commessi; pertanto, quando si rileva il pericolo di reiterazione di reati caratterizzati da "violenza alla persona", la misura degli arresti domiciliari può ritenersi proporzionata solo se, all'esito di un rigoroso esame della personalità dell'accusato, si ritenga abbattuto il rischio di violazione delle regole di auto contenimento. (Fattispecie di rapina commessa con l'uso di coltello, in cui la Corte ha ritenuto legittima la valutazione di inadeguatezza della misura degli arresti domiciliari, anche con controllo elettronico a distanza, desunta dai precedenti penali specifici dell'indagato, gravato da numerose segnalazioni per reati connotati da comportamenti violenti, e dalla rilevata inidoneità di misure affidate all'autodisciplina, in precedenza adottate)*."

Ed infatti, la citata Sezione ha specificato che quando la valutazione del pericolo di recidiva riguarda reati che si consumano attraverso la violenza alla persona, il giudizio in ordine al pericolo di recidiva e quello relativo alla idoneità cautelare degli eventuali presidi disponibili, deve essere effettuato con estremo rigore, con l'obiettivo di offrire la massima protezione all'incolumità personale, esigendosi una valutazione proporzionata alla rilevanza del bene giuridico tutelato. Ebbene, nel caso all'esame, l'inidoneità dell'abitazione ove poter eseguire gli arresti domiciliari, anche con braccialetto elettronico, unitamente all'emergenza di una recidiva specifica reiterata infraquinquennale a carico del ricorrente, gravato da decine di segnalazioni per reati connotati da comportamenti violenti coerenti con il reato per cui si procedeva e all'esito negativo di precedenti misure contenitive rimesse all'autodisciplina, portavano la Corte a confermare la valutazione effettuata dal giudice del riesame circa la sussistenza di un pericolo di nuova consumazione di reati commessi con violenza alla persona che veniva giudicato non contenibile con misure diverse dalla custodia in carcere.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. 2, n. 6320 del 11/01/2017, Simeoli, Rv. 268984
Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, dep. 2018, A., Rv. 272215
Sez. 6, n. 8691 del 14/11/2017, dep. 2018, A., Rv. 272216
Sez. 5, n. 48622 del 24/09/2018, Paradiso
Sez. 2, n. 57925 del 25/10/2018, Refas
Sez. 5, n. 9872 dell'8/11/2018, dep. 2019, R., Rv. 275633
Sez. 6, n. 27601 del 22/03/2019, Pascale, Rv. 276077 - 01
Sez. 2, n. 17335 del 28/03/2019, Ambrogio, Rv. 276953 - 01
Sez.1, n. 1418 del 10/12/2019, dep. 2020, Cicerchia
Sez. 5, n. 4485 dell'8/01/2020, L., Rv. 278141 01- 02
Sez. 1, n. 5552 del 17/01/2020, Gangemi, Rv. 278483-01
Sez. 2, n. 12800 del 13/02/2020, Cerrito
Sez. 3, n. 15609 del 21/02/2020, G., Rv. 278839
Sez. 2 n. 19559 del 25/02/2020, Amico, Rv. 279475
Sez. 1, n. 20295 del 18/06/2020, Russo
Sez. 5, n. 23127 del 3/07/2020, F., Rv. 279403
Sez. 2, n. 28924 del 9/07/2020, Cervelloni
Sez. 1, n. 26024 del 13/07/2020, Nasri
Sez. 2, n. 26050 del 22/07/2020, Napoli
Sez. 2, n. 28932 del 4/09/2020, Cammareri
Sez. 2, n. 32866 del 28/09/2020, Clemente
Sez. 2, n. 36837 del 22/10/2020, Lamani

CAPITOLO III

GIUDIZIO DI RINVIO IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI: INDIVIDUAZIONE DEL *DIES A QUO* PER LA DECISIONE.

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U., n. 13178 del 28/11/2019, dep. 28/04/2020, Guadagni, Rv. 278735 - 01. - 2. La vicenda processuale. - 3. I motivi di ricorso. - 4. L'ordinanza di rimessione ed i precedenti di legittimità. 4.1. L'orientamento minoritario. - 4.2. L'orientamento maggioritario. - 5. La decisione delle Sezioni Unite. - 6 Conclusioni.

1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 27104 del 16/07/2020, Calella, Rv. 279533-01.

Nell'ambito del panorama interpretativo che ha ampiamente interessato la materia relativa alle caratteristiche del giudizio di rinvio in materia di misure cautelari personali è intervenuta la decisione delle **Sez. U, n. 27104 del 16/07/2020, Calella, Rv. 279533-01**, così massimata: *"Nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento dell'ordinanza del tribunale del riesame che abbia disposto o confermato la misura cautelare personale, il procedimento ha inizio nel momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale, da qui cominciando a decorrere la articolata sequenza temporale di cui all'art.* 309*, commi* 5 *e* 10*, cod. proc. pen. con le relative sanzioni processuali in caso di sua inosservanza. (Nella specie la Corte ha rigettato il motivo di ricorso con cui si deduceva l'inefficacia della misura cautelare, rilevando che, in applicazione del suddetto principio, il termine di dieci giorni per la decisione decorre, anche nel giudizio di rinvio, dal momento della ricezione degli atti richiesti all'autorità procedente)."*

2. La vicenda processuale.

In data 24 ottobre 2018 il giudice per le indagini preliminari applicava al ricorrente in cassazione, in procedimento a carico di numerosi imputati, la misura cautelare degli arresti domiciliari in relazione alle imputazioni provvisorie di associazione a delinquere e furto. L'ordinanza veniva confermata in data 22 novembre 2018 dal Tribunale della libertà. Gli imputati proponevano ricorso per cassazione avverso la predetta ordinanza. La Corte di cassazione, con sentenza n. 23459 del 30/04/2019, annullava l'ordinanza impugnata limitatamente alla posizione del ricorrente, con rinvio al tribunale, sezione per il riesame delle misure cautelari personali, per nuovo esame, mentre dichiarava inammissibili gli altri ricorsi proposti. La Corte di cassazione, richiamando i limiti di sindacabilità dell'ordinanza cautelare

impugnata, rilevava, quanto alla posizione del ricorrente, come lo stesso avesse lamentato, anche con motivi aggiunti, la mancata considerazione da parte del pubblico ministero delle sue richieste relative all'audizione diretta dei file audio delle intercettazioni e della visione dei file video che avrebbero dovuto ritrarlo in situazioni indizianti rispetto ai fatti contestati allo stesso. Detta documentazione, secondo la difesa, non risultava depositata dal pubblico ministero, unitamente agli atti di indagine dinnanzi al tribunale della libertà. In tal senso, venivano ritenute non appaganti le motivazioni sul punto fornite dal tribunale della libertà, poiché non era stato specificato se nell'ambito dei documenti depositati, e segnatamente nell'ambito del dvd, fossero contenuti i file audio e video che la difesa intendeva esaminare direttamente. Di conseguenza veniva disposto l'annullamento con rinvio dell'ordinanza cautelare sul punto predetto, per necessaria integrazione della motivazione sulla questione proposta dal ricorrente.

Il tribunale della libertà, con successiva ordinanza del 19 luglio 2019, confermava la misura degli arresti domiciliari per il ricorrente, il quale aveva, tramite il suo difensore, depositato memoria difensiva con cui aveva eccepito il mancato rispetto dei termini ex art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., considerato che il fascicolo del procedimento di legittimità era pervenuto presso la cancelleria del tribunale del riesame in data 6 giugno 2019 e la decisione in sede cautelare era giunta oltre il termine previsto di dieci giorni, sicché si doveva ritenere intervenuta la perdita di efficacia della misura.

Il tribunale della libertà rilevava l'infondatezza dell'eccezione, evidenziando che gli atti erano pervenuti presso la cancelleria dieci giorni prima della decisione, con pieno rispetto dei termini di cui all'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen.

3. I motivi di ricorso.

Il destinatario della misura ha proposto ricorso per cassazione anche avverso la seconda ordinanza del tribunale del riesame. Con il primo motivo ha sostenuto l'inosservanza ed erronea applicazione della legge penale ex art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen. e di norme processuali ex art. 606, comma, 1 lett. c) cod. proc. pen. in relazione all'art. 311, comma 5-*bis* cod. proc. pen., rilevando la mancanza, contraddittorietà e illogicità della motivazione, con particolare riferimento al travisamento del *dies a quo* per la decorrenza dei termini ex art. 311, comma 5-*bis,* cod. proc. pen. Si è, in sostanza, rilevato come le conclusioni del Tribunale del riesame fossero contraddittorie e *contra legem*, considerato che gli atti erano materialmente pervenuti dalla Corte di cassazione in data 6 Giugno 2019, data nella quale il fascicolo, inviato dalla Corte di cassazione, era giunto presso il Tribunale, mentre il Tribunale della libertà aveva individuato il *dies a quo* nel 10 giugno 2019, data

in cui lo stesso fascicolo rescindente era pervenuto presso la cancelleria del Tribunale della libertà. È stata, in particolare, contestata la seconda data richiamata dal Tribunale della libertà, sottolineando che il funzionario giudiziario aveva inviato richiesta e avviso all'autorità giudiziaria procedente in data 7 giugno 2019 affinché inviasse copia degli atti, con indicazione certa delle generalità degli imputati per procedere alla notificazione degli avvisi nei termini di legge, con preghiera altresì di inviare ulteriori atti (certificazione del casellario giudiziale, ordinanza impugnata, relata di notifica e relativo avviso di deposito ai difensori, eventuale ordinanza di custodia cautelare o sentenza da cui si possano evincere i reati per cui il soggetto è sottoposto a misura cautelare, decreti autorizzativi e di proroga di intercettazioni eventualmente effettuate). La data corretta da considerare, secondo la difesa, al fine della tempestività della decisione era quella del 6 giugno 2019.

In tal senso il ricorrente affermava, inoltre, come fosse stato commesso un errore nella procedura di decisione, non essendo in alcun caso prevista la richiesta di documentazione all'autorità procedente. Si è sostenuto, quindi, che ciò aveva comportato l'indebita considerazione del *dies a quo*, individuato erroneamente nel 10 giugno 2019, ovvero la data in cui era pervenuta presso la cancelleria del Tribunale del riesame la documentazione richiesta alla autorità procedente. Circostanza, a detta del ricorrente, del tutto irrilevante quanto all'individuazione del termine ex art. 311, comma 5-*bis,* cod. proc. pen.

4. L'ordinanza di rimessione ed i precedenti di legittimità.

La Sesta sezione della Corte di cassazione, cui era stato assegnato il ricorso, ha evidenziato che la questione processuale circa l'esatta individuazione del *dies a quo*, ex art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., di decorrenza del termine di dieci giorni entro il quale deve intervenire la decisione del giudice del riesame in sede di rinvio, a pena di inefficacia della misura cautelare, a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione, era oggetto di contrasto in seno alla giurisprudenza della Corte ed ha conseguente rimesso la questione alle Sezioni Unite della Corte.

Il punto centrale della questione ermeneutica proposta è da individuare, secondo l'ordinanza di rimessione, nella portata dell'espressione normativa "*dalla ricezione degli atti*". Secondo il collegio rimettente, tale espressione si prestava ad una duplice alternativa interpretativa, dovendo la Corte a Sezioni Unite chiarire se: a) la decorrenza debba essere individuata con riferimento al momento in cui gli atti sono pervenuti presso la cancelleria centrale del tribunale, ovvero presso la cancelleria della sezione specializzata per il riesame; b) se il medesimo termine decorra dalla ricezione della sentenza di annullamento della Corte di cassazione con invio dell'allegato

fascicolo, ovvero dalla ricezione degli atti nuovamente richiesti al pubblico ministero o all'autorità giudiziaria procedente da parte del presidente del tribunale.

È stato, quindi, richiamato un primo orientamento interpretativo che risolve entrambi i profili evidenziati affermando che il termine di dieci giorni decorre dalla data in cui il fascicolo relativo al ricorso per cassazione, compresa la sentenza rescindente, perviene alla cancelleria della sezione del tribunale competente per il riesame (Sez. 1, n. 23707 del 29/01/2018, Battaglia, Rv. 273114 - 01). Secondo questa decisione, di fatto, il tribunale del riesame è già in possesso degli atti necessari per la trattazione del giudizio di riesame a seguito di annullamento con rinvio, essendosi già pronunciato con la decisione soggetta a ricorso, e, dunque, non è necessario acquisire nuovamente la documentazione dell'autorità procedente, mentre eventuali sopravvenienze potranno essere prodotte in udienza (nello stesso senso viene richiamato come precedente conforme Sez. 1, n. 42473 del 17/03/2016, Stabile, Rv. 268103-01, nonché Sez. 4, n. 2909 del 20/12/2005, Pristeri, Rv. 232886-01 e Sez. 3, n. 4113 del 17/12/2007, Tanase, Rv. 239242-01, sia pure in tema di trasmissione degli atti ex art. 309, comma 5, cod. proc. pen.).

Tale orientamento trova il proprio fondamento nell'affermazione per cui il tribunale costituisce un unico ufficio giudiziario, sicché non possono avere rilievo i tempi di smistamento tra le varie articolazioni interne.

4.1. L'orientamento minoritario.

Quanto alla citata sentenza Battaglia, occorre ricordare come nel caso esaminato dalla Corte, che aveva portato ad un annullamento con rinvio, era stato riscontrato un vizio motivazionale in punto di gravità indiziaria, poi colmato in sede di riesame con la conferma del provvedimento a suo tempo impugnato. La difesa aveva eccepito la tardività della decisione, considerata la data in cui gli atti erano pervenuti presso la cancelleria del tribunale, in violazione del disposto di cui all'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. Si era inoltre contestato che il termine potesse ritenersi decorrente dalla data successiva, che era stata identificata in considerazione della nuova richiesta di produzione degli atti, rivolta al pubblico ministero, da parte della presidenza del tribunale del riesame. Si era anche osservato come lo stesso pubblico ministero avesse risposto al tribunale evidenziando che gli atti posti a sostegno della misura cautelare erano già in possesso del tribunale, in relazione al procedimento originario; dunque, nella prospettazione della difesa, il presidente del tribunale, sezione riesame, avrebbe semplicemente dovuto fissare la relativa udienza, nell'ambito della quale avrebbero potuto essere allegati ulteriori atti o verbali sopravvenuti. La Corte ha ritenuto fondato il ricorso sostenendo che la cancelleria della Corte di cassazione non trasmette la sola sentenza rescindente, ma l'intero fascicolo, ai sensi dell'art. 623,

comma 1, lett. a), cod. proc. pen., come ribadito da circolare interna del 16/05/2015. Si è, inoltre, richiamata la specificità del caso concreto, poiché lo stesso pubblico ministero aveva risposto alla missiva della Presidenza, richiamando il pieno possesso degli atti da parte del tribunale, con mera trasmissione di ulteriore copia degli atti in questione. È stata, dunque, ritenuta palese la violazione dell'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., richiamando la *ratio* della disciplina che ha introdotto nel nostro ordinamento tale previsione. Considerando la normativa che ha introdotto tale previsione (legge n. 47 del 2015 all'art. 13), la Corte ha affermato che per la *"natura sequenziale*" del giudizio di rinvio successivo ad annullamento, gli atti di cui si parla nella disposizione "*sono quelli trasmessi al giudice di rinvio dalla cancelleria di questa Corte di cassazione*".

Si è, quindi, escluso che il giudice di rinvio possa inoltrare una "*nuova*" richiesta di atti all'autorità procedente, posto che la disposizione che prevede tale adempimento è esclusivamente quella di cui all'art. 309, comma 5, cod. proc. pen., applicabile solo ove sia stata presentata richiesta di riesame, situazione procedimentale ritenuta dalla Corte del tutto diversa da quella in esame. Si è sostenuto che, nel giudizio di riesame, a seguito di annullamento di rinvio, il tribunale deve esclusivamente "*ricevere*" dalla cancelleria della Corte ciò che era stato trasmesso unitamente al ricorso ("*di regola non tutti gli atti*"), insieme alla copia della sentenza rescindente, mentre eventuali sopravvenienze conoscitive potranno essere eventualmente depositate in udienza ex art. 309, comma 9, cod. proc. pen. A conforto della propria lettura, la Corte ha richiamato la decisione a Sez. U. Rezmuves, condividendo la necessità di un'interpretazione il più possibile fedele al testo delle disposizioni di garanzia introdotte dalla l. n. 47 del 2015. Si doveva condividere, in tal senso, a parere della Prima sezione penale, la valorizzazione dell'inerenza della norma alla tutela della libertà personale, con divieto di interpretazione estensiva e analogica. Nell'affermare il principio di diritto sopra richiamato la Prima sezione ha anche fatto riferimento alla sentenza Sez. 6, n. 51684 del 28/11/2014, De Micco, Rv. 261452-01, secondo la quale di fatto gli elementi di cui al comma 5 sarebbero esclusivamente elementi probatori favorevoli all'imputato (escludendo quindi implicitamente che possano essere identificati negli elementi originariamente posti a sostegno della richiesta di applicazione di misura cautelare).

4.2. L'orientamento maggioritario.

Un secondo orientamento ermeneutico, riferito dalla Sesta sezione al "*secondo nodo ermeneutico*", che si oppone in modo netto alle sentenze Stabile e Battaglia, afferma che il termine di dieci giorni per la decisione in caso di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione decorre dalla data in cui, ricevuta la sentenza

rescindente e il relativo fascicolo, il pubblico ministero abbia trasmesso gli atti ex art. 291 cod. proc. pen., e gli eventuali elementi sopravvenuti, a seguito di richiesta del presidente del tribunale (Sez. 2, n. 15695 del 08/01/2016, Lombardo, Rv. 266729-01, Sez. 6, n. 27093 del 01/03/2017, Speranza, Rv. 270410-01, Sez. 2, n. 32086 del 15/06/2017, Arena, Sez. 5, n. 21710 del 28/02/2018, Marciano, Rv. 273026-01, Sez. 2, n. 37585 del 18/12/2018, Giglio, Rv. 277082-01, Sez. 2, n. 31281 del 26/06/2019, Montante, Rv. 276737-01). Secondo tale lettura interpretativa, gli atti devono essere "*nuovamente"* trasmessi al tribunale dall'autorità procedente, con ciò richiamando, di fatto, il procedimento ordinariamente previsto in sede di riesame con l'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. Tale orientamento ha trovato una sua prima chiara affermazione nella decisione della Sez. 2, n. 15695 del 08/01/2016, Lombardo, Rv. 266729 - 01, antecedente temporalmente sia della Stabile che della Battaglia. La sentenza Lombardo risulta così massimata: *"In tema di impugnazioni avverso provvedimenti applicativi di misure cautelari personali, ai fini della decorrenza del termine di "dieci giorni dalla ricezione degli atti" entro il quale, ai sensi dell'art.* 311*, comma quinto bis, cod. proc. pen. (introdotto dall'art.* 13 *della legge* 16 *aprile* 2015*, n.* 47*), il giudice del rinvio è tenuto a decidere, nel caso sia stata annullata con rinvio, su ricorso dell'imputato, un'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'art.* 309*, comma nono, cod. proc. pen., non è sufficiente la mera ricezione della sentenza rescindente, ma occorre anche la ricezione degli atti presentati a norma dell'art.* 291*, comma primo, cod. proc. pen., nonché di tutti gli elementi eventualmente sopravvenuti in favore della persona sottoposta alle indagini."* La Corte ha rilevato come l'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., abbia natura sanzionatoria rispetto alla *"possibile inerzia dell'ufficio giudiziario competente a decidere in sede di riesame - rinvio*". Questa norma è di stretta interpretazione e, dunque, l'espresso e inequivocabile riferimento alla ricezione degli atti non consente di attribuire rilievo, ai fini della decorrenza del nuovo termine per la decisione, alla ricezione da parte del giudice di rinvio della mera sentenza rescindente, *"occorrendo nuovamente la ricezione degli atti presentati a norma dell'art.* 291*, comma* 1*, cod. proc. pen., nonché di tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta ad indagini*." Ricorre, dunque, un completo richiamo alla disciplina relativa al giudizio di riesame (art. 309, comma 5, cod. proc. pen. nella sua più ampia estensione e connotazione), che dovrà essere applicata anche al giudizio di riesame a seguito di annullamento con rinvio. Sono stati affermati due diversi principi di diritto: - in primo luogo evidenziando che non è sufficiente una ricezione parziale degli atti (e in particolare la ricezione della sola sentenza rescindente); - in secondo luogo chiarendo che occorre l'effettiva ricezione, secondo la disciplina del giudizio di riesame, di tutti gli atti di cui all'art. 291, comma 1, cod. proc. pen., così come di tutti gli elementi eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini. Solo dalla ricezione di tali atti può dunque essere computato il termine di dieci giorni entro il quale deve intervenire la decisione nel nuovo giudizio di riesame.

Lo stesso principio risulta affermato e massimato nell'ambito di Sez. 6, n. 27093 del 01/03/2017, Speranza, Rv. 270410 - 01. Anche in questo caso è stato dichiarato inammissibile il motivo volto a rilevare la violazione dell'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., per omessa dichiarazione di inefficacia per intervento della decisione del Tribunale del riesame oltre i dieci giorni dalla ricezione degli atti dalla Corte di cassazione. La sentenza, precedente alla decisione "Battaglia", richiama la necessità di basare il giudizio non solo sulla sentenza rescindente, ma anche sugli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. ed eventuali elementi sopravvenuti ex art. 309, comma 5, cod. proc. pen. (nello stesso senso anche Sez. 5, n. 21710 del 28/02/2018, Marciano, Rv. 273026 - 01 in motivazione e Sez. 2, n. 32086 del 15/06/2017, Arena ed ancora **Sez. 4, n. 4923 del 21/01/2020, Cacciola**, non massimata).

La decisione della Sez. 2, n. 15622 del 18/12/2018, Clarà, Rv. 275774 - 01, rappresenta, poi, sempre nell'ambito del medesimo orientamento, un momento di riflessione e di approfondimento ulteriore rispetto alla questione sollevata. Il collegio ha in questo caso osservato come l'interpretazione da riservare all'espressione "*dalla ricezione degli atti*" non possa prescindere dalla *"natura incidentale*" dei giudizi del tribunale della libertà e dal fatto che tale organo *"non è titolare del fascicolo processuale e non conserva gli atti di indagine trasmessi dal pubblico ministero o dal giudice delle indagini preliminari ai fini della decisione, non sussistendo alcuna norma che regoli tale permanenza"*. Si è, quindi, affermato che, se in effetti non è legittima alcuna dilatazione dei tempi processuali in conseguenza della natura del giudice: *"è ineludibile che il riferimento alla ricezione degli atti implichi la necessità che alla trasmissione corrisponda una effettività della decisione sulla base - per lo meno - degli stessi atti di cui il tribunale aveva la disponibilità al momento della decisione impugnata. Tale completezza non è garantita dalla restituzione degli atti da parte del giudice di legittimità*". Ciò perché, ai sensi dell'art. 100 disp. att. cod. proc. pen., oggetto della trasmissione in cassazione non sono tutti gli atti in possesso del tribunale del riesame, bensì gli atti necessari a decidere sull'impugnazione, ovviamente in correlazione al tipo di vizio che può essere oggetto del giudizio di legittimità cautelare, sicché, all'esito dell'annullamento e della restituzione degli atti da parte del giudice di legittimità, il tribunale, di fatto, non risulta essere in possesso neanche della ordinanza genetica, sebbene non possa essere omessa la considerazione che il giudice di riesame, a seguito di rinvio, deve essere messo in condizione di giudicare sulla base di una nuova valutazione dell'intero fascicolo processuale. È stato ritenuto, dunque, incoerente il richiamo effettuato dalla sentenza "Battaglia", all'art. 623, comma 1, cod. proc. pen., posto che *"gli atti trasmessi al giudice di legittimità non corrispondono, per espressa previsione normativa, al fascicolo processuale sul quale il giudice di riesame si era pronunciato*". Inoltre si è affermato che - tenuto conto della natura incidentale dei giudizi del tribunale della libertà e del fatto che tale giudice non

è titolare del fascicolo processuale (e non conserva gli atti di indagine trasmessi dal pubblico ministero e dal giudice delle indagini preliminari) - non è riscontrabile alcuna previsione che disciplini e regoli la permanenza del fascicolo in questa sede. Tale impostazione trova la propria base ermeneutica nel ruolo del tribunale della libertà e nella possibilità dello stesso, quale giudice di rinvio, di esercitare gli stessi poteri e applicare criteri di giudizio ordinariamente riferibili al riesame anche a seguito di annullamento con rinvio, cosa che può essere effettivamente realizzata solo sulla base di una piena conoscenza del fascicolo processuale allegato alla richiesta originaria di riesame. La Corte ha osservato che il meccanismo di trasmissione degli atti previsto dall'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. risulta compatibile anche con la previsione dell'art. 311, comma 5-*bis,* cod. proc. pen., considerato che l'innovazione prevista, in relazione ai termini perentori della decisione e del deposito della ordinanza, crea un *"perfetto parallelismo*" tra i due giudizi di riesame *"ordinario*" e di riesame a seguito di annullamento con rinvio, con conseguente piena equiparazione del regime del procedimento a seguito di annullamento con rinvio, rispetto al procedimento ordinario, per come disciplinato dall'art. 309 cod. proc. pen.

La disciplina maggiormente restrittiva dei termini di decisione e di deposito della motivazione, ai sensi dell'art. 311, come introdotto all'art. 13 della l. n. 47 del 2015, ha avuto l'effetto di equiparare il regime del procedimento di riesame a seguito di rinvio al procedimento ordinario, ed infatti la modifica dell'art. 311 cod. proc. pen. ha la funzione di disciplinare in tempi stringenti la sequenza procedimentale che consegue all'annullamento con rinvio dell'ordinanza del tribunale del riesame, coerentemente con le previsioni di cui all'art. 13 della Costituzione e dell'art. 5, comma 4 della Conv. EDU. Se, dunque, è palese l'assenza di una disciplina del giudizio di riesame di rinvio nell'ambito dell'art. 311 cod. proc. pen. (che disciplina invece specificamente la fase della decisione e i suoi tempi), e quindi anche la specifica regolamentazione relativa alla ricezione degli atti, occorre fare riferimento alle norme che regolano casi simili o materie analoghe, come previsto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, preliminari al codice civile, *"non potendosi ritenere che queste siano affidate alla libera creatività dell'interprete e corrispondendo alla detta procedimentalizzazione evidenti conseguenze in tema di certezza del diritto, effettività della decisione, regolamentazione delle facoltà delle parti"*. Secondo il collegio: - mancando un'effettiva disciplina della riassunzione del procedimento; - essendo comune al disposto dell'art. 309 e 311 cod. proc. pen. il riferimento alla ricezione degli atti; - ricorrendo una regolamentazione delle scansioni processuali esclusivamente nell'art. 309 cod. proc. pen., è solo a questa norma che si deve fare riferimento per individuare oneri del Presidente e facoltà delle parti nel nuovo giudizio di rinvio. Ciò si caratterizza come elemento di rigida scansione delle fasi del procedimento e garanzia per le parti, considerato che l'art. 309 cod. proc. pen. *"impone il rispetto di termini perentori,*

procedimentalizzando e sottraendo ad incertezze interpretative la fase della ricezione degli atti di cui garantisce la completezza. Ne consegue che - essendo la ricezione degli atti oggetto di specifica previsione normativa nell'ambito dell'art. 309 *cod. proc. pen. - a tale norma dovrà farsi riferimento anche in relazione alle modalità relative, risultando non sorretta da fondamento l'ipotesi di una applicazione solo parziale della norma medesima".*

L'analisi in tal senso avviata, circa il parallelismo nella disciplina del giudizio di riesame, anche a seguito di annullamento con rinvio, risulta confermata da Sez. 2, n. 21716 del 08/03/2019, Giglio, Rv. 275787 - 01, che ha affermato lo stesso principio di diritto, dando così ancora maggiore consistenza ad un orientamento consolidato della Sezione in particolare, e della Corte in generale, quanto all' ermeneusi della dizione "*dalla ricezione degli atti*".

In tal senso il collegio ha sottolineato che: "in ragione della funzione propria del giudice del riesame, chiamato ad intervenire solo su impulso delle parti che intendano sottoporre a controllo il contenuto dei provvedimenti cautelari adottati nel corso del procedimento, il Tribunale non è l'organo che ha costantemente la materiale disponibilità degli atti su cui è chiamato a pronunciarsi, tanto da dover formulare nella fase delle indagini, così come nella fase di giudizio, la richiesta all'autorità che procede affinché siano trasmessi gli atti su cui si fonda il provvedimento cautelare oggetto di impugnazione (atti che, una volta esaurita la fase incidentale con la pronuncia ed il deposito dell'ordinanza del tribunale del riesame, devono essere restituiti alla autorità che li ha trasmessi)".Si evidenzia, quindi, la particolare natura del giudizio di riesame a seguito di annullamento con rinvio: natura di giudizio pieno, che impone la necessità per il giudice riesaminare l'intero fascicolo per esercitare i medesimi poteri del giudice in sede di riesame "ordinario". Ne consegue che appare imprescindibile che il Tribunale richieda alla autorità che procede la trasmissione degli atti "indispensabili per assumere la decisione del giudizio di rinvio".

A propria volta, Sez. 2, n. 31281 del 26/06/2019, Montante, Rv. 276737-01, così massimata: "In tema di misure cautelari personali, nel caso di giudizio di rinvio a seguito di annullamento di ordinanza che abbia disposto o confermato la misura coercitiva ex art. 309, comma 9, cod. proc. pen., il termine di «dieci giorni dalla ricezione degli atti» previsto dall'art. 311, comma 5 - bis, cod. proc. pen. decorre dal momento in cui il tribunale riceve "nuovamente" gli atti dall'autorità procedente, ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen." ha affermato un principio di diritto ancora più immediato, che richiama, senza incertezze, la necessaria applicazione anche al giudizio di riesame, a seguito di annullamento con rinvio, delle previsioni ex art. 309 cod. proc. pen., dovendosi ritenere la piena e diretta assimilabilità, in punto di regime procedimentale, tra giudizio di riesame semplice e in sede di rinvio. Nell'affermare questo principio, la Corte sottolinea che il giudice del riesame riceve "nuovamente" gli atti dall'autorità procedente e osserva come proprio questa

necessaria considerazione di tutti gli atti rilevanti al fine del decidere nel merito (e non solo degli atti provenienti dal giudizio di legittimità), garantisce il pieno soddisfacimento sia dell'esigenza di celerità sottesa all'introduzione del termine perentorio, che dell'effettiva possibilità di consentire al giudice del rinvio una rivalutazione completa del compendio probatorio a suo tempo sottoposto al tribunale e di eventuali elementi sopravvenuti. Sottolinea la Corte, in particolare, nell'ambito di tale analisi, come la sentenza Clarà abbia correttamente evidenziato la piena compatibilità, con il novellato giudizio di rinvio, del meccanismo di trasmissione degli atti previsto dal comma 5 dell'art. 309 cod. proc. pen., essendovi ormai un "perfetto parallelismo" tra procedimento ordinario di riesame e procedimento di riesame a seguito di annullamento con rinvio, accomunati dal termine perentorio di dieci giorni per la decisione e di trenta giorni per il deposito dell'ordinanza (prorogabile sino a 45 giorni esclusivamente nel procedimento ordinario). Il collegio, nell'aderire all'orientamento maggioritario, fornisce delle ulteriori precisazioni circa l'ermeneusi della dizione "dalla ricezione degli atti". In via preliminare evidenzia come il richiamo da parte del ricorrente alle Sez. U. "Rezmuves" non appaia conferente con il tema oggetto di decisione. Si tratta, infatti, a parere del collegio, della decisione di una questione del tutto diversa, poiché non si tratta di accedere o meno ad interpretazioni estensive o analogiche di una disposizione limitativa della libertà personale. Il quesito proposto presenta infatti "connotazioni del tutto differenti". Osserva la Seconda sezione che solo la locuzione "dalla ricezione degli atti" rappresenta oggetto di analisi, e solo su questo tema si articola il percorso ermeneutico della Corte, al fine di individuare senza incertezze il dies a quo per la decorrenza del termine per il deposito della decisione.

Il punto di partenza, dunque, è considerare che anche in materia di riesame il giudice del rinvio è chiamato a compiere un nuovo completo esame del materiale probatorio, con i medesimi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, "*salve le sole limitazioni previste dalla legge consistenti nel non ripetere il percorso logico già censurato, spettandogli il compito esclusivo di ricostruire i dati di fatto risultanti dalle emergenze processuali e di apprezzare il significato e valore delle relative fonti di prova*". Se così è, a parere della Corte, la corretta attività di giudizio posta in essere dal giudice del riesame, a seguito di annullamento con rinvio, non può prescindere dalla questione relativa alla "*tempestiva ricostituzione*", nell'ambito del fascicolo da esaminare in sede di rinvio, "*del compendio probatorio che a suo tempo (ovvero al momento della decisione annullata) era stato messo a disposizione del giudice del riesame."* Il collegio chiarisce in tale ambito che, nella ricerca di una ricostruzione sistematica, è necessario tener conto del fatto che*: "il legislatore del* 2015 *è intervenuto unicamente sul segmento conclusivo del procedimento di rinvio (introducendo termini perentori per la decisione e per il successivo deposito della motivazione), senza fornire alcuna indicazione circa le scansioni procedimentali che precedono la decisione"*. Occorre, dunque, avere

sempre ben presente l'esigenza sistematica nello svolgimento del giudizio di riesame a seguito di annullamento con rinvio, al fine di una conoscenza e cognizione completa, anche rispettosa dei diritti delle parti e della garanzia di un pieno contraddittorio, sicché i dieci giorni a disposizione del giudice per la decisione "*non possono che decorrere dal momento in cui quel giudice è posto nelle condizioni - quanto meno - di rivalutare compiutamente il materiale su cui si era fondata la decisione annullata dalla Suprema Corte (oltre che, ovviamente, le eventuali sopravvenienze derivanti dal prosieguo dell'attività investigativa o difensiva*)". La necessità di una "*cognizione piena*" del giudice in sede di rinvio si scontra, a parere del collegio, con la ricostruzione della sentenza "Battaglia" che esplicitamente riconosce come la Corte di cassazione di norma non riceva tutti gli atti, proprio perché è il codice di rito, come evidenziato in altre decisioni, a considerare la trasmissione solo parziale degli atti, tenuto conto delle caratteristiche del giudizio di legittimità. La trasmissione parziale degli atti alla Corte di cassazione, con conseguente restituzione degli stessi a seguito di annullamento con rinvio, rappresenta dunque un'evenienza fisiologica.

In tal senso non può non tenersi conto della distanza tra le due previsioni dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. (che disciplina il giudizio di riesame e la relativa base cognitiva, mediante la trasmissione degli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, cod. proc. pen., ovvero degli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare, nonché di tutti gli altri atti sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini) e dell'art. 100 disp. att. cod. proc. pen. (che prevede la trasmissione dei soli atti necessari per decidere sulla impugnazione in sede di legittimità). E se, pur tuttavia, può essere possibile una trasmissione alla Corte dell'intero fascicolo, questa circostanza non rappresenta la normalità, ma una mera possibilità.

Nell'ambito di un'ulteriore riflessione, la Seconda sezione ha sottolineato come appare difficile sostenere una formazione, eventualmente progressiva del fascicolo, nell'ambito del termine di dieci giorni, soprattutto perché tale termine deve essere considerato uno *spatium deliberandi*, a disposizione del giudice per assumere la sua decisione, che postula, anche solo da un punto di vista logico, la necessità per lo stesso di avere una piena disponibilità del fascicolo. Ancora la Corte, andando oltre le riflessioni degli arresti precedenti, si interroga sulla sequenza procedimentale da seguire, anche rispetto ai diritti delle parti alla convocazione delle stesse al fine di un pieno esercizio del diritto di difesa, così come previsto dall'art. 309, comma 8, cod. proc. pen. (nei tre giorni liberi che intercorrono tra la notifica dell'avviso e l'udienza camerale, i difensori hanno facoltà di esaminare ed eventualmente estrarre copia degli atti, che fino al giorno dell'udienza rimarranno depositati in cancelleria).

Se, effettivamente, occorre garantire anche le parti, e non solo una piena cognizione del giudice, le considerazioni svolte, impongono, a parere della Corte, che il procedimento di riesame debba necessariamente *"ripartire dalle scansioni delineate dal*

comma 5 *dell'art.* 309*: al momento della ritrasmissione degli atti da parte della Suprema Corte, il Presidente cura che sia dato immediato avviso all'autorità procedente, tenuta ad una tempestiva (nuova) trasmissione di quanto a suo tempo già inviato, nonché delle eventuali sopravvenienze favorevoli*". Ne consegue che il *dies a quo* per la decorrenza del termine di dieci giorni per la decisione, di cui al comma 5-*bis* del art. 311 cod. proc. pen. deve essere "*individuato nel momento in cui il tribunale riceve "nuovamente" gli atti dell'autorità procedente: fermo restando che, nell'ipotesi, non fisiologica, in cui il tribunale abbia trattenuto gli atti durante il giudizio di legittimità, l'autorità procedente potrà limitarsi a trasmettere le sopravvenienze, ovvero, in mancanza di queste, a richiamare gli estremi del precedente invio*". Viene sottolineato come la nuova trasmissione degli atti non trovi ostacolo nella lettera e formulazione della legge, e se, effettivamente, la disposizione appare riferita alla presentazione di una richiesta di riesame, tuttavia, è anche vero che: *"nella totale assenza di interventi legislativi sulle scansioni procedimentali del giudizio di rinvio precedenti la fase decisoria, e di soluzioni alternative praticabili, nulla vieta che la disposizione possa essere applicata per garantire una corretta "ripartenza" del procedimento di riesame in sede di rinvio, dopo la restituzione degli atti da parte della Corte di cassazione*". Si giunge a tale conclusione, quindi, senza necessità di realizzare o fare ricorso ad una interpretazione analogica, ma sulla base di diverse considerazioni di ordine sistematico. Infatti, a seguito della novella legislativa del 2015, che ha introdotto il termine perentorio per la decisione in sede di rinvio *"senza minimamente occuparsi delle fasi precedenti la decisione medesima, si deve ormai certamente escludere che queste ultime possano essere regolate secondo lo schema generale dettato dall'art.* 127 *cod. proc. pen. (avviso alle parti notificato almeno dieci giorni prima dell'udienza, possibilità di depositare memorie fino a cinque giorni prima etc)".* Questo punto della motivazione rappresenta un'evoluzione interpretativa delle precedenti decisioni, proprio perché si chiarisce che: "*l'introduzione di quel termine ha avuto l'effetto di ricollocare il procedimento di riesame in sede di rinvio all'interno della sua sede naturale, quanto alla disciplina applicabile: non solo quella volta a costituire il contraddittorio e a regolare le produzioni delle parti, ma anche, ed anzi prima ancora, quella finalizzata all'acquisizione, in tempi certi e celeri, del materiale a suo tempo posto a disposizione del tribunale, in vista della sua rivalutazione da parte del giudice di rinvio e di una decisione che, proprio come nel riesame ordinario, deve intervenire entro dieci giorni dalla ricezione degli atti a pena di perdita di efficacia della misura*". La Corte ha anche fornito una rilevante precisazione in ordine alla sanzione di inefficacia per la mancata trasmissione degli atti entro cinque giorni, chiarendo che, secondo l'interpretazione sia della Corte costituzionale (con la sentenza n. 232 del 1998) che della Corte di cassazione (Sez. 3., n. 3045 del 17/11/1998, Liccardo, Rv. 212204), tale inefficacia ricorre non solo qualora l'autorità procedente non si sia attivata dopo aver ricevuto l'avviso, ma anche nell'ipotesi in cui il presidente del tribunale non abbia curato che la predetta autorità fosse immediatamente avvisata. Vale, dunque, anche per l'autorità procedente, una rigida cadenza temporale, pena l'inefficacia della misura, sicché è da escludere

qualsiasi timore in ordine ad un'eccessiva protrazione del tempo di decisione in attesa degli atti da parte della autorità procedente. Il disposto dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. è da considerare applicabile sia quanto alla sequenza procedimentale, che quanto all'inefficacia della misura in caso di omesso invio della documentazione. Secondo la Corte, infatti, *"tutte le norme che regolano il procedimento di riesame, non derogate dalla novella"* devono trovare diretta applicazione anche nel giudizio di rinvio, e d'altra parte la stessa sentenza "Battaglia" individua come strumento per produrre le sopravvenienze l'art. 309, comma 9, e non può allo stesso modo essere messa in dubbio l'operatività del comma 8, quanto al contradditorio, così come del comma 5 per la ricostituzione del fascicolo sul quale decidere, poiché è ormai certamente *"impraticabile il ricorso alle disposizioni generali di cui al comma* 1 *dell'art.* 127 *cod. proc. pen."* Anche Sez. 2, n. 37585 del 18/12/2018, Giglio, Rv. 277082-01 si allinea all'orientamento maggioritario e afferma la necessaria identificazione della decorrenza dal termine solo nel momento della ricezione degli atti presentati ai sensi dell'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. e di eventuali elementi sopravvenuti in favore della persona sottoposta alle indagini.

La decisione presenta caratteri di novità rispetto ai precedenti riferibili all'orientamento maggioritario, è che questa sentenza contesta il collegamento ripetutamente riportato sia dalla sentenza "Battaglia", che dalle difese in sede di ricorso, con la decisione delle Sez. U. Rezmuves. Si chiarisce come una ricostruzione di questo genere prescinde del tutto dalla natura meramente incidentale del giudizio di riesame e, prima ancora, della valutazione del giudice per le indagini preliminari, per definizione *"giudice dell'atto"* e non giudice del processo, natura inevitabilmente mutuata anche dal giudice dell'impugnazione cautelare. Da ciò consegue che la vera sequenza procedimentale, che disciplina tale procedimento, prevede la formulazione e richiesta all'autorità che procede affinché siano trasmessi gli atti sui quali si fonda il provvedimento cautelare oggetto d'impugnazione, atti che, una volta esaurita la fase incidentale con il deposito dell'ordinanza del tribunale del riesame, vanno restituiti all'autorità che li ha trasmessi. È stato, dunque, ritenuto "*inconferente il richiamo al divieto di interpretazione analogica o estensiva delle norme poste a tutela della libertà personale di cui alla Sez. U. Rezmuves, in quanto il problema è, invece, quello di chiarire la portata interpretativa della norma in esame, introdotta esclusivamente al fine di accelerare i tempi della decisione sulla richiesta di riesame anche in sede di rinvio.*" Afferma in conclusione la Corte, richiamando le medesime affermazioni della sentenza "Montante", che *"deve, pertanto, ritenersi che ogni decisione del tribunale del riesame, anche quella conseguente all'annullamento con rinvio da parte di questa Corte di cassazione, sia sottoposta alle scansioni delineate dal comma* 5 *dell'art.* 309 *e che, quindi, a seguito della "ritrasmissione" degli atti da parte della Suprema Corte, il Presidente debba curare che sia dato immediato avviso all'autorità procedente"*. Il termine per il *dies a quo* deve dunque essere individuato in relazione al momento in cui il tribunale del riesame

riceve *"nuovamente"* gli atti dalla autorità procedente. Il principio è stato poi da ultimo riaffermato con la sentenza D'Agata (Sez. 2, n. 42329 del 09/07/2019, D'Agata, Rv. 277634 - 01), dove ancor più si è sottolineato come il meccanismo delineato, e dunque la piena applicabilità dell'art. 309 cod. proc. pen. al giudizio di riesame a seguito di annullamento con rinvio, valga a conciliare l'esigenza di celerità sottesa all'introduzione del termine perentorio con la possibilità di consentire al giudice del rinvio una rivalutazione completa del compendio probatorio a suo tempo sottoposto al tribunale.

5. La decisione delle Sezioni Unite.

Tenuto conto delle descritte premesse, le Sez. U. hanno preliminarmente chiarito che il contrasto verte non tanto sull'individuazione del momento di decorrenza del termine per la decisione di riesame in fase di rinvio, che rappresenta in realtà un aspetto consequenziale, quanto sul profilo che attiene propriamente *"alla configurazione della sequenza procedurale del particolare giudizio di rinvio di cui si discute"*. L'analisi conseguente si è incentrata sulla necessità di stabilire se di tale sequenza, introdotta senza dubbio dall'arrivo presso il tribunale della sentenza rescindente e degli altri atti del fascicolo trasmesso dalla Corte di cassazione, "*costituisca o meno passaggio necessario l'avviso all'autorità procedente per l'invio degli atti, evidentemente ulteriore rispetto a quello già formulato nel primo grado del procedimento incidentale cautelare ai sensi dell'art.* 309*, comma* 5*, c.p.p.; e pertanto, se si possa concludere che la decorrenza del termine di cui sopra abbia inizio solo con la ricezione degli atti trasmessi a seguito di detto avviso"*.

L'art. 311, comma 5-*bis,* cod. proc. pen. non contiene, infatti, alcun riferimento ad una nuova richiesta di atti, limitandosi a prescrivere che la decisione del giudice intervenga entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, e la sua formulazione letterale è di fatto compatibile con entrambe le letture proposte.

L'argomento richiamato dalla sezione rimettente, quanto alla continuità testuale ravvisabile nell'art. 623, comma 1, lett. a), è ritenuto non risolutivo perché troppo generico, attesa la diversa estensione delle materie rispettivamente disciplinate dalle due disposizioni (l'art. 623 cod. proc. pen. riferito in generale agli effetti dell'annullamento in cassazione delle ordinanze, mentre l'art. 311 riguarda la più delimitata fattispecie del giudizio di rinvio, a seguito di annullamento, nella procedura di riesame dei provvedimenti cautelari).

Nella considerazione delle Sez. U. emerge, dunque, come centrale momento di analisi la considerazione della necessità o meno, al fine del corretto svolgimento del giudizio di rinvio nel procedimento di riesame, di una nuova richiesta di atti all'autorità procedente, in *"conseguenza di un implicito richiamo alla previsione posta in tal senso dall'art.* 309*, comma* 5*, cod. proc. pen. per il giudizio ordinario"*.

La considerazione relativa all'introduzione del comma 5-*bis* dell'art. 311 cod. proc. pen. solo con l'art. 13 della l. n. 47 del 2015 rappresenta nella decisione delle Sez. U. un primo momento di riflessione: infatti, in precedenza questa fase era priva di una disciplina specifica, sicché era evidente come "*tale fase non potesse che ritenersi regolata dalle disposizioni previste dall'art.* 309 *per l'ordinario giudizio di riesame"*.

Le Sez. U hanno evidenziato che la stessa giurisprudenza di legittimità ha richiamato, in diverse occasioni, tali disposizioni, con particolare riferimento alla possibilità di valutare in sede di rinvio elementi sopravvenuti rispetto alla decisione di annullamento (Sez. 6, n. 51684 del 28/11/2014, De Micco, Rv. 261452 - 01, Sez. 4, n. 33659 del 19/05/2010, Calò, Rv. 248344 - 01).

Si è così sottolineato che la funzione tipica della previsione di cui all'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. deve essere considerata in relazione alla volontà del legislatore di regolare la sola fase di "*conclusione*" del giudizio di rinvio, ovvero quella della decisione, mediante indicazione della dimensione e della perentorietà dei termini per la pronunzia della decisione e per il deposito della motivazione.

Dunque, poiché precedentemente il giudizio di rinvio trovava ordinaria disciplina nella previsione dell'art. 309 cod. proc. pen., si è osservato che, per poter considerare tale normativa del tutto inoperante, a seguito della novella del 2015, quest'ultima avrebbe dovuto sovrapporre una previsione disciplinante in termini altrettanto generali la fase del rinvio; tuttavia, la semplice lettura della norma esclude la possibilità di ravvisare una tale conclusione, tanto che la delimitazione del contenuto della norma è stata immediatamente colta dalla giurisprudenza di legittimità formatasi sulla stessa, che ne ha rilevato la natura essenzialmente sanzionatoria quanto alla possibile inerzia dell'ufficio giudiziario competente a decidere il riesame in sede di rinvio (Sez. 2, n. 15695 del 08/01/2016, Lombardo, Rv. 266729). Ne consegue che *"con riguardo a tutti i precedenti passaggi procedurali della fase in discussione la stessa deve ritenersi tuttora ordinata secondo le disposizioni dell'art.* 309*"*.

Le Sez. U. ritengono tale conclusione conforme alla disciplina del procedimento incidentale cautelare nel suo complesso, considerato che le decisioni di tale fase sono *"necessariamente condizionate dallo stato degli atti"* e dai dati di fatto che in quei momenti sono disponibili, *"soggetti di per sé a progressive modificazioni in una situazione nella quale il procedimento si svolge parallelamente alla fase delle indagini preliminari",* condizioni che non vengono meno nel corso del giudizio di rinvio.

Dunque, pur in presenza del generale dovere del giudice del rinvio di uniformarsi al principio di diritto stabilito con la sentenza rescindente, non ricorrono preclusioni quanto all'esame di circostanze sopravvenute, idonee ad incidere sul quadro cautelare (analogamente anche le decisioni in tema di efficacia preclusiva della decisione definitiva emessa sull'appello del pubblico ministero, che hanno chiarito che si tratta di un'efficacia *rebus sic stantisbus*, superabile in presenza di nuove acquisizioni

probatorie, che determinino un mutamento della situazione di fatto sulla quale la decisione era fondata, Sez. U., n. 18339 del 31/03/2004, Donelli, Rv. 227359 - 01).

La possibilità di valutare nel giudizio di rinvio elementi sopravvenuti, purché introdotti nel contraddittorio delle parti, sempre che la valutazione sia condotta in conformità al principio di diritto posto con la sentenza di annullamento, è stata ribadita da anche da decisioni ulteriori rispetto alle sentenze Di Micco e Calò (Sez. 2, n. 22015 del 13/02/2019, Ricucci, Rv. 276652 - 01, Sez. 2, n. 53645 del 08/09/2016, Lucà, Rv. 268978 - 01, Sez. 2, n. 8854 del 09/02/2016, Vescovi, Rv. 266100 - 01), in coerenza con l'orientamento assunto in tema di effetto preclusivo del c.d. "*giudicato cautelare*" derivante dalla precedente decisione di riesame, considerato anch'esso come limitato allo stato degli atti e non ostativo all'esame di elementi nuovi che modifichino il quadro cautelare (Sez. 2, n. 49188 del 09/09/2015, Masone, Rv. 26555 -01, Sez. 5, n. 1241 del 02/10/2014, Femia, Rv. 261724 -01).

La Corte ha, quindi, considerato che, nel procedimento di impugnazione in materia cautelare, il giudizio di rinvio è condotto in base agli stessi criteri valutativi propri del giudizio ordinario, che presuppongono "*un pieno esame del materiale probatorio disponibile al momento in cui il giudizio si svolge",* in aderenza alla situazione di fatto, come è nella natura di tale procedimento.

Viene, conseguentemente, ritenuto conforme a logica giuridica che lo svolgimento del giudizio di rinvio sia caratterizzato dalla stessa sequenza prevista per il giudizio ordinario dall'art. 309 cod. proc. pen.

L'avviso all'autorità procedente, secondo l'asse portante della decisione, è parte integrante di tale sequenza, così che possano essere trasmessi al tribunale gli atti posti a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare, nonché gli atti eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta ad indagini e tale passaggio procedurale deve essere seguito anche nel giudizio di rinvio.

Le Sez. U. segnalano infatti che la "ricezione di questi atti segna anche in sede di rinvio, come previsto dal comma 10 dell'art. 309 per il giudizio ordinario, la decorrenza del termine per la decisione; e che è pertanto a questa ricezione, e non a quella degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione, che il comma 5-bis dell'art. 311 fa riferimento in tal senso".

Tale conclusione si giustifica considerando che la decorrenza di un termine è correlata alla disponibilità di atti che consentano di assumere la decisione, rappresentativi all'attualità dello stato delle indagini, e, dunque, non identificabili con gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione, individuati ai sensi dell'art. 100 delle disp. att. cod. proc. pen. solo ed esclusivamente in quanto necessari a decidere sull'impugnazione, tenendo conto delle peculiarità del giudizio di legittimità cautelare.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, risolto il quesito posto in termini conformi all'orientamento maggioritario: "nel senso della decorrenza di detti termini al momento in cui pervengono al Tribunale gli atti nuovamente richiesti all'autorità giudiziaria che procede, secondo la sequenza procedurale prevista dall'art. 309 cod. proc. pen. per l'ordinario giudizio di riesame e con le sanzioni processuali ivi previste".

E' stato poi affrontato il secondo quesito richiamato dall'ordinanza di rimessione della Sesta sezione relativo all'individuazione della cancelleria alla quale riferire l'inizio della decorrenza dei termini a seguito della ricezione degli atti, chiarendo che la questione, alla luce della soluzione del precedente quesito, viene a porsi in una prospettiva diversa, considerato che la ricezione degli atti dalla Corte di cassazione non determina la decorrenza dei termini per la decisione in sede di rinvio, ma rappresenta invece un presupposto necessario per i passaggi successivi. La ricezione degli atti introduttivi della procedura di riesame (richiesta di riesame per la procedura ordinaria e gli atti inviati dalla Corte di cassazione per quella di rinvio) ha come effetto immediato - una volta rilevata la necessità, anche in sede di rinvio, dell'avviso all'autorità procedente per la trasmissione degli atti - l'inizio della decorrenza del termine di cinque giorni previsto dall'art. 309, comma 5, perché gli atti pervengano al tribunale.

In tal senso, viene richiamata la copiosa giurisprudenza che, superando un precedente orientamento (Sez. U. n. 10 del 25/03/1998, Ravino, Rv. 210804), ha individuato il momento iniziale di decorrenza del termine nella presentazione della richiesta di riesame e non nel successivo recepimento, da parte dell'autorità procedente dell'avviso di detta presentazione emesso dal presidente del tribunale (Sez. U., n. 25 del 16/12/1988, Alagni, Rv. 212073 a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 232 del 1998).

La *ratio* della disciplina in questione è, dunque, da identificare nella volontà di evitare che il decorso di termini perentori, stabiliti dalla norma, risulti affidato a scelte di organi giudiziari, senza essere vincolato da tassative scadenze temporali. Ne consegue un'indicazione di carattere generale per cui il procedimento di impugnazione in materia cautelare, incidendo sul valore della libertà personale, impone una rapida trattazione, con esclusione di intervalli temporali non controllabili e non funzionali alle esigenze giudiziarie.

Occorre che la sequenza procedurale sia caratterizzata da cadenze temporali certe, al fine di giungere ad una sollecita definizione.

Si è difatti evidenziato che: "il transito degli atti dalla cancelleria centrale del tribunale, ove gli stessi siano pervenuti, alla cancelleria della sezione del riesame, costituisce per l'appunto uno dei passaggi burocratici interni all'ufficio giudiziario i

cui tempi di espletamento non possono prolungare la sequenza del procedimento di impugnazione in materia cautelare".

Il giudizio di rinvio si deve quindi svolgere seguendo le stesse cadenze temporali e con le stesse sanzioni processuali previste dall'art. 309, commi 5 e 10, cod. proc. pen., con inizio di decorrenza dei relativi termini dal momento in cui gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione pervengono alla cancelleria del tribunale.

6. Conclusioni.

Sono di particolare rilevanza alcuni aspetti sottesi al ragionamento delle Sezioni Unite nella decisione in esame: la chiara affermazione che anche il giudizio di rinvio è condotto in base agli stessi criteri valutativi propri del giudizio ordinario, che presuppongono *"un pieno esame del materiale probatorio disponibile al momento in cui il giudizio si svolge",* in aderenza alla situazione di fatto, come è nella natura di tale procedimento; la conformità a logica giuridica del fatto che lo svolgimento del giudizio di rinvio sia caratterizzato dalla stessa sequenza prevista per il giudizio ordinario dall'art. 309 c.p.p.; la considerazione inequivoca circa la valutazione dell'avviso all'autorità procedente come parte integrante di tale sequenza, così che possano essere trasmessi al tribunale gli atti posti a sostegno della richiesta di applicazione della misura cautelare, nonché gli atti eventualmente sopravvenuti a favore della persona sottoposta ad indagini, sicché tale passaggio procedurale deve essere seguito anche nel giudizio di rinvio; la precisazione che la ricezione di questi atti segna anche in sede di rinvio, come previsto dal comma 10 dell'art. 309 per il giudizio ordinario, la decorrenza del termine per la decisione; la chiara indicazione secondo la quale deve pertanto essere riferita a questa ricezione, e non a quella degli atti trasmessi dalla Corte di cassazione, la decorrenza del termine per la decisione, correlata alla disponibilità di atti che consentano di assumere la decisione, rappresentativi all'attualità dello stato delle indagini, dunque, non identificabili con gli atti trasmessi dalla Corte di cassazione. Infine, occorre ricordare come le Sez. U. abbiano chiarito in modo esplicito che la ricezione degli atti dalla Corte di cassazione non determina la decorrenza dei termini per la decisione in sede di rinvio, ma rappresenta invece un presupposto necessario per i passaggi successivi. Passaggi successivi che saranno disciplinati appunto secondo la previsione e le scansioni, con conseguenti sanzioni, di cui all'art. 309 cod. proc. pen.

Quanto alla cancelleria alla quale riferire l'inizio del procedimento, occorre considerare come l'opzione ermeneutica prescelta dalle Sez. U. trovi il proprio fondamento in una chiara considerazione della volontà del legislatore, nell'ambito del rispetto del diritto di difesa dell'indagato, del fine di evitare che il decorso di termini perentori, stabiliti dalla norma, risulti affidato a scelte di organi giudiziari, senza

essere vincolato da tassative scadenze temporali. In tal senso, il transito degli atti dalla cancelleria centrale del tribunale, ove gli stessi siano pervenuti, alla cancelleria della sezione del riesame, è definito come uno dei passaggi burocratici interni all'ufficio giudiziario i cui tempi di espletamento non possono prolungare la sequenza del procedimento di impugnazione in materia cautelare, soprattutto attesa la delicatezza della materia cautelare in sé. La scelta delle Sez. U. supera quindi un orientamento, ritenuto consolidato, (Sez. 1, n. 42473 del 17/03/2016, Stabile, Rv. 268103-01), che aveva affermato che nell'ipotesi in cui la Cassazione annulli per un nuovo esame l'ordinanza che ha disposto o confermato una misura coercitiva, il termine di dieci giorni, entro cui, ai sensi dell'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., il giudice del rinvio ha l'obbligo di decidere, decorre dalla ricezione degli atti da parte della cancelleria della sezione competente per il riesame e non dal momento in cui gli atti pervengono alla cancelleria centrale del tribunale. Tale decisione aveva, comunque, richiamato la *ratio* di tale complesso sistema, nel senso di impedire l'assunzione di decisioni afferenti la libertà personale in modo non rapido, anche in occasione dell'annullamento di ordinanza da parte della Corte di cassazione, senza che ci si assuma il rischio di far gravare sull'indagato lentezze o ritardi burocratici. Tuttavia, si era ritenuto che una tale *ratio* non dovesse consentire di trascurare la necessità di un'interpretazione delle norme ragionevole e aderente alla realtà sostanziale operativa (la quale ultima implica, necessariamente, tempi tecnici di realizzazione degli adempimenti previsti dalla norma), così da non incidere sui tempi tecnici necessari allo smistamento del materiale trasmesso dalla Corte di cassazione per condizionare così, ancor più, "un termine, già molto stringato, di dieci giorni (entro cui l'A.G. procedente dovrà controllare gli atti da inviare e trasmetterli alla sezione del riesame)". In termini analoghi, più recentemente, si era pronunciata anche la sentenza "Battaglia" (Sez. I, n. 23707 del 29/01/2018, Battaglia, Rv. 273114 - 01), che aveva affermato che nell'ipotesi in cui la Cassazione annulli per un nuovo esame l'ordinanza che ha disposto o confermato una misura coercitiva, il termine di dieci giorni, entro cui, ai sensi dell'art. 311, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., il giudice del rinvio ha l'obbligo di decidere, decorre dalla data in cui il fascicolo relativo al ricorso per cassazione, comprendente la sentenza rescindente, perviene alla cancelleria della sezione del tribunale competente per il riesame.

Le Sez. U hanno superato tale orientamento chiarendo, in applicazione dei principi sopra richiamati, come un adempimento burocratico non possa condizionare la sequenza procedimentale in esame e non possa, conseguentemente, tradursi in un sostanziale peso a carico della persona sottoposta a misura cautelare, dovendo essere garantito che tempi di espletamento e la sequenza del procedimento di impugnazione in materia cautelare non rappresenti di fatto un elemento non controllabile nei suoi tempi e cadenze.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U., n. 25 del 16/12/1988, Alagni, Rv. 212073-01
Sez. U. n. 10 del 25/03/1998, Ravino, Rv. 210804-01
Sez. 4, n. 2295 del 07/07/1998, Caruso, Rv. 211845-01
Sez. 2, n. 6636 del 06/11/1998, Sofia, Rv.211965-01
Sez. 3, n. 3045 del 17/11/1998, Liccardo, Rv. 212204 -01
Sez. 1, n. 243 del 11/01/1999, Fiorenti, Rv. 212572-01
Sez.1, n. 2925 del 12/04/1999, Caputo, Rv. 213384-01
Sez. 3, n. 2756 del 26/08/1999, Diana, Rv. 214789-01,
Sez. U., n. 18339 del 31/03/2004, Donelli, Rv. 227359-01
Sez. 4, n. 2909 del 20/12/2005, Pristeri, Rv. 232886-01
Sez. 3, n. 4113 del 17/12/2007, Tanase, Rv. 239242-01
Sez. 4, n. 5087 del 26/01/2010, Laci, Rv. 246650-01
Sez. 4, n. 33659 del 19/05/2010, Calò, Rv. 248344-01
Sez. 3, n. 4417 del 17/12/2010, Jahaj, Rv. 246014-01
Sez. F, n. 38037 del 28/08/2014, Basile Rv. 261188-01
Sez. 5, n.7706 del 16/10/2014, Chessa, Rv. 262835-01
Sez. 2, n. 47427 del 07/11/2014, Pigionati, Rv. 260963-01
Sez. 6, n. 51684 del 28/11/2014, De Micco, Rv. 261452-01
Sez. 2, n. 21683 del 22/05/2015, Mennella, Rv. 264361-01
Sez. 2, n. 15695 del 08/01/2016, Lombardo, Rv. 266729-01
Sez. 2, n. 8854 del 09/02/2016, Vescovi, Rv. 266100-01
Sez. 1, n. 42473 del 17/03/2016, Stabile, Rv. 268103-01
Sez. 2, n. 53645 del 08/09/2016, Lucà, Rv. 268978-01
Sez. 5, n. 535 del 24/10/2016, Asmarandei, Rv. 268942-01
Sez. 3, n.48584 del 17/11/2016, Cacciatore, Rv.268192-01
Sez. 6, n. 27093 del 01/03/2017, Speranza, Rv. 270410-01
Sez. 2, n. 31314 del 16/05/2017, P., Rv. 270702-01
Sez. 2, n. 32086 del 15/06/2017, Arena
Sez. 3, n. 34794 del 19/05/2017, F. e altri, Rv. 271345-01
Sez. 6, n. 35217 del 18/07/2017, C., Rv. 270912-01,
Sez. U, n. 47970 del 20/07/2017, Rezmuves, Rv. 270953-01
Sez. 6, n. 50760 del 26/09/2017, Delli Castelli, Rv. 271510-01
Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, D'Angelo, Rv. 272740-01
Sez. 1, 1904 del 16/11/2017, Deriù, Rv. 272049-01
Sez. 3, n. 11930 del 31/01/2018, Mungelli, Rv. 272302-01
Sez. 1, n. 23707 del 29/01/2018, Battaglia, Rv. 273114-01

Sez. 5, n. 21710 del 28/02/2018, Marciano, Rv. 273026-01
Sez. 5, n. 48911 del 01/10/2018, N., Rv. 274160-01
Sez. 5, n. 55886 del 02/10/2018, Giustini, Rv. 274603-01
Sez. 2, n. 26100 del 19/10/2018, Fracassi, Rv. 276107-01
Sez. 2, n. 37585 del 18/12/2018, Giglio, Rv. 277082- 01
Sez. 2, n. 15622 del 18/12/2018, Clarà, Rv. 275774-01
Sez. 2, n. 21683 del 15/01/2019, Ferrara, Rv. 277014-01
Sez. 2, n. 22015 del 13/02/2019, Ricucci, Rv. 276652-01,
Sez. 2, n. 21716 del 08/03/2019, Giglio, Rv. 275787-01
Sez. 1, n. 26877 del 20/03/2019, Antille, Rv. 267915-01
Sez. 6, n. 32391 del 22/05/2019, Rugnetta, Rv. 276476-01
Sez. 4, n. 39675 del 23/04/2019, Lyadi, Rv. 277577-01
Sez. 2, n. 31281 del 26/06/2019, Montante, Rv. 276737-01
Sez. 2, n. 37811 del 26/06/2019, Di Donato, Rv. 277088-01
Sez. 2, n. 42329 del 09/07/2019, D'Agata, Rv. 277634-01
Sez. 4, n. 4923 del 21/01/2020, Cacciola

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., n. 232 del 1998

CAPITOLO IV

IL CRITERIO DI COMPUTO DELLA RETRODATAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. - 2. La tesi favorevole al computo per fasi omogenee. - 3. La tesi favorevole al computo dell'intero periodo di custodia cautelare. - 4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. - 5. L'interpretazione della norma alla luce della giurisprudenza costituzionale. - 6. Retrodatazione e procedimenti pendenti dinanzi a diverse autorità. - 7. La rilevabilità d'ufficio della carenza dei presupposti per la retrodatazione.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

La disciplina della retrodatazione delle misure cautelari, dettata dall'art.297, comma 3, cod.proc.pen., costituisce una tematica da sempre contraddistinta da una particolare complessità, sia sotto il profilo prettamente teorico, che con riguardo all'individuazione dei casi e dei modi di applicazione. Di ciò ne sono prova i plurimi contrasti giurisprudenziali che hanno reso necessario, nel corso del tempo, l'intervento a più riprese delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale, le cui pronunce hanno plasmato l'istituto.

In linea generale, le problematiche connesse all'istituto in esame riguardano due aspetti ben distinti: il primo concernente l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali la retrodatazione opera, il secondo - direttamente afferente alla questione in oggetto - relativo alle modalità di computo da seguire per pervenire al risultato della retrodatazione della misura cautelare adottata per seconda, rispetto ad un primo provvedimento restrittivo concernente il medesimo reato, ovvero reati avvinti dalla connessione o per i quali i presupposti cautelari erano già desumibili in base agli atti acquisiti.

La "retrodatazione", pertanto, va valutata nell'*an* e nel *quomodo*, ma l'art.297, comma 3, cod.proc.pen. si limita essenzialmente a disciplinare espressamente il solo primo profilo, atteso che la norma, dopo aver indicato i casi in cui va anticipato il termine iniziale della misura cautelare, non spiega anche il procedimento logico-giuridico da seguire nel compiere tale operazione.

Proprio l'individuazione del criterio di calcolo della retrodatazione è stato oggetto del quesito rimesso all'esame delle Sezioni unite, in ordine al «se, in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art.297, comma 3, cod.proc.pen., deve essere effettuata frazionando la durata globale della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee».

La questione si poneva come potenzialmente dirimente nel caso sottoposto all'esame della sezione rimettente, nel quale l'indagato era stato attinto da due ordinanze di custodia cautelare, emesse da due autorità giudiziarie diverse, ma con riguardo a due reati per i quali si riteneva sussistente il presupposto della connessione qualificata richiesto dall'art.297, comma 3, cod.proc.pen.

Osservava la sezione rimettente che, ove la retrodatazione consenta il computo dei soli termini di fase omogenei, nel caso di specie l'indagato non avrebbe conseguito la rimessione in libertà, in quanto i due procedimenti si trovavano l'uno in fase di indagine e l'altro in fase di giudizio.

Viceversa, se fosse stato computabile l'intera durata della misura cautelare adottata per prima e relativa al procedimento pendente in fase di giudizio, ne sarebbe conseguita la dichiarazione di inefficacia della seconda misura, per decorrenza dei termini massimi.

2. La tesi favorevole al computo per fasi omogenee.

Procedendo ad esaminare i termini del contrasto giurisprudenziale, occorre necessariamente prendere le mosse dalla tesi maggioritaria, secondo la quale la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, ai sensi dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., andrebbe eseguita frazionando la durata globale della custodia cautelare relativa all'ordinanza adottata per prima ed imputando alla seconda solo i periodi relativi a fasi omogenee, in tal modo pervenendosi al computo dei termini di fase ed alla conseguente valutazione circa l'avvenuto decorso del termine stesso (Sez.F, n.47581 del 21/08/2014, Di Lauro, Rv.262362; conf.: Sez.6, n.15736 del 06/02/2013, Guacho Carpio, Rv.257204; Sez.6, n.50761 del 12/11/2014, Nespolino, Rv.261700).

Tali pronunce, sia pur con motivazioni in gran parte fondate solo sulla forza dei precedenti conformi, sottolineano concordemente la circostanza per cui i termini di durata delle misure cautelari si articolano essenzialmente in base ad una ripartizione per fasi procedimentali e, quindi, non sarebbe consentito cumulare periodi di custodia afferenti a fasi disomogenee.

Argomentando in tal senso, si sostiene che, qualora l'ordinanza cautelare adottata per prima e quella successiva si collocano in fasi procedimentali diversi, la retrodatazione della seconda ordinanza andrebbe necessariamente eseguita sommando al periodo di custodia già subito dall'indagato, anche la custodia eseguita nella sola fase delle indagini preliminari con riferimento all'ordinanza adottata per prima.

Tale sistema di calcolo, definito anche come modalità "a scomputo" (Sez.6, n.15736 del 06/02/2013, Guacho Carpio, Rv.257204), implicherebbe che per

verificare l'avvenuta scadenza del termine di fase relativo alla misura adottata per seconda, occorrerebbe in primo luogo calcolare la durata della custodia cautelare subita nelle diverse fasi relativamente al primo procedimento; a tale periodo andrebbe, successivamente, sommato il tempo di detenzione subito in relazione alla seconda misura cautelare, per poi verificare se - sommando i due periodi e prendendo come termine iniziale la data di esecuzione della prima misura - risulti o meno superato il termine di fase.

In tal senso si sono espresse, oltre alle sentenze sopra richiamate, anche altre pronunce della Corte che, in termini sostanzialmente sovrapponibili e senza sviluppare autonome argomentazioni sul punto, hanno recepito la tesi del computo per fasi omogenee dei periodi di custodia cautelare rilevanti ai fini della retrodatazione delle misure cautelari (si vedano, in particolare, Sez.4, n.15125 del 14/01/2008, Di Stefano, n.m.; Sez.2, n.29552 del 16/06/2015, Baldan, n.m.; Sez.4, 30502 del 06/07/2015, Centi, n.m.; Sez.1, n.8232 del 19/01/2016, Grazioso, n.m.; Sez.6, n.10174 del 10/02/2016, Lamanna, n.m.; Sez.4, n.16653 del 24/03/2016, Vishkurt, n.m.).

3. La tesi favorevole al computo dell'intero periodo di custodia cautelare.

A fronte dell'orientamento maggioritario sopra esaminato, alcune più recenti pronunce hanno recepito una diversa soluzione per il computo dei termini di durata delle misure cautelari in conseguenza dell'applicazione della retrodatazione.

La prima sentenza ad aver espressamente preso posizione in senso difforme rispetto al criterio del computo dei termini per fasi omogenee è quella pronunciata da Sez.6, n.3058 del 28/12/2016 (dep.23/01/2017), Golia, Rv.269285, in base alla quale «in ipotesi di pluralità di ordinanze applicative di misure cautelari per fatti connessi, la retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma terzo, cod. proc. pen., non deve essere effettuata frazionando la globale durata della custodia cautelare ed imputandovi solo i periodi relativi a fasi omogenee».

In motivazione, la pronuncia in esame ha ampiamente dato conto delle ragioni del recepimento della soluzione maggiormente favorevole al contenimento del termine di durata della misura cautelare oggetto della "retrodatazione", sottolineando come l'istituto vada letto alla stregua dei principi, più volte ribaditi anche dalla Corte costituzionale (sent. n.233 del 2011 e sent. n.293 del 2013).

In tali pronunce, si è precisato che la "retrodatazione" mira ad evitare, in perfetta aderenza con i valori di certezza e di durata minima della custodia cautelare, che la rigorosa predeterminazione dei termini di durata massima delle misure cautelari possa essere elusa tramite la diluizione nel tempo di più provvedimenti restrittivi nei

confronti della stessa persona, con il conseguente impedimento al contemporaneo decorso dei termini relativi a plurimi titoli custodiali nei confronti del medesimo soggetto. Mediante il ritardo nell'adozione della seconda ordinanza cautelare ed in assenza del correttivo previsto dall'art.297, comma 3, cod.proc.pen., si determinerebbe l'indebita espansione della restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il «cumulo materiale» - totale o parziale - dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato, effetto che non si verificherebbe invece, qualora l'indagato, pur versando nella medesima situazione sostanziale, venisse invece raggiunto da provvedimenti cautelari coevi.

In buona sostanza, la finalità della retrodatazione consiste nel riallineare fattispecie cautelari, che, pur dovendo nascere in un unico contesto temporale, si sono sviluppate in tempi successivi, diluendo i termini di durata della compressione della libertà personale.

Sostiene la sesta sezione che, se la finalità dell'istituto è il riallineamento tra provvedimenti aventi una data iniziale di esecuzione diversa, il risultato non sarebbe ottenuto ove si procedesse solo alla sommatoria dei termini decorsi in fasi omogenee, con l'effetto che il periodo di custodia cautelare maturato nella fase delle indagini preliminari per la seconda misura potrebbe cumularsi soltanto a quello trascorso nella medesima fase per la prima misura.

In tal modo, intatti, la "saldatura" tra i due titoli custodiali verrebbe a determinare la sola possibilità per l'indagato di recuperare il termine di fase già sfruttato per il titolo più risalente, senza che ciò rappresenti un sufficiente limite al fenomeno delle contestazioni a catena. Difatti, mediante frazionati passaggi di fase dei procedimenti, si consentirebbe di prolungare la durata della seconda misura cautelare oltre i limiti derivanti dalla puntuale applicazione dell'istituto della retrodatazione, proprio perché non si otterrebbe il medesimo risultato finale - in termini di durata delle misure cautelari - che sarebbe conseguito all'adozione congiunta dei due titoli custodiali.

In senso analogo si è espressa anche Sez.4, n.36088 del 6/06/2017, Gerbaj, Rv.270759, condividendo il principio per cui solo computato l'intera durata della custodia cautelare disposta per prima e prescindendo, quindi, dal frazionamento per fasi omogenee, si realizza l'effettiva retrodatazione del termine di efficacia relativo alla seconda misura cautelare.

Le medesime argomentazioni sono poste a fondamento di Sez.6, n.20305 del 30/03/2017, Sulka, n.m., secondo cui il frazionamento dei passaggi di fase dei procedimenti ed il conseguente computo della retrodatazione per sommatorie dei termini relativi a fasi omogenee, vanificherebbe la fondamentale garanzia sottesa alla regola della retrodatazione, individuabile nella necessità di concentrare in un unico contesto temporale le vicende cautelari, destinate a dar luogo a simultanei titoli custodiali.

Nella suddetta pronuncia, la Cassazione ha evidenziato come «il mero scomputo del solo presofferto per la fase omogenea non sia idoneo a realizzare la garanzia prevista dal legislatore, in quanto non risolutivo della premessa secondo cui, libero il pubblico ministero di seguire le proprie scelte procedimentali in ordine alla separazione dei relativi procedimenti penali, queste non possano andare a detrimento del diritto fondamentale di libertà della persona sottoposta alle indagini, la cui tutela può essere garantita solo con la correlazione del periodo di retrodatazione all'entità complessiva della custodia, e non alla fruizione di termini di fase omogenei».

4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Il descritto contrasto giurisprudenziale è stato risolto da **Sez.U., n.23166 del 28/05/2020, Mazzitelli, Rv.279347-01** secondo cui «La retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia cautelare, di cui all'art. 297, comma 3, cod.proc.pen., deve essere effettuata computando l'intera durata della custodia cautelare subita, anche se relativa a fasi non omogenee», recependo l'orientamento che in precedenza risulta essere minoritario.

A tale conclusione le Sezioni unite sono giunte partendo dal dato letterale contenuto all'art.297, comma 3, cod.proc.pen., lì dove afferma che, in presenza delle condizioni ivi descritte, "i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza e sono commisurati all'imputazione più grave" senza che venga in alcun modo indicata la necessità di procedere a ulteriori calcoli finalizzati alla sommatoria dei periodi di custodia cautelare subiti in riferimento a ciascuna misura cautelare, nè è imposta alcuna preclusione circa l'imputazione di periodi di custodia relativi a fasi processuali diverse. Tantomeno essa prevede o suggerisce che la retrodatazione debba operare secondo modalità analoghe allo scomputo dalla pena detentiva del periodo di custodia cautelare presofferto.

Al contrario, la citata norma descrive un meccanismo basato sull'anticipazione, mediante una fictio iuris, del termine iniziale di durata della seconda misura.

Sottolineano le Sezioni Unite come l'art.297, comma 3, cod.proc.pen. delinea un sistema che si sostanzia nella mera sostituzione del termine iniziale di durata della misura adottata per ultima, sicchè per calcolare il relativo termine di fase sarà sufficiente far riferimento al *dies a quo* della prima misura. Il che non comporta una sommatoria dei periodi di custodia afferenti alle due misure e non richiede una loro distinta considerazione a seconda delle fasi processuali in cui la conseguente privazione di libertà si è prodotta.

In quest'ottica, è stato affermato che la retrodatazione consiste nel "riallineamento" tra misure cautelari che, pur dovendo essere coeve, sono state separatamente adottate, ovvero in uno "slittamento all'indietro" della data di

esecuzione del provvedimento cautelare successivo fino alla data di esecuzione di quello iniziale.

5. L'interpretazione della norma alla luce della giurisprudenza costituzionale.

Accanto alla valorizzazione del dato letterale e della funzione propria dell'istituto della retrodatazione, le Sezioni Unite hanno sottolineato come l'interpretazione che impone il computo dei termini anche se relativi a fasi disomogenee è l'unica conforme ai principi elaborati dalla Corte costituzionale.

L'istituto della retrodatazione, infatti, rappresenta una forma di garanzia avverso l'indebita dilatazione dei termini di custodia cautelare, ragion per cui già con la sentenza n.89 del 1996, la Corte costituzionale segnalava l'esigenza da impedire "la diluizione dei termini in ragione dell'episodico concatenarsi di più fattispecie cautelari", sottolineando come la retrodatazione risponde alla avvertita esigenza di configurare limiti obiettivi e ineludibili alla durata dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale e ciò con particolare riferimento alla fase delle indagini preliminari, la quale, per essere affidata alle iniziative investigative del pubblico ministero, mal si presta a controlli successivi sul sempre opinabile terreno della tempestività delle relative acquisizioni.

Principi analoghi e complementari sono stati recepiti anche da Corte cost., sent.n.408 del 2005, lì dove si è segnalata la necessità di impedire che i titolari del potere cautelare possono esercitarlo in maniera tale da incidere sulla fondamentale garanzia del limite di durata della custodia.

Le Sezioni unite, infine, hanno richiamato l'attenzione sulla sentenza n.233 del 2011 della Corte costituzionale, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.297, comma 3, nella parte in cui non prevede che la retrodatazione operi anche qualora, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura.

In tale pronuncia, la Consulta non ha preso espressa posizione in relazione al quesito attualmente sottoposto all'esame delle Sezioni unite, tuttavia, i profili di interferenza tra le problematiche sono evidenti: nel momento in cui si estende la retrodatazione anche ai casi di misure cautelari relative a procedimenti definiti, ne consegue che almeno una parte del periodo di custodia relativo alla prima misura possa essere stato subito in fase di giudizio e, quindi, in un momento procedimentale diverso rispetto a quello in cui si trova la misura cautelare adottata per seconda (addirittura dopo il passaggio in giudicato della sentenza relativa alla prima ordinanza cautelare).

Il ragionamento seguito dalla Consulta prende spunto dalla constatazione per cui il nucleo di disvalore del fenomeno delle "contestazioni a catena" risiede nell'impedimento del contemporaneo decorso dei termini relativi a plurimi titoli custodiali nei confronti del medesimo soggetto.

In mancanza dell'effetto correttivo della "retrodatazione", infatti, il ritardo nell'adozione della seconda ordinanza cautelare ha l'effetto di espandere la restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il "cumulo materiale" dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato. Ciò, col risultato di porre l'interessato in situazione deteriore rispetto a chi, versando nella medesima situazione sostanziale, venga invece raggiunto da provvedimenti cautelari coevi, e di rendere, al tempo stesso, aggirabile la predeterminazione legale dei termini di durata massima delle misure, imposta dall'art. 13, quinto comma, Cost.

Partendo da tale assunto, sottolinea la Corte costituzionale come non si possa individuare nella «"coesistenza" tra le misure cautelari rappresenti, sul piano logico-giuridico, un presupposto necessario affinché si producano le conseguenze lesive che il meccanismo della retrodatazione tende a scongiurare. Il *vulnus* arrecato ai principi costituzionali che presiedono alla disciplina della libertà personale dell'imputato è, anzi, maggiore allorché la seconda ordinanza cautelare intervenga dopo che la prima, per qualunque ragione, ha cessato di produrre i suoi effetti. Il prolungamento della restrizione della libertà personale risulta, infatti, massimo allorché il secondo titolo - anziché sovrapporsi, per un periodo più o meno lungo, al primo, confluendo, così, almeno in parte, in un unico "periodo custodiale" - sia adottato quando il precedente ha già esaurito completamente le sue potenzialità, con conseguente cumulo integrale dei due periodi di privazione della libertà personale. Altrettanto evidente è l'irrilevanza, sotto il profilo considerato, dello iato temporale che eventualmente intercorra tra la cessazione degli effetti della prima misura e l'applicazione della seconda. Per quanto ampio, esso non elide la circostanza che a un periodo di custodia cautelare - magari interamente patito per scadenza del termine finale - se ne sommi successivamente un altro che - alla luce della regola legale di retrodatazione - non sarebbe dovuto affatto iniziare o, comunque, avrebbe avuto una durata inferiore a quella consentita dai normali criteri di computo. Unica conseguenza della mancanza di continuità tra le misure è l'assolutamente ovvia impossibilità di tenere conto del periodo nel quale il soggetto è tornato in libertà, nella verifica della scadenza dei termini della custodia».

Le osservazioni sopra richiamate, pur con i dovuti adeguamenti, sono state ritenute dirimenti anche nella risoluzione del quesito concernente la possibilità di computare i termini relativi a fasi non omogenee.

Se la finalità della retrodatazione è quella di elidere qualsivoglia possibilità di incidere sulla diversificazione della durata di misure cautelari che, pur potendo essere

coeve, vengono applicate in momenti diversi, risulta fin troppo evidente che il meccanismo del computo per fasi omogenee legittima un uso strumentale del "passaggio di fase" per impedire gli effetti della retrodatazione.

Mediante la calibrata adozione della seconda misura cautelare in prossimità del passaggio di fase relativo al procedimento nel quale è stata emessa la prima misura cautelare (e per la quale sia decorso un periodo custodiale ridotto), si farebbe in modo di far operare termini di fase non omogenei e, quindi, non cumulabili, prolungando la durata della misura cautelare adottata per ultima.

Le Sezioni Unite hanno aggiunto che la sentenza della Corte cost., n.233 del 2011 appare di rilevante interesse proprio perchè afferma la compatibilità tra l'istituto della retrodatazione e il computo, previsto dall'art.657 cod.proc.pen., comma 1, della custodia cautelare subita per la prima misura ai fini della determinazione della pena detentiva da eseguire in conseguenza del passaggio in giudicato, anteriormente all'adozione del secondo provvedimento cautelare, della relativa sentenza. Nel riferirsi alla decisione delle Sezioni Unite che aveva ritenuto la retrodatazione incompatibile col meccanismo di imputazione del presofferto cautelare alla pena detentiva da espiare (Sez. U, n. 20780 del 23/4/2009, Iaccarino, Rv. 243322), la Corte costituzionale ha infatti escluso che la "coesistenza tra le misure cautelari rappresenti, sul piano logico-giuridico, un presupposto necessario affinchè si producano le conseguenze lesive che il meccanismo della retrodatazione tende a scongiurare".

Osservano le Sezioni Unite che, essendo stata riconosciuta l'operatività della retrodatazione in riferimento a periodi di custodia cautelare suscettibili di essere scomputati - ai sensi dell'art.657 cod.proc.pen. - dalla pena detentiva da eseguire, a maggior ragione la retrodatazione deve operare rispetto a periodi di custodia cautelare che, pur relativi a fasi procedimentali diverse, si collocano tutti a monte del giudicato.

6. Retrodatazione e procedimenti pendenti dinanzi a diverse autorità.

Il ricorso portato all'attenzione delle Sezioni unite, oltre a comportare la risoluzione del conflitto di giurisprudenza, ha rappresentato anche l'occasione per tornare sull'individuazione dei presupposti della retrodatazione nel caso di ordinanze emesse in procedimenti penali pendenti dinanzi ad autorità giudiziarie diverse.

L'ipotesi fisiologica contemplata dall'art.273, cod.proc.pen., riguarda, invero, il caso in cui la scissione delle iniziative cautelari sia frutto della scelta compiuta nell'ambito del medesimo procedimento, lì dove il pubblico ministero - parcellizzando le richieste cautelari - può indebitamente determinare il prolungamento dei termini di custodia.

Diversa è l'ipotesi in cui i procedimenti in cui cui vengono emesse le ordinanze cautelari, per le quali si chiede la retrodatazione, pendono dinanzi ad autorità distinte, lì dove la scissione dei tempi delle richieste cautelari è un dato del tutto normale, posto che ciascun pubblico ministero potrà scegliere se e quando richiedere l'applicazione della misura.

In simili ipotesi, l'art.273, comma 3, cod.proc.pen. consente il riconoscimento della retrodatazione solo a condizione che, tra i procedimenti pendenti dinanzi a distinte autorità giudiziarie, sussista una connessione qualificata.

Il principio è stato ribadito da **Sez.U., n.23166 del 28/05/2020, Mazzitelli, Rv.279347-02**, secondo cui «In tema di pluralità di misure cautelari emesse in procedimenti pendenti dinanzi a uffici giudiziari diversi, la retrodatazione del termine di durata può riconoscersi esclusivamente qualora, tra i fatti oggetto dei due provvedimenti cautelari, sussista una delle ipotesi di connessione qualificata previste dall'art.297, comma 3, cod. proc. pen., consistente nel concorso formale di reati, nel reato continuato o nella connessione teleologica, limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri».

In motivazione, la Corte ha chiaramente delineato il regime della contestazione a catena a seconda della pendenza del procedimento dinanzi al medesimo ufficio o ad uffici diversi.

Si è ribadito, infatti, che « in tema di "contestazione a catena", quando nei confronti di un imputato sono emesse in procedimenti diversi più ordinanze cautelari per fatti diversi in relazione ai quali esiste una connessione qualificata, la retrodatazione prevista dall'art.297 c.p.p., comma 3, opera per i fatti desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio nel procedimento in cui è stata emessa la prima ordinanza. Nel caso in cui le ordinanze cautelari adottate in procedimenti diversi riguardino invece fatti tra i quali non sussiste la suddetta connessione e gli elementi giustificativi della seconda erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della prima, i termini della seconda ordinanza decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima, solo se i due procedimenti sono in corso davanti alla stessa autorità giudiziaria e la loro separazione può essere frutto di una scelta del pubblico ministero, sicchè la regola della retrodatazione concerne normalmente misure adottate nello stesso procedimento e può applicarsi a misure disposte in un procedimento diverso solo nelle ipotesi testè indicate (Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato, Rv. 235909; Sez. U, n. 21957 del 22/03/2005, Rahulia, Rv. 231058)».

7. La rilevabilità d'ufficio della carenza dei presupposti per la retrodatazione.

Le Sezioni unite, dopo aver richiamato i presupposti per il riconoscimento della retrodatazione, hanno rilevato d'ufficio, ai sensi dell'art.609, comma 2, prima parte, cod.proc.pen., la nullità dell'ordinanza emessa dal tribunale del riesame in quanto priva di motivazione.

La Corte, infatti, ha evidenziato come nel caso di specie mancava una reale valutazione dell'esistenza del requisito della connessione qualificata tra i procedimenti, in quanto il tribunale del riesame si era limitato a dar atto che tra i diversi procedimenti sussisteva una "connessione soggettiva", dipendente dalla mera circostanza che il medesimo indagato aveva commesso una pluralità di reati in concorso con diversi compartecipi.

La mera reiterazione di plurime condotte della stessa natura, sia pur in un contesto parzialmente connotato dalla ricorrenza dei medesimi correi, non rientra nei casi di connessione qualificata tassativamente richiamati dall'art.297, comma 3, cod.proc.pen.

Osservano le Sezioni unite come la motivazione che si limiti alla mera dichiarazione dell'esistenza del presupposto della connessione, peraltro senza neppure inquadrarla in uno dei casi previsti dall'art.273, cod.proc.pen., bensì qualificandola - in maniera atecnica - come "soggettiva", si traduce in una motivazione meramente apparente.

A ciò occorre aggiungere che la medesima carenza motivazionale è stata riscontrata anche con riguardo all'ulteriore presupposto della retrodatazione, costituito dalla "desumibilità dagli atti" del primo procedimento, al momento del rinvio a giudizio, degli elementi per l'emissione della seconda ordinanza cautelare (Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato, Rv. 235909; Sez. U, n. 21957 del 22/03/2005, Rahulia, Rv. 231058).

Sulla base di tali premesse, le Sezioni unite hanno ritenuto che «pur graficamente presente, la motivazione del provvedimento in esame circa la effettiva sussistenza dei presupposti della disposta retrodatazione si sostanzia, dunque, in argomentazioni generiche, astratte e non riferite a ben individuati elementi normativi, probatori e processuali. Essa non assolve in alcun modo la sua necessaria funzione di illustrazione della decisione adottata, nè in punto di ritenuta esistenza di una connessione qualificata rilevante tra i procedimenti, nè in ordine alla effettiva desumibilità dagli atti del primo procedimento, al momento del rinvio a giudizio, degli elementi per l'emissione della seconda ordinanza cautelare.

Si è dunque in presenza di un vizio della motivazione così radicale da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento del tutto mancante e privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, come tale,

inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice (Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692; Sez. U, n. 25933 del 29/05/2008, Malgioglio, n. m. sul punto). Ciò configura la violazione della norma di cui all'art.125 c.p.p., comma 3, che prescrive la motivazione delle sentenze e delle ordinanze a pena di nullità e determina un vizio di legittimità del provvedimento, rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art.609 c.p.p., comma 2, prima parte».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione
Sez.U., n.23166 del 28/05/2020, Mazzitelli, Rv.279347
Sez.6, n.20305 del 30/03/2017, Sulka
Sez.4, n.36088 del 6/06/2017, Gerbaj, Rv.270759
Sez.6, n.3058 del 28/12/2016, dep. 2017, Golia, Rv.269285
Sez.4, n.16653 del 24/03/2016, Vishkurt
Sez.6, n.10174 del 10/02/2016, Lamanna
Sez.1, n.8232 del 19/01/2016, Grazioso
Sez.4, 30502 del 06/07/2015, Centi
Sez.2, n.29552 del 16/06/2015, Baldan
Sez.6, n.50761 del 12/11/2014, Nespolino, Rv.261700
Sez.F, n.47581 del 21/08/2014, Di Lauro, Rv.262362
Sez.6, n.15736 del 06/02/2013, Guacho Carpio, Rv.257204
Sez. U, n. 20780 del 23/4/2009, Iaccarino, Rv. 243322
Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692
Sez. U, n. 25933 del 29/05/2008, Malgioglio, Rv. 239700
Sez.4, n.15125 del 14/01/2008, Di Stefano
Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato, Rv. 235909
Sez. U, n. 21957 del 22/03/2005, Rahulia, Rv. 231058

Sentenze della Corte Costituzionale
Corte cost., sent. n.233 del 2011
Corte cost., sent. n.408 del 2005
Corte cost., sent. n.89 del 1996

CAPITOLO V

LE SEZIONI UNITE SUL DIRITTO DI PARTECIPAZIONE DEL DETENUTO ALL'UDIENZA CAMERALE DI RIESAME

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. – 2. I punti essenziali del contrasto. – 3. La decisione delle Sezioni Unite.

1. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

Con un'articolata ordinanza, Sez. 5, n. 43406 del 13/9/2019, Ramondo, investiva il Primo Presidente affinché volesse valutare la rimessione degli atti alle Sezioni Unite sulla questione, oggetto di conflitto in giurisprudenza, così cristallizzata nella formulazione dell'Ufficio del Massimario: «Se, nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il soggetto sottoposto alla misura, che intenda esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale ai sensi dell'art. 309, comma 8 *bis*, cod. proc. pen., debba formularne istanza nella richiesta di riesame, oppure possa presentare la richiesta anche non contestualmente ad essa, ma comunque in tempo utile per consentire di organizzare la tempestiva traduzione ai fini del regolare svolgimento del processo».

La Quinta Sezione evidenziava il contrasto interpretativo riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine alle modalità di esercizio del diritto di partecipazione all'udienza di riesame della persona sottoposta a restrizione della libertà personale con riferimento al limite temporale della relativa richiesta e sulla portata da attribuirsi alle disposizioni di cui ai commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 cod. proc. pen. a seguito della riforma intervenuta con l. 16 aprile 2015, n. 47 in materia di misure cautelari personali

2. I punti essenziali del contrasto.

Secondo un primo e più risalente orientamento, la partecipazione personale del soggetto gravato da misura privativa o limitativa della libertà è subordinata ad una specifica istanza da formularsi esclusivamente con la richiesta di riesame, personalmente o anche, non trattandosi di un diritto personale, a mezzo del difensore che abbia presentato il gravame (Sez. 5, n. 34181 del 26/06/2019, Basso, Rv. 276904-01; Sez. 1, n. 30714 del 10/5/2019, Rinella, Rv. 276607-01; Sez. 1, n. 5673 dell'8/1/2019, Burgio; Sez. 5, n. 10398 del 10/10/2018, dep. 2019, Cardo; Sez. 2, n. 12854 del 15/1/2018, Mirenda, Rv. 272467-01; Sez. 6, n. 54048 del 3/10/2017,

Paladino, Rv. 271574-01; Sez. 1, n. 49284 del 17/3/2016, Grande Aracri; Sez. 2, n. 13707 dell'11/3/2016, Ciarfaglia, Rv. 266519-01; Sez. 4, n. 12998 del 23/2/2016, Griner, Rv. 266296-01; Sez. 1, n. 49882 del 6/10/2015, Pernagallo, Rv. 265546-01). Per tali decisioni, l'obbligo per l'interessato, che intenda comparire personalmente, di formulare istanza espressa, contestuale alla richiesta di riesame, trova innanzitutto il suo fondamento nell'interpretazione letterale e sistematica del nuovo dato normativo e ciò in quanto l'ultima parte del comma 8-*bis* dell'art. 309 cod. proc. pen. subordina il diritto a comparire personalmente alla presentazione di un'istanza «ai sensi del comma 6» e, quindi, contestualmente alla richiesta di riesame, posto che nella prima parte di tale comma si legge «con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e l'imputato può chiedere di comparire personalmente».

Tali decisioni, tutte, pervengono poi alla conclusione che, a seguito della novella del 2015, non sono più applicabili le disposizioni di cui agli artt. 127, comma 3, cod. proc. pen. e 101 disp. att. cod. proc. pen. che prevedono il diritto dell'interessato, detenuto o internato fuori dal circondario, di essere sentito dal magistrato di sorveglianza.

In conclusione, quindi, per tale opzione interpretativa, la disciplina introdotta con la legge n. 47/2015 ha riordinato la materia riconoscendo un diritto di partecipazione uguale per ciascun interessato, indagato o imputato che sia, senza differenze legate al luogo di detenzione e ha risolto ogni questione sulla tempestività o meno dell'istanza di partecipazione affermando che quest'ultima, coerentemente con l'interpretazione letterale del combinato disposto di cui ai commi 8-*bis* e 6 dell'art. 309 cod. proc. pen., deve essere veicolata con la richiesta di riesame del provvedimento cautelare anche al fine di evitare soluzioni differenziate sulla base di una nozione, molto discrezionale, di tempestività della domanda.

Secondo altro orientamento, sostenuto da Sez. 6, n. 24894 del 7/3/2019, La Scala, Rv. 275887-01; Sez. 6, n. 21779 del 22/3/2019, Spina, Rv. 275674; Sez. 2, n. 36160 del 3/4/2017, Giordano, Rv. 270683, "il diritto della persona sottoposta a restrizione della libertà di partecipare all'udienza non è sottoposto a limitazioni o decadenze, purché la relativa richiesta, qualora avanzata in epoca successiva all'atto introduttivo dell'incidente cautelare, pervenga in tempo utile per organizzare la tempestiva traduzione, dovendo altrimenti essere disattesa con adeguata motivazione." Per tale orientamento, quindi, non è necessaria la presentazione dell'istanza contestualmente alla richiesta di riesame occorrendo esclusivamente che essa venga formulata tempestivamente in modo da permettere, ad un tempo, la traduzione in udienza e il regolare e ordinato svolgimento, senza interruzioni, del procedimento di riesame.

Partendo dalla considerazione che la novella del 2015 abbia inteso rafforzare il diritto dell'interessato a comparire personalmente all'udienza di riesame – così

superando il sistema precedente che riconosceva siffatto diritto, con riferimento ai detenuti, solo a quelli dislocati nell'ambito della circoscrizione del tribunale del riesame – nelle sentenze riportate si afferma che il richiamo operato dal comma 8-*bis* dell'art. 309 cod. proc. pen. alla richiesta di riesame formulata ai sensi del comma 6, che potrebbe indurre *prima facie* a ritenere che l'istanza e la richiesta debbano essere contestuali, non è, in realtà, vincolante e ciò sia sulla base del dato letterale, in quanto nel comma 6 viene adoperato il predicato verbale "può" in luogo di "deve", sia in considerazione del fatto che il legislatore non ha fornito alcuna indicazione certa sui tempi e sulle forme della richiesta di presenziare e non ha previsto alcuna sanzione processuale per il caso che la richiesta non venga presentata contestualmente all'istanza di riesame.

La formula verbale utilizzata dal legislatore della novella al primo periodo del citato comma – «l'imputato può chiedere di comparire personalmente» – è la medesima di quella, non toccata dalla riforma, utilizzata nella prima parte del medesimo periodo – «con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi» – e ciò sarebbe indicativo della sua volontà di evitare la rigida fissazione di un limite temporale predefinito poiché altrimenti sarebbe stata più appropriata la scelta della locuzione "entro" o la forma verbale "deve" avente "chiara funzione predicativa della connotazione di obbligatorietà dell'atto". Del resto, se è vero come è vero, che a norma dell'art. 12 delle preleggi, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», si osserva che appare illogico e scorretto, dal punto di vista semantico, attribuire un significato diverso all'identico predicato verbale utilizzato nel medesimo periodo della frase. Per di più, per tale orientamento giurisprudenziale, siffatta interpretazione non svuota di significato il comma 8-*bis* «L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto a comparire personalmente» in quanto con tale disposizione il legislatore ha inteso sia esplicitare e rafforzare il diritto dell'interessato, che ne abbia fatto richiesta, di assistere direttamente all'udienza di riesame, sia dirimere qualunque incertezza sulla natura giuridica dell'interesse del soggetto *in vinculis* a partecipare personalmente all'udienza riaffermandone la natura di diritto pieno.

In tale comma, quindi, il legislatore chiarisce e rimarca la sussistenza del diritto fondamentale di difesa del soggetto nei cui confronti è stata disposta una misura cautelare che, per l'orientamento giurisprudenziale di che trattasi, non può in alcun modo recedere rispetto alle esigenze di tipo organizzativo della pubblica amministrazione. In ogni caso, si avverte, non possono però soccombere le esigenze di celerità del procedimento e la richiesta, dunque, dovrà essere proposta comunque in tempo utile per consentire la traduzione del ricorrente e, ove l'autorità giudiziaria

dovesse ritenere non soddisfatta tale condizione, dovrà rigettare l'istanza, motivando, però, adeguatamente sul punto.

L'istanza di partecipazione all'udienza, quindi, potrebbe essere formulata sino all'atto di ricezione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale dinanzi al tribunale e, comunque, in tempo utile per organizzare la traduzione senza pregiudicare, anche nell'interesse della stessa persona *in vinculis*, la celerità del procedimento e un pronto controllo sulla "legalità" della detenzione.

3. La decisione delle Sezioni Unite.

Le **Sezioni Unite** con la sentenza n. **11803 del 9/4/2020, Ramondo, Rv. 278491-01** hanno affermato il seguente principio di diritto: "Nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari coercitive, la persona detenuta o internata, ovvero sottoposta a misura in concreto limitativa della possibilità di partecipare all'udienza camerale, può esercitare il diritto di comparire personalmente a quest'ultima solo se ne abbia fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, con l'istanza di riesame, ferma restando la facoltà di chiedere di essere sentita su specifici temi con l'istanza di differimento ai sensi dell'art. 309, comma 9-b*is* cod. proc. pen."

La Corte precisa innanzitutto che la disciplina sull'esercizio del diritto di comparizione dinanzi al giudice del riesame trova applicazione nei confronti dell'imputato detenuto o internato o sottoposto a misura coercitiva in quanto, al di fuori di tali casi, non può ipotizzarsi, in quanto estranea al sistema, alcuna limitazione alle modalità di esercizio del diritto di difendersi partecipando in udienza.

Così delimitata la portata della questione controversa, la Corte afferma, mostrando di aderire al primo dei contrapposti orientamenti, che il soggetto sottoposto a misura restrittiva della libertà personale può chiedere di comparire all'udienza del riesame solo con il relativo atto di impugnazione, ma che può anche chiedere, a norma del comma 9-*bis* dell'art. 309 cod. proc. pen., il differimento dell'udienza al fine di essere sentito su temi specifici.

Il percorso argomentativo seguito dal Massimo Collegio nella soluzione del quesito rimessogli prende le mosse dall'esame delle disposizioni introdotte in materia dalla l. 16 aprile 2015, n. 47.

Tale legge, successiva a numerosi e frammentari interventi legislativi, finalizzata ad ottemperare in modo sistematico alle censure della giurisprudenza europea e ai moniti della Corte costituzionale, ha apportato, per quanto qui di interesse, notevoli modifiche all'art. 309 cod. proc. pen. dettato in tema di riesame delle ordinanze che dispongono una misura cautelare coercitiva, riesame che, per effetto della riforma,

ha acquistato un nuovo ruolo e una nuova valenza essendo divenuto più garantito, rispetto al passato, il procedimento dinanzi al giudice del riesame.

Prima della novella, la materia della partecipazione dell'interessato all'udienza di riesame era regolata dall'art. 309, comma 8, cod. proc. pen. che fa rinvio all'art. 127 dello stesso codice il quale disciplina il procedimento camerale a partecipazione non necessaria; secondo tale schema procedimentale, l'interessato ha diritto ad essere sentito se compare, mentre, se detenuto o internato in un luogo posto al di fuori della circoscrizione e ne fa richiesta, ha diritto di essere sentito dal magistrato di sorveglianza del luogo prima dell'udienza camerale.

Per effetto della riformulazione del comma 6 dell'art. 309 cod. proc. pen., il diritto del detenuto a presenziare all'udienza si è sicuramente rafforzato in quanto l'art. 11, comma 1, della legge n. 47 ha aggiunto alla precedente formulazione: «Con la richiesta di riesame … l'imputato può chiedere di comparire personalmente»; a tale previsione si accompagna poi quella del novellato comma 8-*bis* (in precedenza dedicato solo alla legittimazione del pubblico ministero richiedente la misura a partecipare all'udienza camerale) secondo cui «L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente». A seguito di siffatte previsioni, dunque, ove il soggetto sottoposto a misura abbia chiesto di comparire personalmente, il tribunale avrà l'obbligo di assicurarne la presenza senza poter distinguere tra soggetti detenuti all'interno del distretto o al di fuori di esso, dovendo tutti essere sempre tradotti, salvo i casi in cui ricorrano, a norma dell'art. 45-*bis* disp. att. cod. proc. pen., i presupposti per la partecipazione a distanza. L'esercizio del diritto dell'interessato, detenuto o internato, a partecipare all'udienza di riesame attraverso la proposizione di un'apposita istanza, trasforma dunque la sua partecipazione da "eventuale" a "necessaria" e la sua mancata traduzione pregiudica la valida costituzione del procedimento incidentale che è, quindi, affetto da nullità assoluta e insanabile.

Con riferimento alla questione della partecipazione dell'interessato all'udienza, l'intervento legislativo di cui si è detto ha lasciato ancora irrisolti non pochi profili. Come già accadeva prima della riforma, l'art. 309, comma 8, cod. proc. pen., non abrogato, rinvia all'art. 127 cod. proc. pen. che disciplina in via generale il procedimento in camera di consiglio e che, al comma 3, stabilisce una differente disciplina a seconda che la persona interessata sia detenuta nel circondario del tribunale o al di fuori di esso in quanto, in tale ultimo caso, questa dovrebbe avere solo la facoltà di essere sentita dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui è detenuta e, al comma 4, stabilisce che «l'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in un luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice».

Il tenore letterale delle predette disposizioni, per le Sezioni Unite, è uno degli argomenti su cui fondare la decisione.

Ed invero, la locuzione verbale «può», utilizzata nel comma 6 dell'art. 309 cod. proc. pen., altro non costituisce che esemplificazione della collocazione del procedimento del riesame nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio a partecipazione meramente eventuale delle parti. Il comma 8-*bis* del medesimo articolo ribadisce che il diritto di comparizione personale dinanzi al giudice del riesame deve essere esercitato con la richiesta di cui al comma 6 così affermando la contestualità tra richiesta di riesame e richiesta di partecipazione personale nell'ottica di assicurare il regolare e ordinato svolgimento del procedimento di riesame. Una diversa opzione interpretativa priverebbe, per le Sezioni Unite, di qualsiasi significato normativo il rinvio esclusivo alla richiesta di riesame di cui al citato comma 8 *bis*. Siffatta contestualità del resto, osserva il Supremo Collegio, non è nuova rispetto alle previsioni codicistiche posto che essa si riviene anche con riferimento ad altri istituti come, ad esempio, nell'ipotesi di opposizione a decreto penale nel qual caso, ove si intenda richiedere un rito alternativo (art. 461, comma 3, cod. proc. pen.) occorre proporre la relativa istanza con l'atto di opposizione, pena la preclusione all'accesso al rito stabilita nel successivo art. 464, comma 3.

Né, d'altra parte, l'interpretazione letterale dell'art. 309, commi 6 e 8-*bis* appare lesiva delle ragioni del detenuto*,* anzi, piuttosto, essa è coerente con le indicazioni costituzionali e convenzionali di tutela del diritto di eguaglianza e costituisce espressione di un equilibrato bilanciamento tra la tutela del diritto a partecipare all'udienza di riesame e l'esigenza di celerità del procedimento incidentale di revisione dell'ordinanza cautelare.

Tale contestualità tra richiesta di riesame e istanza di partecipazione alla stessa però, ad avviso delle Sezioni Unite, non comporta, però, contrariamente a quanto sostenuto in alcune decisioni espressive del primo orientamento (Sez. 1, n. 30714/2019, Rinella e Sez. 2, n. 12854/2018, Mirenda, cit.) alcuna decadenza dalla facoltà di comparire all'udienza in quanto, nella novella, mancano un'espressa disposizione in tal senso e il richiamo ai termini di cui all'art. 172 cod. proc. pen.

La necessità di definire un limite temporale, però, per il Supremo Collegio è imprescindibile ed è avvertita anche dai sostenitori del secondo orientamento i quali, pur non ritenendo necessaria la contestualità, comunque riconoscono che l'istanza di comparizione debba essere presentata tempestivamente in modo da permettere la traduzione in udienza e il regolare e ordinato svolgimento, senza interruzioni, del procedimento di riesame.

L' opzione interpretativa sostenuta dall'orientamento minoritario, si osserva nella sentenza in commento, introduce una valutazione discrezionale dei giudici *de libertade* in ordine all'apprezzamento della tempestività della richiesta di comparizione che

potrebbe ritorcersi nei confronti dell'interessato in quanto la sua istanza, da lui valutata come tempestiva, potrebbe non essere considerata tale dall'autorità giudiziaria in base a specifiche circostanze del caso concreto. L'interpretazione letterale del combinato disposto di cui ai commi 6 e 8-*bis* dell'art. 309 cod. proc. pen. e la previsione di un termine preciso e fissato a priori, quindi, si risolve in una garanzia di certezza e di effettività dell'esercizio del diritto di comparire e impedisce che il diritto del detenuto di partecipare al suo processo possa risentire di applicazioni diseguali a causa delle disomogeneità strutturali o organizzative legate alle singole realtà territoriali, giudiziarie e penitenziarie e riduce anche la possibilità di ulteriore contenzioso nel caso di rigetto dell'istanza.

Oltre all'argomento letterale le Sezioni Unite, a fondamento della propria decisione, richiamano anche ragioni di ordine sistematico.

Il procedimento di riesame si caratterizza per ritmi assai veloci e si articola in una scansione processuale molto serrata che comporta, nel caso di mancato rispetto dell'arco temporale previsto per ciascun segmento processuale, la perdita di efficacia della misura coercitiva. L'interpretazione rigorosa delle disposizioni in materia si armonizza allora con l'intenzione del legislatore che appare essere quella non solo di dirimere ogni incertezza sul diritto a comparire dell'interessato e di eliminare l'intervento discrezionale del giudice in ordine alla valutazione della tempestività della richiesta di comparire, ma anche quella di consentire "una programmazione tendenzialmente affidabile del lavoro dei giudici del riesame … decisiva per assicurare, al contempo, l'osservanza dei termini perentori per la decisione e per il deposito della motivazione".

Per altro verso, la Corte valorizza la possibilità per l'interessato di chiedere e ottenere, ex art. 309, comma 9-*bis*, cod. proc. pen., in presenza di giustificati motivi (attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e non meramente pretestuosi), il differimento dell'udienza e precisa che pur non trattandosi di un diritto, ma di una facoltà, attraverso tale previsione l'imputato/indagato può chiedere, anche dopo la richiesta di riesame, di essere sentito all'udienza camerale "in modo da poter far valere le ragioni alla base della rivalutazione – rispetto al momento della richiesta di riesame – dell'opzione relativa al suo intervento in udienza".

In conclusione, dunque, la Corte rileva che la soluzione a cui è pervenuta è del tutto in linea con la fisionomia del procedimento di riesame che non è diretto a stabilire se il detenuto sia o meno colpevole, ma è solo finalizzato a verificare, in tempi molto ristretti e perentori, la sussistenza dei presupposti della misura cautelare applicata. Esso, lungi dal privilegiare l'aspetto organizzativo dell'attività giurisdizionale a discapito del principio del giusto processo, consente una lettura delle norme codicistiche volta ad assicurare un bilanciamento tra, da un lato, le modalità di esercizio del diritto del detenuto alla partecipazione all'udienza camerale, che non

viene negato, ma solo disciplinato quanto ai tempi di attivazione e sottratto "alle interferenze riconducibili a determinazioni non governabili del giudice del riesame" e, dall'altro, la celerità del procedimento, intesa quale componente essenziale del patrimonio di garanzie dell'imputato che il legislatore del 2015 ha inteso rafforzare.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 49882 del 6/10/2015, Pernagallo, Rv. 265546-01
Sez. 4, n. 12998 del 23/2/2016, Griner, Rv. 266296-01
Sez. 2, n. 13707 dell'11/3/2016, Ciarfaglia, Rv. 266519-01
Sez. 1, n. 49284 del 17/3/2016, Grande Aracri
Sez. 2, n. 36160 del 3/4/2017, Giordano, Rv. 270683-01
Sez. 6, n. 54048 del 3/10/2017, Paladino, Rv. 271574-01
Sez. 2, n. 12854 del 15/1/2018, Mirenda, Rv. 272467-01
Sez. 5, n. 10398 del 10/10/2018, dep. 2019, Cardo
Sez. 1, n. 5673 dell'8/1/2019, Burgio
Sez. 6, n. 24894 del 7/3/2019, La Scala, Rv. 275887-01
Sez. 6, n. 21779 del 22/3/2019, Spina, Rv.275674-01
Sez. 1, n. 30714 del 10/5/2019, Rinella, Rv. 276607-01
Sez. 5, n. 34181 del 26/06/2019, Basso, Rv. 276904-01

SEZIONE II

RICUSAZIONE

CAPITOLO I

LE SEZIONI UNITE "GERBINO", IN MATERIA DI RICUSAZIONE ED INCIDENZA SUGLI ATTI DEL PROCESSO.

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'ordinanza di rimessione e i termini del contrasto – 3. L'impostazione delle Sezioni Unite "Tanzi" – 4. La soluzione delle Sezioni Unite "Gerbino".

1. Premessa

Con sentenza **n. 37207 resa all'udienza del 16 luglio 2020 (depositata il 23 dicembre 2020), ric. Gerbino**, le Sezioni Unite hanno affermato i principi di diritto massimati nei seguenti termini:

- "Il decreto che dispone il giudizio emesso dal giudice dell'udienza preliminare in pendenza della decisione definitiva sull'istanza di ricusazione, è, in caso di accoglimento di quest'ultima, affetto da nullità assoluta di ordine generale, ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., siccome attinente ai modi e ai limiti del potere giurisdizionale esercitabile nel relativo giudizio." **(Rv. 280116 – 01)**;
- "L'ordinanza che decide sul merito della ricusazione, ai sensi dell'art. 41, comma 3, cod. proc. pen., provvede contestualmente a dichiarare se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice ricusato devono considerarsi efficaci e contro la stessa è proponibile, anche in caso di omessa pronuncia al riguardo, ricorso per cassazione nelle forme di cui all'art. 611 cod. proc. pen." **(Rv. 280116 – 02).**

2. L'ordinanza di rimessione e i termini del contrasto

La pronuncia in rassegna trae impulso dall'ordinanza n. 10818 del 26 febbraio 2020, con cui la prima Sezione aveva registrato contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità, in relazione alla questione di diritto controversa in giudizio, sintetizzata nel quesito: "Se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del giudice dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio - emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione - possa o meno mantenere efficacia."

Il tema attiene, più in generale, al regime degli atti - diversi dalla sentenza - emessi dal giudice ricusato, quando non sia stata resa pronuncia di conservazione di efficacia ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen. Al riguardo, una significativa divaricazione sul piano ermeneutico si era determinata in relazione ai principi affermati da Sez. U., n. 13626 del 16/12/2010, Digiacomantonio, Rv. 249299, il cui nucleo decisorio, per quanto qui di interesse, vuole che gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbano considerarsi inefficaci, ponendo l'art. 42, comma 2, cod. proc. pen. una sorta di presunzione in tal senso, suscettibile di essere rimossa solo dalla declaratoria di efficacia compiuta dal giudice della ricusazione; al quale compete valutare se, malgrado la riconosciuta carenza di imparzialità del giudice, talune attività non siano state influenzate da cause di incompatibilità, e non abbiano subito alterazione per effetto di esse, così da potersene conservare gli effetti.

Le Sezioni Unite del 2010 avevano poi scolpito la nozione di "efficacia", quale categoria dogmatica concettualmente distinta dalla validità, assumendo che, nella disposizione richiamata, essa si attaglia essenzialmente agli atti a contenuto istruttorio e si traduce nella possibilità del loro inserimento nel fascicolo per il dibattimento.

Sulla base di tali premesse, avevano teorizzato che la valutazione in termini di efficacia espressa dal giudice che decide sull'astensione o sulla ricusazione, "inaudita altera parte" e in forza di una competenza di tipo interinale, pur se non impugnabile autonomamente, è sindacabile dal giudice della cognizione, subentrato al giudice ricusato; il quale resta il "giudice naturale" della prova, ed assumerà le relative determinazioni nel contraddittorio delle parti, secondo il paradigma tipico dei rito accusatorio, ed in particolare in base al meccanismo di acquisizione e recupero regolato dagli artt. 525 e 511 cod. proc. pen. per il caso, appunto, di mutamento della persona del giudice.

Ciò posto, è in relazione all'ambito applicativo di tale sanzione processuale che la giurisprudenza non ha espresso, sino ad oggi, posizioni conformi.

Secondo una prima opzione ricostruttiva, l'inefficacia, ai ridetti fini, sarebbe riferibile esclusivamente agli atti giurisdizionali posti in essere dall' "iudex suspectus" aventi natura strettamente probatoria, con la conseguenza che, al contrario, rimarrebbero dotati di efficacia - pure in mancanza di indicazione espressa ex art. 42 cod. proc. pen. - altri atti parimenti emessi dal giudice la cui ricusazione sia stata accolta (in tal senso, Sez. 5, n. 34811 del 15/06/2016, Lo Giudice, Rv. 267742 – 01; Sez 5. n. 44120 del 09/05/2019, Di Fatta, Rv. 277848; Sez. 3, n. 35205 del 16/07/2019, Mandalà, Rv. 277501).

In antitesi, altro orientamento, espresso da Sez. 6 n. 10160 del 18/02/2015, Boschetti, Rv. 262804, ritiene che, nella medesima situazione di assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia, debbano ritenersi inefficaci tutti gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato, senza distinzioni

basate sulla loro natura e connotazione funzionale. Analoga affermazione di principio, in relazione al procedimento di prevenzione, si rinviene nella motivazione di altra pronuncia (Sez. 5, n. 16311 del 14/04/2014, Di Vincenzo, Rv. 259873), sia pure nel convincimento che la sentenza Digiacomantonio avesse inteso limitare l'operatività dell'inefficacia ai soli atti a contenuto probatorio.

La Sezione rimettente ha sollecitato, dunque, la Corte ad un nuovo intervento regolativo sul tema che, oltre a risolvere le evidenziate disarmonie, operasse altresì un raccordo sistematico tra Sez. U. "Digiacomantonio", suindicata, e gli ulteriori arresti della Corte regolatrice Sez. U. n. 31421, del 26/06/2002, Conti, Rv. 222045 – 01 nonché Sez. U. n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi 249733 – 01, 249734 – 01, 249735 – 01, che hanno contribuito a delimitare, nel tempo, l'area di operatività degli artt. 42 e 37 cod. proc. pen.

Ed invero, sul rilievo che l'attuale normativa su ricusazione ed astensione, in pendenza della decisione sulla fondatezza della domanda di ricusa, non prevede automatismi nel limitare i poteri del giudice sospetto - al di là della preclusione relativa alla pronuncia della sentenza, espressa dall'art. 37 cod. proc. pen. - di modo che il procedimento deve proseguire, le tre richiamate decisioni della Corte, nella sua massima espressione nomofilattica, pongono in evidenza gli ulteriori temi problematici, correlati a quello oggetto del quesito, con riferimento a:

- lo statuto degli atti emessi in pendenza della procedura di ricusazione, quando l'accoglimento della istanza intervenga solo all'esito del relativo procedimento incidentale;
- il rapporto che intercorre tra i poteri della corte di appello, che abbia accolto la domanda di ricusazione, e quelli del giudice subentrato nel procedimento principale in relazione a tutti gli atti pregressi.

Ed invero, se si aderisce alla lettura secondo la quale la decisione "Digiacomantonio" si riferisce esclusivamente agli atti di rilievo probatorio compiuti innanzi al giudice "sospetto", tutti gli atti del procedimento diversi da quelli di raccolta della prova - pure in mancanza di una salvezza espressa nel provvedimento di accoglimento della ricusazione – potrebbero essere comunque oggetto di autonoma considerazione da parte del giudice subentrato nel procedimento principale, che ben potrebbe confermarne l'efficacia; per converso, ove si ritenga che tale decisione della Corte di cassazione, nella sua massima espressione nomofilattica, abbia inteso riferirsi a tutti gli atti del procedimento, il giudice subentrato a quello ricusato non potrebbe che prendere atto della loro inefficacia, ove non vi sia stata decisione espressa di mantenimento.

3. L'impostazione delle Sezione Unite "Tanzi".

Nel definire la questione sottoposta a scrutinio, la Corte, nella sua massima espressione nomofilattica, ritiene oggi di dovere muovere dall'assetto ricostruttivo di cui alle Sezioni Unite n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi.

Si deve a tale pronuncia, *in primis*, un decisivo apporto alla elaborazione della nozione di atto a contenuto decisorio, evocata dall'art. 37 cit.: rientrerebbe nell'ambito del divieto, per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza sino a che non intervenga l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione ogni provvedimento che, comunque denominato, sia idoneo a definire la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce. (Rv. 249733 – 01).

Sotto altro profilo, la medesima decisione della Corte regolatrice ebbe ad inquadrare, sul piano dogmatico, la natura del vizio che scaturisce dalla violazione dei divieti stabiliti dal legislatore in tema di ricusazione, stabilendo che, se l'inosservanza del divieto, ex art. 42, comma primo, cod. proc. pen., per il giudice la cui ricusazione sia stata accolta, di compiere alcun atto del procedimento comporta rispettivamente la nullità, ex art. 178, lett. a) cod. proc. pen., delle decisioni ciononostante pronunciate e l'inefficacia di ogni altra attività processuale, la violazione del divieto posto dall'art. 37, comma secondo, cod. proc. pen., per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza - benchè tale dovere costituisca un preciso dovere deontologico del magistrato ricusato - comporta la nullità dell'atto solo ove la ricusazione sia successivamente accolta, e non anche quando la ricusazione sia rigettata o dichiarata inammissibile. (Rv. 249734 – 01).

Nel dettaglio, il divieto, per il giudice ricusato, di pronunciare sentenza ex art. 37, comma secondo, cod. proc. pen., opererebbe sino alla decisione di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla ricusazione, essendo, tuttavia, la successiva decisione del giudice ricusato, affetta da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto sia annullata dalla Corte di cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio. (Rv. 249735 – 01).

Dunque, aderendo all'indirizzo dottrinario ai tempi prevalente, le Sezioni Unite "Tanzi" sancirono la tesi della nullità *"secundum eventum",* nel senso che, se l'accoglimento della ricusazione rende invalida la decisione, non così l'inammissibilità o il rigetto, i quali non scalfiscono gli effetti degli atti pregressi.

Sottoposta alla condizione sospensiva dell'accoglimento della istanza di ricusa, tale ipotesi patologica si ascrive, sul piano dogmatico, alla categoria delle nullità per carenza di potere, giacchè la garanzia della imparzialità è precondizione per l'esercizio del potere giurisdizionale e il suo *deficit* si traduce in una carenza di capacità giurisdizionale del giudice con riferimento al caso concreto, ossia in relazione alla

specifica regiudicanda; e, in difetto di una espressa comminatoria contenuta nell'art. 37 cod. proc. pen., tale nullità verrebbe a refluire nell'alveo dell'art. 178, comma 1, lett. a) cod. proc. pen.

In questa cornice di riferimento, sarebbe dunque indifferente il momento in cui interviene la decisione definitiva di accoglimento della ricusazione, producendosi gli stessi effetti di invalidità radicale tanto nel caso in cui il provvedimento decisorio del "iudex suspectus" sia stato adottato dopo che la decisione di accoglimento della ricusazione è divenuta definitiva, tanto nel caso in cui sia stato assunto nelle more del relativo procedimento.

4. La soluzione delle Sezioni Unite Gerbino.

Dalla articolazione di principi sviluppata dalle Sezioni Unite Tanzi ritengono oggi le Sezioni Unite di desumere le direttrici ermeneutiche per offrire risposta al quesito rimesso a scrutinio.

Nel percorso argomentativo della decisione in rassegna, si legge che devono riconoscersi al decreto che dispone il giudizio – emesso, nella specifica vicenda processuale, da un giudice il cui difetto di imparzialità è stato accertato solo all'esito del giudizio di rinvio, quando il processo principale era in fase di avanzata trattazione - i connotati strutturali e funzionali propri di un atto del procedimento che "definisce la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce".

Snodo tra la fase delle indagini, che "chiude" irreversibilmente, determinando le condizioni necessarie per il transito del procedimento verso la successiva fase dibattimentale, il decreto in questione evidenzia, oltre a tale funzione propulsiva, natura decisoria, in quanto scioglie l'alternativa rispetto alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, sulla base delle medesime risorse cognitive proprie della fase, e definisce la regiudicanda preliminare all'instaurazione del giudizio, vagliando, in sostanza, la sostenibilità dell'ipotesi accusatoria.

In tale prospettiva – che la Corte di nomofilachia condivide - si è progressivamente consolidata la giurisprudenza della Corte costituzionale, per la quale i provvedimenti terminativi di tale fase hanno acquisito nel tempo maggiore pregnanza, essendo il giudice tenuto a considerare se gli elementi acquisiti risultino sufficienti, non contraddittori o comunque idonei a sostenere l'accusa nel giudizio (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.); e soprattutto riposano su una valutazione del merito della accusa ormai priva dei caratteri di sommarietà, e non più distinguibile da quella propria di altri momenti del processo, come è dato evincere dalla completezza del quadro probatorio che al giudice di tale udienza deve offrirsi (arg. ex artt. 416, comma 2, e 419, comma 3, cod. proc. pen.); dall'ampiezza dei poteri riconosciuti alle parti private in materia di prova (art. 391-*octies*); dalle garanzie difensive riconosciute

all'imputato (art. 421, comma 2, cod. proc. pen.); da ultimo, dalla facoltà per il giudice dell'udienza preliminare di disporre l'integrazione delle indagini (art. 421-bis cod. proc. pen.) ed assumere, anche d'ufficio, le prove che appaiano con evidenza decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 cod. proc. pen.).

Onde la conclusione – condivisa dalle Sezioni Unite Gerbino - che il decreto che dispone il giudizio, come pure la sentenza di non luogo a procedere, con cui è in rapporto di mutua esclcusione, esprimono giudizi e sono suscettibili di "pregiudicare ed essere pregiudicati" da altre decisioni, così da dovere essere attratti nel fuoco della incompatibilità, a tutela del canone di imparzialità del giudice (Corte cost. nn. 224 del 4 luglio 2001 e 335 del 8 luglio 2002).

Di qui, ancora, la convinzione che si debbano scongiurare i possibili "*vulnera*" all'esercizio dei diritti della difesa derivanti dall'eventuale *deficit* di imparzialità del decisore, sia in rapporto all'ulteriore progressione delle sequenze processuali, sia in rapporto all' accesso dell'imputato ai riti alternativi.

Sulla scia della sentenza "Tanzi", le Sezioni Unite in rassegna ritengono perciò che l'accoglimento definitivo dell'istanza di ricusazione renda il decreto pronunciato dal giudice sospetto affetto da nullità assoluta ex art. 178, comma 1, lett. a), cit., rilevabile, anche "*ex officio*", in ogni stato e grado di giudizio, per difetto di potere giurisdizionale nel caso concreto, senza che possano rilevare i possibili "effetti esauriti" dell'atto all'interno della fase in cui è stato pronunciato.

Si tratta, invero, di un atto che definisce la regiudicanda propria di quel segmento processuale e consuma in maniera irreversibile il potere decisorio e valutativo che esprime; ed è proprio in questa irretrattabilità che va individuato – secondo la sentenza Gerbino - l'elemento di assimilazione all'atto-sentenza, che lo distingue dagli atti meramente "interlocutori" e processuali che il giudice poi accertato "sospetto" può compiere, ma anche dagli atti "a contenuto probatorio", per i quali, proprio perché non definiscono, neppure parzialmente, la regiudicanda nel senso sopra specificato, potrà porsi un problema di "conservazione di efficacia" ex art. 42, comma 2, cit..

A supportare l'elaborazione della Corte vi è il dato testuale, traibile dagli artt. 37, 41 e 42 cit., i quali non operano alcuna distinzione basata sulla natura degli atti del procedimento; e, soprattutto, vi è l'esigenza di non escludere dall'ambito di operatività dell'inefficacia una vasta categoria di atti (tra cui i provvedimenti incidentali in tema di misure cautelari), che potrebbero risultare non meno compromessi dalla mancanza di imparzialità del giudice che li ha adottati.

Schematizzando, sul punto affermano le Sezioni Unite che:

- il divieto per il giudice ricusato di pronunciare sentenza ai sensi dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. è riferibile anche al decreto che dispone il giudizio ed opera

sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, sebbene non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla ricusazione;

- nell'ipotesi in cui il decreto che dispone il giudizio sia successivamente emesso dal giudice ricusato, lo stesso sarà affetto da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto della dichiarazione di ricusazione sia annullata dalla Corte di cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio.

L'ulteriore tema affrontato, relativo al rapporto fra i poteri del giudice della ricusazione che abbia accolto la relativa domanda e quelli del giudice subentrato nel procedimento principale, segna un ulteriore, deciso scostamento rispetto alla pronuncia delle Sezioni Unite "Digiacomantonio".

Il riconoscimento al giudice del procedimento principale di un potere di sindacato sulla pronuncia ex art. 42, comma 2, cod. proc. pen. era parso alle Sezioni Unite del 2010 una soluzione obbligata onde scongiurare possibili punti di frizione costituzionale del quadro normativo, correlati alla mancata previsione di un rimedio impugnatorio avverso tale pronuncia del giudice della ricusazione.

Di contro, le Sezioni Unite "Gerbino" ritengono che un simile vaglio delibativo postumo, oltre a svilire la valenza della pronuncia sulla efficacia degli atti, finisce col dissolvere la *ratio* stessa della competenza funzionale del giudice della ricusazione, come individuato *ex* art. 40 cod. proc. pen., attraverso la duplicazione di un improprio controllo di merito, peraltro esercitato in forma "orizzontale", e non invece "verticale", in distonia rispetto alla logica del sistema.

E dunque, è nell'alveo del giudizio sulla ricusazione, quale sequenza incidentale autonoma, che deve svolgersi il sindacato sulla pronuncia che dichiara quali atti conservano efficacia, essendo l'organo giurisdizionale a tanto preposto nelle migliori condizioni per apprezzare il grado di compromissione della imparzialità del giudice, anche per la possibilità di svolgere al riguardo un'istruttoria mirata e contratta nei tempi.

D'altro canto, muovendo dalla premessa logica per cui il provvedimento ex art. 42, comma 2, cit. pertiene logicamente alla pronuncia sul merito della ricusazione, osservano le Sezioni Unite in commento che, se è vero che l'art. 41, comma 3, cit. stabilisce che, a decidere sul merito della ricusazione, sia la corte di appello ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen., norma la quale a sua volta prevede, al settimo comma, che l'ordinanza conclusiva del relativo giudizio è ricorribile per cassazione, allora tale rimedio è esperibile anche contro la decisione sull'efficacia/inefficacia degli atti, sebbene l'art. 41, comma 3, non ne faccia espressamente menzione (a differenza di quanto esplicitato nel primo comma).

Ed in tal senso si registra un costante orientamento interpretativo della Suprema Corte (Sez. 6, n. 3853 del 24/11/1999, Papalia, Rv. 216836; Sez. 1, n. 5251 del

29/09/1999, Marfia, Rv. 214390; in motivazione, Sez. 6, n. 47556 del 16/10/2013, Avanti, Rv. 257705), che riflette analoghe indicazioni contenute nella Relazione al progetto preliminare del codice di rito.

Da tale assetto ricostruttivo discende, conclusivamente, che il giudice della ricusazione è tenuto a dichiarare se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice ricusato devono considerarsi efficaci e che il ricorso per cassazione è esperibile, nelle forme di cui all'art. 611 cod. proc. pen., anche nell'ipotesi in cui una tale pronuncia sia stata omessa, proprio al fine di far valere l'incompletezza strutturale del provvedimento.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 5251 del 29/09/1999, Marfia, Rv. 214390
Sez. 6, n. 3853 del 24/11/1999, Papalia, Rv. 216836
Sez. 4, n. 36424 del 11/05/2001, Di Tarsia Belmonte, Rv. 222724
Sez. 1, *n.* 27604 *del* 04/06/2001, Sciarabba Rv. 219145
Sez. U., n. 31421 del 26/06/2002, Conti, Rv. 222045
Sez. 1, n. 45470 del 25/10/2005, D'Ausilio, Rv. 233378
Sez. 6, n. 10357 del 29/11/2007, Barile, Rv. 238913
Sez. 5, n. 23712 del 31/03/2010, Ragosta, Rv. 247505
Sez. U., n. 13626 del 16/12/2010, Digiacomantonio ed altri, Rv. 249299
Sez. U., n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi, 249733, 249734, 249735
Sez. 6, n. 47556 del 16/10/2013, Avanti, Rv. 257705
Sez. 5, n. 16311 del 14/04/2014, Di Vincenzo, Rv. 259873
Sez. 6, n. 34560 del 22/05/2014, C., Rv. 259900
Sez. 6, n. 10160 del 18/02/2015, p.o. in proc. Boschetti, Rv. 262804
Sez. 5, n. 34811 del 15/06/2016, Lo Giudice, Rv. 267742
Sez. 5, n. 5533 del 08/01/2019, Mazzieri, Rv. 275378
Sez. 4, n 6432 del 24/01/2019; Bottaro, Rv. 275074
Sez 5, n. 44120 del 09/05/2019, Di Fatta, Rv. 277848
Sez. 3, n. 32505 del 16/07/2019, Mandalà, Rv. 277501

SEZIONE III

PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

NOTIFICAZIONI ALL'IMPUTATO DETENUTO

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, questione controversa e principi di diritto enunciati da Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020. 2. Orientamento maggioritario in generale. 2.1. Elezione di domicilio effettuata dall'imputato detenuto. 2.2. Notificazione all'imputato detenuto eseguita nel domicilio eletto prima della detenzione. 3. Orientamento minoritario. 4. Orientamento tradizionale-intermedio. 5. Decisione delle Sezioni Unite: necessità che la notificazione all'imputato detenuto sia svolta mediante consegna personale al destinatario nel luogo in cui egli è ristretto. 5.1. Passaggi essenziali della motivazione della sentenza. 5.2. Nullità a regime intermedio della notificazione all'imputato detenuto effettuata nel domicilio dichiarato o eletto. 6. Ulteriore principio enunciato dalle Sezioni Unite in relazione alle conseguenze dello smarrimento di fonoregistrazioni riproducenti dichiarazioni testimoniali.

1. Ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, questione controversa e principi di diritto enunciati da Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020.

In tema di notificazioni all'imputato detenuto, Sez. 3, n. 50429 del 13/12/2019, S., ritenendo un contrasto di giurisprudenza, aveva rimesso al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, la questione controversa «se sia valida la notifica all'imputato detenuto eseguita presso il domicilio eletto e non presso il luogo di detenzione». Con sentenza n. 12778, deliberata alla pubblica udienza del 27/02/2020 e depositata il 22/04/2020, S., le Sezioni Unite della Corte di cassazione, riconducendo ad unità un composito quadro giurisprudenziale, attraversato da contrasti e varietà di posizioni sotto plurimi profili, hanno affermato due basilari principi di diritto, cristallizzati in altrettante massime.

Rileva, in primo luogo, la massima "sub" Rv. 278869-01, secondo cui «le notificazioni all'imputato detenuto vanno sempre eseguite, mediante consegna di copia alla persona, nel luogo di detenzione, anche in presenza di dichiarazione od elezione di domicilio. (In motivazione la Corte ha precisato che tale disciplina deve trovare applicazione anche nei confronti dell'imputato detenuto in luogo diverso da un istituto penitenziario e, qualora lo stato di detenzione risulti dagli atti, anche nei confronti del detenuto 'per altra causa')».

Rileva, in secondo luogo, la massima "sub" Rv. 278869-02, secondo cui «le notificazioni effettuate, nei confronti dell'imputato detenuto, presso il domicilio

dichiarato od eletto e non nel luogo di detenzione, danno luogo a nullità a regime intermedio, soggetta alla sanatoria prevista dall'art. 184 cod. proc. pen.».

2. Orientamento maggioritario in generale.

Un orientamento, divenuto maggioritario negli ultimi anni, propendeva, con tralaticia enunciazione, per la validità della notificazione eseguita nel domicilio eletto dall'imputato detenuto, anziché nel luogo di detenzione, in considerazione della facoltà, anche per il medesimo, come per l'imputato non detenuto, di dichiarare o eleggere domicilio.

In realtà, da un punto di vista concettuale, sotto una tale enunciazione, si nascondevano due ipotesi diverse:

- una prima, riconducibile alla vera e propria effettuazione di elezione di domicilio da parte dell'imputato detenuto, per modo che il principio, nel riconoscere la facoltà di elezione da parte dello stesso, era esclusivamente calibrato sulla sua condizione attuale;
- una seconda, riconducibile invece al compimento di notificazione all'imputato detenuto nel domicilio eletto in precedenza, quando cioè non era detenuto, con conseguente necessità di lettura del principio in una chiave evolutiva, che trascorreva da prima della detenzione al momento della notificazione in stato di detenzione.

2.1. Elezione di domicilio effettuata dall'imputato detenuto.

Con riguardo alla prima ipotesi, svariate pronunce sostenevano esser valida l'elezione di domicilio effettuata dal detenuto sia per altra causa ("p.a.c.") sia per causa corrente ("p.c.c.") ed esser quindi valida la notificazione successivamente compiuta al medesimo in tale domicilio. Come ricordato dalla relazione di contrasto n. 58 del 4 giugno 2004, la prima pronuncia ad aprire la strada al sub-orientamento in disamina, rompendo con l'imperante orientamento tradizionale-intermedio, è stata Sez. 2, n. 47379 del 30/10/2003, Piazza, Rv. 227648-01, relativa ad una fattispecie in cui «l'imputato aveva eletto domicilio in sede di interrogatorio in carcere – dove si trovava ristretto per altra causa – presso la propria abitazione»: la S.C. ha giudicato non affetto da nullità il decreto di citazione a giudizio «notificato all'imputato detenuto nel domicilio eletto, in quanto la previsione di cui all'art. 156 cod. proc. pen. – per la quale le notificazioni all'imputato detenuto debbono essere eseguite nel luogo di detenzione – non contiene una disciplina derogatoria rispetto a quella generale in tema di notificazioni, attesoché anche all'imputato detenuto è consentito avvalersi della facoltà di dichiarare o eleggere domicilio a norma dell'art. 161, comma primo, cod. proc. pen.» (viepiù nel dettaglio Essa, «verificatasi l'impossibilità della notificazione nel domicilio eletto, ha ritenuto valida la notifica del decreto di citazione

a giudizio, ai sensi dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., presso il difensore dell'imputato detenuto»). La natura non derogatoria dell'art. 156 cod. proc. pen. era argomentata in sentenza sul rilievo che «l'ultimo comma dell'art. 156 [cod. proc. pen. ...] detta una regola di chiusura secondo la quale in nessun caso le notificazioni all'imputato detenuto o internato possono essere eseguite con le forme dell'art. 159 cod. proc. pen., nell'ovvia constatazione che la dichiarazione di irreperibilità presuppone il risultato negativo della ricerca anche presso l'Amministrazione carceraria», ma «questa è l'unica inconciliabilità espressamente disciplinata», con la conseguenza che «all'imputato detenuto è consentito avvalersi della possibilità di dichiarare o eleggere domicilio a norma dell'art. 161, comma 1, cod. proc. pen.». Nel solco di tale precedente si annoverano, negli ultimi anni,

- Sez. 6, n. 4836 del 03/12/2014 (dep. 2015), Hassa, Rv. 262055-01, la cui massima propone peraltro accenti innovativi, sostenendo che «è valida la notificazione presso il domicilio eletto quando il destinatario sia detenuto per altra causa, presupponendo l'elezione, a differenza della mera dichiarazione, l'indicazione di persona legata da un rapporto fiduciario tale da impegnarla a ricevere gli atti riguardanti l'imputato e a consegnarli al medesimo»;

- Sez. 6, n. 20532 del 01/03/2018, A., Rv. 273420-01, la quale, in motivazione, specifica che «l'elezione di domicilio, avendo natura di dichiarazione di volontà a carattere negozial-processuale – necessitante, ai fini della sua validità, del rispetto di determinate formalità – può essere superata solo in forza di un atto formale di revoca e non in ragione di elementi fattuali»;

- Sez. 5, n. 88 del 11/11/2019 (dep. 2020), G., Rv. 278199-01, la quale, a ridosso della decisione delle Sezioni Unite, spicca per la latitudine del principio, affermando che «è valida la notifica all'imputato detenuto, eseguita presso il domicilio eletto e non presso il luogo di detenzione, noto all'autorità procedente, sia quando lo stato detentivo attenga al medesimo procedimento, sia quando esso riguardi altro procedimento».

2.2. Notificazione all'imputato detenuto eseguita nel domicilio eletto prima della detenzione.

Alla seconda delle ipotesi esposte al par. 2.1 corrispondeva, parallelamente, un secondo sub-orientamento, a termini del quale la validità della notificazione all'imputato detenuto compiuta nel domicilio eletto sottintendeva che questo conservasse efficacia (pertanto "ultra-attiva") nonostante il sopravvenuto mutamento di "status" dell'imputato. A questo sub-orientamento possono ascriversi, tra le pronunce più recenti,

- Sez. 2, n. 15102 del 28/02/2017, Gulizzi, Rv. 269863-01, intesa in motivazione a precisare [similmente a Sez. 6, n. 4836 del 2015, per la parte iniziale, ed a Sez. 6, n. 20532 del 2018, per quella finale] che «l'elezione, a differenza della mera dichiarazione, presuppone l'indicazione di persona legata da un rapporto fiduciario tale da impegnarla a ricevere gli atti riguardanti l'imputato e a consegnarli al medesimo» ed «ha natura di dichiarazione di volontà a carattere negozial-processuale, necessitante, ai fini di sua validità, del rispetto di determinate formalità (art. 161 c.p.p.), sicché essa può essere superata, solo in forza di un atto formale di revoca e non in ragione di elementi fattuali»;

- Sez. 2, n. 21787 del 04/10/2018 (dep. 2019), Casali, Rv. 275592-01, che, in concreto, risulta aver confermato la «ritualità della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari effettuata nel domicilio eletto della ricorrente [presso il difensore], pur essendo questa allora detenuta per altra causa».

3. Orientamento minoritario.

Agli antipodi di quello sin qui descritto, figurava un orientamento minoritario atteggiantesi «in senso restrittivo» (relazione di contrasto n. 1014 del 15 febbraio 2016). Esso, alla stregua della duplice ramificazione già constatata a proposito del precedente, predicava,

-per un verso, l "inutilità" di dichiarazione ed elezione effettuate dall'imputato nel momento in cui è detenuto, atteso che, «per il soggetto in stato di detenzione [,] la rituale dichiarazione od elezione di domicilio è [soltanto] quella effettuata all'atto della scarcerazione, come disposto dall'art. 161, comma 3, cod. proc. pen.» (così, in motivazione, Sez. 4, n. 26437 del 30/04/2003, Jovanovic, Rv. 225861-01, cui "adde" Sez. 2, n. 2356 del 13/01/2005, Simioni, Rv. 230698-01);

-per altro verso, l'assoluta impossibilità di procedere a notificazione degli atti nel domicilio in precedenza eletto dall'imputato detenuto sia p.c.c. (Sez. 3, n. 42836 del 30/09/2009, El Mami) sia p.a.c. (Sez. 5, n. 37135 del 10/06/2003, Bevilacqua, Rv. 226664-01, secondo cui, «a norma dell'art. 156 cod. proc. pen., la notifica del decreto di citazione all'imputato detenuto deve avvenire nel luogo di detenzione, anche quando la causa di restrizione sia diversa dal procedimento in corso cui si riferisce la notifica e vi sia stata una precedente elezione di domicilio mai revocata, in quanto l'ufficio giudiziario procedente, prima di effettuare la prima notificazione, deve svolgere le dovute ricerche in ordine allo "status libertatis" alla data della notifica del decreto»; più di recente, Sez. 6, n. 20459 del 20/03/2009, Rizqy, Rv. 244277-01, spintasi ad estendere il principio altresì al caso della notificazione «effettuata a norma dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen.»).

4. Orientamento tradizionale-intermedio.

Tra i due descritti, v'era un orientamento tradizionale-intermedio – tale perché sviluppatosi già in precedenza e perché idealmente collocato in posizione mediana rispetto agli stessi – che propendeva per la rilevanza della previa indicazione del domicilio convenzionale (dunque sia dichiarato che eletto) solo quando l'A.G. procedente, al momento della notificazione all'imputato successivamente colto da provvedimento detentivo p.a.c., non avesse avuto conoscenza del mutamento del suo "status". Il riferimento alla sola detenzione p.a.c. si spiega in quanto la detenzione p.c.c. è, o almeno dovrebbe essere, nota all'A.G. procedente.

Il sunto dell'orientamento che ne occupa è espresso da Sez. 6, n. 5222 del 11/03/1993, Belanzoni, Rv. 194024-01, secondo cui «deve ritenersi rituale la notifica del decreto di citazione per il dibattimento di appello nel domicilio dichiarato dall'imputato che, arrestato dopo la dichiarazione medesima, non ne abbia dato notizia all'autorità giudiziaria in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 161 c.p.p.», atteso che «in tal caso ... non è ravvisabile una violazione dell'art. 156 c.p.p., ... poiché tale norma postula che lo stato di detenzione dell'imputato risulti già dagli atti».

All'evocata sentenza si accodano svariate pronunce, remote [Sez. 1, n. 11151 del 21/10/1996, Gulino, Rv. 206425-01; Sez. 1, n. 4918 del 18/09/1997, Rea, Rv. 208507-01, e Sez. 3, n. 1894 del 21/12/1999 (dep. 2000), Cappelli, Rv 215693-01] e più recenti (per tutte: Sez. 5, n. 6491 del 24/01/2005, Fasanaro, Rv. 231426-01, secondo cui, in chiave "negativa", «non sussiste la nullità del decreto di citazione a giudizio [se] l'avviso di conclusione delle indagini [è] notificato, ex art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., mediante consegna al difensore, qualora la notifica al domicilio eletto abbia dato esito negativo; né, a tal fine, rileva la circostanza che sia sopravvenuta la custodia cautelare in carcere in seguito ad altro procedimento, qualora ciò non risulti dagli atti e l'imputato abbia omesso di comunicarlo all'autorità procedente», e Sez. 2, n. 17798 del 05/02/2009, Romeo, Rv. 243952-01, secondo cui, in chiave "positiva", «la notificazione del decreto di citazione a giudizio presso il domicilio eletto dall'imputato è validamente eseguita […], pur quando il destinatario dell'atto sia detenuto per altra causa e lo stato di detenzione non risulti dagli atti, perché il temporaneo stato di detenzione non fa venire meno il dovere dell'imputato di informare l'Autorità procedente sul mutamento di situazione di fatto»).

5. Decisione delle Sezioni Unite: necessità che la notificazione all'imputato detenuto sia svolta mediante consegna personale al destinatario nel luogo in cui egli è ristretto.

La soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza in disamina, che si lascia apprezzare per ampiezza e linearità, parrebbe, in rapporto alla "quaestio"

principale della liceità o meno di una notificazione effettuata all'imputato detenuto nel domicilio eletto, oltrepassare il segno dell'orientamento intermedio per attingere quello minoritario, ancorché senza condividerlo "in toto".

Tale "quaestio" trova risposta, in rigorosa osservanza della lettera dell'art. 156 cod. proc. pen., nella massima "sub" Rv. 278869-01, nel senso che lo stato di detenzione, comportante "ex se" la necessità che la notificazione sia svolta mediante consegna personale al destinatario nel luogo in cui egli è ristretto (comma 1), anche se diverso da un istituto penitenziario (comma 3), non può essere superato da alcuna dichiarazione od elezione di domicilio, precedente o concomitante, con la sola eccezione della detenzione p.a.c. non risultante dagli atti (comma 4, il quale, in caso contrario, rende applicabili «le disposizioni che precedono», ossia i predetti commi 1 e 3).

5.1. Passaggi essenziali della motivazione della sentenza.

Leggendo tale massima in uno alla motivazione, si colgono i principali snodi critici affrontati e risolti dalla Corte.

Preliminarmente, quanto all'unica espressa eccezione al principio, il fatto che la detenzione p.a.c. debba risultare dagli atti ha consentito alla Corte di chiarire (in contrario avviso rispetto a Sez. 5, n. 37135 del 2003, ed a Sez. 6 , n. 20459 del 2009) – che l'A.G., la quale debba procedere alla notificazione di un atto ad un imputato non detenuto, non ha alcun obbligo di svolgere ricerche in ordine al suo "status libertatis", con conseguente ritualità della notificazione effettuata ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen. Talché – valga aggiungere – dovrebbe risultare confermata la conclusione che, qualora la detenzione p.a.c. non risulti dagli atti, è valida la notificazione effettuata presso il domicilio dichiarato o eletto dall'imputato (Sez. 3, n. 49584 del 27/10/2015, F., Rv. 265771-01).

In rapporto, "funditus", al principio, la modalità di notificazione prevista dall'art. 156 cod. proc. pen. per l'imputato detenuto si applica all'imputato che si trovi in stato di detenzione – anche a seguito di arresto o di fermo – in un istituto penitenziario situato nel territorio dello Stato (arg. ex art. 169, comma 5, cod. proc. pen.). All'imputato sono equiparati l'indagato, l'internato ed il condannato (salve, con riferimento a quest'ultimo, le deroghe previste da specifiche disposizioni di legge, come nel caso dell'art. 677, comma 2-bis, cod. proc. pen.). Siffatta modalità invece non si applica, con conseguente necessità che si proceda secondo quella prevista per l'imputato libero dall'art. 157 cod. proc. pen.,

-sia qualora il destinatario della notificazione si trovi sottoposto ad una misura alternativa alla detenzione, giacché una tale misura postula una condizione di libertà

(come già ritenuto da Sez. 2, n. 45047 del 16/11/2011, Sgaramella, Rv. 251358-01, dalla Corte richiamata e condivisa);

-sia anche, alla stregua dell'art. 156, comma 3, cod. proc. pen., qualora il medesimo sia bensì detenuto, ma in luogo diverso da un istituto penitenziario (come nel caso, più frequente, di sottoposizione alla misura cautelare degli arresti domiciliari, ai sensi dell'art. 284 cod. proc. pen., cui in realtà se ne aggiungono svariati altri, contemplati dagli artt. 286 e 588, comma 4-bis, cod. proc. pen.; 52 e 53, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274; 47-ter e 47-quinquies ord. pen.). In proposito, tuttavia, è necessario chiarire che – secondo la Corte – il richiamo dell'art. 156, comma 3, cod. proc. pen. all'art. 157 cod. proc. pen. «non va inteso a tutto il suddetto articolo (e, quindi, anche all'"incipit" [che fa salve le previsioni degli artt. 161 e 162 cod. proc. pen. in tema di notificazione nel domicilio dichiarato od eletto]), ma solo a quella parte della norma che, disciplinando le modalità esecutive della notifica, risulta coerente con lo "status detentionis"», atteso che la facoltà di dichiarare od eleggere domicilio è subordinata dall'art. 161 cod. proc. pen. alla condizione che l'imputato non sia «detenuto né internato» e che dunque la notificazione debba effettuarsi al medesimo ai sensi dell'art. 157, e non 156, cod. proc. pen. Pertanto la conclusione è che la disciplina della notificazione all'imputato detenuto in luogo diverso da un istituto penitenziario non si differenzia da quella applicabile al detenuto in un istituto penitenziario, dovendo la notificazione essere sempre effettuata a mani del destinatario nei suddetti luoghi, senza che assumano rilevanza elezioni o dichiarazioni di domicilio effettuate prima o durante la detenzione, eccezion fatta che per un singolo, limitato profilo: se l'imputato detenuto in luogo diverso da un istituto penitenziario è legittimamente assente da detto luogo, è possibile la consegna a persona convivente, al portiere o a chi ne fa le veci, in guisa di «forma sostitutiva della consegna "alla persona"». Siffatto insegnamento supera i due precedenti difformi rappresentati da Sez. 6, n. 3870 del 02/10/2008 (dep. 2009), Scarlata, Rv. 242396-01, e Sez. 6, n. 47324 del 20/11/2009, Maitì, Rv. 245306-01, entrambi relativi ad imputato in detenzione domiciliare.

La dichiarazione o l'elezione di domicilio che l'imputato detenuto abbia effettuato prima o durante lo stato detentivo non sono nulle né "inutiliter datae", in quanto nessuna disposizione di legge preclude al medesimo l'esercizio di siffatte facoltà, ma la loro efficacia resta sospesa per tutta la durata della detenzione, riacquistando vigore al momento della scarcerazione se egli, in tale occasione, per qualsiasi causa, non effettua una nuova dichiarazione od elezione ai sensi dell'art. 161, comma 3, cod. proc. pen., mentre, se effettua o l'una o l'altra, saranno queste a prevalere indifferentemente sulla dichiarazione od elezione effettuata prima o durante la detenzione, in forza del mero criterio temporale.

Due precisazioni paiono opportune:

-il riferimento a detto criterio si spiega alla luce di Sez. U, n. 41280 del 17/10/2006, C., Rv. 234905-01, in forza della quale «la dichiarazione di domicilio prevale su una precedente elezione di domicilio, pur non espressamente revocata»;

-la tesi condivisa dalla Corte – sostenuta, in precedenza, da Sez. 1, n. 114 del 29/10/2002 (dep. 2003), Paviani, Rv. 222992-01 – si contrappone a quella opinante per la nullità della «notifica all'imputato dell'estratto contumaciale della sentenza di condanna al domicilio dichiarato o eletto in sede di convalida dell'arresto» sul presupposto che l'art. 161, comma 1, cod. proc. pen. sarebbe «applicabile solo al domicilio dichiarato o eletto in sede di convalida dell'arresto dalla persona sottoposta a indagini o dall'imputato che non sia né detenuto né internato, mentre per il soggetto in stato di detenzione la rituale dichiarazione o elezione di domicilio [sarebbe solo] quella effettuata all'atto della scarcerazione, come disposto dall'art. 161, comma terzo cod. proc. pen.» (Sez. 4, n. 26437 del 2003, e Sez. 2, n. 2356 del 2005).

5.2. Nullità a regime intermedio della notificazione all'imputato detenuto effettuata nel domicilio dichiarato o eletto.

La massima "sub" Rv. 278869-02 completa il quadro disciplinare. Afferma la Corte, difformemente dalla Sezione rimettente, che la notificazione all'imputato detenuto effettuata nel domicilio dichiarato o eletto, anziché, come prescritto dall'art. 156 cod. proc. pen., nel luogo di detenzione, non è affetta da inesistenza o nullità assoluta ed insanabile ex art. 179 cod. proc. pen., ma da nullità a regime intermedio, soggetta quindi a sanatoria se non dedotta entro il termine di cui all'art. 180 cod. proc. pen. Con precipuo riguardo, poi, all'ipotesi della notificazione del decreto di giudizio immediato, di cui si verteva nella specie, la Corte, nuovamente rispondendo ad opposta presa di posizione della Sezione rimettente, precisa che, alla stregua della conclusione di cui al principio testé ricordato, non si verifica alcuna conculcazione della facoltà per l'imputato di chiedere riti alternativi, atteso che questi, qualora eccepisca per tempo la nullità del decreto di giudizio immediato, ha diritto ad un termine dilatorio di trenta giorni ex art. 456, comma 3, cod. proc. pen. durante il quale poter esercitare le facoltà preclusegli, compresa quella di instare per un siffatto rito. Anche in questo caso, soccorrono due considerazioni:

-quanto al principio, costituisce esso declinazione del fondamentale enunciato di Sez. U, n. 119 del 27/10/2004 (dep. 2005), Palumbo, Rv. 229539-01, ribadito, a distanza di poco più di un decennio, da Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016 (dep. 2017), Amato, Rv. 269028-01, secondo cui la nullità assoluta della notificazione all'imputato consegue unicamente o ad un'omissione della stessa ovvero ad un'inosservanza delle forme prescritte, tale, però, da determinare una mancata conoscenza effettiva dell'atto da parte del medesimo, esulando, invece, nel caso di mera violazione delle

regole sulle modalità dell'esecuzione. Orbene, in relazione alla sentenza n. 12778 del 2020 in commento, al di là dell'avere le Sezioni Unite, nel caso concreto, ritenuto che «la nullità verificatasi (notifica al difensore domiciliatario) [risultasse] sanata dal comportamento concludente dell'imputato e del suo difensore di fiducia i quali, alla prima udienza, nonostante fossero entrambi presenti, nulla eccepirono», quel che preme di rilevare è come Esse, nuovamente confermando l'insegnamento in particolare della sentenza Palumbo, abbiano disatteso l'opposta opinione seguitante a ravvisare, pur dopo questa, una nullità assoluta nell'«inosservanza delle modalità previste dall'art. 156 cod. proc. pen. per la notifica all'imputato detenuto del decreto di citazione a giudizio» senza viepiù accordare alcun «rilievo [al]l'eventuale conoscenza dell'udienza dibattimentale che l'imputato abbia in altro modo acquisito» (Sez. 6, n. 21848 del 21/05/2015, Fioravanti, Rv. 263629-01, e Sez. 2, n. 43720 del 11/11/2010, Visconti, Rv. 248978-01, che trovano precedenti diretti – prima della sentenza Palumbo – in Sez. 5, n. 8098 del 20/05/1998, Amerio, Rv. 211491-01, e Sez. 6, n. 10413 del 24/09/1993, La Tragna, Rv. 195871-01; più sfumata, ma comunque da considerarsi pur'essa ormai superata, la posizione di Sez. 5, n. 42302 del 09/10/2009, Di Palma, Rv. 245396-01, a termini della quale, «trattandosi di nullità [– quella della notificazione del decreto di citazione –] che concerne l'intervento dell'imputato nel giudizio e, quindi, il corretto instaurarsi del contraddittorio, essa deve essere qualificata come nullità di ordine generale[,] che non può, pertanto, ritenersi sanata dalla mancata eccezione del difensore presente all'udienza»);

-quanto alla fattispecie, la rimessione in termini dell'imputato che abbia eccepito la nullità (della notificazione) del decreto di giudizio immediato offre indiretta conferma all'impostazione di Sez. 6, n. 11807 del 03/02/2017, Muhammad, Rv. 270374-01, e di Sez. 2, n. 47147 del 11/11/2019, Di Dio – d'altronde espressamente richiamate dalle Sezioni Unite – che escludono sussistere "in primis" alcuna «competenza funzionale ed inderogabile del giudice delle indagini preliminari a celebrare il giudizio abbreviato disposto a seguito di immediato» e per l'effetto alcuna nullità della «sentenza emessa nel rito alternativo svoltosi dinanzi al tribunale».

6. Ulteriore principio enunciato dalle Sezioni Unite in relazione alle conseguenze dello smarrimento di fonoregistrazioni riproducenti dichiarazioni testimoniali.

Oltre ai temi sin qui sviscerati, la sentenza che ne occupa si segnala, infine, per aver affrontato la questione delle conseguenze dello smarrimento delle fonoregistrazioni riproducenti talune dichiarazioni testimoniali regolarmente trascritte.

Il principio è consacrato dalla massima "sub" Rv. 278869-03: «La mancanza sopravvenuta, per qualsiasi causa, dei [relativi] nastri […] non dà luogo ad alcuna causa di nullità delle stesse, sia perché non espressamente prevista sia perché la documentazione di quanto avvenuto in udienza è attestata dalle trascrizioni, costituenti parte integrante del processo verbale».

Detto principio ha carattere di novità, ma non anche la parte finale della "ratio", in quanto il costituire le trascrizioni «delle fonoregistrazioni e dei nastri stenotipici di deposizioni testimoniali […] parte integrante del verbale di udienza al quale sono allegate» è asserto ampiamente riscontrato [a partire da Sez. 1, n. 41749 del 19/10/2004, Falcone, Rv. 229813-01, seguita da Sez. 3, n. 3050 del 14/11/2007 (dep. 2008), Di Girolamo e altri, Rv. 238561-01, e da Sez. 2, n. 24929 del 18/04/2013, Ciarelli e altri, Rv. 256490-01].

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 12778, 27/02/2020 S., Rv. 278869-01 e Rv. 278869-02
Sez. U, n. 7697 del 24/11/2016 (dep. 2017), Amato, Rv. 269028-01
Sez. U, n. 41280 del 17/10/2006, C., Rv. 234905-01
Sez. U, n. 119 del 27/10/2004 (dep. 2005), Palumbo, Rv. 229539-01
Sez. 3, n. 50429 del 13/12/2019, S.
Sez. 5, n. 88 del 11/11/2019 (dep. 2020), G., Rv. 278199-01
Sez. 2, n. 47147 del 11/11/2019, Di Dio
Sez. 2, n. 21787 del 04/10/2018 (dep. 2019), Casali, Rv. 275592-01
Sez. 6, n. 20532 del 01/03/2018, A., Rv. 273420-01
Sez. 2, n. 15102 del 28/02/2017, Gulizzi, Rv. 269863-01
Sez. 6, n. 11807 del 03/02/2017, Muhammad, Rv. 270374-01
Sez. 3, n. 49584 del 27/10/2015, F., Rv. 265771-01
Sez. 6, n. 21848 del 21/05/2015, Fioravanti, Rv. 263629-01
Sez. 6, n. 4836 del 03/12/2014 (dep. 2015), Hassa, Rv. 262055-01
Sez. 2, n. 24929 del 18/04/2013, Ciarelli e altri, Rv. 256490-01
Sez. 2, n. 45047 del 16/11/2011, Sgaramella, Rv. 251358-01
Sez. 2, n. 43720 del 11/11/2010, Visconti, Rv. 248978-01
Sez. 6, n. 47324 del 20/11/2009, Maitià, Rv. 245306-01
Sez. 5, n. 42302 del 09/10/2009, Di Palma, Rv. 245396-01
Sez. 3, n. 42836 del 30/09/2009, El Mami
Sez. 6, n. 20459 del 20/03/2009, Rizqy, Rv. 244277-01
Sez. 2, n. 17798 del 05/02/2009, Romeo, Rv. 243952-01
Sez. 6, n. 3870 del 02/10/2008 (dep. 2009), Scarlata, Rv. 242396-01,
Sez. 3, n. 3050 del 14/11/2007 (dep. 2008), Di Girolamo e altri
Sez. 5, n. 6491 del 24/01/2005, Fasanaro, Rv. 231426-01
Sez. 2, n. 2356 del 13/01/2005, Simioni, Rv. 230698-01
Sez. 1, n. 41749 del 19/10/2004, Falcone, Rv. 229813-01
Sez. 2, n. 47379 del 30/10/2003, Piazza, Rv. 227648-01
Sez. 5, n. 37135 del 10/06/2003, Bevilacqua, Rv. 226664-01
Sez. 4, n. 26437 del 30/04/2003, Jovanovic, Rv. 225861-01
Sez. 1, n. 114 del 29/10/2002 (dep. 2003), Paviani, Rv. 222992-01
Sez. 3, n. 1894 del 21/12/1999 (dep. 2000), Cappelli, Rv 215693-01
Sez. 5, n. 8098 del 20/05/1998, Amerio, Rv. 211491-01
Sez. 1, n. 4918 del 18/09/1997, Rea, Rv. 208507-01
Sez. 1, n. 11151 del 21/10/1996, Gulino, Rv. 206425-01

Sez. 6, n. 10413 del 24/09/1993, La Tragna, Rv. 195871-01
Sez. 6, n. 5222 del 11/03/1993, Belanzoni, Rv. 194024-01

CAPITOLO II

IL PROCESSO IN ASSENZA: LE SEZIONI UNITE E IL DIRITTO ALLA CONOSCENZA DEL PROCESSO DA PARTE DELL'ACCUSATO

(ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. Il fatto. – 3. Le ragioni del contrasto. – 4. La decisione delle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state richieste di pronunciarsi in ordine alla questione concernente la conoscenza del procedimento nel caso di sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio effettuata in epoca antecedente alla modifica dell'art. 162 cod. proc. pen. a seguito della l. 23 giugno 2017, n. 103. La questione controversa, come cristallizzata nella formulazione dell'Ufficio del Massimario, è la seguente: "Se, ai fini della pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-*bis* cod., proc. pen., integri di per sé presupposto idoneo l'intervenuta elezione da parte dell'indagato di domicilio presso il difensore d'ufficio nominatogli o, là dove non lo sia, possa comunque diventarlo nel concorso di altri elementi indicativi con certezza della conoscenza del procedimento o della volontaria sottrazione alla predetta conoscenza del procedimento o dei suoi atti".

2. Il fatto.

La Corte di assise di appello di Genova, adita dal difensore d'ufficio dell'imputato, ritenuto in primo grado responsabile dei delitti di associazione per delinquere finalizzata all'introduzione illegale di stranieri in Italia, di procurato ingresso illegale di 106 cittadini extracomunitari nel territorio italiano e di false dichiarazioni rese alla polizia di Stato e condannato alla pena di anni otto, mesi quattro di reclusione ed euro 2.500.000,00 di multa, dichiarava d'ufficio la nullità della sentenza impugnata in quanto pronunziata a seguito di dichiarazione di assenza resa in carenza dei presupposti di legge e disponeva la trasmissione degli atti al giudice di prime cure.

I giudici d'appello rilevavano che l'imputato, sbarcato in Italia avendo effettuato il trasporto di 106 cittadini extracomunitari da Alessandria d'Egitto, quattro giorni dopo lo sbarco, veniva sottoposto a identificazione da parte della Squadra mobile di Genova e dichiarava altre generalità riferite a persona minorenne; nel verbale, in cui

si dava atto che si sarebbe aperto un procedimento a suo carico per la violazione dell'art. 12, comma 3, legge n. 286 del 1998, l'interpellato dichiarava di essere privo di difensore di fiducia e, pertanto, gli veniva nominato il difensore d'ufficio presso il cui studio eleggeva domicilio. Tale atto, che dal giudice di primo grado, implicitamente, era stato ritenuto idoneo a fornire la prova, per gli effetti di cui all'art 420-*bis,* co. 2, cod. proc. pen., della conoscenza del procedimento e della volontà dell'imputato di sottrarsi allo stesso, non veniva considerato tale dalla Corte territoriale che riteneva, al contrario, che la dichiarazione di domicilio effettuata presso il difensore d'ufficio in sede di redazione del verbale di identificazione, non era idonea a far desumere la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico del dichiarante in quanto il procedimento penale si instaura soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro delle notizie di reato. A fondamento della decisione adottata, i giudici d'appello rilevavano, tra l'altro, che nel verbale da cui risultava l'elezione di domicilio si faceva riferimento ad "un eventuale procedimento penale" e che, quindi, l'imputato non solo a quella data non poteva considerarsi indagato, ma non poteva neanche avere la certezza che nei suoi confronti si sarebbe instaurato un procedimento penale di cui, successivamente, essendosi allontanato dalla struttura ove era stato collocato e non essendo stato mai più rintracciato, non aveva più potuto ricevere alcun atto.

Per la Corte territoriale la sentenza di primo grado era dunque affetta da nullità assoluta ed insanabile in quanto, nonostante il giudizio si fosse svolto alla presenza del difensore d'ufficio che aveva anche proposto impugnazione, all'imputato era stata preclusa la possibilità di partecipare al giudizio e di proporre motivi personali d'appello.

Il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Genova presentava ricorso per cassazione deducendo la violazione e l'erronea interpretazione dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen. in quanto, rilevava, per assicurare la conoscenza o la conoscibilità del procedimento al soggetto interessato è sufficiente la notizia che, in relazione a certi comportamenti, possa essere iniziato un procedimento penale gravando, quindi, sull'indagato un obbligo di diligenza, se con di collaborazione, per cui egli non potrebbe proditoriamente approfittare del proprio disinteresse per avvalorare l'affermazione della mancata conoscenza del procedimento penale.

3. Le ragioni del contrasto.

Il contrasto all'interno della giurisprudenza di legittimità denunciato dalla prima sezione rimettente si ravvisa nell'individuazione della soglia raggiunta la quale si possa ritenere acquisita, secondo i dettami dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., la conoscenza dell'udienza o del procedimento da parte dell'imputato. Esso, quindi,

rileva per un tema molto più ampio rispetto a quello immediatamente oggetto del quesito in quanto concerne l'interpretazione delle condizioni, indicate nell'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., che consentono la celebrazione del processo in assenza dell'imputato anche quando questi non abbia ricevuto personalmente la notifica dell'udienza.

Secondo un primo indirizzo (Sez. 2, n. 9441 del 24/1/2017, Seli, Rv. 269221; Sez. 1, n. 16416 del 2/3/2017, Somai, Rv. 269843-01), la garanzia dell'elezione di domicilio effettuata al momento dell'identificazione da parte della polizia giudiziaria e riferita al difensore d'ufficio contestualmente nominato, non è sufficiente per legittimare la declaratoria di assenza in quanto, innanzitutto, siffatta elezione di domicilio è atto antecedente alla formale apertura del procedimento penale e non può quindi assicurare alcuna conoscenza di quest'ultimo e, inoltre, con il difensore d'ufficio, a differenza di quanto di regola accade con quello di fiducia con cui può presumersi che sussista un collegamento costante e diretto, è altamente probabile che non si sia creato alcun effettivo e reale legame tant'è che il legislatore nel 2017 ha avvertito la necessità di inserire nell'art. 162 cod. proc. pen. il comma 4-*bis* che richiede, ai fini dell'efficacia dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, anche l'assenso di quest'ultimo.

Per un secondo indirizzo (Sez. 4, n. 49916 del 16/10/2018, F., Rv. 273999-01; Sez. 2, n. 39158 del 10/9/2019, Hafid Aiumin, Rv. 277100-01; Sez. 4, n. 32065 del 7/5/2019, Bianchi, Rv. 276707-01; Sez. 5, n. 36855 del 7/7/2016, Baron, Rv. 268322-01; Sez. 5, n. 12445 del 13/11/2015, dep. 2016, Degasperi, Rv. 266368-01; Sez. 2, n. 14787 del 25/1/2017, Xami, Rv. 269554-01; Sez. 2, n. 33574 del 14/7/2016, Suso, Rv. 267499), invece, è da ritenersi valida la notificazione all'imputato presso il difensore d'ufficio domiciliatario, indicato nel corso delle indagini preliminari, in ragione della presunzione di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-*bis,* comma 2, cod. proc. pen., la quale è superabile soltanto nel caso in cui risulti, ai sensi del successivo art. 420-*ter,* comma 1, che l'assenza sia stata determinata da assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento.

Tale ultimo orientamento si fonda sulla considerazione che per il legislatore la sussistenza di una delle situazioni elencate nell'art. 420-*bis* (la formalizzazione della dichiarazione o elezione di domicilio; l'arresto; la sottoposizione a misura cautelare; la nomina di un difensore di fiducia; la ricezione della notificazione dell'avviso di udienza a mani proprie), anche precedenti alla formale iscrizione nel registro delle notizie di reato, lascia presumere che l'imputato abbia avuto, con certezza, conoscenza del procedimento o si sia sottratto volontariamente a tale conoscenza.

Con riferimento al sindacato sulla correttezza della presunzione, secondo tale orientamento, solo nel caso in cui il giudice abbia proceduto in assenza dell'imputato

nonostante la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 420-*ter,* comma 1 (caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento) è consentita la denuncia per violazione di legge, mentre, com' è previso nell'art. 420-*ter*, comma 2, ultima parte, cod. proc. pen., nel caso di dubbio, il giudice potrà effettuare una libera valutazione sul punto che non potrà formare oggetto di discussione successiva, né motivo di impugnazione.

A tale impostazione consegue che, nel caso in cui venga fatta richiesta di revisione del giudicato perché si è proceduto in assenza del condannato o di chi è stato sottoposto a misura di sicurezza, non vi sarà spazio per la revoca della sentenza e per la rinnovazione del processo ove l'interessato abbia eletto domicilio presso un difensore d'ufficio poiché, in tale caso, deve escludersi l'incolpevole mancata conoscenza del processo avendo l'imputato l'onere di attivarsi per tenere contatti informativi con il proprio difensore sullo sviluppo del procedimento a suo carico. Secondo il primo orientamento, invece, (in termini, Sez. 6, n. 43140 del 19/9/2019, Shimi Limam, Rv. 277210-01), in caso di rescissione del giudicato, la conoscenza che preclude la rescissione deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium* e non può considerarsi sufficiente la conoscenza dell'avviso di chiusura delle indagini e il sistema di conoscenza legale, che si fonda sulla regolarità delle notifiche, non incide sulla questione della conoscenza effettiva del procedimento.

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 23948 del 28/11/2019, dep. 2020, Ismail, Rv. 279420-01, hanno affermato il seguente principio di diritto: "Ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa. (Principio affermato in relazione a fattispecie precedente all'introduzione dell'art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103)".

Tale principio, pur se pronunziato in relazione ad un caso concreto che riguardava un'elezione di domicilio non assentita dal difensore d'ufficio in quanto anteriore all'introduzione, con l. n. 103 del 2017, del comma 4-*bis* nell'art. 162 cod. proc. pen., ha carattere generale e riguarda la disciplina vigente.

Le Sezioni Unite, partendo dall'esame dei principi più volte affermati dalla Corte di Strasburgo e in linea con le disposizioni euro-unitarie, sulla scia di quanto già

ritenuto in altra propria precedente decisione (Sez. U., n. 28912 del 28/2/2019, Innaro, Rv. 275716-01) – che ha affrontato il tema dell'effettiva conoscenza del procedimento da parte del contumace ai fini della restituzione nel termine per impugnare secondo la disciplina dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. vigente dopo la riforma del 2005 e sino all'introduzione delle norme in tema di processo in assenza – svolgono un ragionamento volto ad armonizzare l'ordinamento interno con la normativa e la giurisprudenza euro-unitaria.

Il principio cardine su cui si innesta il ragionamento della Corte è quello secondo cui, all'esito dell'introduzione delle norme sul processo in assenza, interpretate con un penetrante e costante sguardo ai principi euro-unitari, occorre distinguere, onde procedere ad una corretta dichiarazione di assenza, il profilo relativo alla regolarità delle notifiche da quello concernente l'effettiva conoscenza del processo.

Prima dell'entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, nella vigenza delle norme in tema di contumacia, nel caso di omessa comparizione dell'imputato, per la dichiarazione di contumacia era sufficiente la verifica della regolarità formale delle notifiche all'esito della quale il giudice era obbligato a procedere in contumacia e il dato dell'effettiva conoscenza o meno del processo era sostanzialmente irrilevante; gli indici di conoscenza effettiva potevano acquistare rilievo solo nel caso di successiva richiesta, a norma dell'art. 175 cod. proc. pen., di remissione in termini per proporre impugnazione.

Tale sistema, come più volte sottolineato dalla Corte Edu (sentenze Colozza c. Italia; Somogyi c. Italia; Sejdovic c. Italia), non implicando necessariamente la sicura conoscenza dell'accusa, confliggeva con il principio, affermato dall'art. 6 della CEDU, del giusto processo per attuare il quale, come segnalato costantemente dalla Corte di Strasburgo, occorre che il giudice si accerti che l'accusato abbia avuto quantomeno la possibilità di avere la conoscenza reale, completa ed effettiva dell'imputazione non essendo sufficiente la mera conoscenza di un atto del procedimento anche se propedeutico all'instaurazione del giudizio.

Con la riforma di cui alla l. n. 67 del 2014 è stato introdotto il principio della legittimità del processo in assenza dell'imputato solo ove essa sia "volontaria": all'imputato, dunque, deve essere portata a conoscenza diretta e personale, la *vocatio in iudicium* e solo in tal caso, ove egli non presenzi al processo, potrà ritenersi che abbia esercitato la facoltà, che gli compete, di non parteciparvi; nei casi dubbi, il giudice dovrà far rinnovare la notificazione e, nell'ipotesi di irreperibilità di fatto, dovrà sospendere il processo a norma dell'art. 420-*quater* cod. proc. pen.

La Corte, quindi, precisa che chiare conferme testuali consentono di ritenere che il legislatore, anche in materia, fa un uso generale e promiscuo del termine "procedimento" con il quale spesso non si intende per nulla far riferimento espressamente ad una nozione più ampia di quella di "processo" (si pensi, tanto per

citare un solo caso, alle disposizioni di cui all'art. 629-*bis* cod. proc. pen. che, in materia di rescissione del giudicato, al primo comma, adoperano il termine "processo" mentre, al secondo comma, con riferimento alla medesima fase, utilizzano il termine "procedimento").

Dall'esame della motivazione delle Sezioni Unite ciò che appare effettivamente innovativo rispetto al precedente panorama giurisprudenziale è l'affermazione secondo cui gli indici di conoscenza individuati nell'art. 420-*bis* del codice di rito (dichiarazione o elezione di domicilio; nomina di un difensore di fiducia; sottoposizione a misure cautelari o reali) non possono considerarsi alla stregua di presunzioni in quanto siffatte presunzioni sarebbero da ritenere, sul piano letterale, assolute con la conseguenza che la parte non potrebbe mai limitarsi a dimostrare che la notifica, formalmente regolare, non abbia avuto effetto, ma dovrebbe anche dimostrare che la conoscenza era stata preclusa da un ulteriore accadimento. Tale interpretazione, osserva la Corte, non solo è in violazione con le norme convenzionali come interpretate dalla Corte Edu, ma si appalesa in pieno contrasto con l'intendimento del legislatore del processo *in absentia* posto che, con tale riforma, si è inteso superare definitivamente il sistema del processo in contumacia e la valorizzazione estrema del sistema delle notifiche. Gli indicatori individuati nell'art. 420-*bis* cod. proc. pen. non possono essere intesi alla stregua di presunzioni, neanche relative, di conoscenza, del tutto avulse da una conoscenza effettiva e devono invece essere intesi alla stregua di mere esemplificazioni di un accertamento in fatto che è comunque richiesto al giudice il quale, in ogni caso, dovrà valutare se la decisione di non comparire nel processo sia stato frutto di una decisione libera e volontaria dell'interessato che sia stato previamente informato del contenuto dell'imputazione, degli atti a sostegno dell'accusa e del giorno, ora e luogo di celebrazione del processo. Nei casi dubbi, al fine di assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa, il giudice dovrà disporre la notifica a mani proprie ad opera della polizia giudiziaria al fine di informare l'imputato pienamente dell'esistenza del processo e, in caso di esito negativo delle nuove ricerche, sospendere il giudizio.

Le Sezioni Unite, dunque, conseguentemente, hanno ritenuto che la disposizione di cui all'art. 420-*bis,* comma 2*,* cod. proc. pen. debba essere ricollegata alla successiva previsione di cui all'art. 420-*quater* poiché in tal modo si comprende che tutte le condizioni per procedere in assenza ex art. 420-*bis* corrispondono ad una situazione di piena conoscenza personale della chiamata in giudizio o di comprovato rifiuto. Gli indici di conoscenza dell'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., genericamente indicati nella disposizione normativa, devono essere interpretati secondo la loro funzione per cui, con riferimento al caso specifico sottoposto all'attenzione della Corte, l'elezione di domicilio deve essere "seria" e "reale" nel senso che deve sussistere un rapporto effettivo tra il soggetto e il luogo presso il quale dovrebbero

essere indirizzati gli atti; quando poi l'elezione di domicilio viene effettuata presso il difensore d'ufficio occorre verificare che si tratti di nomina accettata (come ora richiesto, a seguito della l. n. 103 del 2017, dall'art. 162, comma 4-*bis* cod. proc. pen.) e che sussista un regolare rapporto informativo tra difensore e assistito.

In conclusione, dunque, la Corte rileva che le disposizioni di cui all'art. 420-*bis* cod. proc pen. devono essere lette nel senso che "l'attività dell'autorità giudiziaria è facilitata perché (esclusivamente) alle date condizioni" (di sussistenza di uno degli indici di conoscenza) "non è ritenuta necessaria la notifica a mani proprie, ma potrà essere sufficiente quella effettuata a mani della persona convivente etc." Al di fuori di tali ipotesi, la notifica andrà effettuata a mani proprie. Solo tale lettura delle norme in questione assicura, dunque, per le Sezioni Unite, la piena conformità ai principi e all'evoluzione delle disposizioni processuali in tema di processo *in absentia,* consentito solo ove il giudice abbia acquisito la certezza della conoscenza originaria del processo da parte dell'imputato o della sua volontaria sottrazione alla stessa.

A tale ragionamento consegue, alla luce anche delle decisioni della Corte EDU (in particolare, sent. Rizzotto c. Italia), che lo stato di latitanza, che nell'ordinanza di rimessione viene indicato come una condizione che comporterebbe la piena consapevolezza dell'esistenza e del contenuto del procedimento, di per sé non può essere sufficiente per dedurre la rinuncia a difendersi perché "prima che si possa considerare che un imputato abbia con il proprio comportamento, implicitamente rinunciato a un diritto importante dal punto di vista dell'art. 6 della Convenzione, è necessario stabilire che egli avrebbe potuto ragionevolmente prevedere le conseguenze del suo comportamento". Ovviamente, come precisato nella sentenza in commento, ciò non esclude che in concreto, possano rilevare circostanze specifiche collegate alla latitanza, come ad esempio, la nomina di un difensore di fiducia e, in tal caso, troveranno applicazione i principi di cui si è detto sopra.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U., n. 328912 del 28/2/2019, Innaro, Rv. 275116-01
Sez. 5, n. 12445 del 13/11/2015 (dep. 2016), Degasperi, Rv. 266368-01
Sez. 2, n. 33574 del 14/7/2016, Suso, Rv. 267499-01
Sez. 5, n. 36855 del 7/7/2016, Baron, Rv. 267322-01
Sez. 1, n. 16416 del 2/3/2017, Somai, Rv. 269843-01
Sez. 2, n. 14787 del 25/1/2017, Xhami, Rv. 269554-01
Sez. 2, n. 9441 del 24/1/2017, Seli, Rv. 269221-01
Sez. 4, n. 49916 del 16/10/2018, F., Rv. 273999-01
Sez. 4, n. 32065 del 7/5/2019, Bianchi, Rv. 276707-01
Sez. 2, n. 39158 del 10/9/2019, Hafid Aiumin, RV. 277100-01
Sez. 6, n. 43140 del 19/9/2019, Shimi Limam, Rv. 277210-01

Sentenze della Corte EDU

Colozza c. Italia, del 12/2/1985
Sejdovic c. Italia, del 10/11/2004
Somogyi c. Italia, del 18/5/2004
Rizzotto c. Italia, del 5 /9/2019

SEZIONE IV

PROVE

CAPITOLO I

QUESTIONI RELATIVE ALL'USO DEL CAPTATORE INFORMATICO NELLE INDAGINI

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. La disciplina delle intercettazioni per mezzo del captatore informatico. - 2. La disciplina transitoria della riforma. - 3. L'utilizzo del captatore informatico nelle indagini in attesa delle nuove norme. - 4. L'uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione. - 5. Il captatore informatico come mero mezzo tecnico per eseguire intercettazioni tra presenti. - 6. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata. - 7. L'intercettazione di immagini. - 8. Le questioni "tecniche" conseguenziali all'uso del *trojan*. - 9. La mancata indicazione nel verbale del nominativo dell'ausiliario di polizia giudiziaria che ha inoculato il virus. - 10. La pretesa natura "fraudolenta" del mezzo adoperato. - 11. L'uso dell'energia elettrica altrui. - 12. L'area operativa delle questioni di inutilizzabilità. - 13. Il rischio di captare dialoghi con il difensore. - 14. L'intercettazione tramite *trojan* di conversazioni intervenute all'estero.

1. La disciplina delle intercettazioni per mezzo del captatore informatico.

Una delle principali novità normative del 2020 è rappresentata dalla disciplina delle intercettazioni tra presenti eseguite mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tale disciplina, come è noto, è contenuta nella riforma delle intercettazioni che è stata approvata all'esito di un singolare *iter* normativo partito con la legge n. 103 del 2017, intitolata "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*". All'art. 1, comma 82, questa legge delegava il Governo all'adozione di decreti legislativi per la modifica di alcuni istituti del processo penale e, in particolare, per la riforma delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Il comma 84, sempre dell'art. 1, dettava una serie di princìpi e di criteri per la riforma della disciplina delle intercettazioni che possono essere distinti in due nuclei. Il primo riguardava la regolamentazione dell'utilizzazione nel procedimento penale delle captazioni e le conseguenziali regole per la divulgazione del materiale registrato. Il secondo polo di princìpi e di criteri concerneva proprio la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, cioè le captazioni mediante virus informatici del tipo cd. *trojan*.

In attuazione dei criteri contenuti nelle disposizioni della legge n. 103 del 2017, è stato adottato il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante "*Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo* 1,

commi 82*,* 83 *e* 84*, lettere a), b), c), d) ed e), della legge* 23 *giugno* 2017*, n.* 103" (cd. riforma Orlando), che ha provveduto ad una riforma della disciplina delle intercettazioni.

L'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017 disciplina i tempi di attuazione della riforma.

Tale norma prevedeva originariamente che le disposizioni di cui agli art. 2, 3, 4, 5 e 7 del d.lgs. si applicassero alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto (che è quella del 26 gennaio 2018, cioè quindici giorni dopo la pubblicazione avvenuta in data 11 gennaio 2011). La disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), dello stesso d.lgs., cioè quella relativa alla possibilità di pubblicare l'ordinanza cautelare, invece, avrebbe dovuto acquistare efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto. La relazione governativa giustificava questo diverso termine con la necessità di sperimentare il nuovo modello di ordinanza cautelare che è stato introdotto dalla riforma. Nell'art. 291 cod. proc. pen., infatti, è stato inserito il nuovo comma 1-*ter* secondo cui «Quando è necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate».

Le sole norme del d.lgs. n. 216 del 2017 entrate in vigore secondo i termini ordinari, pertanto, sono state quelle previste dall'art. 1, che ha introdotto il nuovo reato di "*Diffusione di riprese audiovisive e registrazioni di comunicazioni effettuate fraudolentemente*" di cui all'art. 617-*septies* cod. pen., che punisce la diffusione, al fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese o registrazioni effettuate fraudolentemente, e dall'art. 6, che concerne le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Il momento dell'efficacia delle nuove norme, peraltro, è stato progressivamente differito fino al 31 dicembre 2019 (in forza dell'art. 2, comma 1, del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2018, n. 108; poi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, c.d. legge di bilancio; quindi, dell'art. 9, comma 2, lett. a), del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2019, n. 77).

Nelle more della maturazione del termine per l'applicazione della riforma cd. "Orlando", la materia è stata integralmente riformata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, che ha modificato o abrogato alcune delle disposizioni del menzionato d.lgs. n. 216 del 2017.

L'art. 1 di tale decreto-legge, oltre ad operare alcune modifiche alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni, relative in particolare

all'utilizzo nelle indagini del captatore informatico e al procedimento di selezione e di acquisizione probatoria dei risultati del mezzo di ricerca della prova, ha prorogato il termine a partire dal quale trovano applicazione le norme previste dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, stabilendo che tali norme si applicano ai procedimenti penali iscritti dopo il 30 aprile 2020 (mentre la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), dello stesso d.lgs. n. 216 del 2017, concernente la pubblicazione dell'ordinanza cautelare, avrebbe dovuto acquistare efficacia, per tutti provvedimenti, "vecchi e nuovi", a decorrere dal 1° maggio 2020).

In seguito, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, ha nuovamente differito il termine per l'applicazione delle nuove norme, stabilendo che esse si debbano applicare ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020 (mentre l'efficacia della disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216 del 2017, relativa alla pubblicazione dell'ordinanza cautelare, è stata spostata al 1° settembre 2020).

2. La disciplina transitoria della riforma.

L'art. 1 del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, dunque, ha modificato l'art. 9 d.lgs. n. 216 del 2019, che contiene una disposizione transitoria relativa ai termini per l'applicazione della riforma della disciplina delle intercettazioni.

Con tale disposizione - iniziando dalla parte di più agevole lettura di cui all'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2017 - è stato previsto che la nuova disciplina della pubblicazione dell'ordinanza cautelare debba essere applicata a tutti i procedimenti dal 1° settembre 2020, senza distinguere se si tratta di procedimenti già iscritti nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. oppure di nuova iscrizione.

Con la stessa norma, poi, è stato stabilito che la nuova disciplina delle intercettazioni, salvo che per il profilo appena indicato, si applica "*ai procedimenti penali iscritti dopo il* 30 *aprile* 2020", termine poi spostato al 31 agosto 2010 e, quindi, non più "*alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il* 31 *dicembre* 2019", come previsto in precedenza.

Per effetto di questa disposizione, sembra essere stato stabilito un sistema che potrebbe essere descritto come una sorta di "doppio binario" quanto ai limiti temporali per l'applicazione della disciplina del mezzo di ricerca della prova, che dipende dalla data di iscrizione del procedimento penale. Una interpretazione letterale, infatti, conduce a ritenere che, per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, continui ad essere applicabile la disciplina previgente.

Il meccanismo adottato per la determinazione dell'efficacia delle nuove norme pare sia stato suggerito dall'esigenza di sopperire a difficoltà di ordine pratico,

consistenti nell'evitare la commistione di discipline diverse applicabili alle intercettazioni disposte nello stesso procedimento.

Tale criterio, peraltro, potrebbe suscitare perplessità sul piano teorico, perché non fondato sul principio "*tempus regit actum*", che invece ispirava la precedente versione della stessa disposizione la quale, come si è visto, faceva riferimento all'epoca di adozione dei decreti autorizzativi.

Esso, in ogni caso, potrebbe far insorgere questioni di diritto transitorio, ad esempio, nel caso in cui all'iscrizione di un reato, avvenuta entro il 31 agosto 2020, ne seguano altre in epoca successiva aventi ad oggetto nuovi titoli di reato. In tale ipotesi, l'eventuale applicazione del principio dell'autonomia di ogni iscrizione, che invero è stato elaborato ai fini del computo del termine di durata delle indagini preliminari (per tale principio si veda Sez. 6, n. 19053 del 12/03/2003, Fumarola, Rv. 227380; Sez. 4, n. 32776 del 06/07/2006, Meinero, Rv. 234822; Sez. 6, n. 11472 del 02/12/2009, dep. 2010, Paviglianiti, Rv. 246525; Sez. 2, n. 29143 del 22/03/2013, Doronzo, Rv. 256457; Sez. 2, n. 22016 del 06/03/2019, Nicotra, Rv. 276965), determinerebbe l'applicazione delle nuove norme per le indagini relative alle successive iscrizioni.

Questioni di diritto intertemporale potrebbero porsi anche qualora due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione, per alcuni antecedente e per altri successiva al 31 agosto 2020, siano stati riuniti oppure quando, da un procedimento iscritto prima del 1° settembre 2020, ne scaturisca, per separazione, un altro iscritto dopo tale data.

Per superare le difficoltà interpretative illustrate è stato prospettato che, in ragione della formulazione letterale adoperata dalla disciplina transitoria ("*procedimenti penali iscritti*"), non debba trovare applicazione il principio dell'autonomia di ogni iscrizione stabilito dal codice di rito per il computo del termine di durata delle indagini preliminari. Secondo questa interpretazione, la nuova disciplina delle intercettazioni si applica ai procedimenti penali iscritti a partire dal 1° settembre 2020, da intendersi come procedimenti iscritti "per la prima volta" a partire da tale data nel registro delle notizie di reato previsto dall'art. 335 cod. proc. pen., senza che assuma alcun rilievo l'aggiornamento delle notizie di reato iscritte o l'iscrizione nel medesimo procedimento di ulteriori notizie di reato dopo la data indicata.

E' stata prospettata, inoltre, la necessità di ricorrere all'elaborazione giurisprudenziale relativa al divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi di cui all'art. 270 cod. proc. pen. (**Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo, Rv. 277395 - 01**) per distinguere i casi in cui la nuova iscrizione di reati o l'aggiornamento di quelle precedenti rientra nell'ambito dello "stesso procedimento", imponendo l'applicazione della disciplina previgente.

La formulazione letterale dalla norma, invero, è il principale dato ermeneutico che sostiene tale interpretazione. Al riguardo, è stato evidenziato che è significativo non tanto l'impiego del termine "procedimento", che può assumere connotazioni diverse, quanto quello di "iscrizione" riferito a detto procedimento, con ciò intendendosi univocamente la formazione del fascicolo a seguito della prima iscrizione della notizia di reato ex art. 335 cod. proc. pen.

Rispetto alla data della prima iscrizione del procedimento, pertanto, non avrebbero effetto, ai fini della determinazione della disciplina delle intercettazioni applicabile, né gli aggiornamenti o le modifiche delle iscrizioni della notizia di reato, né le nuove iscrizioni di reati connessi cui si dovesse procedere a seguito delle investigazioni in corso.

3. L'utilizzo del captatore informatico nelle indagini in attesa delle nuove norme.

In attesa della maturazione del termine per l'applicazione delle nuove norme, la Suprema Corte, nel corso del 2020, si è confrontata in numerose decisioni con l'utilizzo del captatore informatico nelle indagini per eseguire intercettazioni.

In particolare, una delle principali questioni sollevate in sede di legittimità ha riguardato la stessa possibilità di ricorrere al captatore per realizzare intercettazioni prima che le nuove norme che disciplinano tale strumento sono divenute efficaci. Al riguardo, la Corte ha affermato che la circostanza che l'utilizzo del captatore informatico sia stato autorizzato in data anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 29/12/2017, n. 216, non implica affatto l'assenza di copertura normativa per l'impiego di tale mezzo di ricerca della prova (cfr., *ex plurimis*, **Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco**; **Sez. 5, n. 32428 del 24/09/2020, Marzano; Sez. 5, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe; Sez. 5, n. 29712 del 24/09/2020, Pronjaj**). Come è stato chiarito da Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905, infatti, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del d.l. 13/05/1991, n. 152, convertito dalla legge 12/07/1991, n. 203, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto (**Sez. 5, n. 31606 del 30/09/2020, Pici**).

La circostanza che il d.lgs n. 216 del 2017 abbia positivizzato alcuni aspetti tecnici delle captazioni, pertanto, non può significare che le operazioni eseguite senza detti accorgimenti perché precedenti all'entrata in vigore della disposizione possano essere reputate inutilizzabili (**Sez. 5, n. 31849 del 28/09/2020, Leto**).

Nello stesso tempo, la Corte ha osservato che la pretesa di applicare la riforma del 2017 anche alle intercettazioni disposte in data anteriore all'entrata in vigore di quest'ultima, «presuppone la dimostrazione - in realtà non ravvisabile - che le regole enucleate dalla sentenza Scurato siano non semplicemente diverse da quelle successive, ma inadeguate a proteggere valori di rilievo costituzionale» (**Sez. 5, n. 29712 del 24/09/2020, Pronjaj, cit.**). In tal modo, è stato riconosciuto che l'art. 13 del d.l. dapprima citato e l'interpretazione che ne ha proposto la sentenza delle Sezioni unite "Scurato" assicurano comunque un elevato grado di garanzia alle prerogative individuali. Anzi, è stato precisato che la perimetrazione dell'uso del captatore, così come determinato dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, «consente di cogliere propensione alla "cautela" verso l'utilizzo di tale strumento anche antecedentemente alla riforma delle intercettazioni del 2017» (**Sez. 5, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe, cit.**).

E' stato ritenuto legittimo, quindi, l'uso del captatore per i reati di criminalità organizzata, ossia nei procedimenti elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. nonché in quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere. Per tali delitti trova applicazione la disciplina prevista dall'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità della preventiva individuazione e dell'indicazione dei suddetti luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminosa in atto purché tale qualificazione risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso (**Sez. 5, n. 25959 del 23/07/2020, Chicello; Sez. 2, n. 31440 del 24/07/2020, Galea**).

La descritta disciplina speciale delle intercettazioni, inoltre, trova applicazione, in ragione della sua natura processuale, anche per le indagini relative a delitti commessi, al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis* cod. pen. (art. 51 cod. proc. pen., comma 3-*bis*), prima dell'introduzione, nella disciplina sostanziale degli illeciti penali, della circostanza aggravante indicata dal d.l. n. 152 del 1991, art. 7, convertito con legge n. 203 del 1991 (**Sez. 1, n. 17647 del 19/02/2020, Schirippa**).

Anche nel 2020, però, la Suprema Corte ha precisato come, «proprio in considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione» (cfr., *ex plurimis*, **Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.**) , oggetto di sindacato di legittimità da parte della Corte di cassazione in ordine alla sussistenza di tali presupposti (**Sez. 5, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe, cit.**).

4. L'uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione.

L'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 - che come si è visto è entrato in vigore il 26 gennaio 2018 - ha esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, conv., con modificazioni, dalla l. n. 203 del 1991 ed integrato con d.l. n. 306 del 1992, conv., con modificazioni, dalla l. n. 356 del 1992.

Il comma secondo di questa stessa diposizione prevedeva una specifica disciplina per l'impiego del captatore informatico nei luoghi domiciliari nelle indagini relative ai reati contro la pubblica amministrazione. Tale norma, infatti, stabiliva che, nel caso di intercettazioni eseguite tramite captatore informatico in uno dei luoghi di cui all'art. 614 cod. pen., era necessario che sia stata raggiunta la prova che in detto luogo è in corso l'attività criminosa. Questa norma, quindi, non aveva esteso ai procedimenti relativi ai reati contro la pubblica amministrazione una delle deroghe alla disciplina ordinaria delle intercettazioni previste dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 per le captazioni in materia di criminalità organizzata - quella per la quale per le intercettazioni in ambienti domiciliari non occorre che sia in corso l'attività criminosa - determinando una sorta di *tertium genus* tra la disciplina delle intercettazioni per reati comuni e quelle di criminalità organizzata.

L'art. 1, comma 3, della legge n. 3 del 2019, cd. Spazzacorrotti, tuttavia, ha abrogato proprio l'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2017.

L'abrogazione ha determinato una delicata questione concernente l'eventuale ampliamento dell'area operativa dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. 216 del 2017 e, quindi, all'estensione, ai reati più gravi dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, dell'intera la disciplina dell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, con l'eliminazione della restrizione dell'uso del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che lo strumento informatico possa essere usato anche nelle indagini per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in conformità della disciplina introdotta dell'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, affermando che «la possibilità di utilizzare il captatore informatico preesiste e prescinde dalla modifica del testo codicistico operata dall'art. 4 del d. lgs. 216 del 2017, e deriva direttamente, come hanno precisato le sezioni unite penali, dall'art. 13 del d.l. 152 del 1991, norma il cui ambito di efficacia è stato esteso dall'art. 6 del d. lgs. 261 del 2017 anche ai più gravi reati contro la p.a.». (Cassazione civile, **Sez. U, n. 741 del 15/01/2020**).

E' stato sostenuto, pertanto, che «Non coglie, quindi, nel segno l'osservazione secondo la quale la norma di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 4 d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, che consente sempre le intercettazioni mediante il captatore informatico nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. sarebbe destinata a trovare applicazione solo in riferimento ai fatti commessi successivamente alle date stabilite dall'art. 9 dello stesso decreto e dall'art. 1, comma 4, lett. a), legge n. 3 del 9/01/2019, posto che omette di considerare che la disposizione in parola ha esteso la possibilità di legittima utilizzazione del captatore informatico anche nelle indagini «per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni», di modo che è solo ai fatti sussumibili in queste fattispecie criminose che si riferisce il differimento dell'applicazione della disposizione evocata» (**Sez. 5, n. 31605 del 30/09/2020, Pepe**).

5. Il captatore informatico come mero mezzo tecnico per eseguire intercettazioni tra presenti.

Secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte, invero, il captatore informatico è solo uno strumento messo a disposizione dalla moderna tecnologia, attraverso il quale è possibile effettuare una intercettazione ambientale. «Dunque, non viene in rilievo una "prova atipica", né un aggiramento delle regole della "prova tipica", poiché, già prima della entrata in vigore della specifica disciplina contenuta nel d. lgs. n. 216 del 2017 (che invece ne estende l'applicabilità, a determinate condizioni, anche ai reati comuni), l'impiego del *trojan horse*, quale mezzo per eseguire la captazione di conversazioni tra presenti, era regolamentato dagli artt. 266, 267 e 271 cod. proc. pen. - interpretati in senso restrittivo dalle Sezioni Unite Scurato, che hanno bandito tale strumento per tutti i reati comuni, al fine di scongiurare in radice il pericolo di una incontrollabile intrusione nella sfera privata delle persone - con la speciale deroga, nella specie operante, di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991» (**Sez. 5, n. 31606 del 30/09/2020, Pici, cit.**).

Sulla base di tale presupposto, del resto, di recente una pronuncia ha ritenuto utilizzabili le intercettazioni acquisite tramite la collocazione di microspie anziché mediante l'impiego di un *software* spia, così come invece era originariamente disposto nel decreto autorizzativo del giudice; ciò perché - si è detto - la modifica delle modalità esecutive delle captazioni, concernendo un aspetto meramente tecnico, può essere autonomamente disposta dal pubblico ministero, non occorrendo un apposito provvedimento da parte del giudice per le indagini preliminari (Sez. 6, n. 45486 del 8/3/2018, Romeo, Rv. 274934).

6. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata.

La Corte, in particolare, ha escluso che l'utilizzo del *trojan* nelle indagini costituisca un metodo investigativo o una tecnica d'indagine idonea ad influire sulla libertà morale della presone, conducendo all'acquisizione di una prova in violazione dell'art. 188 cod. proc. pen. E' stato affermato, infatti, che «Va escluso che il captatore informatico possa inquadrarsi tra "i metodi o le tecniche" idonee ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall'art. 188 cod. proc. pen. Il *trojan horse* non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità» (**Sez. 5, n. 31606 del 30/09/2020, Pici, cit.**; **Sez. 5, n. 31604 del 30/09/2020, Palazzo; Sez. 5, n. 31602 del 30/09/2020, Lazzari**).

7. L'intercettazione di immagini.

La Suprema Corte, sempre nel 2020, ha affermato che l'intercettazione tra presenti, realizzata per mezzo del captatore informatico, può riguardare anche comportamenti cd. "comunicativi" (**Sez. F., n. 26111 del 2/09/2020, Porcaro**). Il sistema captativo, costituito dal microfono e dalla telecamera dello *smartphone*, infatti, può essere adoperato per intercettare parole, ma anche per riprendere gesti. In questa decisione, la Corte ha ribadito i principi espressi da un fondamentale arresto delle Sezioni unite (Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234267) secondo cui costituiscono prove atipiche ai sensi dell'art. 189 cod. proc. pen., con conseguente inapplicabilità della disciplina sulle intercettazioni, le videoriprese di comportamenti non aventi contenuto comunicativo effettuate in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, dovendosi intendere, invece, per comportamenti comunicativi, intercettabili solo previo provvedimento di autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, quelli finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero mediante la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo (cfr., in precedenza, Sez. 6, n. 52595 del 04/11/2016, Rv. 268936). Le captazioni audiovisive, invece, rientrano nelle intercettazioni ambientali (cfr. di recente, Sez. 6, n. 14150 del 14/02/2019, Rv. 275464) e, sussistendone i presupposti, possono essere disposte anche in ambienti privati.

In tema di videoregistrazioni eseguite in ambiente privato, peraltro, è stato osservato che la legittimità delle riprese di comportamenti "comunicativi" o " non comunicativi" deve essere valutata secondo un criterio prognostico "*ex ante*", al momento in cui le operazioni sono state autorizzate dall'autorità giudiziaria, prescindendo dagli esiti delle stesse, con la conseguenza che sono utilizzabili le videoriprese legittimamente autorizzate per captare eventuali comunicazioni gestuali,

pur se rivelatesi "*ex post*" solo rappresentative di condotte materiali non comunicative" (**Sez. 3, n. 15206 del 21/11/2019, dep. 2020, P., Rv. 279067 - 01**). Una applicazione di questo principio pare ravvisarsi nella sentenza dapprima illustrata laddove è stato precisato che l'indagato, per mezzo del captatore, è stato «immortalato in primo piano nel luogo dove sono state rinvenute e sequestrati armi e droga», lasciando intendere che di tali ultime immagini, di natura non comunicativa, sia stato fatto uso processuale.

8. Le questioni "tecniche" conseguenziali all'uso del *trojan*.

E' stato altresì precisato che le questioni relative all'installazione degli strumenti tecnici per l'intercettazione - come nella specie il virus *trojan* - in relazione all'obiettivo da intercettare non attengono alla fase autorizzativa dell'attività investigativa demandata al giudice per le indagini preliminari, né alla verifica dei presupposti di legittimità delle intercettazioni, bensì alla fase esecutiva, già coperta dall'autorizzazione a disporre le stesse intercettazioni (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello**).

La fase esecutiva, inoltre, è consegnata alle prerogative del pubblico ministero che può delegare la polizia giudiziaria alle operazioni materiali di installazione tecnica degli strumenti (*software, hardware, trojan*) idonee a dar vita, in concreto, alle intercettazioni; eventuali modifiche degli strumenti già indicati nel decreto autorizzativo del GIP come quelli da utilizzare per eseguire le captazioni possono essere disposte dallo stesso pubblico ministero (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.**).

Le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, anche tramite virus *trojan*, costituiscono atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, consentiti dalla finalità pubblica di procedere ad attivare il mezzo di ricerca della prova anche quando consistono in un'intrusione da parte degli agenti incaricati dell'esecuzione in luoghi privati o altrui o, come nel caso del captatore informatico, in dispositivi informatici tramite inserimento di un *software* spia; l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.**).

Alle intercettazioni ambientali realizzate tramite captatore informatico, pertanto, sono stati estesi i principi giurisprudenziali elaborati con riferimento all'utilizzo di mezzi "tradizionali" per realizzare le captazioni. Le operazioni esecutive di installazione degli strumenti tecnici atti a captare le conversazioni tra presenti devono ritenersi implicitamente autorizzate ed ammesse con il provvedimento che dispone

l'intercettazione; difatti si è affermato che la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora, costituendo una delle naturali modalità attuative di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione, senza la necessità di una specifica autorizzazione (cfr. Sez. 6, n. 14547 del 31/1/2011, Di Maggio, Rv. 250032; Sez. 1, n. 24539 del 9/12/2003, dep. 2004, Rigato, Rv. 230097). Tale principio è diretta conseguenza del fatto che le intercettazioni di comunicazioni sono un mezzo di ricerca della prova funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il quale il principio di inviolabilità del domicilio previsto dall'art. 14 Cost. e quello di segretezza della corrispondenza e di qualsiasi forma di comunicazione previsto dall'art. 15 Cost. devono coordinarsi, subendo la necessaria compressione (Sez. 2, n. 21644 del 18/02/2013, Badagliacca, Rv. 255541; Sez. 1, n. 38716 del 02/10/2007, Biondo, Rv. 238108; Sez. 4 n. 47331 del 28/09/2005, Cornetto, Rv. 232777; Sez. 6, n. 4397 del 10/11/1997, Greco, Rv. 210062).

Le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, poi, costituiscono atti materiali rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, non essendo compito del pubblico ministero indicare le modalità dell'intrusione negli ambiti e luoghi privati ove verrà svolta l'intercettazione poiché la finalità di intercettare conversazioni telefoniche e/o ambientali consente all'operatore di polizia la materiale intrusione, per la collocazione dei necessari strumenti di rilevazione nei luoghi oggetto di tali mezzi di ricerca della prova (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.**); l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria, pertanto, non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali (cfr. in precedenza, Sez. 6, n. 39403 del 23/6/2017, Nobile, Rv. 270941; Sez. 6, n. 41514 del 25/9/2012, Adamo, Rv. 253805).

9. La mancata indicazione nel verbale del nominativo dell'ausiliario di polizia giudiziaria che ha inoculato il virus.

L'operazione informatica implica sovente il ricorso a soggetti esterni alla polizia giudiziaria. Secondo un indirizzo giurisprudenziale, la mancata indicazione del nome dell'ausiliario che ha provveduto all'installazione del virus informatico per l'intercettazione, difetto che può inscriversi nella categoria dell'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero all'esecuzione delle operazioni autorizzate, non dà luogo ad inutilizzabilità o nullità dei risultati delle intercettazioni (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020,**

Guadaniello). L'art. 271 del codice di rito, infatti, sanziona con l'inutilizzabilità solo l'inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 cod. proc. pen. La mancata indicazione nel verbale di esecuzione delle operazioni, redatto ai sensi dell'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., delle generalità dell'ausiliario che abbia provveduto alla materiale attività di installazione del captatore informatico tramite virus *trojan* non può determinare alcuna sanzione di inutilizzabilità, stante l'assenza di richiami in tal senso nell'art. 271 cod. proc. pen.

E' stato esteso alle intercettazioni tramite *trojan* quanto si è affermato nel caso della mancata indicazione delle generalità degli ausiliari utilizzati per la traduzione delle intercettazioni di conversazioni che si svolgano in lingua straniera. L'opzione dominante nella giurisprudenza di legittimità ha stabilito che l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, non è causa di inutilizzabilità dei risultati di tali operazioni, essendo tale sanzione prevista solo per i casi tassativamente indicati dall'art. 271 cod. proc. pen. (**Sez. 5, n. 7030 del 16/1/2020, Polak, Rv. 278659**; Sez. 5, n. 15472 del 19/01/2018, Kochev, Rv. 272683; Sez. 6, n. 5197 del 10/11/2017, dep. 2018, Feretti, Rv. 272151; Sez. 6, n. 31285 del 23/03/2017, Lleshaj, Rv. 270570; Sez. 3, n. 24305 del 19/01/2017, Mifsud, Rv. 269985; Sez. 5, n. 25549 del 15/04/2015, Silagadze, Rv. 268024; Sez. 6, n. 24141 del 04/06/2008, El Arbaoui, Rv. 240372; Sez. 6, n. 30783 del 12/07/2007, Barbu, Rv. 237088).

Più in generale, riguardo ai rischi derivanti dal servirsi di personale proveniente da ditte private per l'installazione del *trojan*, è stato ribadito che la previsione dell'art. 267 cod. proc. pen., secondo cui «il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria», si riferisce unicamente alle operazioni previste dal precedente art. 266, ossia le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazioni, con la conseguenza che qualsiasi altra «operazione» diversa, ancorché correlata, dalle suddette non rientra nella previsione normativa evocata e legittimamente, dunque, può essere svolta da personale civile (**Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello**, non mass., in precedenza, Sez. 4, n. 3307 del 01/12/2016, dep. 2017, Agnotelli, Rv. 269012; Sez. 6, n. 39403 del 23/6/2017, Nobile, cit.; Sez. 3, n. 11116 del 07/01/2014, Vita, Rv. 259744).

10. La pretesa natura "fraudolenta" del mezzo adoperato.

Una questione sollevata in merito all'uso del captatore nelle indagini ha riguardato la fraudolenza della modalità di installazione del virus cd. *trojan* per mezzo del quale è possibile attuare l'intercettazione. Tale fraudolenza determinerebbe la

collaborazione dello stesso soggetto intercettato, inconsapevole ed ingannato. Questa modalità ingannevole e subdola sarebbe illegittima poiché ciò che l'ordinamento consente è solo l'attività occulta di apprensione del flusso di informazioni (l'intercettazione in sé delle conversazioni) mentre non può ritenersi liceizzata la frode strumentale all'attivazione dell'intercettazione, pena la violazione degli artt. 2 e 15 della Costituzione e dei diritti fondamentali da tali disposizioni garantiti.

La Suprema Corte non ha accolto tale eccezione, rilevando che, «se la finalità di intercettare conversazioni telefoniche e/o ambientali consente all'operatore di polizia la materiale intrusione, per la collocazione dei necessari strumenti di rilevazione, negli ambiti e nei luoghi di privata dimora, oggetto di tali mezzi di ricerca della prova, senza che il pubblico ministero, delegato per l'esecuzione, sia tenuto a precisare le modalità di intrusione delle microspie in tali luoghi e senza che la relativa omissione determini alcuna nullità dell'atto … allo stesso modo, la medesima finalità di intercettazione consente all'operatore di polizia, ovvero ad un suo delegato (di solito un privato, tecnico della società specializzata incaricata dell'esecuzione delle operazioni di inoculazione del *software* spia), di introdursi, anche da remoto, nel dispositivo elettronico-target indicato nel decreto autorizzativo del giudice e di installare il trojan mediante le modalità tecniche necessarie e utilizzando gli strumenti tecnologici opportuni» (**cfr., Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.**).

Sul punto, poi, è stato aggiunto che «in tema di intercettazioni tramite captatore informatico, la fraudolenza dell'intrusione nel dispositivo-target tramite virus *trojan*, poiché costituisce una delle naturali modalità attuative di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione, senza la necessità di una specifica autorizzazione (cfr. Sez. 6, n. 14547 del 31/1/2011, Di Maggio, Rv. 250032; Sez. 1, n. 24539 del 9/12/2003, dep. 2004, Rigato, Rv. 230097) e pienamente legittima dal punto di vista del bilanciamento tra il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il principio di inviolabilità della sfera di riservatezza e segretezza di qualsiasi forma di comunicazione previsto dall'art. 15 Cost.» (cfr., *ex plurimis*, **Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.**). Queste affermazioni si segnalano perché segnano l'estensione dei principi elaborati dalla giurisprudenza per le intercettazioni realizzate con mezzi tradizionali a quelle compiute tramite *trojan*, con l'implicita, ma definitiva affermazione secondo cui il captatore è solo uno strumento tecnico adoperato per eseguire captazioni tra presenti.

11. L'uso dell'energia elettrica altrui.

La Corte ha anche escluso che l'utilizzo del captatore informatico per intercettare le comunicazioni o le conversazioni altrui determini una lesione del diritto di proprietà privata, previsto dall'art. 42 Cost., con riguardo alla utilizzazione dell'energia acquistata dagli stessi soggetti intercettati per la ricarica delle batterie del dispositivo elettronico "infettato" ed all'utilizzo di quest'ultimo in quanto tale. A tal proposito è stato sostenuto che «le conseguenze di "perdita" e "sottrazione" patrimoniale di una quota del proprio diritto di proprietà da parte del soggetto intercettato rimangono soccombenti, anche per la loro minima compressione, rispetto all'obiettivo, egualmente legittimo dal punto di vista costituzionale, del soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.» (cfr., **Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.**).

12. L'area operativa delle questioni di inutilizzabilità.

La Corte, più in generale, ha precisato che tra le questioni di inutilizzabilità anche delle intercettazioni realizzate tramite captatore non rientrano quelle relative a violazioni delle norme che disciplinano la fase esecutiva del mezzo di ricerca della prova diverse da quelle contenuti nell'art. 268, comma 1 e 3, cod. proc. pen. E' stato ribadito che «è la stessa formulazione dell'art. 271 cod. proc. pen. che rende "chiuso" e tassativo il richiamo volto alla sanzione di inutilizzabilità dei contenuti dell'intercettazione, riferendolo alla sola inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 267, sui presupposti e forme del provvedimento autorizzativo, e, per quel che riguarda la fase esecutiva, dall'art. 268, commi primo e terzo, cod. proc. pen. Pertanto, la sanzione d'inutilizzabilità degli esiti di intercettazioni telefoniche o ambientali, anche tramite *trojan*, stante il principio di tassatività, non può essere dilatata sino a comprendervi l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., non espressamente richiamato dall'art. 271 cod. proc. pen.» (cfr., **Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.**).

13. Il rischio di captare dialoghi con il difensore.

E' stato sostenuto che, nel momento in cui si legittima l'idea di un'intercettazione itinerante, di fatto non si pone alcun vincolo spaziale, con la conseguenza che si assume il rischio che la captazione possa avvenire negli studi dei difensori, degli investigatori privati e dei consulenti di parte dell'indagato. Sul punto, la Corte ha precisato che l'eventuale captazione dei colloqui con i soggetti predetti è colpita dalla sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 103, commi 5 e 7, cod. proc. pen. e di cui al

combinato disposto degli artt. 200 e 271 cod. proc. pen., la cui operatività può emergere, tuttavia, solo successivamente allo svolgimento del monitoraggio. Tale valutazione, infatti, può essere effettuata solo 'a valle' delle operazioni di intercettazione, anche perché occorre discernere, nell'ambito delle conversazioni registrate con i professionisti suddetti, quelle che attengono all'esercizio della funzione svolta, alle quali - sole - si riferisce il limite di utilizzabilità. «Ebbene, una valutazione di tal genere, che concerne non solo l'identità degli interlocutori, ma anche il contenuto delle conversazioni, non può che avvenire con una verifica postuma, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte: l'art. 103, comma 5, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni - individuabili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma - inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio» (**cfr., Sez. 5, n. 33141 del 28/09/2020, Calosso**)

14. L'intercettazione tramite *trojan* di conversazioni intervenute all'estero.

Sempre nel 2020, la Corte si è confrontata con una fattispecie che fa comprendere immediatamente le notevoli potenzialità investigative del captatore informatico. In particolare, la Corte ha affermato che l'intercettazione ambientale a mezzo "captatore informatico", inoculato tramite "*malaware*" in Italia, eseguita anche all'estero, non richiede l'attivazione di una rogatoria per il solo fatto che la persona intercettata si sposti anche in territorio straniero ed ivi si svolgano le conversazioni intercettate, atteso che l'installazione del captatore è avvenuta in territorio nazionale e la captazione nei suoi sviluppi finali e conclusivi si è realizzata in Italia attraverso le centrali di ricezione che fanno capo alla procura della Repubblica (**Sez. 2, n. 29362 del 22/07/2020, Cerisano, Rv. 279815 - 01**). In questa decisione, la Corte ha evidenziato che lo strumento è per sua natura "itinerante", non essendo possibile conoscere anticipatamente tutti gli spostamenti della persona intercettata, sicché appare ininfluente lo spostamento all'estero al fine di ritenere la necessità della rogatoria, a meno di non voler così vanificare la finalità del mezzo di ricerca della prova. Pertanto, «deve ritenersi che, quando il captatore informatico sia installato in Italia e la captazione avvenga, di fatto, in Italia attraverso le centrali di ricezione collocate sul territorio italiano, la sola circostanza che le conversazioni siano state effettuate, in parte, all'estero e ivi "temporaneamente" registrate tramite wi-fi locale a causa dello spostamento del cellulare, sul quale è stato inoculato il *trojan*, non può implicare l'inutilizzabilità dell'intercettazione per difetto di rogatoria» (**Sez. 2, n.**

31440 del 24/07/2020, Galea). La procedura di cui all'art. 727 e ss. cod. proc. pen., invece, riguarda esclusivamente gli interventi da compiersi all'estero e che richiedono, quindi, l'esercizio della sovranità propria dello Stato estero; conseguentemente, non è ipotizzabile alcuna rogatoria per un'attività di fatto svolta in Italia e, pertanto, ivi autorizzata e realizzata secondo le regole del codice di rito.

Queste decisioni hanno il merito di aver precisato come il sistema di intercettazione non sia costituito solamente dal captatore, cioè dal *software* (*rectius*, *malware*), che viene inserito nell'apparecchio, ma anche dalle piattaforme necessarie per il loro funzionamento, che ne consentono il controllo e la gestione da remoto e che ricevono i dati inviati dal captatore in relazione alle funzioni investigative attivate. I dati raccolti, infatti, sono trasmessi, per mezzo della rete *internet*, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, ad altro sistema informatico in uso agli investigatori. In particolare, «i dati provenienti dal captatore informatico devono essere cifrati e devono transitare su un canale protetto sino al server della procura che è il primo ed unico luogo di memorizzazione del dato. Ogni *file* è dunque cifrato e reca una *password* diversa rispetto a quella utilizzata per la memorizzazione sul *server*; ne consegue che ogni *file* per essere ascoltato deve essere decriptato» (**Sez. 2, n. 29362 del 22/07/2020, Cerisano, cit.**). La registrazione delle conversazioni, eventualmente tramite *wi-fi* sito in uno Stato estero, perciò, costituisce solo una fase intermedia di una più ampia attività di captazione iniziata sul territorio italiano ed oggetto di registrazione, nella sua fase finale e conclusiva, sempre in Italia. Nel caso dell'utilizzo del *trojan* anche per intercettare dialoghi che avvengono all'estero, il *server* della procura è il primo e l'unico luogo di memorizzazione del dato captato (**Sez. 2, n. 31440 del 24/07/2020, Galea, cit.**).

Le pronunce in esame, peraltro, hanno esteso alle intercettazioni compiute tramite *trojan* gli orientamenti elaborati in tema di intercettazione tra presenti realizzate con strumenti tradizionali.

E' stato fatto riferimento, in primo luogo, all'indirizzo secondo cui l'intercettazione di comunicazioni tra presenti eseguita a bordo di una autovettura attraverso una microspia installata nel territorio nazionale, non richiede l'attivazione di una rogatoria per il solo fatto che il suddetto veicolo si sposti anche in territorio straniero ed ivi si svolgano alcune delle conversazioni intercettate (Sez. 2, n. 51034 del 4/11/2016, Rv. 268514). L'alternativa, non potendosi, nel caso di intercettazione ambientale su mezzo mobile, conoscere tutti gli spostamenti della persona, sarebbe quella di vanificare le finalità del mezzo di ricerca della prova (Sez. 4, n. 8588 del 6/11/2007, dep. 2008, Rv. 238951).

E' stato richiamato, inoltre, l'orientamento consolidato secondo cui l'intercettazione può legittimamente essere realizzata mediante la procedura dell'instradamento (ma, forse, sul piano tecnico sarebbe meglio utilizzare il termine

roaming), che permette di compiere la captazione nel momento in cui per la conversazione è impegnato un "nodo tecnologico" o una "centrale telefonica" che si trova in Italia. Detta procedura, quindi, non determina la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, perché la captazione e la registrazione delle conversazioni è interamente realizzata sul territorio italiano e non si verifica alcuna intrusione nella giurisdizione dello Stato estero, ove si trova uno degli interlocutori ovvero entrambi o il dispositivo captato ovvero ove si trova l'impalcatura informatica su cui sono transitati i dati registrati. Il ricorso alla rogatoria, invece, è necessario solo per gli interventi da compiere integralmente all'estero ed anzi esclusivamente per l'intercettazione di conversazioni captate soltanto da una compagnia telefonica straniera che, di conseguenza, non sono "instradati" su nodi di comunicazione nazionali (cfr. Sez. 3, n. 38009 del 10/05/2019, Assisi, Rv. 278166 - 03; Sez. 6, n. 7634 del 12/12/2014, dep. 2015, Nardella, Rv. 262495). Alla figura dell'instradamento è stato fatto riferimento, di recente, dalla giurisprudenza per la captazione di messaggi tra apparecchi del tipo *Blackberry*. Al riguardo, è stata esclusa la necessità di esperire una rogatoria internazionale per carpire le conversazioni che utilizzano questi dispositivi allorquando l'attività di captazione del flusso comunicativo avviene in Italia, perché i telefoni sono localizzati nella nostra nazione o almeno uno di essi impiega un nodo interno per le comunicazioni (Sez. 6, n. 39925 del 22/09/2015, Solimando)

L'acquisizione della messaggistica, scambiata mediante sistema *Blackberry* e gestito tramite *server* collocato in territorio estero, non necessita di rogatoria internazionale nel caso in cui la registrazione dei dati sia avvenuta in Italia, a nulla rilevando che per "decriptare" gli elementi identificativi associati ai cd. codici PIN, assegnati dalla compagnia che eroga il servizio all'apparecchio dell'utente, sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero (Sez. 3, n. 47557 del 26/09/2019, Scognamiglio, Rv. 277990 - 03).

È stato affermato, pertanto, che, a nulla rileva, sul piano del rispetto della giurisdizione, il fatto che per decriptare i dati identificativi associati ai codici identificativi dell'apparecchio *Blackberry* (che si chiamano "pin") sia indispensabile ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero per l'impiego dell'algoritmo necessario per la decifrazione dei flussi informatici (Sez. 4, n. 49896 del 15/10/2019, PG C/ Brandimarte, Rv. 277949; Sez. 4, n. 16670, del 8/04/2016, Fortugno, Rv. 266983).

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. 6, n. 4397 del 10/11/1997, Greco, Rv. 210062
Sez. 6, n. 19053 del 12/03/2003, Fumarola, Rv. 227380
Sez. 1, n. 24539 del 9/12/2003, dep. 2004, Rigato, Rv. 230097
Sez. 4 n. 47331 del 28/09/2005, Cornetto, Rv. 232777
Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234267
Sez. 4, n. 32776 del 06/07/2006, Meinero, Rv. 234822
Sez. 6, n. 30783 del 12/07/2007, Barbu, Rv. 237088
Sez. 1, n. 38716 del 02/10/2007, Biondo, Rv. 238108
Sez. 4, n. 8588 del 6/11/2007, dep. 2008, Rv. 238951
Sez. 6, n. 24141 del 04/06/2008, El Arbaoui, Rv. 240372
Sez. 6, n. 11472 del 02/12/2009, dep. 2010, Paviglianiti, Rv. 246525
Sez. 6, n. 14547 del 31/1/2011, Di Maggio, Rv. 250032
Sez. 6, n. 41514 del 25/9/2012, Adamo, Rv. 253805
Sez. 2, n. 21644 del 18/02/2013, Badagliacca, Rv. 255541
Sez. 2, n. 29143 del 22/03/2013, Doronzo, Rv. 256457
Sez. 3, n. 11116 del 07/01/2014, Vita, Rv. 259744
Sez. 5, n. 25549 del 15/04/2015, Silagadze, Rv. 268024
Sez. 6, n. 7634 del 12/12/2014, dep. 2015, Nardella, Rv. 262495
Sez. 6, n. 39925 del 22/09/2015, Solimando
Sez. 4, n. 16670, del 8/04/2016, Fortugno, Rv. 266983
Sez. 6, n. 52595 del 04/11/2016, Rv. 268936
Sez. 2, n. 51034 del 4/11/2016, Rv. 268514
Sez. 4, n. 3307 del 01/12/2016, dep. 2017, Agnotelli, Rv. 269012
Sez. 3, n. 24305 del 19/01/2017, Mifsud, Rv. 269985
Sez. 6, n. 31285 del 23/03/2017, Lleshaj, Rv. 270570
Sez. 6, n. 39403 del 23/6/2017, Nobile, Rv. 270941
Sez. 6, n. 5197 del 10/11/2017, dep. 2018, Feretti, Rv. 272151
Sez. 5, n. 15472 del 19/01/2018, Kochev, Rv. 272683
Sez. 6, n. 45486 del 8/3/2018, Romeo, Rv. 274934
Sez. 6, n. 14150 del 14/02/2019, Rv. 275464
Sez. 2, n. 22016 del 06/03/2019, Nicotra, Rv. 276965
Sez. 3, n. 38009 del 10/05/2019, Assisi, Rv. 278166 - 03
Sez. 3, n. 47557 del 26/09/2019, Scognamiglio, Rv. 277990 - 03
Sez. 4, n. 49896 del 15/10/2019, PG C/ Brandimarte, Rv. 277949

Sez. 3, n. 15206 del 21/11/2019, dep. 2020, P., Rv. 279067 - 01
Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo, Rv. 277395
Sez. 5, n. 7030 del 16/1/2020, Polak, Rv. 278659
Sez. 1, n. 17647 del 19/02/2020, Schirippa
Sez. 2, n. 29362 del 22/07/2020, Cerisano, Rv. 279815 - 01
Sez. 5, n. 25959 del 23/07/2020, Chicello
Sez. 2, n. 31440 del 24/07/2020, Galea
Sez. F., n. 26111 del 2/09/2020, Porcaro
Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello
Sez. 5, n. 32428 del 24/09/2020, Marzano
Sez. 5, n. 29712 del 24/09/2020, Pronjaj
Sez. 5, n. 33141 del 28/09/2020, Calosso
Sez. 5, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco
Sez. 5, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe
Sez. 5, n. 31849 del 28/09/2020, Leto
Sez. 5, n. 31606 del 30/09/2020, Pici

SEZIONE V

PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

ABBREVIATO CONDIZIONATO E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE NON COLLEGATA ALL'ATTIVITA' INTEGRATIVA ESPLETATA.

(MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 27104 del 16/07/2020, Calella Vito, Rv. 277706-01. - 2. La vicenda processuale. - 3. I motivi di ricorso. - 4. L'ordinanza di rimessione. - 5. La giurisprudenza di legittimità. - 6. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010. - 7. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, nell'ambito di un ampio confronto giurisprudenziale relativo alla ampiezza e possibilità di procedere alla modifica dell'imputazione a seguito di integrazione probatoria nel corso di giudizio abbreviato, con sentenza pronunciata **nella udienza pubblica del 18 Aprile 2019, dep. il 13 Febbraio 2020, n. 5788, Halan, Rv. 277706 - 01,** hanno enunciato il principio di diritto che è stato così massimato: *"Nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art.* 438*, comma* 5*, cod. proc. pen. o nel quale l'integrazione sia stata disposta a norma dell'art.* 441*, comma* 5*, dello stesso codice, è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art.* 423 *cod. proc. pen."*.

2. La vicenda processuale.

La questione risolta trova la sua origine nell'ambito di un'attività di indagine che portava al giudizio immediato per le imputazioni di omicidio e incendio. L'imputato chiedeva ritualmente di accedere al rito abbreviato, condizionato ad un accertamento peritale sul proprio telefono cellulare; rito ammesso dal giudice contestualmente ad ulteriori integrazioni istruttorie disposte d'ufficio. Venivano, quindi, realizzate le attività disposte d'ufficio e il pubblico ministero, prima ancora dell'espletamento dell'accertamento peritale, contestava in via suppletiva alcune aggravanti da riferire all'omicidio contestato, tra le quali quella dei motivi abietti e futili (in considerazione della gelosia che aveva spinto l'imputato ad agire), nonché un ulteriore capo di imputazione relativo all'occultamento di cadavere.

La difesa dell'imputato, sia dinnanzi al g.i.p. nell'immediatezza, che dinnanzi alla corte d'assise d'appello con i motivi di appello, rilevava l'inammissibilità di siffatte contestazioni poiché non correlate in alcun modo alle integrazioni probatorie richieste e disposte. Sia il g.i.p. che la corte d'assise di appello rigettavano l'eccezione in tal senso proposta e l'imputato veniva condannato per il delitto di omicidio aggravato dai motivi abietti e futili, esclusa la premeditazione, nonché in ordine ai delitti, unificati dalla continuazione, di danneggiamento di veicolo seguito da pericolo di incendio e occultamento di cadavere, alla pena di trenta anni di reclusione, già diminuita *ex* art. 442, comma 2, cod. proc. pen.

3. I motivi di ricorso.

Il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per cassazione articolando quattro motivi. Quanto alla questione rimessa alle Sezioni Unite della Corte, ha dedotto, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), la violazione della legge processuale, e segnatamente degli art. 438, 441, e 441-*bis* cod. proc. pen. In particolare, il difensore ha sostenuto che la modifica dell'imputazione - quanto alle aggravanti dell'omicidio e alla nuova contestazione del delitto di occultamento di cadavere - non correlata in alcun modo all'integrazione probatoria espletata e ammessa in sede di abbreviato condizionato, sarebbe nulla, considerata la patologia riscontrata nell'azione del pubblico ministero, come evidenziata anche dalla decisione n. 140 del 2010 della Corte costituzionale.

4. L'ordinanza di rimessione.

La Prima Sezione penale ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della ritualità delle contestazioni suppletive elevate dal pubblico ministero nel corso del giudizio di primo grado (abbreviato condizionato), rilevando che il tema appariva suscettibile di dar luogo a contrasto in seno alla giurisprudenza della Corte, con conseguente rimessione alle Sezioni Unite ex art. 618, comma 1, cod. proc. pen. della questione così formulata: *"Se nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria o nel quale l'integrazione sia stata disposta dal giudice, sia consentito procedere alla modificazione dell'imputazione o a contestazioni suppletive con riguardo a fatti già desumibili dagli atti delle indagini preliminari e non collegati agli esiti dei predetti atti istruttori"*.

Il collegio ha osservato come sia da ritenere esatta la premessa da cui muove il ricorso, considerato che le contestazioni oggetto del motivo di ricorso concernevano effettivamente fatti già risultanti dagli atti d'indagine espletati al momento dell'esercizio dell'azione penale, a seguito del quale l'imputato si era determinato a richiedere il rito abbreviato (tradimento all'origine del movente gelosia e vendetta, qualificato dall'accusa come motivo abietto e futile, così come l'avvenuto

occultamento del cadavere). Si trattava, dunque, di elementi già parte del compendio investigativo prima che venisse emessa l'ordinanza ammissiva del rito. La perizia fonica richiesta dall'imputato e l'esame del medico legale disposto dal giudice non avevano alcuna correlazione con le modificazioni operate dal pubblico ministero, nonostante il richiamo effettuato dallo stesso a tali attività nell'ambito delle proprie richieste. Il collegio rimettente ha sottolineato come il movente passionale, così come l'occultamento del cadavere, fossero emersi a pochi giorni dal ritrovamento dell'auto, proprio grazie alle dichiarazioni confessorie dell'imputato e al contributo dichiarativo della moglie dello stesso.

Non poteva, quindi, considerarsi ricorrente alcun nesso tra il contenuto dell'accusa suppletiva e le risultanze integrative del giudizio abbreviato condizionato richiesto dall'imputato ed ammesso dal giudice. Ciò premesso, è stata richiamata la presenza, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, di un orientamento interpretativo, considerato costante e radicato anche dal giudice di primo e di secondo grado, che afferma senza alcun dubbio la possibilità in caso di rito abbreviato condizionato di articolare contestazioni, ex art. 423 cod. proc. pen., che non derivino da nuove emergenze, ma riguardino fatti o circostanze già in atti. (Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993, Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242962).

È stato, tuttavia, evidenziato come in tali decisioni non venga affrontata direttamente la questione della legittimità delle contestazioni suppletive basate su materiale non collegato all'integrazione istruttoria in sede di giudizio abbreviato condizionato; tale possibilità viene di fatto implicitamente ammessa, mentre l'oggetto della decisione è rappresentato dalla possibilità per l'imputato di esercitare lo *ius poenitendi* concesso dall'art. 441-*bis* cod. proc. pen. In concreto, la facoltà di recedere dal rito speciale è stata negata e si è affermato che i fatti oggetto della contestazione sono privi del connotato della novità, perché già compresi tra gli atti d'indagine, senza alcuna necessità di tutela rispetto ad iniziative che l'imputato ben avrebbe potuto prevedere (nello stesso senso Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214). È stata, inoltre, richiamata Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017 Squillante, Rv. 271293, secondo la quale in sede di giudizio abbreviato, in presenza di integrazione istruttoria disposta ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen., è legittima la modifica dell'imputazione da parte del pubblico ministero mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione siano emersi nel corso delle indagini preliminari, decisione che si pone quindi in continuità con la giurisprudenza di legittimità relativa all'art. 423 cod. proc. pen., da interpretare quale attuazione della direttiva contenuta nell'art. 2, punto 52, della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 (che prevede la facoltà per il legislatore delegato di assegnare al pubblico ministero "nell'udienza preliminare" il potere di modificare l'imputazione e procedere a nuove

contestazioni). Nel percorso motivazionale di questa decisione si giunge ad un'equiparazione piena tra la disciplina prevista per l'udienza preliminare e la disciplina relativa al giudizio abbreviato condizionato, equiparazione che non viene condivisa dal collegio rimettente. Tale conclusione è da ritenere, secondo l'ordinanza di rimessione, in contrasto con la disciplina positiva del rito speciale che, per quanto riguarda il caso di abbreviato c.d. "puro" ai sensi dell'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., preclude qualsiasi variante dell'originaria imputazione, come chiarito dall'espressa esclusione dell'applicazione nell'ambito del giudizio abbreviato, *ex* art. 441, comma 1, dell'art. 423 cod. proc. pen., con cristallizzazione dell'accusa (elemento questo considerato fondamentale nella prospettiva di un vantaggio effettivo per l'imputato nell'accesso al rito). In applicazione di tale disciplina, la Corte di cassazione ha più volte sottolineato, come evidenzia l'ordinanza di rimessione, che la violazione della previsione in questione determina una nullità a regime intermedio della sentenza pronunciata all'esito di tale giudizio. (Sez. 1, n. 3758 del 07/11/2013, Costa, Rv. 258260, Sez. 6, n. 13117 del 19/01/2010, Yassine, Rv. 246680, Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199). Sicché, se è sempre possibile la mera riqualificazione in diritto dell'imputazione, tuttavia il giudizio abbreviato puro deve svolgersi secondo la sua struttura tipica, ovvero allo stato degli atti.

Ciò posto, a parere del collegio rimettente, le deroghe alla disciplina generale introdotte con la legge 479 del 1999, con l'ammissione del giudizio abbreviato condizionato, e, conseguentemente, con la nuova previsione di possibili contestazioni suppletive, devono essere interpretate e considerate come eccezioni al regime ordinario, non estensibili oltre il sistema di specifico riferimento (art. 438, comma 5, e art. 441, comma 5, cod. proc. pen.).

Esclusivamente l'emersione di elementi di novità giustificherebbe una sopravvenuta correlazione dell'imputazione alle diversità emerse dall'istruttoria richiesta dall'imputato o disposta dal giudice. In mancanza si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra un giudizio abbreviato che, nel caso sia stato condizionato dall'imputato, pur in assenza di elementi di novità, potrebbe portare a contestazioni suppletive, rispetto ad un giudizio abbreviato "puro" rispetto al quale tali nuove contestazioni non sono ammissibili, essendone esclusa la possibilità ai sensi dell'art. 423 cod. proc. pen.

Viene, quindi, rilevata una asimmetria sistematica nella concessione di un così ampio e incondizionato *ius variandi* della pubblica accusa in danno dell'imputato, rispetto a fatti e circostanze che avrebbero potuto essere oggetto di considerazione da parte del pubblico ministero sin dall'inizio, realizzando una oggettiva situazione di patologia processuale (errori, inerzie o colpevoli omissioni del p.m.). E' stato, inoltre, richiamato il chiaro fondamento costituzionale nell'interpretazione proposta ai sensi della decisione n. 140 del 2010 della Corte costituzionale che, nel dichiarare

infondata la questione di legittimità del rito abbreviato nella parte in cui non consente al pubblico ministero di effettuare contestazioni suppletive anche in assenza di integrazioni probatorie disposte dal giudice, sulla base di atti e circostanze già in atti e note all'imputato, ha giudicato errata la tesi ermeneutica secondo la quale nell'abbreviato con integrazione probatoria la contestazione suppletiva possa prescindere dagli esiti di quest'ultima ed effettuarsi sulla base di circostanze già risultanti dagli atti. L'adeguamento dell'imputazione può essere conseguenza solo ed esclusivamente di un arricchimento della piattaforma probatoria. Rimane, infatti, immutata la previsione di cui all'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. ed è solo in via di mera eccezione al sistema complessivamente previsto che si consente al pubblico ministero in sede di giudizio abbreviato di formulare contestazioni suppletive, ma solo in caso di modificazione della base cognitiva quale conseguenza diretta dell'integrazione disposta. Deve, dunque, secondo il collegio rimettente essere esclusa la possibilità di rivalutare a posteriori elementi già acquisiti in precedenza al fine di giungere ad un ampliamento dell'accusa.

La contestazione c.d. "patologica", oggetto anche di successive valutazioni della Corte costituzionale, seppure relative alla fase dibattimentale, evidenzia la posizione diversa e deteriore nella quale l'imputato viene a trovarsi, suo malgrado, quanto alla facoltà di accesso consapevole a riti alternativi. (Corte cost. n. 273 del 2012, n. 273 del 2014, n. 139 del 2015, n. 206 del 2017).

5. La giurisprudenza di legittimità.

Come sottolineato dall'ordinanza di rimessione, la questione proposta all'attenzione delle Sezioni Unite avrebbe potuto essere oggetto di potenziale contrasto. Non è stato infatti riscontrato uno sviluppo autonomo della questione, così come posta, nella giurisprudenza di legittimità secondo filoni interpretativi contrapposti.

La problematica interpretativa è stata affrontata implicitamente nelle prime decisioni, citate anche dall'ordinanza di remissione, con riferimento allo *ius poenitendi*. In altre decisioni è stata considerata indirettamente, in relazione al vizio di nullità della sentenza che decida su un'imputazione contestata patologicamente e, esplicitamente, dalla sola decisione della Sezione 4, n. 48280 del 26/09/2017, Squillante, Rv. 271293.

Occorre tuttavia considerare come il tema delle c.d. contestazioni suppletive a carattere "patologico" sia stato indagato e considerato in modo ampio e rilevante dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale quanto alla loro proponibilità in dibattimento, sia in relazione al fatto diverso nelle sue diverse declinazioni, che in considerazione del fatto nuovo, al fine di garantire a posteriori all'imputato il pieno

accesso al rito abbreviato e agli altri riti alternativi, considerata l'intervenuta modifica dell'imputazione (sulla base di elementi già presenti nella fase di indagine). Da ricordare per la sua particolare rilevanza in tal senso la decisione delle Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205619 - 01, che ha esaminato il tema del fatto nuovo e diverso nelle più varie articolazioni, incentrando la decisione sulla differenza tra modifica del fatto e della sua qualificazione giuridica, affermando che il fatto è un dato empirico, fenomenico, un dato della realtà, un accadimento, un episodio della vita umana, e, dunque, la fattispecie concreta e non la fattispecie astratta costituita dallo schema legale. È proprio in questo contesto che l'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. stabilisce che spetta solo al Pubblico Ministero rilevare e contestare che il fatto è empiricamente diverso da quello descritto nel capo di imputazione, e in tal senso fatto diverso e, dunque, più ricco è stato ritenuto anche il caso in cui alla descrizione iniziale si aggiunga una circostanza aggravante. Tornando alla questione sollevata, dunque, l'imputazione avrebbe dovuto essere valutata adeguatamente nella sua completa articolazione per giungere ad una scelta piena e consapevole quanto ad un giudizio alternativo al dibattimento. Come è noto, inizialmente la giurisprudenza di legittimità aveva avuto un atteggiamento non favorevole all'estensione al rito abbreviato della disciplina relativa alle nuove contestazioni in dibattimento a carattere patologico, con possibilità per l'imputato di richiedere la rimessione in termini per l'accesso al rito. Ciò anche in considerazione dell'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, in particolare di Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757, che pur considerando ammissibili le contestazioni tardive, escludeva la possibilità di una rimessione in termini per articolare richiesta di abbreviato in base ad una pretesa assunzione del rischio da parte dell'imputato. La giurisprudenza costituzionale non aveva invece escluso l'irragionevolezzza della preclusione, rilevando però l'inammissibilità di un intervento manipolativo, considerata la preminenza in materia della discrezionalità rimessa al legislatore. In seguito, tuttavia, nonostante diversi richiami al legislatore allo scopo di integrare la disciplina delle contestazioni tardive in dibattimento quanto al rito abbreviato, è intervenuta la prima decisione della Corte cost. a contenuto additivo, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato quanto al reato concorrente contestato in dibattimento, ma basato su circostanze che già risultavano dagli atti di indagine preliminare, al momento dell'esercizio dell'azione penale, nonché, ad esito di c.d. auto rimessione, l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen. per quanto riguarda il fatto diverso contestato in dibattimento con le medesime caratteristiche (Corte cost. n. 333 del 2009).

È emerso chiaramente in queste decisioni come la scelta di accesso al rito per l'imputato non possa essere condizionata e limitata a causa di negligenza del pubblico

ministero. Rileva, quindi, un'efficace considerazione del diritto di difesa dell'imputato a fronte dell'ordinaria fluidità dell'accusa in dibattimento, che appunto trova un limite nella necessità di un corretto esercizio dell'azione penale. Dunque, quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire.

Ciò premesso, il tema che è emerso quale conseguenza della questione sollevata è l'esercizio di un pieno diritto di difesa da parte dell'imputato, anche alla luce delle decisioni della Corte EDU (il riferimento principale è ovviamente alla decisione della Corte EDU c.d. Drassich/1 del 11/12/2007, che ha affermato il diritto dell'imputato ad essere informato del contenuto dell'accusa ai sensi dell'art. 6, par. 3, CEDU con riguardo non solo ai fatti materiali attribuiti all'imputato, ma anche alla qualificazione giuridica degli stessi; la sentenza in questione ha evidenziato la stretta correlazione tra il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa e il diritto di disporre del tempo e delle possibilità necessarie per preparare la difesa; in tal senso appare rilevante considerare come tutta la giurisprudenza di legittimità successiva abbia ribadito l'inammissibilità dell'attribuzione della qualificazione giuridica diversa del fatto con atto a sorpresa, mentre è imposto il rispetto di comunicazioni alle parti per garantire il diritto di difesa, tra le molte Sez. 4 n. 2340 del 29/11/2017, D.S., Rv. 271758 - 01, che ha in particolare annullato la decisione in relazione alla diversa qualificazione di una circostanza aggravante in tema di furto, da destrezza a uso del mezzo fraudolento).

L'imputato deve essere posto in condizione di scegliere quale via di giudizio adire, con piena cognizione dell'imputazione articolata dalla pubblica accusa.

La riflessione si è estesa anche alla proposizione di contestazioni suppletive "patologiche" in sede di abbreviato condizionato, ma in termini diversi che coinvolgono la lealtà processuale tra le parti, la distinzione tra udienza preliminare e giudizio abbreviato quanto alla c.d. "fluidità dell'accusa" (che caratterizza proprio l'udienza preliminare), il pieno affidamento dell'imputato nella correttezza dell'operato della pubblica accusa, la necessità di consentire un'approfondita e completa articolazione del diritto di difesa nella scelta di accedere anche al rito abbreviato condizionato.

La prospettiva dell'imputato si confronta, tuttavia, con altri principi fondamentali del nostro ordinamento, non ultimo quello dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, che, se risulta garantito in relazione all'eventuale emersione di un fatto nuovo (che potrà sempre essere contestato in separato procedimento penale da parte del pubblico ministero), appare invece perdere definitivamente parte della sua incisività e completezza nel caso in cui l'eventuale contestazione suppletiva "patologica" riguardi una circostanza aggravante, elemento che, a parere sia della dottrina che della giurisprudenza, determina di per sé la diversità del fatto oggetto di

imputazione, incidendo la sua previsione sulla consistenza e ampiezza della risposta sanzionatoria. Occorre ricordare, in tal senso, che la possibilità di accedere al rito abbreviato dalla sede di dibattimentale è stata affermata dalla Corte cost. n. 139 del 2015 nel caso di contestazione di una circostanza aggravante, con una pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 cod. proc. pen.

Il principio era già stato affermato dalla Corte cost. con la decisione n. 184 del 2014 quanto al patteggiamento e, in quella sede, si era sottolineato come la trasformazione dell'originaria imputazione in una ipotesi circostanziata comporti un mutamento del quadro processuale, incidendo, anche solo potenzialmente, sulla quantità e sulla qualità della risposta sanzionatoria, o sul regime di procedibilità per il reato contestato. Elemento che rileva ancor più nel caso in cui la contestazione si possa definire "patologica" perché già presente nella fase di acquisizione degli atti di indagine preliminare. In questa sede si è, dunque, pienamente recuperata la distinzione, da alcuni ritenuta superata, tra contestazioni fisiologiche e contestazioni patologiche (si era, infatti, affermato che la contestazione fisiologica è in dibattimento addirittura più imprevedibile di quella patologica).

Diverse le pronunzie che hanno considerato, seppure non sempre in modo diretto, la questione oggetto della decisione in commento. Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993 - 01, afferma che l'art. 441- *bis* cod. proc. pen., prevedendo che in sede di giudizio abbreviato l'imputato a fronte delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen., possa chiedere che il processo prosegua con il rito ordinario, rinunciando al rito abbreviato, non si applica se le nuove contestazioni non derivano da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato. La Corte ha ritenuto che la lettura dell'art. 441 - *bis* cod. proc. pen. (che prevede che l'imputato ammesso al rito abbreviato possa chiedere che il rito prosegua nelle forme ordinarie nei casi di giudizio abbreviato condizionato ex art. 438, comma 5, cod. proc. pen. e di integrazione probatoria ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen. quando il Pubblico Ministero proceda a contestazioni perché il fatto risulta diverso ex art. 423, comma 1, cod. proc. pen.) *"non dà spazio ad incertezze interpretative, nel senso che l'imputato può chiedere che si proceda con il rito ordinario solo con riguardo a quei fatti, oggetto di nuova contestazione del P.M. perché scaturiti da integrazioni probatorie, sia richieste dall'imputato stesso, sia disposte dal giudice. Tant'è vero che l'art.* 423*, comma* 1 *e* 2*, cod. proc. pen., che pure prevede e disciplina il caso di nuove contestazioni all'imputato, non contempla per questo la possibilità di revocare la richiesta di rito abbreviato*". In sostanza la *ratio d*ella disposizione deve essere colta secondo questa decisione, nel fatto che la scelta del rito speciale non può essere ritenuta vincolante per fatti che non erano conosciuti, né conoscibili dall'imputato, mentre, ove non ricorra alcuna integrazione probatoria, e le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, si tratta di

fatti *"noti"* all'imputato, e la nuova contestazione prescinde dall'esito dell'eventuale integrazione, senza alcuna possibilità quindi per l'imputato di rinunciare al rito prescelto. Secondo questa opzione ermeneutica, dunque, non ricorre un fatto nuovo. Nessuna lesione del diritto di difesa può essere considerata ricorrente, poiché l'imputato nello scegliere di accedere al rito abbreviato era pienamente a conoscenza di tutti gli elementi poi confluiti nella nuova contestazione. Lo stesso principio risulta espresso da Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242952, che afferma che non ricorre alcun profilo di novità, ma al contrario una mera specificazione degli elementi già acquisiti, nel caso in cui la pubblica accusa provveda a realizzare una qualificazione giuridica diversa del fatto come furto consumato, anziché come tentato, rimanendo gli elementi descrittivi riportati esattamente gli stessi (in termini Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214 - 01, nonché Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017, Squillante, Rv. 271293 -01, che afferma per la prima volta in modo esplicito che in sede di giudizio abbreviato, ove sia stata disposta l'integrazione probatoria a norma dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. è legittima la modifica dell'imputazione da parte del P.M., mediante contestazione suppletiva, anche quando i fatti oggetto della nuova contestazione erano già emersi nel corso delle indagini preliminari, questa decisione ritiene che il criterio evidenziato anche da Sez. 1, n. 13349 del 17/05/2012, D., Rv. 255049 -01 quanto alla legge delega, pur se riferito esplicitamente alla sola udienza preliminare, debba essere esteso, valendo gli stessi criteri, anche al giudizio abbreviato condizionato, non ricorrendo nel caso in esame alcuna lesione del diritto di difesa, tra l'altro neanche denunciata dal ricorrente).

Sez. 5, n. 48879 del 17/09/2018, L., Rv. 274159-01, ha confermato l'orientamento relativo all'ammissibilità di nuove contestazioni, anche tardive, affermando che l'art. 441-*bis* cod. proc. pen. non si applica se le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato. Nel caso in esame la fattispecie era tuttavia relativa alla correzione di un mero errore materiale in ordine alla data del commesso reato.

Altre decisioni hanno affrontato il tema più generale della struttura del giudizio abbreviato e chiariscono che deve svolgersi secondo la sua struttura tipica, e cioè allo stato degli atti, con conseguente immutabilità dell'originaria imputazione, senza alcuna possibilità per il pubblico ministero di modificarne il contenuto, pena la nullità della sentenza che si formi su fatti e circostanze ulteriori che siano stati eventualmente contestati (Sez. 3, n. 35624 del 11/07/2007, Terlizzi, Rv. 237293).

Sez. 4, n. 3758 del 03/06/2014, Costa, Rv. 263196, esprime lo stesso principio, chiarendo che la nullità conseguente ad una modifica non consentita determina una nullità a regime intermedio, considerato che per il giudizio abbreviato l'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., nel richiamare le disposizioni dell'udienza preliminare

esclude l'applicazione dell'art. 423 cod. proc. pen. Lo stesso principio, relativo alle caratteristiche della nullità, in caso di modifica dell'imputazione nel corso di giudizio abbreviato puro e non condizionato, era stato affermato da Sez. 6, n. 13117 del 19/01/2010, Sghiri Yassine, Rv. 246680, relativamente al riconoscimento di circostanza aggravante e conseguente contestazione suppletiva. Nello stesso identico senso Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199 ed anche Sez. 2, n. 11953 del 29/01/2014, D'Alba, Rv. 258067 (quanto alla contestazione suppletiva dell'aggravante di più persone riunite), dove si è evidenziato che la nullità, a regime intermedio, è posta a garanzia del complesso delle facoltà e dei poteri che la legge attribuisce all'imputato e al suo difensore e che sono implicite nel diritto di difesa, i quali trovano presidio nella disposizione di cui alla lettera c) dell'art. 178 cod. proc. pen. Emerge nel percorso motivazionale di questa decisione in modo chiaro la necessità di arginare le contestazioni "a sorpresa" del Pubblico Ministero, proprio perché ritenute in piena violazione del diritto di difesa dell'imputato e del suo difensore "*che hanno optato per il giudizio abbreviato sulla base di una determinata imputazione e vedono poi il giudice chiamato a pronunziarsi su una imputazione diversa rispetto a quella da essi considerata ai fini della scelta del rito"* (significativa rispetto a questo orientamento appare anche Sez.4, n. 26653 del 22/04/2009, Sarti, Rv. 244505, conforme recentemente, anche se massimata su diverso profilo, Sez. 2, n. 18617 del 08/02/2017, Davicco, Rv. 269743), che ha ritenuto illegittime anche modifiche dell'imputazione favorevoli all'accusato, consistenti nell'eliminazione di un'aggravante in precedenza contestata.). In questa decisione, così come in Sez. 2, n. 35350 del 17709/2010, Percuoco, Rv. 248544, si specifica la *ratio* della previsione di cui all'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., ovvero la volontà del legislatore di evitare di esporre l'imputato ad una *"fluidità"* dell'accusa incompatibile con la rinuncia alla prova che si cristallizza "*irretrattabilmente con la richiesta di abbreviato condizionato"*, perché *"qualsiasi modifica dell'impianto dell'accusa, intervenuta dopo la scelta del rito, che non si riduca ad una mera differente qualificazione giuridica di un fatto altrimenti immutato, esporrebbe l'imputato alle conseguenze di una scelta processuale maturata in relazione ad un diverso contesto accusatorio, senza poter più recuperare il proprio diritto costituzionale a difendersi anche provando"*. La lealtà processuale imporrebbe, dunque, ex art. 111 Cost., che la cornice di riferimento entro la quale è stata operata una scelta così impegnativa, come quella di rinunciare al dibattimento, sia immutabile.

Le argomentazioni spese da queste decisioni, pur se relative, nella maggior parte dei casi, a ipotesi di giudizio abbreviato "puro", rivelano la loro particolare rilevanza e incidenza rispetto alla questione posta con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. La volontà del legislatore di garantire l'imputato, che rinuncia a difendersi provando in dibattimento, dovrebbe essere riscontrata anche in relazione al caso di giudizio abbreviato condizionato nell'ambito del quale le modifiche dell'imputazione non trovino alcun aggancio nella attività di integrazione probatoria richiesta o

disposta d'ufficio. Se, infatti, tali integrazioni non rilevano quanto alla contestazione patologica proposta, la scelta dell'imputato nel giudizio abbreviato dovrebbe essere garantita nello stesso modo, ovvero scelta di accesso al rito rinunciando a difendersi provando solo alle condizioni date dallo stato degli atti.

Il collegio nell'ordinanza di rimessione ha evidenziato come in caso contrario la disparità di trattamento in situazioni sostanzialmente analoghe sarebbe di tutta evidenza. Queste ultime decisioni, dunque, pur non affrontando direttamente il tema posto nella questione, rappresentano un incisivo quadro di riferimento della normativa in tema di giudizio abbreviato e del necessario rispetto del diritto di difesa dell'imputato.

6. La sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2010.

La sentenza, citata anche nell'ordinanza di rimessione, è intervenuta sul giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 441 e 441-*bis* del cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedono che, nel corso del giudizio abbreviato, il pubblico ministero possa effettuare contestazioni suppletive nei casi di cui all'art. 12, comma 1, lett. b) del medesimo codice *"anche in assenza di integrazioni probatorie disposte dal giudice e sulla base di fatti e circostanze già in atti e noti all'imputato*". Viene, dunque, affrontato un tema sostanzialmente analogo a quello oggetto di rimessione, incentrandosi però la riflessione sulla possibile realizzazione di contestazioni suppletive sostanzialmente "patologiche" nel giudizio abbreviato incondizionato, situazione di fatto equiparabile a quella in cui, pur nell'ambito di giudizio abbreviato condizionato, vengano proposte contestazioni suppletive in assenza di qualsiasi nuovo elemento derivante dall'integrazione probatoria, direttamente collegate ad elementi già in atti nella fase delle indagini preliminari.

Il caso concreto oggetto di giudizio era relativo ad imputazione di numerose persone per il delitto di associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, con successiva contestazione suppletiva da parte del pubblico ministero di ulteriore reato in materia di stupefacenti solo per alcuni imputati, legato dal vincolo della continuazione al reato principale. A sostegno della propria riflessione il giudice rimettente aveva richiamato Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757-01, nell'ambito della quale si è affermato come il pubblico ministero possa procedere alla contestazione suppletiva di un reato concorrente o di una circostanza aggravante nel giudizio ordinario, non soltanto a fronte di nuove risultanze dibattimentali, ma anche sulla base di elementi già acquisiti nella fase delle indagini preliminari. In sostanza, secondo la decisione delle Sez. U. Barbagallo, la contestazione suppletiva "patologica" può rappresentare un'eventualità fisiologica del sistema ispirato alla centralità del dibattimento, e, a tal fine, non appare

condivisibile una mera interpretazione letterale, e non coordinata sistematicamente, del disposto dell'articolo 517 cod. proc. pen., che parla di elementi emersi "nel corso" del dibattimento, poiché una soluzione del genere si risolverebbe in "un formalismo esasperato ed ingiustificato", in mancanza di qualsiasi lesione, sempre secondo la lettura delle Sezioni Unite, del diritto di difesa nel caso di nuove contestazioni basate non sull'esito del dibattimento, ma su elementi già raccolti nel corso delle indagini preliminari, dunque del tutto noti all'imputato e al suo difensore. È proprio in relazione alla decisione delle Sez. U. Barabagallo che il remittente ritiene comprensibile l'emersione dell'orientamento di legittimità (citato anche nell'ordinanza di rimessione che ha sollevato la questione), che ha affermato che anche nel giudizio abbreviato, una volta disposta un'attività di integrazione probatoria, le contestazioni suppletive siano ammissibili non soltanto se derivanti dalla nuove prove assunte, ma anche quando trovino fondamento in fatti e circostanze già in atti, tanto che l'imputato in questi casi non potrebbe neanche esercitare lo *ius poenitendi* previsto esclusivamente dall'art. 441-*bis* cod. proc. pen. Tale interpretazione della giurisprudenza di legittimità viene condivisa dal remittente dinnanzi alla Corte costituzionale anche in considerazione della riforma del giudizio abbreviato, caratterizzato da una maggiore *"fluidità"* dell'accusa, tanto sul versante probatorio che su quello dell'imputazione. Una diversa disciplina relativa alla riscontrata ammissibilità di una contestazione suppletiva "patologica" nel corso del giudizio abbreviato condizionato, esclusa invece per il giudizio abbreviato puro, rappresenterebbe per il remittente una violazione del principio del giusto processo e dei valori costituzionali sanciti nell'art. 111 Cost. In sostanza, non si potrebbe inibire al pubblico ministero di formulare un'imputazione pienamente correlata all'insieme degli atti delle indagini preliminari, del tutto noti all'imputato, in applicazione del principio di lealtà processuale delle parti.

In entrambi i casi, infatti, la necessità di integrare l'imputazione deriverebbe da un'omissione del pubblico ministero, con la conseguenza che un'interpretazione ostativa limiterebbe l'esercizio dell'azione penale, con possibile violazione del diritto di difesa, poiché l'imputato potrebbe trovare più conveniente una trattazione congiunta delle diverse imputazioni (specialmente nel caso in cui i fatti risultino avvinti dalla continuazione).

La Corte costituzionale ha ritenuto infondata nel merito la questione, evidenziando in primo luogo come l'orientamento citato dal remittente (in particolare le sentenze Scozzari e Reinhard) non si possa ritenere affatto consolidato, soprattutto considerato che la sentenza Reinhard ha ad oggetto una questione relativa ad una mera riqualificazione giuridica del fatto e non una contestazione suppletiva. Le decisioni in questione vengono poi esplicitamente ritenute non solo non

incontrovertibili sul piano ermeneutico, ma addirittura foriere di un assetto in sé incompatibile con la Costituzione.

In tal senso, la Corte - pur richiamando la giurisprudenza di legittimità e la propria sentenza n. 333 del 2009 (che hanno complessivamente considerato ammissibili le contestazioni suppletive *"patologiche*" in dibattimento, derivanti da elementi emersi per la prima volta nel corso dell'udienza preliminare o anche dai soli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari) - ha evidenziato come nella soluzione interpretativa della questione occorra tener conto delle peculiarità del rito abbreviato, poiché l'assetto normativo predisposto dal legislatore possiede una sua intrinseca razionalità.

Originariamente il giudizio abbreviato era stato infatti configurato come rito "*allo stato degli atti*", senza alcuna possibilità di integrazioni probatorie, e proprio per questo motivo l'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., nell'operare un generale rinvio, nei limiti della compatibilità, alla disciplina dell'udienza preliminare, escludeva l'applicabilità dell'istituto della modificazione dell'imputazione ex art. 423 cod. proc. pen. La *ratio* di tale previsione viene individuata dalla Corte nell'esigenza di realizzare una funzione di garanzia per l'imputato, oltre che una logica premiale. L'imputato accetta di essere giudicato sulla base degli atti raccolti nelle indagini preliminari, ma solo con esclusivo riferimento all'imputazione formulata dal pubblico ministero, ed è proprio questa formulazione ed accusa, per come formalizzata, a delimitare l'ambito della sua rinuncia alla formazione della prova in contradditorio.

Questa dimensione di garanzia, per come articolata dal legislatore, è stata ritenuta immune da vizi di costituzionalità, in quanto coerente con la struttura e finalità del rito (sentenza n. 378 del 1997). Precisa tuttavia la Corte che, con l'introduzione delle modifiche al rito abbreviato (legge 16 dicembre 1999, n. 479), sono stati introdotti "in via di eccezione" meccanismi di adeguamento dell'imputazione in conseguenza delle nuove acquisizioni probatorie derivanti dalla richiesta di condizionamento del rito. Nuove contestazioni sono, dunque, possibili *"unicamente nei casi di modificazione della base cognitiva a seguito dell'attivazione dei meccanismi di integrazione probatoria"*. Con la possibilità conseguente per l'imputato, nel caso in cui si tratti delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen. (fatto diverso, reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. b) o circostanza aggravante) di esercitare lo *ius poenitendi* o articolare richiesta di ammissione di nuove prove ex art. 441-*bis* cod. proc. pen.

La Corte sottolinea che non possa essere ritenuta ormai acquisita l'idea di un giudizio abbreviato del tutto fluido quanto all'imputazione, mentre invece si deve ritenere che *"le eccezioni introdotte restano strettamente legate alle fattispecie che le giustificano: vale a dire che il Pubblico Ministero possa effettuare le nuove contestazioni solo quando affiori la necessità di adattare l'imputazione a nuove risultanze processuali, scaturenti da iniziative probatorie assunte nell'ambito del rito alternativo*". Rimane quindi del tutto escluso che "*dette*

iniziative - tanto più se rimaste prive di seguito - possano rappresentare una patente di legittimazione per rivalutare, a scopo di ampliamento dell'accusa, elementi già acquisiti in precedenza, e fino a quel momento, non posti ad oggetto dell'azione penale".

In tal senso, viene evidenziato come l'indirizzo giurisprudenziale relativo alla possibilità di modifiche dell'imputazione anche nel caso di abbreviato incondizionato giunge di fatto a risultati contrari al dettato costituzionale quando esclude qualsiasi possibilità per l'imputato di esercitare nel caso lo *ius poenitendi*. Altre decisioni della Corte hanno infatti chiarito (n. 333 del 2009 e 265 del 1994) che le valutazioni dell'imputato in ordine alla convenienza dei riti alternativi al dibattimento dipendono anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero, sicché quando per *"evenienze patologiche",* quali gli errori o le omissioni del pubblico ministero sull'individuazione del fatto o del titolo del reato, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, l'imputato deve essere necessariamente rimesso in termini per compiere le suddette valutazioni, pena la violazione del diritto di difesa e del principio di eguaglianza, considerata l'evidente discriminazione che si verrebbe a determinare a seconda *"della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal Pubblico Ministero nell'esercitare l'azione penale".* Questo principio, affermato in relazione alle nuove contestazioni dibattimentali e alla possibilità di passaggio dal rito ordinario ai riti alternativi, non può, a parere della Corte, operare in direzione inversa, poiché con la richiesta di giudizio abbreviato l'imputato accetta di essere giudicato con rito semplificato in relazione ai reati già contestati. E tale "*rinuncia a difendersi provando in dibattimento*" rappresenta un apprezzamento della convenienza del rito stesso dal punto di vista della difesa, sicché non sarebbe *"costituzionalmente accettabile che egli venisse a trovarsi vincolato dalla sua scelta anche in relazione ad ulteriori reati concorrenti che, stando all'indirizzo interpretativo in discussione, potrebbero essergli contestati a fronte delle evenienze patologiche di cui si è detto".*

La giurisprudenza di legittimità richiamata viene considerata dalla Corte costituzionale intanto non apprezzabile in termini di diritto vivente, non incontestabile sul piano ermeneutico e comunque non compatibile con i principi costituzionali, tanto più che il pubblico ministero manterrebbe intatta la possibilità di esercitare separatamente l'azione penale per il reato connesso, non tempestivamente contestato. Né alcun aggravio viene riscontrato a carico dell'imputato per lo svolgimento in processi separati di reati eventualmente avvinti dalla continuazione, considerata la possibilità di esercitare pienamente il diritto stesso con pienezza di garanzie in fase esecutiva.

7. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sez. U. hanno premesso che la Prima sezione della Corte ha segnalato l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza relativamente alla legittimità delle contestazioni suppletive elevate dal pubblico ministero nel corso del giudizio abbreviato condizionato, riferibili a circostanze già in atti del processo e non riportate nell'originario capo di imputazione. Si è sottolineato come nel caso concreto, relativo ad un omicidio a carattere passionale, emergessero in modo chiaro già dalle dichiarazioni confessorie rese dall'imputato pochi giorni dopo la consumazione del delitto sia la natura passionale dello stesso, che l'occultamento del corpo della vittima. Tali elementi non erano tuttavia compresi nella originaria imputazione e hanno rappresentato l'oggetto della contestazione suppletiva, elevata a seguito di giudizio abbreviato condizionato, senza che tuttavia fosse rinvenibile alcun nesso di derivazione tra tale contestazione suppletiva e l'esito degli accertamenti istruttori espletati.

Le Sez. U hanno illustrato gli indirizzi giurisprudenziali che si sono formati in relazione alla possibilità di elevare contestazioni suppletive non collegate all'esito degli accertamenti istruttori nell'ambito del giudizio abbreviato condizionato, chiarendo che di fatto si tratta di un potenziale conflitto, non essendo stata la questione mai affrontata esplicitamente.

In tale contesto, secondo un orientamento interpretativo (applicato nel caso concreto dalla Corte di appello), ai sensi dell'art. 423 cod. proc. pen., possono essere formulate contestazioni suppletive che, pur non derivando da nuove emergenze processuali, riguardino fatti o circostanze non contestate, ma desumibili dagli atti processuali, e, dunque, conosciute o conoscibili da parte dell'imputato nel momento della richiesta di ammissione al rito speciale. Nell'ambito di tale costruzione ermeneutica il tema della legittimità delle contestazioni suppletive risulta risolto in modo del tutto implicito, essendosi affermato che nel caso di contestazione suppletiva relativa a fatti già emergenti dagli atti del processo, l'imputato non può esercitare il diritto di rinunciare alla prosecuzione del giudizio con il rito abbreviato, così come previsto dall'art. 441-*bis* cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993 - 01, Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242962 - 01, Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv.272214 - 01). Viene, in relazione alla questione sottoposta alla attenzione delle Sezioni Unite, anche richiamata la decisione della Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017 Squillante, Rv. 271293 - 01, che ha affermato che nel giudizio abbreviato condizionato la contestazione suppletiva per circostanze già desumibili dagli atti sarebbe comunque legittima, perché la regola contenuta nell'art. 423 cod. proc. pen., se pur riferita esplicitamente, solo alla udienza preliminare, deve ritenersi estesa anche all'ipotesi di giudizio abbreviato

condizionato, valendo gli stessi criteri e non ricorrendo alcuna lesione del diritto di difesa.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato come il giudice rimettente abbia affermato di non condividere quest'orientamento interpretativo, che non troverebbe giustificazione né sul piano dell'interpretazione letterale, né su quello logico - sistematico, creando una disparità non comprensibile con il giudizio abbreviato c.d. "secco", ove analoga opzione non è possibile; inoltre tale approdo interpretativo, secondo la sezione remittente, si porrebbe in contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 2010. È in questi determini che, dunque, viene segnalata la possibilità di un contrasto potenziale ex art. 618 cod. proc. pen., considerato che le deroghe introdotte con la legge 16 dicembre 1999, n. 479 (art. 438, comma 5, e art. 441, comma 5, cod. proc. pen.) devono essere interpretate come eccezioni al regime ordinario dettato dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., con conseguente impossibilità di estenderne la portata oltre il sistema specifico di riferimento. In caso contrario ne deriverebbe un'evidente disparità di trattamento tra un giudizio abbreviato condizionato che, pur in mancanza di novità, potrebbe portare a contestazioni suppletive su elementi già acquisiti, e un giudizio abbreviato puro nell'ambito del quale tali contestazioni risultano inammissibili.

Nel risolvere la questione proposta, le Sezioni Unite hanno evidenziato che occorre partire dalla disciplina dell'art. 441 cod. proc. pen., che prevede che nel rito abbreviato si osservino, in quanto applicabili, le disposizioni dettate per l'udienza preliminare, ad eccezione di quelle di cui agli art. 422 e 423 cod. proc. pen. Da tale disciplina consegue l'impossibilità per il pubblico ministero di modificare l'imputazione originariamente mossa, e nota all'imputato, nel momento in cui è stata dallo stesso formulata istanza di ammissione al rito premiale.

Tale previsione si applica anche nel caso in cui l'imputazione sia errata (c.d. "imputazioni patologiche", conseguenti ad errori od omissioni desumibili dal fascicolo processuale), così come nel caso di omessa contestazione di reati connessi o di circostanze aggravanti.

La regola, prevista dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., unitamente alla rinuncia da parte dell'imputato alla formazione della prova in contraddittorio, a fronte del riconoscimento della diminuente sulla pena, costituisce il tratto distintivo del rito abbreviato.

Le Sezioni Unite hanno, dunque, osservato come tale dato normativo è rimasto invariato anche a seguito delle modifiche introdotte con la legge del 1999, sicché la modificazione dell'imputazione, in violazione della predetta disposizione, è causa di nullità generale a regime intermedio ex art. 178, comma 1, lett. c) della sentenza pronunziata all'esito del giudizio. Si è quindi specificato che dalla lettura dell'art. 441, comma 1, cod. proc. pen. consegue che:

- se, successivamente alla ammissione del giudizio abbreviato "secco", vengono in evidenza fatti, reati o circostanze aggravanti, desumibili dagli atti processuali, ma non ricompresi nella imputazione, in linea generale, il pubblico ministero non potrà procedere alla formulazione di contestazioni suppletive;

- nel caso in cui l'omessa contestazione attenga ad un reato connesso, il pubblico ministero dovrà procedere ad un separato giudizio, posto che in tal caso l'azione penale non è stata ancora consumata, mentre nel caso in cui l'omissione attenga ad una circostanza aggravante questa non sarà più recuperabile.

La correlazione della disciplina di cui all'art. 441, comma 1, con le modifiche introdotte dalla legge del 1999 - con l'introduzione dell'abbreviato condizionato, e, dunque, la possibilità di un arricchimento della piattaforma istruttoria - non ha alterato o modificato la portata della previsione nell'interpretazione della Corte. Con la riforma si è realizzato un ampliamento della base cognitiva del processo, assecondando le esigenze dell'imputato e dello stesso giudicante. Si immette materiale "nuovo" rispetto a quello già presente in atti, e, proprio in considerazione di tale diversa connotazione del giudizio, sono state dettate le ulteriori regole che permettono la modifica dell'imputazione da parte del pubblico ministero e consentono all'imputato di recedere dal rito abbreviato ex art. 441, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., ovvero proseguire con il rito abbreviato in corso chiedendo la ammissione di nuove prove relative proprio alle contestazioni formulate sulla base delle emergenze nuove.

Nel risolvere la questione, le Sezioni Unite hanno sottolineato la necessità di giungere ad una lettura coordinata delle disposizioni, avendo come punto cardine di riferimento i principi affermati anche dalla Corte costituzionale.

Ciò posto, un dato considerato è la non univoca portata dell'art. 423 cod. proc. pen. nella sua dizione ("nel corso del giudizio").

Tuttavia, è possibile giungere ad un superamento dell'equivocità del dato normativo ove si considerino le peculiarità del giudizio abbreviato.

Il rito in questione si caratterizza, infatti, per tre elementi distintivi:

- è un giudizio allo stato degli atti;

- è un giudizio nel quale l'imputato accetta di essere giudicato rinunciando al contraddittorio sulla formazione della prova;

- è un giudizio che prevede un trattamento sanzionatorio premiale per la scelta fatta dall'imputato.

Occorre, tuttavia, avere ben chiaro che il fatto che il legislatore abbia previsto un allargamento della base cognitiva del giudizio, non esclude che questo comunque rimanga un "*giudizio allo stato degli atti*", che trova il proprio fondamento nella scelta dell'imputato di rinunciare al contraddittorio sulla formazione della prova, così come

ad una serie di eccezioni processuali (nullità a regime intermedio, incompetenza per territorio, inutilizzabilità fisiologiche).

La valutazione degli atti, che porta l'imputato a questa consapevole scelta, trova il proprio fondamentale contraltare nell'imputazione, che nel suo oggettivo tenore, costituisce, per il suo contenuto, la sintesi degli addebiti che vengono mossi proprio in loro funzione.

Questa caratterizzazione, e, dunque, la particolare rilevanza della imputazione, come momento di fondamentale rilievo per la scelta dell'imputato di accedere al rito abbreviato, deve essere riferita tanto all'abbreviato puro che all'abbreviato condizionato.

In tal senso è stato sottolineato come la stessa richiesta di integrazione probatoria viene formulata sulla base degli atti presenti nel fascicolo, compresa la relativa imputazione.

Emerge quella che è stata definita come una vera e propria dipendenza dallo stato degli atti, incidente sulle scelte del rito abbreviato condizionato dell'imputato e sulla susseguente decisione del giudice, sicché si deve ritenere che il pubblico ministero non sia legittimato a variare l'imputazione originariamente formulata recuperando atti già desumibili dal contenuto del fascicolo, depositato al momento della richiesta di accesso al rito, ma non correttamente considerati.

Le Sezioni Unite hanno, dunque, accolto la prospettazione della sezione rimettente, ed hanno evidenziato come all'interno di questa dimensione giuridica, e della particolare significatività della scelta di accedere al rito abbreviato, deve essere considerata punto imprescindibile e di significativa pregnanza proprio l'imputazione, che rappresenta un presidio di garanzia per l'imputato, che ha diritto di conoscere nei suoi esatti termini il contenuto della accusa sulla cui base opera le proprie scelte anche in relazione al rito processuale e alla modalità di accesso ad esso.

Di conseguenza ritenere che il pubblico ministero possa, senza alcun limite, modificare l'imputazione originaria, perché ritenuta non adeguata rispetto a quanto è già agli atti del processo, e non perché collegata alle nuove emergenze istruttorie, significa minare una garanzia dell'imputato e, indirettamente, la bontà della decisione del giudice nella fase di ammissione al rito.

Diversamente si assisterebbe alla segnalata disarmonia di sistema tra giudizio abbreviato semplice e condizionato, considerato che è del tutto pacifico che nel primo caso il pubblico ministero non possa effettuare alcuna modifica della imputazione, neppure per recuperare una contestazione più adeguata allo stato degli atti, mentre invece ciò sarebbe inspiegabilmente riconosciuto nel caso in cui l'imputato abbia optato per un rito abbreviato condizionato, realizzandosi così una lettura sistematica dell'art. 423 cod. proc. pen. che non tenga conto delle caratteristiche tipiche del rito abbreviato.

Alla luce della imprescindibile correlazione tra imputazione e scelta conseguente del rito allo stato degli atti, le Sezioni Unite hanno sottolineato come qualsiasi diversa lettura delle previsioni in esame lederebbe il presidio di garanzia per l'imputato costituito dalla stabilità della accusa rispetto a quanto già in atti (creandosi altrimenti una disarmonia che consentirebbe una disparità di trattamento tra abbreviato secco e condizionato nel caso di contestazioni patologiche). La stessa conclusione è raggiunta dalla Corte anche nel caso in cui sia il giudice a disporre l'acquisizione di nuovi elementi ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen. Tale diversa situazione non può rappresentare l'occasione per il pubblico ministero di mutare ed adeguare il tenore dell'accusa rispetto a quanto già in atti, senza alcun collegamento con le nuove emergenze istruttorie.

Elementi in tal senso devono essere desunti, nella lettura delle Sezioni Unite, anche dalla sentenza n. 140 del 2010 della Corte costituzionale, che ha evidenziato che la possibilità per il pubblico ministero di modificare ex art. 423 cod. proc. pen. il capo di imputazione nelle ipotesi in cui sia stato operato un ampliamento della base probatoria, rappresenta un'eccezione rispetto alla regola enunciata dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., sicché le nuove contestazioni sono legittimamente formulate solo ed esclusivamente in quanto collegate a fatti nuovi o nuove circostanze emerse a seguito della modificazione della base cognitiva.

Il punto centrale della riflessione è, dunque, quello di considerare che l'imputato accetta di essere giudicato con il rito semplificato quanto ai reati già contestati dal pubblico ministero e rispetto ai quali solamente egli esprime l'apprezzamento di convenienza del rito. Ne consegue che non sarebbe costituzionalmente accettabile che l'imputato si trovi ad essere vincolato dalla sua scelta anche in relazione ad ulteriori reati concorrenti, che gli potrebbero essere contestati a fronte di evenienze patologiche.

Infine, le Sezioni Unite, nel completare la valutazione del caso concreto, hanno chiarito che è invece legittima la formulazione di una contestazione suppletiva da parte del pubblico ministero, anche successivamente alla richiesta di ammissione al rito speciale, che tuttavia non sia ancora stato disposto, con la relativa ordinanza, dal giudice procedente. Infatti, prima della formale instaurazione del rito, deve ritenersi ancora in corso l'udienza preliminare e l'imputato ha ancora la facoltà di revocare la scelta compiuta precedentemente. (In senso conforme su questo punto sono da segnalare anche **Sez. 2, n. 13969 del 07/05/2020, Rame, Rv. 279035-01 e Sez. 2, n. 23573 del 05/08/2020, Festante, Rv. 279481-01**, che hanno affermato che il giudizio abbreviato si apre soltanto con l'adozione dell'ordinanza di ammissione).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n.11993 del 14/11/1995, Di Mauro, Rv. 203050 - 01
Sez. U., n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205619 -01
Sez. 3, n. 1506 del 4/12/1997, Pasqualetti, Rv. 209791 - 01
Sez. U., n. 4 del 28/10/1998, Barbagallo, Rv. 212757 - 01
Sez. U., n. 44711 del 27/10/2004, Wajib, Rv. 229175 -01
Sez. 6, n. 36310 del 07/07/2005, Notari, Rv. 232407 - 01
Sez. 2, n. 23466 del 09/06/2005, Scozzari, Rv. 231993 - 01
Sez. 4, n. 12259 del 14/02/2007, Biasotto, Rv. 236199 - 01
Sez. 4, n. 21548 del 23/03/2007, Manca, Rv. 236728 - 01
Sez. 4, n. 36936 del 12/06/2007, PM/ Gamba, Rv. 237238 - 01
Sez. 3, n.35624 del 11/07/2007, Terlizzi, Rv. 237293 - 01
Sez. 5, n. 7047 del 27/11/2008, Reinhard, Rv. 242962 - 01
Sez. 4, n. 26653 del 22/04/2009, PG / Sarti, Rv. 244505 - 01
Sez. 6, n. 13117 del 19/01/2010, Sghiri Yassine, Rv. 246680 - 01
Sez. 2, n. 35350 del 17/09/2010, Percuoco, Rv. 248544 - 01
Sez. 1, n. 13349 del 17/05/2012, D., Rv. 255049 - 01
Sez. 2, n. 859 del 18/12/2012, Chiapolino, Rv. 254186 - 01
Sez. 1, n. 3758 del 07/11/2013, Costa, Rv. 258260 - 01
Sez. 3, n. 14433 del 04/12/2013, Z., Rv. 259719 -01
Sez. 2, n. 11953 del 29/01/2014, D'Alba, Rv. 258067 - 01
Sez. 2, n. 18617 del 08/02/2017, PG/ Davicco, Rv. 269743 -01
Sez. 6, n. 5200 del 15/11/2017, Ribaj, Rv. 272214 - 01
Sez. 5, n. 33870 del 07/04/2017, Crescenzo, Rv. 270475 - 01
Sez. 4, n. 48280 del 26/09/2017 Squillante, Rv. 271293 - 01
Sez. 5, n. 48879 del 17/09/2018, L., Rv. 274159 - 01
Sez. 2, n. 13969 del 07/05/2020, Rame, Rv. 279035-01
Sez. 2, n. 23573 del 05/08/2020, Festante, Rv. 279481-01

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost. n. 265 del 1994
Corte cost. n. 378 del 1997
Corte cost. n. 333 del 2009
Corte cost., n.140 del 2010

SEZIONE VI

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

DICHIARAZIONE DI INCOMPETENZA TERRITORIALE DEL GIP, ANNULLAMENTO DELL'ORDINANZA APPLICATIVA DELLA MISURA CAUTELARE E INTERESSE AD IMPUGNARE DEL PUBBLICO MINISTERO

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite. - 2. L'orientamento contrario all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. - 3. L'orientamento favorevole all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. - 4. La decisione delle Sezioni unite.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite.

Nel corso dell'anno 2020 ha formato oggetto di esame da parte delle Sezioni unite la seguente questione controversa: «Se, e a quali condizioni, sia impugnabile, da parte del pubblico ministero, l'ordinanza con la quale il tribunale del riesame abbia dichiarato l'incompetenza per territorio del giudice per le indagini preliminari che ha disposto la misura cautelare impugnata e, esclusa la ricorrenza dei presupposti per il mantenimento temporaneo dell'efficacia della stessa per ragioni di urgenza, abbia altresì annullato la relativa ordinanza applicativa».

Il delinearsi di due contrapposti orientamenti - l'uno assertore della ricorribilità per cassazione di tale provvedimento, l'altro sostenitore della sua inoppugnabilità - ha reso necessario l'intervento della Corte a Sezioni Unite.

La trattazione del ricorso è stata rimessa al supremo consesso con ordinanza della Sesta sezione penale n. 46495 del 30.10.2019 (dep. il successivo 15.11.2019).

Nello specifico, i giudici rimettenti hanno rilevato l'esistenza di un contrasto, interno alla giurisprudenza di legittimità, sul tema della ricorribilità per cassazione, da parte del pubblico ministero, dell'ordinanza con cui il tribunale del riesame abbia dichiarato l'incompetenza territoriale del giudice per le indagini preliminari che ha emesso la misura cautelare impugnata e, dopo aver escluso la ricorrenza del presupposto dell'urgenza per il mantenimento temporaneo della sua efficacia, abbia altresì annullato l'ordinanza genetica.

Il provvedimento di rimessione ha quindi individuato un primo orientamento, secondo cui è inammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con cui il

tribunale della libertà, decidendo su un'istanza di riesame di provvedimento impositivo di misura coercitiva, abbia dichiarato l'incompetenza territoriale del giudice emittente e disposto la trasmissione degli atti ad altra autorità giudiziaria, ritenuta territorialmente competente, in quanto il giudice del riesame, all'esito della declaratoria d'incompetenza, non può riformare o annullare il provvedimento impugnato, salva una valutazione, nei limiti del *fumus*, sulla legalità dell'ordinanza che va ad adottare e sulla sussistenza delle ragioni d'urgenza, né, d'altro canto, può avere cognizione alcuna su un'eventuale ripristino della misura, laddove l'ordinanza gravata fosse poi annullata sul punto dalla cassazione (così Sez. 6, n. 32337 del 18.06.2010, Marchetti, Rv. 248088-01, nonché Sez. 5, n. 21953 del 13.05.2010, Astorino, Rv. 247415-01).

Nel provvedimento di rimessione si è altresì posto in rilievo che, secondo l'impostazione accolta in tali pronunzie, la valutazione del tribunale del riesame in ordine all'esistenza dei gravi indizi e delle esigenze cautelari non può essere diretta, e tradursi quindi in una declaratoria di annullamento del provvedimento gravato, ma va effettuata *incidenter tantum*, in maniera strumentale rispetto alla decisione da adottare eventualmente a norma dell'art. 291, comma 2, cod. proc. pen., aggiungendosi che detto indirizzo risulta collegato all'*obiter dictum* anticipato da Sez. U, n. 14 del 20.07.1994, De Lorenzo, Rv. 198217-01, secondo cui il tribunale del riesame, qualora rilevi l'incompetenza del giudice *a quo*, è chiamato a verificare l'esistenza dei presupposti di cui al citato art. 291, comma 2, cod. proc. pen. negli stretti limiti in cui sia necessario ai fini della decisione sul temporaneo mantenimento della misura.

Si è ulteriormente evidenziato che, secondo tale opzione ermeneutica, il pubblico ministero procedente, a seguito della pronunzia d'incompetenza, non è più legittimato ed è comunque carente d'interesse a far valere il diritto all'azione, in quanto la domanda cautelare sulla specifica imputazione provvisoria spetta all'ufficio requirente presso il giudice dichiarato competente (così Sez. 6, n. 32337 del 18.06.2010, Marchetti, Rv. 248088-01), chiarendosi che il venir meno dell'interesse della parte pubblica a impugnare la decisione del tribunale del riesame deriva dal fatto che la stessa è insuscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata, in quanto proveniente da un giudice privo di competenza e non incidente in alcun modo sullo *status libertatis* del destinatario, che trova invece regolamentazione nell'eventuale provvedimento successivamente pronunziato dal giudice dichiarato competente (così Sez. 2, n. 1379 del 1994, Battaglia, Rv. 197437-01, Sez. 4, n. 45819 del 2004, Calabrò, Rv. 230587-01 e Sez. 2, n. 48734 del 2012, Jelmoni, Rv. 254160-01).

Si è infine rilevato da parte dei giudici rimettenti che s'inseriscono nel filone interpretativo in oggetto sia la decisione che ha ritenuto inammissibile il ricorso del pubblico ministero avverso l'ordinanza del tribunale del riesame dichiarativa

dell'incompetenza per territorio e dell'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, per essere detta pronunzia causativa della sola perdita di efficacia dell'ordinanza genetica prima del decorso dei venti giorni, senza dar luogo ad alcun giudicato cautelare (così Sez. 5, n. 47646 del 17.07.2014, Badii), sia la decisione che, a fronte di un'ordinanza del tribunale del riesame di analoga natura, ha ritenuto che il pubblico ministero non avesse interesse a censurare le ragioni che avevano indotto il collegio a escludere la gravità indiziaria, posto che un annullamento sul punto non avrebbe avuto alcun effetto concreto, stante l'intervenuta perenzione della misura, che avrebbe potuto essere riemessa solo su iniziativa del pubblico ministero presso il giudice competente (così Sez. 1, n. 18477 del 03.02.2006, Summa), sia, infine, le decisioni che hanno ritenuto le ordinanze pronunziate dal giudice dichiaratosi incompetente inidonee a dar luogo a un giudicato cautelare vincolante per il giudice competente (così Sez. 6, n. 24639 del 28.04.2006, Lepre, Rv. 235187-01 e Sez. 6, n. 21328 del 16.04.2015, Spataro, Rv. 263412-01).

Il provvedimento di rimessione ha poi individuato un diverso orientamento, che, partendo dal presupposto che il tribunale del riesame che dichiara l'incompetenza per territorio del giudice emittente non ha alcun potere di valutare l'esistenza delle condizioni che legittimano l'emissione della misura e di disporre eventualmente il suo annullamento, ha riconosciuto al pubblico ministero l'interesse a impugnare la pronunzia di annullamento in ipotesi resa per impedire la formazione del giudicato e non pregiudicare, conseguentemente, la decisione che dovrà assumere il giudice indicato come competente (così Sez. 6, n. 12230 del 24.01.2007, Albano, Rv. 236398-01).

Si è osservato che, secondo tale opzione ermeneutica, il tribunale del riesame, all'esito della declaratoria di incompetenza territoriale del g.i.p., non può annullare la misura emessa perché ciò renderebbe inapplicabile l'art. 27 cod. proc. pen. e finirebbe con l'espropriare di un suo specifico potere il diverso giudice individuato come competente.

Laddove, tuttavia, una pronunzia caducatoria per insussistenza delle esigenze cautelari fosse concretamente resa, sussisterebbe l'interesse del pubblico ministero a impugnare detta decisione sia perchè idonea a pregiudicare quella del giudice indicato come competente, sia per impedire la formazione del giudicato cautelare interno in tema di esigenze preventive (così Sez. 6, n. 8971 del 17.01.2007, Ingrosso, Rv. 235920-01).

I giudici rimettenti hanno rilevato poi che sono di fatto riconducibili al medesimo orientamento anche quelle pronunzie con le quali si è affermata l'abnormità delle ordinanze con cui il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza territoriale del giudice emittente ed esclusa la sussistenza del presupposto dell'urgenza, non si sia limitato a trasmettere gli atti all'autorità territorialmente competente, ma abbia altresì

annullato la misura, aggiungendo che, con riguardo alle stesse, sussiste l'interesse del pubblico ministero all'impugnativa per evitare la formazione del giudicato cautelare in ordine all'annullamento del titolo (così Sez. 6, n. 22480 del 16.05.2005, Francioso, Rv. 232237-01, Sez. 6, n. 41006 del 05.12.2006, Cofano, Rv. 235443-01, Sez. 6, n. 4618 del 15.01.2007, Micoli, Sez. 6, n. 14649 del 19.03.2007, Trapsenishti e altri, Rv. 236486-01 e Sez. 6, n. 6240 del 17.01.2012, Riina, Rv. 252420-01).

Nel provvedimento di rimessione si è altresì aggiunto che si ascrive al filone interpretativo in disamina anche una recentissima pronunzia, in cui la Corte, recependo l'insegnamento di Sez. U, n. 42030 del 17.07.2014, Giuliano, Rv. 260242-01, ha distinto, *in primis*, tra ordinanze che si esauriscono in una mera declaratoria di incompetenza territoriale, da ritenersi non impugnabili, e ordinanze che hanno ad oggetto il diverso e preliminare tema dei requisiti del provvedimento cautelare genetico, da ritenersi, viceversa, suscettibili di impugnazione, venendo in rilievo la possibilità di attribuire alla misura, in ragione dell'urgenza, un'efficacia limitata nel tempo *ex* art. 27 cod. proc. pen.; ha rimarcato, poi, la tipicità dei provvedimenti del tribunale del riesame, che possono essere esclusivamente di conferma, di riforma o di annullamento, traendo la conclusione che tale giudicante non potrebbe limitarsi a dichiarare l'incompetenza del g.i.p., ma dovrebbe valutare in ogni caso i presupposti legittimanti la misura ed emettere un provvedimento di merito per confermarla, riformarla o annullarla e ha inferito da tale assunto che l'interesse a ricorrere del pubblico ministero deve essere verificato in relazione al tipo di provvedimento adottato dal tribunale, dovendosi ritenere sussistente di fronte ad un'ordinanza che non si limiti a dichiarare l'incompetenza del g.i.p., ma annulli il provvedimento genetico in ragione della ritenuta insussistenza dei presupposti legittimanti e precluda, in tal modo, l'operatività dell'art. 27 cod. proc. pen. (così Sez. 6, n. 46404 del 29.10.2019, Genco, Rv. 277308-01).

I rimettenti hanno evidenziato, infine, la sussistenza di un ulteriore filone interpretativo, secondo cui il tribunale del riesame, quand'anche chiamato a decidere sull'incompetenza territoriale del primo giudice, deve sempre spingersi a verificare direttamente l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, provvedendo al suo annullamento laddove ne ravvisi l'assenza (così Sez. 4, n. 30328 del 21.06.2005, Tavella, Rv. 232027-01, Sez. 5, n. 2242 del 12.12.2005, dep. 19.01.2006, Frazzetto e altro, Rv. 233025-01 e Sez. 2, n. 26286 del 27.06.2007, Rossini e altro, Rv. 237268-01).

2. L'orientamento contrario all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare.

L'orientamento contrario alla ricorribilità per cassazione, da parte dell'organo dell'accusa, dell'ordinanza del tribunale del riesame dichiarativa dell'incompetenza

territoriale del giudice emittente e dispositiva, altresì, dell'annullamento dell'ordinanza genetica per la ritenuta insussistenza dei presupposti per il suo temporaneo mantenimento in via d'urgenza costituisce il logico sviluppo dell'opzione ermeneutica, formatasi a far data dalla metà degli anni '90 del secolo scorso e di cui sono espressione pronunzie succedutesi lungo l'arco temporale di poco meno di un ventennio, secondo cui i provvedimenti dell'Autorità giudicante distrettuale aventi ad oggetto l'ordinanza coercitiva di un giudice dichiaratosi incompetente non presentano incidenza sullo *"status libertatis"* dell'indagato, che trova, invece, la propria regolamentazione nel provvedimento nel frattempo reso dal giudice competente (così Sez. 2, n. 1379 dell'11.03.1994, Battaglia, Rv. 197437-01, Sez. 4, n. 45819 del 30.03.2004, Calabrò, Rv. 230587-01, Sez. 5, n. 28563 del 27.06.2007, Gallo e altri, Rv. 237570-01 e Sez. 6, n. 45909 del 26.09.2011, Platone e altri, Rv. 251180-01).

Si collegano a tale assunto le molteplici pronunzie che, nell'arco degli stessi anni, hanno affermato, a più riprese, che il tribunale del riesame, nel rilevare l'incompetenza territoriale del giudice che ha adottato il titolo cautelare, deve limitarsi a trasmettere gli atti a quello ritenuto competente onde consentirgli di provvedere a norma dell'art. 27 cod. proc. pen., senza valutare in alcun modo la sussistenza dell'urgenza di soddisfare esigenze cautelari.

Viene in rilievo, innanzitutto, Sez. 3, n. 2787 del 07.09.1999, De Luca, Rv. 214519-01, ma si inquadrano nel medesimo filone anche altre tre pronunzie di epoca successiva - Sez. 6, n. 6858 del 17.01.2007, Capodiferro, Rv. 235629-01, Sez. 6, n. 14649 del 19.03.2007, Trapsenishti, Rv. 236486-01 e Sez. 2, n. 49427 del 17.11.2009, Iametti, Rv. 246470-01 - in cui il giudice di legittimità ha avuto cura di precisare che il tribunale del riesame, qualora rilevi l'incompetenza territoriale del g.i.p., non può spingersi ad annullare la misura cautelare dallo stesso emessa.

Egualmente riconducibile a tale orientamento risulta una decisione intervenuta in anni più prossimi - Sez. 6, n. 6240 del 17.01.2012, Riina, Rv. 252420-01 - in cui il giudice di legittimità definisce addirittura abnorme la decisione di annullamento della misura cautelare adottata dal tribunale del riesame, che, contestualmente, abbia dichiarato l'incompetenza territoriale del g.i.p. emittente.

Da ultimo, aderisce alla medesima opzione ermeneutica una recente pronunzia - Sez. 6, n. 50078 del 28.11.2014, Cicero, Rv. 261539-01 - in cui si è ribadito che il tribunale del riesame, nel rilevare l'incompetenza territoriale del giudice che ha adottato il titolo cautelare, deve limitarsi a trasmettere gli atti a quello ritenuto competente onde consentirgli di provvedere a norma dell'art. 27 cod. proc. pen., senza valutare in alcun modo la sussistenza dell'urgenza di soddisfare esigenze cautelari, non trovando applicazione, in fase successiva a quella genetica, la previsione di cui all'art. 291 cod. proc. pen.

Saldamente ancorata a tale arresto, tanto da potersene ritenere logica conseguenza, appare la pronunzia che, focalizzando l'attenzione sul regime impugnatorio dell'ordinanza del giudice preposto al riesame della misura coercitiva adottata dal g.i.p. dichiarato incompetente, ha affermato che i provvedimenti in tema di competenza, ivi compresi quelli adottati con le forme dell'ordinanza, sono sottratti alla regola della generale impugnabilità con ricorso per cassazione *ex* art. 568 cod. proc. pen. e ne ha inferito che quello adottato nella *subiecta materia* dal tribunale distrettuale non può ritenersi attributivo della competenza al giudice designato, che, per l'effetto, potrà solo sollevare conflitto in caso di diversa valutazione sul punto (così Sez. 6, n. 2667 del 25.09.1998, Delfino, Rv. 211572-01).

Si collocano ancora nel medesimo filone interpretativo tre ulteriori pronunzie, intervenute nel primo decennio di questo secolo, in cui la Suprema Corte ha ribadito il principio dell'inoppugnabilità dei provvedimenti dichiarativi della incompetenza per territorio, adottati, in sede cautelare, dal giudice distrettuale (in tal senso Sez. 6, n. 31801 del 30.05.2008, Kanapari, Rv. 240857-01, Sez. 5, n. 21953 del 13.05.2010, Astorino, Rv. 247415-01 e Sez. 6, n. 32337 del 18.06.2010, Marchetti, Rv. 248088-01).

Egualmente riconducibili all'orientamento di cui trattasi risultano poi due ulteriori decisioni, non massimate, in cui il giudice di legittimità ha rispettivamente affermato che il pubblico ministero non ha interesse a censurare le ragioni che hanno indotto il tribunale del riesame a dichiarare l'incompetenza territoriale del g.i.p. e ad escludere la gravità indiziaria, posto che tale annullamento non sortisce alcun effetto concreto, essendo la misura perenta e non potendo essere riemessa se non su iniziativa del pubblico ministero presso il giudice competente (così Sez. 1, n. 18477 del 03.02.2006, Summa) e che risulta inammissibile il ricorso del pubblico ministero avverso l'ordinanza del tribunale del riesame dichiarativa dell'incompetenza per territorio e dell'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, in quanto detta pronunzia non è causativa di alcuna ulteriore conseguenza, diversa da quella di determinare la perdita di efficacia dell'ordinanza anche prima del periodo di venti giorni, senza dar luogo ad alcun giudicato cautelare (così Sez. 5, n. 47646 del 17.07.2014, Badii).

In linea con il principio fatto proprio dall'orientamento in disamina - secondo cui il tribunale del riesame, nel rilevare l'incompetenza territoriale del giudice che ha adottato il titolo cautelare, deve limitarsi a trasmettere gli atti a quello ritenuto competente onde consentirgli di provvedere a norma dell'art. 27 cod. proc. pen. - appaiono infine talune ulteriori decisioni della Corte, riguardanti tematiche differenti.

È il caso delle pronunzie con cui il giudice di legittimità ha ritenuto inidonea a dar luogo a un giudicato cautelare vincolante per il giudice competente l'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari si sia dichiarato incompetente (così, Sez.

6, n. 24639 del 28.04.2006, Lepre, Rv. 235187-01 e Sez. 6, n. 21328 del 16.04.2015, Spataro, Rv. 263412-01).

3. L'orientamento favorevole all'impugnabilità da parte del pubblico ministero dell'ordinanza applicativa della misura cautelare.

Il diverso orientamento, assertivo della ricorribilità per cassazione, da parte del pubblico ministero, dell'ordinanza del tribunale del riesame dichiarativa dell'incompetenza per territorio del g.i.p. e dispositiva, altresì, dell'annullamento dell'ordinanza genetica per la ritenuta insussistenza dei presupposti legittimanti il suo temporaneo mantenimento per ragioni di urgenza, ha iniziato a delinearsi, nella giurisprudenza di legittimità, in tempi più recenti e, segnatamente, a far data dalla metà del primo decennio di questo secolo.

Nello specifico, hanno dato l'abbrivio all'opzione ermeneutica *de qua* talune pronunzie della Suprema Corte, in cui i giudici di legittimità, centrando l'attenzione sul contenuto della decisione che deve adottare il tribunale del riesame in caso di riscontrata incompetenza territoriale del giudice per le indagini preliminari, hanno affermato che il giudice distrettuale, in tale eventualità, non può limitarsi alla declaratoria di incompetenza, ma è tenuto altresì a confermare il provvedimento reso dal giudice incompetente, in quanto la sua pronunzia, attenendo alla materia cautelare, dev'essere riconducibile alla previsione di cui all'art. 309 cod. proc. pen. (così Sez. 6, n. 22480 del 16.05.2005, Francioso, Rv. 232237-01, Sez. 6, n. 41006 del 05.12.2006, Cofano, Rv. 235443-01 e Sez. 2, n. 48734 del 29.11.2012, Jelmoni, Rv. 254160-01).

In due delle pronunzie in oggetto - segnatamente in quelle più risalenti - la Corte ha inoltre aggiunto che dovrebbe ritenersi abnorme un'eventuale decisione di annullamento del titolo in ipotesi adottata dal giudice distrettuale.

Tutte le menzionate sentenze, pur evidenziando la necessità che alla declaratoria di incompetenza del primo giudice si accompagni una decisione riconducibile alla previsione dell'art. 309 cod. proc. pen., escludono in radice la possibilità che tale decisione sia di tipo caducatorio, sul rilievo che la stessa non ha alcuna incidenza sullo *"status libertatis"* dell'indagato, che trova la propria regolamentazione unicamente nel provvedimento reso dal giudice competente.

Si smarcano, invece, decisamente dall'opzione ermeneutica dianzi esaminata, dando l'*"incipit"* al contrapposto orientamento, quelle pronunzie che, per un verso, recepiscono il principio secondo cui la decisione del tribunale del riesame dev'essere riconducibile, anche in caso di declaratoria d'incompetenza del g.i.p., alla previsione dell'art. 309 cod. proc. pen. e, per altro verso, giungono ad ammettere che la stessa può avere anche natura caducatoria, in caso di riscontrata insussistenza dei

presupposti per far luogo all'emissione della misura in via d'urgenza ai sensi dell'art. 291, comma 2, cod. proc. pen.

Al riguardo viene in rilievo, innanzitutto, Sez. 4, n. 30027 del 13.07.2006, Atzeni, Rv. 234825-01.

Ma costituisce espressione di tale orientamento anche Sez. 2, n. 35630 del 14.06.2017, Battistutti, Rv. 270861-01, in cui la Corte ha ribadito il medesimo principio con riguardo alla diversa ipotesi in cui l'incompetenza territoriale del giudice emittente sia rilevata nel giudizio di legittimità.

In coerenza con tale arresto, il giudice di legittimità ha altresì affermato che, in ipotesi di annullamento di misura cautelare per insussistenza di esigenze preventive che faccia seguito alla declaratoria di incompetenza territoriale del g.i.p., il rappresentante della pubblica accusa è legittimato a impugnare l'ordinanza del tribunale del riesame onde impedire la formazione del giudicato cautelare sul punto (così Sez. 6, n. 8971 del 17.01.2007, Ingrosso, Rv. 235920-01).

Sulla stessa linea si colloca, poi, un'ulteriore decisione, di epoca coeva, in cui la Corte, pur affermando che esula dai poteri del tribunale del riesame la verifica dei presupposti per l'emissione di una misura cautelare in caso di declaratoria di incompetenza per territorio del giudice emittente, ha ritenuto che sussiste l'interesse del pubblico ministero a impugnare la pronunzia caducatoria in ipotesi emessa onde evitare la formazione del giudicato cautelare (così Sez. 6, n. 12230 del 24.01.2007, Albano, Rv. 236398-01).

In linea con l'impostazione recepita da tale pronunzia risulta, ancora, una recentissima sentenza, in cui la Corte, dopo aver dato conto dell'esistenza di un orientamento secondo cui il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza del giudice emittente, deve limitarsi a dichiararla e di una diversa opzione ermeneutica secondo cui è, invece, legittimato a scrutinare altresì i presupposti di emissione del titolo, confermandolo, riformandolo o annullandolo, ha affermato che deve ritenersi sussistente l'interesse a impugnare del pubblico ministero nei casi in cui il giudice distrettuale, all'esito della declaratoria di incompetenza del primo giudice, abbia altresì annullato il titolo dallo stesso emesso, non ravvisando la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, delle esigenze cautelari o dell'urgenza di cui all'art. 291, comma 2, cod. proc. pen. (così Sez. 6, n. 46404 del 29.10.2019, Genco, Rv. 277308-01).

Comunque riconducibile all'orientamento in disamina appare poi un'ulteriore pronunzia in cui la Corte, dopo aver affermato che l'incompetenza territoriale del giudice emittente può formare oggetto delle impugnazioni *de libertate*, aggiunge che, in caso di riscontrata incompetenza, il giudice del gravame dovrà estendere il proprio scrutinio al requisito dell'urgenza e, laddove ne rilevi l'insussistenza, dovrà annullare la misura alla stregua dei dati processuali esistenti (così Sez. 4, n. 30328 del 21.06.2005, Tavella, Rv. 232027-01).

Nel medesimo solco si pongono, infine, due pronunzie ulteriori, in cui la Corte ha ribadito tale principio con specifico riguardo al giudizio di legittimità (così Sez. 5, n. 2242 del 12.12.2005, dep. 19.01.2006, Frazzetto e altro, Rv. 233025-01 e Sez. 2, n. 26286 del 27.06.2007, Rossini, Rv. 237268-01).

4. La decisione delle Sezioni Unite.

Con la decisione assunta all'udienza del 23.04.2020, le Sezioni Unite hanno dato risposta al quesito dianzi riportato, affermando che «sussiste l'interesse del pubblico ministero ad impugnare il provvedimento con il quale il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza del giudice per le indagini preliminari, annulli, per carenza delle condizioni di applicabilità, l'ordinanza con cui quello stesso giudice ha disposto la misura cautelare della custodia in carcere, se l'impugnazione è funzionale a garantire il tempestivo intervento del giudice competente».

Ha premesso innanzitutto il Supremo consesso che le stesse Sezioni Unite, ricomponendo un contrasto apertosi nella giurisprudenza di legittimità già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, hanno riconosciuto il potere del giudice dell'impugnazione cautelare di sindacare la competenza di quello che ha applicato la misura e di attribuire conseguentemente a quest'ultima la limitata efficacia prevista dall'art. 27 cod. proc. pen. (così Sez. U, n. 14 del 20.07.1994, De Lorenzo, Rv. 198217-01 e Sez. U, n. 19 del 25.10.1994, De Lorenzo, Rv. 199393-01).

Ha aggiunto quindi che soprattutto la seconda delle menzionate pronunzie ha chiarito che il sindacato negativo del giudice dell'impugnazione sulla competenza di quello emittente non esita nell'annullamento del provvedimento adottato da quest'ultimo, giacchè il codice non ha previsto alcuna nullità in tal senso, ma ha affidato al meccanismo dell'inefficacia differita configurato dall'art. 27 cod. proc. pen. la sanzione processuale per la violazione delle regole sulla competenza, meccanismo che sono chiamati ad attivare in supplenza il giudice del riesame o quello di legittimità, imprimendo alla misura quella provvisorietà valevole a garantire un bilanciamento tra il rispetto del principio del giudice naturale e l'esigenza di urgente tutela della collettività.

Per altro verso, i giudici di legittimità hanno altresì richiamato il principio secondo cui le pronunzie sulla competenza sono sottratte al generale regime delle impugnazioni, in quanto affidate alla normativa in tema di conflitti, che individua quale giudice esclusivo la Corte di cassazione (così Sez. U n. 42030 del 17.07.2014, Giuliano, Rv. 260242-01), aggiungendo che ciò non esclude automaticamente che la parte pubblica abbia titolo per impugnare il provvedimento del giudice del riesame nella parte in cui nega la precaria sopravvivenza della misura adottata.

Alla stregua di tali premesse, il Supremo consesso ha affermato che un'interpretazione sistematica dell'art. 291 cod. proc. pen. porta a ritenere che il giudice dell'impugnazione che dichiari l'incompetenza territoriale abbia anche il potere di annullare o riformare l'ordinanza genetica.

Nello specifico, si è rilevato come già le menzionate sentenze De Lorenzo avessero evidenziato che il giudice del riesame sia investito, ai sensi dell'art. 309, comma 9, cod. proc. pen., dei medesimi poteri cognitivi riconosciuti a quello che ha emesso il provvedimento genetico, sicchè sostenere che il primo, una volta rilevata l'incompetenza, dovrebbe limitarsi a disporre la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen., senza poter verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, significherebbe sottrarre al soggetto cautelato ogni possibilità di contraddittorio in costanza della limitazione della libertà personale ed affermare la sostanziale insindacabilità del merito del provvedimento genetico.

Né può sottacersi l'irragionevole disparità di trattamento che si determinerebbe rispetto all'ipotesi in cui, invece, l'incompetenza venga riconosciuta dallo stesso giudice che dispone la misura, atteso che, in tal caso, a quello del riesame viene pacificamente riconosciuto il potere di valutare la sussistenza dei presupposti per la sua adozione, anche quando la misura abbia già perso efficacia o sia eventualmente intervenuto il provvedimento del giudice competente e la sua decisione, non essendo più in grado di incidere sullo *status libertatis* dell'indagato, rilevi agli esclusivi fini di cui all'art. 314 cod. proc. pen. (così Sez. U, n. 8388 del 22.01.2009, Novi, Rv. 242292-01 e Sez. U, n. 7931 del 16.12.2010, dep. 01.03.2011, Testini, Rv. 249002-01).

Rilevano ancora le Sezioni Unite che la negazione del potere del giudice dell'impugnazione di valutare ed eventualmente escludere la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura è stata giustificata in base ad argomenti non condivisibili.

E invero, è stata evocata innanzitutto l'impossibilità per il giudice incompetente di decidere in merito alla regiudicanda quale precipitato del principio di rango costituzionale del giudice naturale, al cui cospetto il disposto dell'art. 309, comma 9, cod. proc. pen. dovrebbe essere neutralizzato.

Osserva, però, la Suprema Corte che tale obiezione è, all'evidenza, priva di pregio, perché fondata su di un ragionamento circolare, assumendo ciò che deve essere dimostrato e cioè che la deroga espressamente prevista in tal senso dall'art. 291, comma 2, cod. proc. pen. non si applichi, nelle intenzioni del legislatore, anche al giudice dell'impugnazione.

È stata opposta, inoltre, la natura eccezionale della menzionata disposizione di cui all'art. 291, comma 2, cod. proc. pen., cui conseguirebbe l'impossibilità di fornirne interpretazioni analogiche o anche solo estensive, atteso che il testo della norma fa

inequivocabilmente riferimento al solo giudice che dispone la misura e contestualmente si dichiara incompetente.

Al riguardo, rileva, tuttavia, la Corte che se è vero che il dato testuale della disposizione si presta a una lettura in tal senso, è altrettanto vero che una tale interpretazione condurrebbe ad aporie che rischiano di compromettere la stessa compatibilità della norma con i principi costituzionali.

D'altro canto, che l'anzidetta interpretazione non sia l'unica possibile lo si ricava dal dato testuale, ove si consideri che l'art. 291, comma 2, cod. proc. pen. consente al giudice incompetente di applicare la misura esclusivamente in ragione della comprovata urgenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 cod. proc. pen.

Il tenore letterale dell'art. 291, comma 2, cod. proc. pen. evidenzia, quindi, l'esistenza di un inscindibile collegamento con la disposizione di cui all'art. 27 cod. proc. pen. e, in particolare, tra l'efficacia interinale e la verifica del presupposto dell'urgenza, che la legittima, sicchè negare che tale disposizione trovi applicazione anche qualora l'incompetenza venga rilevata da un giudice diverso da quello che ha applicato la misura si pone in contraddizione con la stessa volontà legislativa, finendo con l'autorizzare una proroga della restrizione della libertà dell'indagato per il tempo indicato nell'art. 27 cod. proc. pen. senza che sia accertato il presupposto che giustifica detta proroga.

Né può riconoscersi al giudice dell'impugnazione - come pure si è sostenuto in talune pronunzie - il compito di accertare la sola urgenza delle esigenze cautelari e non anche degli altri presupposti che legittimano l'adozione della misura, in quanto una tale estensione selettiva del disposto dell'art. 291, comma 2, cod. proc. pen. sarebbe operazione esegetica in alcun modo ancorabile al dato testuale.

Da ultimo, per negare che il giudice dell'impugnazione cautelare possa valutare ed eventualmente escludere la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, è stata evocata l'esigenza di evitare la formazione di un giudicato cautelare in grado di condizionare il potere decisorio del giudice competente.

In proposito, le Sezioni Unite evidenziano che l'inconsistenza di tale argomento è definita dall'erroneità del presupposto su cui si fonda, non verificandosi alcuna interferenza nell'ipotesi in cui il giudice che rilevi l'incompetenza respinga la richiesta cautelare ovvero annulli il provvedimento applicativo precedentemente adottato, stante la natura "endoprocessuale" del giudicato cautelare (così Sez. U, n. 14535 del 19.12.2006, dep. 10.04.2007, Librato, Rv. 235908-01 e Sez. 6, n. 54045 del 27.09.2017, Cao, Rv. 271734-01).

Conclude pertanto il Supremo consesso che, nell'incidente cautelare, il giudice dell'impugnazione che rileva l'incompetenza di quello che ha applicato la misura ha il dovere di verificare, ai sensi dell'art. 291, comma 2, cod. proc. pen., la sussistenza delle condizioni per l'adozione del provvedimento genetico, conservando il potere,

nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, di annullare lo stesso ovvero, nel caso contrario, di provvedere ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen., laddove ravvisi l'urgenza di anche una sola delle esigenze cautelari riscontrate.

Tanto chiarito e venendo più specificamente alla questione sollevata con l'ordinanza di rimessione, la Corte osserva che l'art. 311, comma 1, cod. proc. pen. legittima, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, il pubblico ministero che ha richiesto la misura a impugnare il provvedimento caducatorio del giudice del riesame, atteso che questo è stato adottato ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen. e che non si esaurisce nella mera declaratoria di incompetenza.

Osserva, altresì, la Corte che il pubblico ministero risulta portatore di un concreto interesse a proporre l'impugnazione, avendo chiarito il consolidato orientamento delle Sezioni Unite che, per proporre ricorso - anche nell'incidente cautelare - il soggetto legittimato deve perseguire un interesse concreto e attuale, la cui sussistenza e persistenza al momento della decisione deve essere apprezzata con riferimento all'esistenza di un effettivo pregiudizio derivato dal provvedimento impugnato, la cui rimozione consente il conseguimento di un risultato più vantaggioso (così Sez. U n. 40963 del 20.07.2017, Andreucci, Rv. 270497-01, Sez. U n. 6624 del 27.10.2011, dep. 17.02.2012, Marinaj, Rv. 251693-01, Sez. U., n. 7931 del 16.12.2010, dep. 01.03.2011, Testini, Rv. 249002-01, Sez. U., n. 29529 del 25.06.2009, De Marino, Rv. 244110-01, Sez. U., n. 7 del 25.06.1997, Chiappetta, Rv. 208165-01, Sez. U., n. 10372 del 27.09.1995, Serafino, Rv. 202269-01, Sez. U., n. 42 del 13.12.1995, Timpani, Rv. 203093-01, Sez. 6, n. 33573 del 20.05.2015, Pinelli, Rv. 264996-01, Sez. 3, n. 48581 del 13.09.2016, Piga, Rv. 268191-01, Sez. 2, n. 4974 del 17.01.2017, D'Aversa, Rv. 268990-01 e Sez. 5, n. 35783 del 04.05.2018, El Harchi, Rv. 273630-01).

Al riguardo, il Supremo consesso chiarisce che l'interesse del pubblico ministero può ritenersi concreto se mira a rimuovere gli effetti costitutivi del provvedimento impugnato per conseguire un risultato reale e non meramente ipotetico o congetturale, ponendo in rilievo che, nell'incidente cautelare instaurato nella fase delle indagini preliminari, il ricorso della parte pubblica non mira esclusivamente alla rimozione del provvedimento di annullamento dell'ordinanza genetica, ma tende a ottenere, attraverso la mediazione del giudizio di rinvio, una decisione di segno diverso, sicchè è in relazione alla possibilità di conseguire tale esito finale e con esclusivo riferimento allo stesso che deve essere valutata la sussistenza dell'interesse di cui all'art. 568, comma 4, cod. proc. pen.

Dunque, qualora il giudice del riesame abbia altresì dichiarato l'incompetenza di quello che, omettendo di rilevarla, aveva accolto la richiesta cautelare, il risultato favorevole perseguibile dal pubblico ministero è esclusivamente quello di vedere attribuita alla misura originariamente disposta l'efficacia interinale prevista dall'art. 27

cod. proc. pen., previa conferma della sussistenza delle condizioni per la sua applicazione e dell'accertamento dell'urgenza delle esigenze cautelari rilevate.

In altre parole, solo quando l'impugnazione sia finalizzata a ottenere l'applicazione del disposto dell'art. 27 cod. proc. pen. secondo la funzione che gli è propria, l'interesse a proporla può ritenersi effettivamente concreto, dovendosi per converso escludere la sua ricorrenza laddove l'obiettivo perseguito consista, in sostanza, nella mera rimozione della decisione sfavorevole del giudice del riesame, atteso che, in tal caso, il ripristino temporaneo della misura non sarebbe proiettato verso la sua rinnovazione da parte del giudice competente.

Alla stregua di quanto evidenziato, la Corte conclude che è onere del pubblico ministero dedurre, a pena di inammissibilità, l'obiettivo effettivamente perseguito attraverso il ricorso, dovendosi escludere in via implicita la concretezza dell'interesse qualora egli impugni contestualmente anche la declaratoria sull'incompetenza, giacchè tale comportamento risulta contraddittorio rispetto allo scopo di garantire l'urgenza cautelare in attesa dell'intervento del giudice competente.

Aggiunge quindi che, in sintonia con l'orientamento maggioritario espresso dalle Sezioni semplici, deve ammettersi che sussiste l'interesse del pubblico ministero a ricorrere avverso il provvedimento del giudice del riesame nella misura in cui questi, nell'annullare l'ordinanza genetica, ha sostanzialmente escluso l'applicazione dell'art. 27 cod. proc. pen., pur avendo rilevato l'incompetenza.

E invero, una volta attribuito al giudice dell'impugnazione cautelare il compito di verificare, anche il tal caso, la sussistenza delle condizioni che autorizzano l'adozione della misura, nonché il potere di annullare l'ordinanza genetica, è inevitabile riconoscere il pregiudizio subito dalla parte pubblica che aveva conseguito il titolo cautelare e il suo interesse a perseguire, attraverso la rimozione del provvedimento caducatorio, il ripristino della misura, seppure ai limitati fini di cui all'art. 27 cod. proc. pen.

Né - si rileva - può ritenersi insussistente tale interesse in ragione del fatto che l'indagato ha facoltà di proporre ricorso avverso il provvedimento eventualmente adottato a seguito dell'annullamento con rinvio di quello impugnato dal pubblico ministero, atteso che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'ordinanza con la quale il giudice del riesame, in sede di rinvio, conferma l'originaria ordinanza di custodia cautelare in precedenza annullata, è immediatamente esecutiva e determina il ripristino dello stato di custodia anche qualora l'indagato proponga, a sua volta, ricorso per cassazione avverso il nuovo provvedimento.

Alla stregua delle osservazioni complessivamente esposte, il Supremo consesso conclude quindi che «sussiste l'interesse del pubblico ministero ad impugnare il provvedimento con il quale il tribunale del riesame, rilevata l'incompetenza del giudice per le indagini preliminari, annulli, per carenza delle condizioni di

applicabilità, l'ordinanza con cui quello stesso giudice ha disposto la misura cautelare della custodia in carcere, se l'impugnazione è funzionale a garantire il tempestivo intervento del giudice competente».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 2, n. 1379 dell'11.03.1994, Battaglia, Rv. 197437-01
Sez. U, n. 14 del 20.07.1994, De Lorenzo, Rv. 198217-01
Sez. U, n. 19 del 25.10.1994, De Lorenzo, Rv. 199393-01
Sez. U, n. 10372 del 27.09.1995, Serafino, Rv. 202269-01
Sez. U, n. 42 del 13.12.1995, Timpani, Rv. 203093-01
Sez. U, n. 7 del 25.06.1997, Chiappetta, Rv. 208165-01
Sez. 6, n. 2667 del 25.09.1998, Delfino, Rv. 211572-01
Sez. F., n. 2787 del 07.09.1999, De Luca e altro, Rv. 214519-01
Sez. 4, n. 45819 del 30.03.2004, Calabrò, Rv. 230587-04
Sez. 4, n. 30328 del 21.06.2005, Tavella, Rv. 232027-04
Sez. 6, n. 22480 del 16.05.2005, Francioso e altro, Rv. 232237-01
Sez. 5, n. 2242 del 12.12.2005, dep. 19.01.2006, Frazzetto, Rv. 233025-01
Sez. 1, n. 18477 del 03.02.2006, Summa
Sez. 4, n. 30027 del 13.07.2006, Atzeni, Rv. 234825
Sez. 6, n. 24639 del 28.04.2006, Lepre, Rv. 235187-01
Sez. 6, n. 41006 del 05.12.2006, Cofano, Rv. 235443-01
Sez. 6, n. 4618 del 15.01.2007, Micoli
Sez. 6, n. 6858 del 17.01.2007, Capodiferro e altro, Rv. 235629-01
Sez. U, n. 14535 del 19.12.2006, dep. 10.04.2007, Librato, Rv. 235908-01
Sez. 6, n. 8971 del 17.01.2007, Ingrosso, Rv. 235920-01
Sez. 6, n. 12230 del 24.01.2007, Albano, Rv. 236398-01
Sez. 6, n. 14649 del 19.03.2007, Trapsenishti e altri, Rv. 236486-01
Sez. 2, n. 26286 del 27.06.2007, Rossini e altro, Rv. 237268-01
Sez. 5, n. 28563 del 27.06.2007, Gallo, Rv. 237570-01
Sez. 6, n. 31801 del 30.05.2008, Kanapari, Rv. 240857-01
Sez. U, n. 8388 del 22.01.2009, Novi, Rv. 242292-01
Sez. U, n. 29529 del 25.06.2009, De Marino, Rv. 244110-01
Sez. 2, n. 49427 del 17.11.2009, Iametti e altri, Rv. 246470-01
Sez. 5, n. 21953 del 13.05.2010, Astorino, Rv. 247415-01
Sez. 6, n. 32337 del 18.06.2010,. Marchetti, Rv. 248088-01
Sez. U, n. 7931 del 16.12.2010, dep. 01.03.2011, Testini, Rv. 249002-01
Sez. 6, n. 45909 del 26.09.2011, Platone e altri, Rv. 251180-01
Sez. U, n. 6624 del 27.10.2011, dep. 17.02.2012, Marinaj, Rv. 251693-01
Sez. 6, n. 6240 del 17.01.2012,. Riina, Rv. 252420-01
Sez. 5, n. 47646 del 17.07.2014, Badii
Sez. 2, n. 48734 del 29.11.2012, Jelmoni, Rv. 254160-01

Sez. U, n. 42030 del 17.07.2014, P.M. in proc. Giuliano e altri, Rv. 260242-01
Sez. 6, n. 50078 del 28.11.2014, Cicero, Rv. 261539-01
Sez. 6, n. 21328 del 16.04.2015, Spataro, Rv. 263412-01
Sez. 6, n. 33573 del 20.05.2015, Pinelli, Rv. 264996-01
Sez. 3, n. 48581 del 13.09.2016, Piga, Rv. 268191-01
Sez. 2, n. 4974 del 17.01.2017, D'Aversa, Rv. 268990-01
Sez. U, n. 40963 del 20.07.2017, Andreucci, Rv. 270497-01
Sez. 2, 35630 del 14.06.2017, Battistutti e altri, Rv. 270861-01
Sez. 6, n. 54045 del 27.09.2017, Cao, Rv. 271734-01
Sez. 5, n. 35783 del 04.05.2018, El Harchi, Rv. 273630-01
Sez. 6, n. 46404 del 29.10.2019, Genco, Rv. 277308-01

CAPITOLO II

IL RICORSO CAUTELARE PER CASSAZIONE: TOPOGRAFIA E TEMPISTICA.

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite. - 2. Le ragioni della questione controversa. - 3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa: il profilo topografico. - 4. La sentenza delle Sezioni Unite "D'Alfonso": una traccia per la soluzione della questione. - 5. Il profilo temporale: la tempestività della presentazione dell'atto impugnatorio. - 6. La decisione.

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla questione volta a stabilire "Se il ricorso cautelare per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, del giudice che ha emesso la misura, debba essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale o, comunque, dell'organo giudiziario che ha emesso il provvedimento impugnato ovvero possa essere presentato dal difensore dell'interessato anche presso le cancellerie degli organi giudiziari, o presso l'agente consolare, dei luoghi di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen.; se, inoltre, in tale caso, il ricorso debba ritenersi tempestivamente proposto solo quando pervenuto entro i termini di cui all'art. 311, comma 1, cod. proc. pen. alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento, a seguito della trasmissione a cura della cancelleria dell'ufficio giudiziario o consolare di precedente deposito".

La trattazione del ricorso era stata rimessa al supremo consesso con ordinanza **n. 18582 del 21/05/2020**, dalla Terza sezione penale che aveva ravvisato il possibile affiorare di un contrasto in merito alla corretta individuazione del luogo presso il quale deve essere presentato il ricorso cautelare per cassazione avverso il provvedimento in materia cautelare personale reso dal giudice del riesame o dell'appello cautelare, ovvero avverso l'ordinanza genetica della misura coercitiva, ed in particolare se questo coincida solo con il tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello o la sezione distaccata della corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza, esclusa qualsiasi soluzione alternativa per le parti, con inevitabili conseguenze in termini di ammissibilità del ricorso.

La Terza sezione, partendo dalla considerazione che il regime delle impugnazioni cautelari non possa definirsi né come un sistema chiuso ed autonomo rispetto a quello riferibile alle altre tipologie impugnatorie, né come un sistema strutturato in maniera autosufficiente e, dunque, tale da non tollerare la possibilità di attingere alle

regole comuni in materia di impugnazioni al fine di integrare la normativa particolare, si poneva in posizione dissonante rispetto all'orientamento interpretativo maggioritario che, ritenendo non applicabile al ricorso cautelare per cassazione la disciplina sulla presentazione dell'atto di impugnazione stabilita agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen., in considerazione della assenza del richiamo a tali norme nel corpo dell'art. 311 cod. proc. pen., avrebbe condotto alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso sottoposto al suo vaglio, sia perché depositato presso la cancelleria di un tribunale diverso da quello che lo ha reso quale giudice del riesame, sia perché pervenuto al tribunale del riesame oltre il termine di dieci giorni dalla notifica del provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 311, comma 1, cod. proc. pen. sebbene proposto entro il termine stesso, conclusione in relazione alla quale non avrebbe potuto soccorrere neanche quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è ammissibile il ricorso per cassazione depositato nella cancelleria di un ufficio giudiziario erroneamente individuato, a condizione che lo stesso pervenga nel termine di legge anche nella cancelleria dell'ufficio ove ha sede il giudice che ha emesso l'atto impugnato.

2. Le ragioni della questione controversa.

Per meglio comprendere le ragioni fondanti del contrasto sottoposto al vaglio delle Sezioni unite, volto alla corretta individuazione del luogo presso il quale il ricorso cautelare per cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame ovvero - in caso di ricorso immediato - del giudice che ha emesso la misura, debba e possa essere presentato e a stabilire se le modalità previste per l'impugnazione cautelare costituiscano eccezione alle norme che regolano in via generale la presentazione dell'impugnazione, giova rammentare che l'art. 582 cod. proc. pen., norma generale sulle impugnazioni, prevede, al comma 1, che, salvo che la legge disponga altrimenti, gli atti di impugnazione si presentano nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato e, al comma 2, che le parti private ed i difensori possono presentare l'atto nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano, qualora lo stesso sia diverso da quello dove ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ovvero davanti ad un agente consolare all'estero, nel qual caso l'atto impugnatorio sarà trasmesso alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Il successivo art. 583 cod. proc. pen., dopo aver previsto, al comma 1, che le parti e i difensori possono proporre l'impugnazione con telegramma ovvero con atto da trasmettersi a mezzo di raccomandata alla cancelleria indicata nell'articolo 582 comma 1, sul quale il pubblico ufficiale appone l'indicazione del giorno della ricezione e la propria sottoscrizione,

stabilisce, al comma 2, che l'impugnazione si considera proposta alla data di spedizione della raccomandata o del telegramma.

La disciplina generale subisce una differente declinazione nel caso di impugnazione cautelare in ragione delle stringenti esigenze di speditezza che regolano la materia della cautela personale, involgente un diritto di rango primario.

Invero, diversamente da quanto previsto dall'art. 582 cod. proc. pen., per la richiesta di riesame delle ordinanze che dispongono per la prima volta una misura cautelare personale, l'art. 309 cod. proc. pen., dopo aver stabilito che entro il termine di dieci giorni - la cui decorrenza è fissata per l'imputato dalla notificazione o esecuzione dell'ordinanza coercitiva, per il latitante dalla notificazione nei modi previsti dall'art. 165 cod. proc. pen. e per il difensore dalla notificazione dell'avviso - la stessa debba essere presentata presso la cancelleria del giudice *ad quem*, prevede l'osservanza delle forme stabilite dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. laddove, per tutti gli altri provvedimenti, l'imputato, il suo difensore e il pubblico ministero possono proporre appello ai sensi dell'art. 310 cod. proc. pen. con le forme e modalità previste dall'art. 309, commi 1, 2, 3, 4 e 7, cod. proc. pen.

Ancora, ai sensi dell'art. 311, comma 1, cod. proc. pen., la disciplina prevede che avverso le decisioni assunte in sede di riesame e di appello il ricorso per cassazione può essere proposto nel termine di dieci giorni, decorrenti per l'imputato dalla notificazione o esecuzione dell'ordinanza coercitiva, per il latitante dalla notificazione nei modi previsti dall'art. 165 cod. proc. pen., per il difensore dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento, e, ai sensi del comma 2, che l'imputato ed il suo difensore possono proporre il ricorso per cassazione *per saltum* e, cioè, direttamente contro le ordinanze genetiche che dispongono una misura coercitiva, nei termini e con le modalità di cui all'art. 309, commi 1, 2 e 3, cod. proc. pen.

Analogamente a quanto previsto in tema di cautela personale, per le misure cautelari reali l'art. 324, comma 1, cod. proc. pen. stabilisce che la richiesta di riesame, della quale possono avvalersi i soggetti indicati all'art. 322 cod. proc. pen., deve essere presentata, entro il termine di dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'esecuzione, presso la cancelleria del tribunale del capoluogo competente a decidere ai sensi del comma 5 dell'art. 324 cod. proc. pen., e l'art. 322-bis cod. proc. pen., introdotto con il d. l.vo 14 gennaio 1991, n. 12, prevede che l'imputato, il suo difensore, il pubblico ministero, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre appello, sia contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo sia contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero. A tale rimedio di impugnazione, proponibile contro i provvedimenti di modifica, sostituzione, revoca della misura o di rigetto delle relative istanze, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 310 cod. proc.

pen. e pertanto, di rimando, quelle previste dall'art. 309, commi 1, 2, 3, 4 e 7, cod. proc. pen.

Ancora, in materia di cautela reale, l'art. 325 cod. proc. pen. prevede, al comma 1, che il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, possono proporre ricorso per cassazione per violazione di legge avverso le decisioni assunte in sede di appello e di riesame e, al comma 2, che possono proporre il ricorso per cassazione direttamente contro il decreto di sequestro emesso dal giudice (cd. ricorso *per saltum*).

Alla luce del dato normativo, la Terza sezione si è posta in posizione critica rispetto alle argomentazioni, una di carattere formale ed una di tipo funzionale, sottese a quelle decisioni della Corte che confinano l'applicabilità degli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. ai soli procedimenti di riesame e di appello cautelare e non anche al ricorso per cassazione in materia *de libertate*, ritenendo che in tale senso si sia dato corso ad una modalità di lettura delle norme che si ferma al solo criterio esegetico di tipo lessicale, non condivisa dalla giurisprudenza della Corte sia quando ha affermato che le parti private sono legittimate a presentare la richiesta di riesame e l'atto d'appello delle ordinanze in materia di misure cautelari personali anche presso la cancelleria del luogo in cui si trovano, se diverso da quello nel quale il provvedimento fu emesso (Sez. U, n. 11 del 18/06/1991, D'Alfonso, Rv. 187922 - 01), sia quando ha esteso l'operatività del principio anche al riesame reale (Sez. U, n. 47374 del 22/06/2017, Ferraro, Rv. 270828 - 01), sia quando ha affermato che in materia di misure cautelari, reali e personali, la richiesta di riesame può essere proposta con telegramma o con atto trasmesso a mezzo di raccomandata, a norma dell'art. 583 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 8 del 11/05/1993, Mocerino, Rv. 193750 - 01), sia quando, in relazione al differente istituto disciplinato dall'art. 625-bis cod. proc. pen., ha precisato che le eccezioni ai principi generali che governano le impugnazioni, tra cui figurano quelle relative alla presentazione degli atti, devono essere espresse (Sez. U, n. 32744 del 27/11/2014, dep. 2015, Zangari, Rv. 264049 - 01), escludendo che in tali casi al mancato richiamo alle forme di cui agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. in materia di ricorso per cassazione *de libertate* possa attribuirsi alcun significato preclusivo.

3. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa: il profilo topografico.

Sulla specifica questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite la giurisprudenza di legittimità, in ossequio al dettato normativo di cui all'art. 311, comma 3, cod. proc. pen., si è assestata nell'individuare il luogo di presentazione del ricorso cautelare per

cassazione avverso la decisione del tribunale del riesame o avverso l'ordinanza genetica, unicamente nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, pena l'inammissibilità del ricorso ove depositato presso la cancelleria del giudice *ad quem*.

Una delle prime espressioni di tale giurisprudenza, orientata ad una rigida lettura delle norme relative alle impugnazioni cautelari (che, in quanto espressione di una disciplina autonoma, esclude, in assenza di espliciti richiami, che possano applicarsi le disposizioni generali che regolano le impugnazioni ordinarie), si rinviene nella decisione, riferibile ad ogni atto impugnatorio di tipo cautelare e a tutte le parti ricorrenti, di Sez. 6, n. 3539 del 06/12/1990, dep. 1991, Messora, Rv. 187018 - 01, secondo cui "in tema di riesame, le specifiche modalità fissate dal legislatore per la presentazione del gravame costituiscono evidente deroga alle norme che regolano in via generale la presentazione dell'impugnazione. Ne consegue che sia la presentazione dell'istanza di riesame, sia quella del ricorso per cassazione avverso la decisione del tribunale della libertà vanno presentate nella cancelleria dello stesso tribunale, con esclusione, anche per la parte, di qualsiasi soluzione alternativa".

Sul solco inaugurato dalla sentenza "Messora", questa volta con specifico riferimento al ricorso cautelare per cassazione proposto mediante il deposito dell'atto direttamente presso la Corte anziché nella cancelleria del giudice *a quo*, Sez. 2, n. 2056 del 20/03/1991, Crisalli, Rv. 187164 - 01 ha affermato che "il ricorso per Cassazione proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza emessa in materia di misure cautelari personali dal tribunale della libertà, è inammissibile qualora sia presentato direttamente in Cassazione e non nella cancelleria del suddetto tribunale, come prescrive l'art. 311, comma terzo, nuovo cod. proc. pen.".

Il principio è stato ribadito in tempi recenti da Sez. 6, n. 29477 del 23/03/2017, Di Giorgi, Rv. 270559 - 01 che, inoltre, ha escluso qualsiasi effetto sanante "nel caso in cui il ricorso sia depositato tempestivamente presso la cassazione e, dopo la scadenza del termine *ex* art. 311, comma primo, cod. proc. pen., anche presso la cancelleria del tribunale del riesame" e da Sez. 6, n. 13420 del 05/03/2019, Dallai, Rv. 275367 - 01, che, in motivazione, ha evidenziato che per il ricorso cautelare per cassazione permane la rigida previsione normativa dettata dall'art. 311, comma 3, cod. proc. pen., diversamente da quanto disciplinato per la presentazione della richiesta di riesame, ai sensi dell'art. 309, comma 4, cod. proc. pen. e per l'atto di appello, ai sensi dell'art. 310, comma 2, cod. proc. pen. a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 8 agosto 1995 n. 332 che solo a tali ultime due forme di impugnazioni ha esteso l'operatività delle norme sulla presentazione dell'atto di impugnazione di cui agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen.

Ancora, negli stessi termini, Sez. 1, n. 4096 del 10/12/2019, dep. 2020, Condipodero, Rv. 279031 - 01, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione

presentato presso un tribunale diverso da quello che aveva emesso il provvedimento cautelare gravato, evidenziando che la coincidenza tra la modalità di presentazione del ricorso cautelare per cassazione, stabilita in via esclusiva dall'art. 311, comma 3, cod. proc. pen., e la modalità ordinariamente prevista per l'atto di impugnazione, ai sensi dell'art. 582, comma 1, cod. proc. pen., è espressione dell'interesse prioritario dell'ordinamento alla massima celerità nell'avvio del giudizio di impugnazione e che è questa la modalità attraverso la quale il giudice che ha emesso il provvedimento apprende immediatamente dell'impugnazione e può, con altrettanta prontezza, provvedere agli adempimenti di cui all'art. 164 disp. att. cod. proc. pen., relativi alla formazione dei fascicoli.

A tale orientamento se ne affianca un altro meno rigido che, nel sottolineare implicitamente l'irrilevanza ed il carattere neutro dell'errore, esclude la radicale inammissibilità del ricorso cautelare per cassazione presentato nella cancelleria di un ufficio giudiziario diverso da quello che ha emesso il provvedimento cautelare, a condizione che l'atto impugnatorio sia pervenuto anche nella cancelleria del giudice *a quo* entro il termine stabilito dalla legge per la presentazione del ricorso.

Allineandosi a tale orientamento e treando spunto dal principio di diritto affermato, nel diverso tema della presentazione di motivi nuovi ai sensi dell'art. 585, comma 4, cod. proc. pen., da Sez. 6, n. 46823 del 15/11/2005, Tramonte, Rv. 232533 - 01, secondo cui "non costituisce causa di inammissibilità dei motivi nuovi d'impugnazione il fatto che la presentazione degli stessi avvenga non presso la cancelleria del giudice dell'impugnazione, come previsto dall'art. 585, comma quarto, cod. proc. pen., ma presso quella del giudice a quo, secondo le modalità stabilite dall'art. 582, atteso che i detti motivi altro non possono rappresentare se non una chiarificazione dell'originario atto d'impugnazione, i cui requisiti di ammissibilità vanno verificati alla stregua del disposto di cui all'art. 591, da interpretarsi, nella parte in cui prevede come causa di inammissibilità la mancata osservanza dell'art. 585, nel senso che oggetto di tale inosservanza possono essere soltanto i termini stabiliti nella norma richiamata", Sez. F. n. 35125 del 19/08/2008, Milazzo, Rv. 240668 - 01, ha affermato che "è ammissibile l'impugnazione presentata (nella specie, a mezzo raccomandata) nella cancelleria del giudice "ad quem", allorché essa sia tempestivamente pervenuta anche nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato", così privilegiando, in funzione del principio del *favor impugnationis*, l'aspetto relativo ai dati fondanti dell'impugnazione (certezza della presentazione, certezza della provenienza, rispetto dei termini di legge) piuttosto che quello della irritualità della sede di presentazione, argomentando che, se gli elementi fondamentali dell'effettività della presentazione e della provenienza dell'atto dalla parte interessata "sono attestati dal cancelliere del giudice ad quem con la medesima potestà fidefacente del cancelliere del giudice a quo" e se "lo stesso art. 582 c.p.p.

prevede la validità del deposito dell'impugnazione presso altre sedi (tribunale o giudice di pace del luogo in cui le parti private ed i difensori si trovano, agente consolare estero) con l'obbligo per tali autorità di immediata trasmissione al giudice competente (a quo)", non vi è ragione per sanzionare con l'inammissibilità la presentazione della impugnazione al giudice *ad quem* anziché al giudice *a quo*, fatto salvo, per il primo, l'obbligo di immediata trasmissione dell'impugnazione al giudice che ha emesso il provvedimento.

A tale orientamento si sono conformate anche Sez. 5, n. 42401 del 22/09/2009, Ferrigno, Rv. 245391 - 01, Sez. 1, n. 3695 del 22/12/2010, dep. 2011, Vaqo, Rv. 249552 - 01, in tema di ricorso straordinario per errore di fatto, e Sez. 1, n. 6912 del 14/10/2011, dep.2012, Nardo, Rv. 252072 - 01 e, in tempi recenti, Sez. 2 , n. 3261 del 30/11/2018, dep. 2019, Bossi Rv. 274894 - 01 che, enunciato che "il ricorso per cassazione presentato nella cancelleria del giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento cautelare impugnato è ammissibile soltanto ove esso sia pervenuto tempestivamente anche alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione, presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività - salvi i casi espressamente previsti dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. - è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo", ha ritenuto più aderente ai principi di conservazione degli atti giuridici e di *favor impugnationis* non sanzionare con l'inammissibilità il ricorso per cassazione presentato nella cancelleria di un giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento cautelare impugnato, allorché esso sia pervenuto tempestivamente anche nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.

Da ultimo, in termini analoghi, si sono pronunciate **Sez. 3, n. 14774 del 05/03/2020, Maniero, Rv. 278776 - 01** secondo cui "il ricorso per cassazione presentato nella cancelleria del giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento cautelare impugnato è ammissibile soltanto ove esso sia pervenuto tempestivamente anche alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ponendosi a carico del ricorrente il rischio che l'impugnazione, presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività - salvi i casi espressamente previsti dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. - è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo" e, nel diverso tema di estradizione, Sez. 6, n. 435 del 05/12/2019, dep. 2020, Korshunov, Rv. 278094 - 01 secondo cui il ricorso per cassazione contro i provvedimenti cautelari emessi durante la procedura deve essere presentato, nel termine indicato dall'art. 311 cod. proc. pen., presso la cancelleria della corte di appello che li ha adottati, ricadendo sul ricorrente il rischio

che il ricorso presentato presso un ufficio diverso sia dichiarato inammissibile per tardività "in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività resta pur sempre quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo".

4. La sentenza delle Sezioni Unite "D'Alfonso": una traccia per la soluzione della questione.

Con decisione risalente, Sez. U, n. 11 del 18/06/1991, D'Alfonso, Rv. 187922 - 01, chiamate a risolvere il contrasto giurisprudenziale sviluppatosi in relazione alla formulazione dell'ultima parte dell'art. 309, comma 4, cod. proc. pen., laddove prevede l'osservanza delle forme previste dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen., e alla sua stessa collocazione immediatamente dopo il riferimento alla presentazione della richiesta di riesame nella cancelleria del tribunale, di cui al comma 7, tra quanti ritenevano che il rinvio comprendesse anche il comma 2 dell'art. 582 cod. proc. pen. e quanti, invece, lo escludevano in virtù sia del tenore letterale dell'art. 309, comma 4, cod. proc. pen., sia delle ragioni di urgenza che "nella delicata materia delle misure coercitive" non potevano che aver indotto il legislatore ad evitare il ritardo determinato dai tempi di trasmissione dell'istanza, presentata dinanzi al giudice *a quo*, alla cancelleria del tribunale competente, hanno affermato il principio di diritto secondo cui "il rinvio che in tema di presentazione della richiesta di riesame l'art. 309, comma quarto, cod.proc.pen. (applicabile anche all'appello in virtù del richiamo dell'art. 310, secondo comma, cod.proc.pen.) fa alle forme dell'art. 582 stesso codice comprende anche il secondo comma del medesimo art. 582, secondo il quale le parti private e i difensori possono presentare l'atto di impugnazione anche nella cancelleria della Pretura in cui si trovano, se tale luogo è diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti ad un agente consolare all'estero. Una volta avvenuta la presentazione della richiesta o dell'appello in tali ultimi uffici nel termine di dieci giorni di cui al terzo comma dell'art. 309 cod.proc.pen. è del tutto irrilevante, al fine della tempestività, che l'atto raggiunga o meno entro lo stesso termine la cancelleria del Tribunale indicato nel comma settimo dello stesso art. 309 cod.proc.pen.".

Dunque, ad avviso delle Sezioni unite, proprio in ragione del richiamo all'art. 582 cod. proc. pen. contenuto nell'art. 309, comma 4, dello stesso codice - a sua volta richiamato dall'art. 310, comma 2, cod. proc. pen.-, le parti private sono legittimate a presentare la richiesta di riesame e l'atto d'appello delle ordinanze in materia di misure cautelari personali anche presso la cancelleria del luogo in cui si trovano, se diverso da quello nel quale il provvedimento fu emesso.

Nel senso dell'ammissibilità dell'istanza di riesame o di appello avverso provvedimenti in materia di libertà personale presentata nella cancelleria dell'ufficio del luogo ove la parte si trova, qualora vi sia diversità tra questo e quello in cui è sito

il tribunale della libertà, si sono poi anche pronunciate Sez. 5, n. 1757 del 22/10/1992, dep. 1993, Giugno Rv. 192722 - 01; Sez. 5, n. 4273 del 26/06/1998, Jovine, Rv. 211321 - 01; Sez. 6, n. 922 del 17/03/1999, Nizza, Rv. 213891 - 01; Sez. 3, n. 3525 del 05/12/2002, dep. 2003, Morroni, Rv. 224804 - 01 e Sez. 2, n. 40202 del 22/11/2006, Azram, Rv. 235807 - 01; Sez. 2, n. 44215 del 27/10/2005, Marone, Rv. 232681 - 01 ed ancora Sez. U, n. 32744 del 27/11/2014, dep. 2015, Zangari, Rv. 264049- 01 in tema di ricorso straordinario per errore di fatto; Sez. U, n. 42043 del 18/05/2017, Puica, Rv. 270726 - 01, in tema di verifica della tempestività della richiesta di restituzione nel termine a norma dell'art. 175, comma 2-bis, cod. proc. pen.

In epoca recente, il principio di diritto enunciato dalla sentenza "D'Alfonso", ha guidato le Sezioni unite nella risoluzione del contrasto sviluppatosi, questa volta in relazione alle misure cautelari reali, sulla corretta individuazione del luogo presso il quale deve essere presentata la richiesta di riesame, dando continuità all'interpretazione secondo la quale l'art. 582 cod. proc. pen. è norma generale, inserita nel titolo I del libro IX dedicato alle disposizioni generali sulle impugnazioni, quindi applicabile a tutti i mezzi di impugnazione tra i quali rientra pacificamente l'istanza di riesame cautelare reale così come rientra la richiesta di riesame cautelare personale.

Interpretando la reale portata del rinvio contenuto nell'art. 324, comma 2, cod. proc. pen. al disposto dell'art. 582, comma 2, cod. proc. pen. e superando il difforme orientamento in precedenza espresso da Sez. 6, n. 3539/91 del 6/12/1990, dep. 1991, Messora, Rv. 187018 - 01; Sez. 1, n. 4486 del del 3/11/1992, dep. 1993, Fedele, Rv. 194278 - 01; Sez. 4, n. 2921 del 27/11/1996, Banfi, Rv. 206612 - 01; Sez. 5, n. 2915 del 22/5/2000, Fontana, Rv. 216655 - 01; Sez. 4, n. 33337 del 10/7/2002, Cannavacciuolo, Rv. 222663 - 01 e, in epoca più recente, Sez. 2, n. 18281 del 29/1/2013, Bachar, Rv. 255753 - 01; Sez. 3, n. 31961 del 2/7/2015, Borghi, Rv. 264189 - 01; Sez. 3, n. 12209 del 3/2/2016, Lococo, Rv. 266375 - 01, Sez. U, n. 47374 del 22/06/2017, Ferraro, Rv. 270828 - 01 hanno affermato che "in tema di misure cautelari reali, la richiesta di riesame può essere presentata, oltre che nella cancelleria del tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i difensori, diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti a un agente consolare all'estero".

Ad avviso delle Sezioni unite infatti il richiamo ad opera dell'art. 324 cod. proc. pen. alle forme previste dall'art. 582 deve essere inteso "nella loro globalità e senza limitazioni che il legislatore, ove avesse inteso porre, avrebbe formulato esplicitamente" dovendosi ritenere che "in genere e salvo particolari limitazioni, il rinvio operato da una norma alle forme previste da altra disposizione, non è limitato

ai meri requisiti formali di un atto, ma si estende ad ogni modalità procedurale della norma alla quale il rinvio viene operato; l'apparente contrasto fra l'esplicita indicazione della cancelleria del tribunale di cui al comma 7 dell'art. 309 ed il successivo generico richiamo alle forme di cui all'art. 582 (che potrebbe far ritenere come da quel richiamo sia esclusa la possibilità della presentazione dell'atto in diversi uffici) può essere spiegato nel senso che il legislatore abbia voluto indicare l'organo definitivo destinatario dell'istanza e non quello al quale necessariamente questa deve essere in un primo momento presentata; le allegate ragioni d'urgenza potrebbero compromettere proprio l'attuazione di quel diritto che si pretende con esse di assicurare ancor più rapidamente; una diversa interpretazione sarebbe in contrasto con quel favor impugnationis cui è indubbiamente ispirato il sistema processuale, con intuitive possibilità di implicazione costituzionale, in relazione all'art. 24 Cost., che già di per sé stesse portano a preferire l'interpretazione più aderente alla salvaguardia del diritto di difesa costituzionalmente garantito".

Sotto tale profilo, la soluzione al conflitto offerta dalla pronuncia "Ferraro" ha trovato conforto in quella dottrina secondo la quale la motivazione addotta dalla soluzione ermeneutica più restrittiva, individuata nelle esigenze di semplificazione e celerità del procedimento cautelare, finirebbe col determinare un palese restringimento delle possibilità di tutela dei residenti all'estero, tenuto conto dei tempi contenuti assegnati alla difesa delle parti private legittimate a proporre riesame reale, così, di fatto, obliterandone il diritto di difesa in contrasto con quel *favor impugnationis* cui è indubbiamente ispirato il sistema processuale.

Ancora, sul percorso inaugurato dalla pronuncia "D'Alfonso", che ha ravvisato nel rinvio contenuto negli artt. 304, comma 4, e 324, comma 2, cod. proc. pen. una funzione meramente esplicativa della deroga collegata alla "salvezza" prevista nell'*incipit* dell'art 582 cod. proc. pen., tale da privare di significativo rilievo la circostanza che l'art. 309, comma 4, cod. proc. pen. e l'art. 324, comma 2, cod. proc. pen. richiamino solo l'art. 582 cod. proc. pen. e non anche l'art. 583 cod. proc. pen., Sez. U, n. 8 del 11/05/1993, Mocerino, Rv. 193750 - 01 nel risolvere il contrasto esistente in giurisprudenza - risalente ad epoca antecedente alla modifica intervenuta con legge n. 332 del 1995 - in merito alla possibilità di ritenere validamente proposta una richiesta di riesame formulata mediante lettera raccomandata, pur in assenza del richiamo all'art. 583 cod. proc. pen. nel testo degli artt. 309, comma 4, e 324, comma 2, cod. proc. pen., hanno affermato che "in materia di misure cautelari, sia reali che personali, la richiesta di riesame può essere proposta con telegramma o con atto trasmesso a mezzo di raccomandata, a norma dell'art. 583 cod. proc. pen." e che, in tal caso, "l'impugnazione si considera proposta nella data di spedizione della raccomandata o del telegramma" (art. 583, comma secondo, cod. proc. pen.)", così privilegiando l'orientamento sostenuto da Sez. 3, n. 3017 del 26/09/1991, Novelli,

Rv. 188304 - 01 secondo la quale in base al *favor impugnationis*, deve darsi prevalenza alla volontà dell'interessato di conseguire comunque un riesame del provvedimento.

Pertanto, negato il carattere esclusivo del rinvio all'art. 582 cod. proc. pen., le Sezioni unite hanno concluso che invece il rinvio deve estendersi a tutte le disposizioni complementari e, in particolare, all'art. 583 cod. proc. pen. che "non introduce un terzo tipo di presentazione, in aggiunta a quelli del primo e del secondo comma dell'art. 582 (relativi rispettivamente alla presentazione all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato e alla presentazione al pretore o ad un agente consolare all"estero)", ma soltanto una particolare modalità di presentazione dell'atto di impugnazione, non senza sottolineare la circostanza -rilevante nel momento storico in cui la decisione è stata assunta ma, evidentemente, oggi superata dai sistemi di inoltro della corrispondenza - che ad una differente soluzione non avrebbero potuto indurre esigenze legate alla lentezza dell'ufficio postale "se si considera che la richiesta di riesame può essere presentata anche presso la pretura del luogo in cui la parte si trova o presso un agente consolare all'estero e che questi uffici poi per trasmettere l'atto si avvalgono appunto del servizio postale" previa apposizione sull'atto impugnatorio dell'indicazione del giorno della ricezione.

In tema di modalità di presentazione dell'atto impugnatorio, in epoca recente Sez. 6, n. 41283 del 11/09/2019, Di Nolfo, Rv. 277369 - 01 ha affermato il principio di diritto secondo la quale "è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dinanzi ad autorità giudiziaria diversa da quella competente a riceverlo e trasmessa a mezzo PEC all'ufficio competente da parte della cancelleria del giudice ove era stato depositato ai sensi dell'art. 582, comma 1, cod. proc. pen.", configurando la trasmissione dell'atto impugnatorio eseguita a mezzo PEC come una modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione che non solo esula da quelle tassative ed inderogabili di cui all'art. 583 cod. proc. pen., ma che in nessuna norma è prevista (Sez. 5, n. 24332 del 05/03/2015, Alamaru, Rv. 263900; Sez. 4, n. 18823 del 30/03/2016, Mandato, Rv. 266931; Sez. 6, n. 55444 del 05/12/2017, C., Rv. 271677; Sez. 5, n. 12347 del 13/12/2017, dep 2018, Gallo, Rv. 272781; Sez. 1, n. 320 del 05/11/2018, dep. 2019, Stojanovic, Rv. 274759; Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, D'Angelo, Rv. 272741).

Nel solco tracciato dalla giurisprudenza più rigorosa, si è posta, da ultimo, Sez. 1, n. 4096 del 10/12/2019, dep. 2020, Condipodero, Rv. 279031 - 01 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 3, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3, 24, 13 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6, comma 3, lett. b), CEDU, nella parte in cui non estende anche al ricorso per cassazione in materia cautelare le forme previste dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen., richiamate invece dall'art. 309, comma 4, cod. proc. pen. per la richiesta di riesame, sul presupposto che, vertendosi in materia di modalità di

presentazione dell'impugnazione, tutto è rimesso alla discrezionalità del legislatore che può orientarsi per "una opzione rispetto a un'altra, purché la scelta non appaia irragionevole o pregiudizievole". La decisione "Condipodero" ha evidenziato non soltanto che la scelta legislativa della modalità di presentazione del ricorso cautelare in cassazione, stabilita dall'art. 311, comma 3, cod. proc. pen. avverso l'ordinanza del tribunale del riesame o, nel caso di ricorso *per saltum*, avverso quella del giudice per le indagini preliminari, non rappresenta affatto una deviazione dalle regole ordinarie che governano le impugnazioni e che "anzi, tale modalità di presentazione garantisce l'immediato avvio del giudizio di impugnazione proprio in un caso in cui, trattandosi di provvedimenti che incidono sulla libertà personale, deve essere assicurata la massima celerità e efficienza al procedimento", ma anche che nella scelta legislativa si colgono sia la finalità di "favorire il celere avvio del giudizio di impugnazione, poiché il giudice che ha emesso il provvedimento ne viene immediatamente a conoscenza e può provvedere agli adempimenti di cui all'art. 164 disp. att. cod. proc. pen.", sia quella "di agevolare la presentazione dell'atto anche a mezzo di un incaricato, così semplificando gli oneri del patrocinatore o della parte (nei casi in cui è consentita la presentazione dell'impugnazione direttamente a cura dell'interessato)", finalità che, entrambe, avevano indotto il legislatore a prevedere come regola generale la disposizione contenuta nell'art. 582 cod. proc. pen. D'altro canto, si sottolinea nella sentenza da ultimo riportata, proprio il dubbio di una possibile violazione dei paramentri costituzionali degli artt. 309, comma 4, e 310, comma 2, cod. proc. pen. - che, in deroga alla regola che stabilisce la presentazione presso il giudice *a quo*, impongono che la richiesta di riesame sia presentata nella cancelleria del giudice *ad quem*, diverso da quello che ha emesso il provvedimento impugnato - aveva indotto il legislatore a modificare, con l'art. 16, comma 2, legge 8 agosto 1995, n. 332, l'originaria previsione delle norme del codice, stabilendo che, per le impugnazioni cautelari di merito "si osservano le forme previste dagli artt. 582 e 583", così attribuendo crisma legislativo alle posizioni assunte dal diritto vivente (Sez. 1, n. 3582 del 25/10/1990, Ahmetovic, Rv. 185926; Sez. 1, n. 3706 del 05/11/1990, Mignani, Rv. 186093; Sez. 2, n. 1106 del 12/02/1991, Moressa, Rv. 187835; Sez. 1, n. 494 del 03/02/1992, Di Casimiro, Rv. 191156; Sez. 1, n. 1448 del 02/04/1992, Liberati, Rv. 192475; Sez. 6, n. 3383 del 29/09/1992, Farabegoli, Rv. 192350).

La sentenza "Condipodero", quanto al paventato disallineamento dell'art. 311 cod. proc. pen., nella parte in cui non richiama le disposizioni generali di cui agli artt. 582 e 583 cod. proc. pen., alla normativa convenzionale prevista all'art. 6, comma 3 lett. b), CEDU, ha evidenziato che la Corte EDU, pur variamente sollecitata (caso Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia, n. 75734/12, in cui la parte allegava di non avere potuto organizzare la propria difesa a causa delle modalità

di trasferimento detentivo e della eccessiva durata delle udienze; caso Ocalan v. Turkey, n. 46221/99 in cui la parte lamentava di non avere potuto esaminare la documentazione processuale; caso Dulaurans v. France, n. 34553/97 in cui la parte lamentava di non avere potuto esaminare la documentazione in modo adeguato; caso Lambin v. Russia, n. 12668/08 in cui la parte lamentava di non avere potuto esaminare la documentazione processuale in modo completo), non è mai stata investita della questione concernente le modalità di presentazione di una impugnazione "effettivamente presentata", nella verosimile indifferenza dei principi sovranazionali in merito alla questione relativa alla corretta individuazione del luogo di presentazione del ricorso cautelare in cassazione, rispetto alla quale nessuna delle opzioni interpretative appare irragionevole o sproporzionata allo scopo o frustrante per l'esercizio del diritto ad impugnare, in violazione del principio del giusto processo (*ex multis* Corte EDU, sez. 4, 16.6.2015, Mazzoni c. Italia).

5. Il profilo temporale: la tempestività della presentazione dell'atto impugnatorio.

La rilevanza del profilo della tempestività di un atto involgente il diritto di rango primario della libertà personale, si coglie nella risalente sentenza n. 232 del 22/06/1998 della Corte costituzionale che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p. sollevata in relazione agli artt. 3, 13 e 24 Cost., nei confronti dell'art. 309, commi 5 e 10, cod. proc. pen., come novellato dall'art. 16, commi 3 e 5, della legge 8 agosto 1995, n. 332, nella parte in cui, qualora, in seguito alla richiesta di riesame di una ordinanza che abbia disposto una misura coercitiva, non se ne sia dato il previsto "immediato avviso", a cura del presidente del competente tribunale, all'autorità giudiziaria procedente, non sancisce la perdita di efficacia dell'ordinanza. La Corte, ha sottolineato che l'esigenza imposta dalla "preminente forza dei principi costituzionali relativi alla garanzia giurisdizionale in materia di libertà personale" non consente di far luogo ad una ricostruzione del sistema che possa tradursi in una lesione di essi"; da ciò la necessità di assicurare termini brevi e certi per la verifica giudiziale involgente la libertà personale, alla cui garanzia la Costituzione attribuisce una particolare rilevanza che intanto può realizzarsi "in quanto il termine fissato dalla legge decorra da un momento a sua volta definito e determinabile con certezza" e sempre che il rispetto della regola stessa non sia lasciato alla spontanea, ma non scontata, sollecitudine degli uffici giudiziari, senza il vincolo di termini perentori e la relativa sanzione processuale, sicché l'unica interpretazione conforme alla Costituzione è quella che porta a riconoscere la decorrenza del termine ex art. 309, comma 5, cod. proc. pen. dal giorno stesso della presentazione della richiesta, inteso come spazio definito e giuridicamente rilevante

entro il quale si collocano sia la presentazione stessa, sia l'avviso all'autorità procedente, ferma la disciplina delle modalità e dei termini per la presentazione della richiesta di riesame, di cui agli artt. 309, comma 1 e 4, 582 e 583 cod. proc. pen., in ordine alla decorrenza del termine perentorio di cinque giorni per la trasmissione degli atti, in relazione al quale vale, come *dies a quo*, il giorno in cui la richiesta stessa perviene alla cancelleria del tribunale del riesame.

L'enunciato della Corte costituzionale non ha, però, acquietato il diritto vivente in merito al profilo della tempestività della richiesta di riesame, tant'è che, di lì a poco, le Sezioni unite sono state chiamate a risolvere il contrasto sorto tra gli opposti orientamenti delle Sezioni semplici.

In talune pronunce si affermava che la decorrenza del termine entro il quale gli atti devono essere ricevuti dal tribunale del riesame coincide con la data di presentazione della richiesta nei soli casi in cui la stessa avvenga presso la cancelleria di detto tribunale, mentre nell'ipotesi di presentazione in uno degli uffici indicati dall'art. 582, comma 2, cod. proc. pen. o nei modi di cui all'art. 583 cod. proc. pen. il termine decorre dal giorno in cui l'atto sia pervenuto alla cancelleria del tribunale del riesame, non potendo le conseguenze della scelta operata dall'interessato tradursi nella perdita di efficacia della misura coercitiva che infatti il legislatore ha ricollegato esclusivamente all'inerzia del presidente del tribunale o dell'autorità giudiziaria che procede - cui il primo deve far dare immediato avviso - e non certo ad opzioni processuali della parte interessata (Sez. 1, n. 3531 del 11/05/1999, Barbaro, Rv. 213868-01; Sez. 1, n. 3428 del 05/05/1999, Bitondo, Rv. 213834-01; Sez. 1, n. 3430 del 05/05/1999, Rinzivillo, Rv. 213936-01).

In consapevole contrasto con tale orientamento, si poneva Sez. 2, n. 4636 del 20/10/1999, dep. 2000, Duria, Rv. 215176 - 01 secondo cui il termine di cui all'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. decorre comunque - con la sola eccezione della spedizione per telegramma o per raccomandata - dalla data di presentazione della richiesta di riesame, senza che sia possibile distiguere i casi di diretta presentazione presso la cancelleria del tribunale del riesame da quelli di presentazione alla cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private di cui all'art. 582, comma 2, cod. proc. pen..

Nel comporre il contrasto, Sez. U, n. 10 del 22/03/2000, Solfrizzi, Rv. 215827 - 01 non solo hanno affermato il principio di diritto secondo cui "qualora la richiesta di riesame sia presentata nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti o davanti a un agente consolare all'estero, a norma dell'art. 582, comma secondo, cod. proc. pen., ovvero sia proposta con telegramma o mediante raccomandata, il termine perentorio di cinque giorni per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame, a norma dell'art. 309, comma quinto, stesso codice decorre dal giorno in cui la richiesta stessa perviene alla cancelleria del tribunale del

riesame, e non già dal giorno della sua presentazione o proposizione, non potendo ipotizzarsi, a carico del presidente del tribunale, l'adempimento dell'obbligo di immediato avviso prima della ricezione della richiesta", ma hanno anche chiarito che il principio enunciato nella sentenza n. 232 del 1998 della Corte costituzionale, in virtù del quale il termine in questione decorre dal giorno stesso della presentazione della richiesta, è riferito solo al caso, esplicitamente previsto dall'art. 309, comma 4, prima parte, cod. proc. pen., di presentazione della richiesta direttamente al tribunale competente a decidere su di essa, al quale va assimilata l'ipotesi della presentazione, a norma dell'art. 123 stesso codice, da parte di imputato detenuto, in arresto o detenzione domiciliare, ovvero custodito in luogo di cura, proprio in ragione del suo stato. Per il Supremo consesso, infatti, sebbene "la delimitazione del campo di applicazione della sentenza interpretativa n. 232/98 segna innegabilmente una differenziazione nel grado di tutela dell'interesse ad una rapida definizione del procedimento volto a garantire la verifica giudiziale del provvedimento restrittivo della libertà personale, a seconda del luogo di presentazione della richiesta di riesame, è altrettanto vero che la previsione delle modalità di proposizione di cui agli artt. 582 e 583 c.p.p. costituisce specifica espressione del favor impugnationis, in quanto mette a disposizione dell'interessato plurime forme processuali che agevolano e rendono meno oneroso l'esercizio del diritto di chiedere il sollecito controllo di legalità della misura cautelare personale", sicchè il principio enunciato dalla Corte costituzionale "nella sentenza n. 232/98 non può ritenersi operante nella diversa ipotesi di cui all'art. 582, comma 2, c.p.p., nella quale la richiesta di riesame è presentata alla cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo nel quale si trovano le parti, decorrendo il predetto termine perentorio, in quest'ultima evenienza, dal giorno in cui la richiesta stessa perviene alla cancelleria del tribunale del riesame". Nella sentenza "Solfrizzi", di fatto, si coglie un percorso argomentativo teso a contemperare il principio del *favor impugnationis* con quello della libera scelta delle parti: se il primo non può essere pregiudicato dai problemi organizzativi del sistema, il secondo non può avere il significato di aggravare il sistema di una consapevole scelta operata dalla parte.

A notevole distanza temporale, sul punto, **Sez. 3, n. 14774 del 05/03/2020, Maniero, Rv. 278776 - 01**, nel dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto dell'appello *de libertate* presentato nella cancelleria del giudice *ad quem* e pervenuto tardivamente anche alla cancelleria del giudice *a quo*, ha sottolineato la rilevanza ed incidenza, in termini di conseguenze, dell'assunzione del rischio di una impugnazione presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge "in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività, salvi i casi espressamente previsti dagli artt. 582 e 583 cod. proc. pen. qui non applicabili, è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo".

Tuttavia, nell'arco temporale intercorso tra le due pronunce, nello stesso senso si erano già orientate, Sez. 3 n. 28582 del 24/05/2019, Visconti, non mass. e Sez. 2, n. 3261 del 30/11/2018, dep. 2019, Bossi, Rv. 274894 - 01, in tema di ricorso per cassazione su riesame reale; Sez. 5, n. 42401 del 22/09/2009, Ferrigno, Rv. 245391-01; Sez. 1, n. 6912 del 14/10/2011, dep. 2012, Nardo, Rv. 252072-01, che ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione del pubblico ministero avverso una decisione del tribunale distrettuale del riesame proposto presso la cancelleria del tribunale del circondario e presentato entro il termine di legge a quella del giudice competente; ancora, in tema di misure cautelari personali, Sez. 6, n. 29477 del 23/03/2017, Di Giorgi, Rv. 270559 - 01, che ha dichiarato inammissibile il ricorso formulato dal pubblico ministero in quanto depositato nel termine di legge presso una cancelleria non legittimata a ricevere il predetto atto e, in motivazione, ha precisato che lo stesso non è "radicalmente" inammissibile, ma può essere ritenuto ammissibile purchè tempestivamente pervenuto anche nella cancelleria del giudice a quo.

Ancora, una declinazione del principio, in tema di ricorso straordinario per errore di fatto, si coglie in Sez. 1, n. 3695 del 2010, dep.2011, Vaqo, cit. che in un caso di ricorso depositato a ridosso della scadenza dei 180 giorni previsti dall'art. 625 *bis* cod. proc. pen. presso la cancelleria della corte d'appello, anziché in cassazione, come tassativamente dispone il comma 2 di tale norma, era a quest'ultima pervenuto oltre il termine, ha affermato l'applicabilità al ricorso di cui all'art. 625 *bis* cod. proc. pen. - quale mezzo d'impugnazione, per quanto "straordinario"- dei principi elaborati in materia d'impugnazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 582 e 591 cod. proc. pen., secondo cui la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività - salvo i casi espressamente previsti ex artt. 582 e 583 cod. proc. pen. - è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo, sicché è a carico dell'impugnante il rischio che l'impugnazione, presentata ad un ufficio diverso da quello indicato dalla legge, sia dichiarata inammissibile per tardività.

6. La decisione.

Con la decisione assunta all'udienza del 24 settembre 2020, della quale oggi si attende il deposito della motivazione della sentenza per verificare le ragioni poste a fondamento della soluzione prescelta essendo nota soltanto la soluzione adottata, le Sezioni unite hanno dato risposta al quesito riportato in apertura affermando che "il ricorso per cassazione deve essere presentato esclusivamente presso la cancelleria del tribunale del riesame o, in caso di ricorso immediato, nella cancelleria dell'organo giudiziario che ha emesso il provvedimento impugnato, non trovando applicazione gli artt. 582, comma 2, e 583 cod. proc. pen.".

Evidentemente, il Supremo consesso ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale estendere il principio del *favor impugnationis*, definito come indiscutibile regola generale delle impugnazioni, fino al punto da consentire per il ricorso cautelare per cassazione, così come per le impugnazioni di merito in materia cautelare personale e reale, la presentazione e il deposito l'istanza anche presso il tribunale del luogo delle parti o presso un agente consolare, significherebbe attribuire al diritto vivente una potestà integrativa della *voluntas legis* eccessivamente esorbitante dai limiti dettati dal principio *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*.

Pare, dunque, potersi affermare che le Sezioni unite, prendendo le mosse dai principi già affermati sul tema, si sono poste in continuità con la ricostruzione ermeneutica elaborata nei precedenti arresti passati in rassegna, volti a ritenere che il principio del *favor impugnationis* non possa essere esteso fino al punto da consentire il superamento dei confini propri del mezzo di gravame, ma possa operare nell'ambito dei rigorosi limiti rappresentati dalla natura intrinseca del mezzo di impugnazione senza oltrepassare la natura del mezzo di impugnazione stesso trasformandolo in un altro tipo di gravame sebbene analogo, e senza consentire la creazione di modalità di impugnazioni non previste.

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 3582 del 25/10/1990, Ahmetovic, Rv. 185926 - 01
Sez. 1, n. 3706 del 05/11/1990, Mignani, Rv. 186093 - 01
Sez. 6, n. 3539 del 06/12/1990, dep. 1991, Messora, Rv. 187018 - 01
Sez. 2, n. 1106 del 12/02/1991, Moressa, Rv. 187835 - 01
Sez. 2, n. 2056 del 20/03/1991, Crisalli, Rv. 187164 - 01
Sez. U, n. 11 del 18/06/1991, D'Alfonso, Rv. 187922 - 01
Sez. 3, n. 3017 del 26/09/1991, Novelli, Rv. 188304 - 01
Sez. 1, n. 494 del 03/02/1992, Di Casimiro, Rv. 191156 - 01
Sez. 1, n. 1448 del 02/04/1992, Liberati, Rv. 192475 - 01
Sez. 6, n. 3383 del 29/09/1992, Farabegoli, Rv. 192350 - 01
Sez. 5, n. 1757 del 22/10/1992, dep. 1993, Giugno Rv. 192722 - 01
Sez. 1, n. 4486 del del 3/11/1992, dep. 1993, Fedele, Rv. 194278 - 01
Sez. U, n. 8 del 11/05/1993, Mocerino, Rv. 193750 - 01
Sez. 4, n. 2921 del 27/11/1996, Banfi, Rv. 206612 - 01
Sez. 5, n. 4273 del 26/06/1998, Jovine, Rv. 211321 - 01
Sez. 6, n. 922 del 17/03/1999, Nizza, Rv. 213891 - 01
Sez. 1, n. 3531 del 11/05/1999, Barbaro, Rv. 213868 - 01
Sez. 1, n. 3428 del 05/05/1999, Bitondo, Rv. 213834 - 01
Sez.I, n. 3430 del 05/05/1999, Rinzivillo, Rv. 213936 - 01
Sez. 2, n. 4636 del 20/10/1999, dep. 2000, Duria, Rv. 215176 - 01
Sez. U, n. 10 del 22/03/2000, Solfrizzi, Rv. 215827 - 01,
Sez. 5, n. 2915 del 22/5/2000, Fontana, Rv. 216655 - 01
Sez. 4, n. 33337 del 10/7/2002, Cannavacciuolo, Rv. 222663 - 01
Sez. 3, n. 3525 del 05/12/2002, dep. 2003, Morroni, Rv. 224804 - 01
Sez. 2, n. 44215 del 27/10/2005, Marone, Rv. 232681 - 01
Sez. 6, n. 46823 del 15/11/2005, Tramonte, Rv. 232533 - 01
Sez. 2, n. 40202 del 22/11/2006, Azram, Rv. 235807 - 01
Sez. F. n. 35125 del 19/08/2008, Milazzo, Rv. 240668 - 01
Sez. 5, n. 42401 del 4/11/2009, Ferrigno, Rv. 245391 -01
Sez. 1, n. 3695 del 22/12/2010, dep. 2011, Vaqo, Rv. 249552 - 01
Sez. 1, n. 6912 del 14/10/2011, dep. 2012, Nardo, Rv. 252072 - 01
Sez. 2, n. 18281 del 29/1/2013, Bachar, Rv. 255753 - 01
Sez. U, n. 32744 del 27/11/2014, dep. 2015, Zangari, Rv. 264049 - 01
Sez. 5, n. 24332 del 05/03/2015, Alamaru, Rv. 263900 - 01
Sez. 3, n. 31961 del 2/7/2015, Borghi, Rv. 264189 - 01
Sez. 3, n. 12209 del 3/2/2016, Lococo, Rv. 266375 - 01

Sez. 4, n. 18823 del 30/03/2016, Mandato, Rv. 266931 - 01
Sez. 6, n. 29477 del 23/03/2017, Di Giorgi, Rv. 270559 - 01
Sez. U, n. 42043 del 18/05/2017, Puica, Rv. 270726 - 01
Sez. U, n. 47374 del 22/06/2017, Ferraro, Rv. 270828 - 01
Sez. 6, n. 55444 del 05/12/2017, C., Rv. 271677 - 01
Sez. 5, n. 12347 del 13/12/2017, dep 2018, Gallo, Rv. 272781 - 01
Sez. 4, n. 21056 del 23/01/2018, D'Angelo, Rv. 272741 -01
Sez. 1, n. 320 del 05/11/2018, dep. 2019, Stojanovic, Rv. 274759 - 01
Sez. 2, n. 3261 del 30/11/2018, dep. 2019, Bossi Rv. 274894 - 01
Sez. 6 , n. 13420 del 05/03/2019, Dallai, Rv. 275367 - 01
Sez. 3 n. 28582 del 24/05/2019, Visconti, non mass.
Sez. 6, n. 41283 del 11/09/2019, Di Nolfo, Rv. 277369 - 01
Sez. 6, n. 435 del 05/12/2019, dep. 2020, Korshunov, Rv. 278094 - 01
Sez. 1, n. 4096 del 10/12/2019, dep. 2020, Condipodero, Rv. 279031 - 01
Sez. 3, n. 14774 del 5/03/2020, Maniero, Rv. 278776 - 01

Sentenze della Corte costituzionale
C.Cost. n. 232 del 1998

Sentenze della Corte EDU
Razvozzhayev v. Russia and Ukraine and Udaltsov v. Russia, n. 75734/2012
Ocalan v. Turkey, n. 46221/1999
Dulaurans v. France, n. 34553/1997
Lambin v. Russia, n. 12668/2008
Mazzoni c. Italia, n. 4/2015

CAPITOLO III

LE SEZIONI UNITE "SAVIN" E "MELZANI" ED I LIMITI ALLA DEDUCIBILITÀ IN SEDE DI LEGITTIMITÀ DEL VIZIO DI MOTIVAZIONE RELATIVO ALL'APPLICAZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA O DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE.

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le questioni controverse. - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Savin: la legittimità del patteggiamento complesso e le sue ricadute sul regime di impugnazione. - 3.1 Il carattere vincolante dell'accordo sulle misure di sicurezza e la motivazione della sentenza di patteggiamento. - 4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Melzani. - 4.1 La deducibilità dell'omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie. - 5. La diversa soluzione adottata dalle Sezioni Unite Savin in tema di omessa applicazione delle misure di sicurezza. - 6. Le tutele alternative al ricorso per cassazione negli arresti delle sezioni semplici. - 7. Le questioni ancora aperte in tema di impugnazione del "patteggiamento in appello".

1. Premessa.

Le **Sezioni Unite**, con le due sentenze pronunciate il **26/09/2019, dep. 07/07/2020, n. 21368, Savin ed altri, e n. 21369, Melzani**, hanno operato una vera e propria delimitazione dei confini tra il regime speciale di impugnazione della sentenza di patteggiamento previsto dall'art. 448, comma 2-bis, introdotto dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, e il regime ordinario del ricorso per cassazione previsto dall'art. 606 cod. proc. pen. L'opzione ermeneutica adottata dal Supremo Consesso, infatti, si fonda sulla coesistenza dei due regimi di impugnazione la cui applicabilità è condizionata dall'ampliamento della dimensione negoziale del rito, estesa anche alle misure di sicurezza (con esclusione, dunque, delle sanzioni amministrative accessorie).

Attraverso una lettura sistematica della disciplina del patteggiamento alla luce dei precedenti interventi nomofilattici del Supremo Consesso, la Corte ha, pertanto, individuato un regime "complesso" di impugnazione in sede di legittimità della relativa sentenza, circoscrivendo l'operatività del regime speciale ai soli punti oggetto di accordo tra le parti e ammettendo, pertanto, la ricorribilità per cassazione, secondo il regime ordinario, avverso i soli punti della sentenza estranei al patto.

Con la sentenza Savin ed altri Sezioni Unite hanno, infatti, affermato i seguenti principi di diritto così massimati:

La sentenza di patteggiamento che abbia applicato una misura di sicurezza è ricorribile per cassazione nei soli limiti di cui all'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen., ove la misura sia stata oggetto dell'accordo tra le parti, diversamente essendo

ricorribile per vizio di motivazione ai sensi della disciplina generale prevista dall'art. 606 cod. proc. pen. (Rv. 279348-01)

Nel "patteggiamento" l'accordo delle parti può avere ad oggetto anche l'applicazione delle misure di sicurezza nel qual caso il giudice è tenuto a recepirlo integralmente nella sentenza ovvero a rigettare la richiesta. (Rv. 279348 – 02)

La sentenza di patteggiamento che abbia omesso di applicare una misura di sicurezza non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen., salvo si tratti di misura obbligatoria per legge in relazione al titolo di reato oggetto di imputazione, essendo in tal caso esperibile il ricorso per cassazione ai sensi della disciplina generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen. (Rv. 279348 – 03). In caso di impugnazione della sentenza di patteggiamento, l'illegalità della misura di sicurezza concordata tra le parti determina l'annullamento senza rinvio della sentenza in quanto il vizio rilevato rende invalido l'intero accordo. (Rv. 279348 – 05).

Con la sentenza Melzani, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto così massimato:

E' ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 cod. proc. pen. nei confronti della sentenza di "patteggiamento" con cui si censuri l'erronea ovvero l'omessa applicazione di sanzioni amministrative. Rv. 279349 - 01

2. Le questioni controverse.

Le due questioni sono state rimesse alle Sezioni Unite con le ordinanze n. 17770 del 16/1/2019 della Sesta sezione (proc. Savin ed altri) e n. 22113 del 16/5/2019 della Quarta sezione (proc. Melzani).

La tesi favorevole alla deducibilità del vizio di motivazione in ordine all'applicazione delle misure di sicurezza è pervenuta a tale conclusione attraverso due differenti percorsi logici.

Una prima impostazione ermeneutica, muovendo dalla distinzione tra le statuizioni interne al concordato sulla pena e quelle ad esso estranee e dalla considerazione della differente intensità dell'onere di motivazione gravante sul giudice (essendo ammesso il ricorso alla motivazione sintetica solo nel primo caso), limita l'applicabilità del regime speciale previsto dall'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. alle sole statuizioni interne all'accordo ammettendo, dunque, l'operatività del regime generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen. con riferimento alle impugnazioni con le quali si deduca il vizio di motivazione in ordine all'applicazione di una misura di sicurezza, trattandosi di una statuizione estranea all'accordo. (Sez. 3, n. 30064 del 23/05/2018, Lika (Rv. 273830-01); Sez. 4, n. 22824 del 17/04/2018, Daouk; Sez. 6, n. 53178 del 20/11/2018, Misani).

Tale impostazione ermeneutica è stata ulteriormente sviluppata nell'ordinanza di rimessione alla luce degli approdi della giurisprudenza di legittimità che hanno esteso il perimetro del patto anche alle statuizioni tradizionalmente considerate "esterne", quale la confisca, escludendone, tuttavia, un effetto vincolante per il giudice sul quale grava solo un onere di motivazione, qualora provveda in termini difformi da quelli concordati (si richiamano, tra le tante, Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740; Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, Spagnuolo, Rv. 265823). Da tale principio, ad avviso della Sezione rimettente, è, dunque, desumibile una possibile e alternativa interpretazione dell'art. 448 comma 2-*bis* cod. proc. pen. che ne circoscrive l'applicazione, quanto al motivo di ricorso relativo all'illegalità della misura di sicurezza, alla sentenza di patteggiamento che recepisca un accordo esteso anche a tali statuizioni esterne. Si afferma, pertanto, che, qualora la sentenza di patteggiamento recepisca un accordo a contenuto complesso, esteso anche alle misure di sicurezza, il giudice è esonerato dall'onere di motivare specificamente sul punto, e la sentenza sarà impugnabile entro i limiti previsti dall'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. Diversamente, nell'ipotesi in cui il giudice disponga una misura di sicurezza su cui non è intervenuto alcun accordo tra le parti, il potere di impugnazione non potrebbe non ricomprendere anche il sindacato sulla motivazione del provvedimento e troverebbe il suo fondamento giustificativo nella norma generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

Una diversa impostazione ermeneutica è giunta alla medesima conclusione riconducendo il vizio di omessa o apparente motivazione nell'ambito della nozione di illegalità della misura di sicurezza, rilevante come violazione di legge" ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (Sez. 3, n. 4252 del 15/01/2019, Caruso, Rv. 274946-01; Sez. 3, n. 15525 del 15/2/2019, Bozzi, Rv. 275862).

Si è, infatti, affermato che tale nozione non è definibile adottando i medesimi parametri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità per determinare il significato della nozione di pena illegale. Secondo il solco ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite, è illegale la pena che, per specie o per quantità non corrisponde a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice o che, comunque, è stata determinata attraverso un procedimento di commisurazione basato su una cornice edittale inapplicabile, perché dichiarata costituzionalmente illegittima o perché individuata in violazione del divieto di irretroattività della legge più sfavorevole (Sez. U., n. 40986 del 19/7/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02 e Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01 e 264207-01). Secondo la sentenza Caruso, tale nozione non può essere automaticamente adottata con riferimento alle misure di sicurezza, essendo difficile ipotizzare, soprattutto nei casi di confisca ai sensi degli artt. 240 e 240-*bis* cod. pen., ovvero di espulsione o allontanamento dello straniero dallo Stato, «*una misura che per specie o per quantità non corrisponda a quella astrattamente*

prevista o che sia determinata dal giudice sulla base di un procedimento di commisurazione basato su parametri edittali inapplicabili.» Riprendendo il principio di diritto già affermato da Sez. 3, n. 1044 del 10/7/1967, Bertolini, Rv. 105611, si afferma, pertanto, che la nozione di "misura di sicurezza illegale" ricomprende tutti i casi in cui la misura è disposta in violazione dei presupposti e dei limiti stabiliti dalla legge per la sua applicazione (Rv. 274946-02).

Anche l'orientamento favorevole alla deducibilità in sede di legittimità del vizio relativo all'applicazione o all'omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie ruota intorno alla perimetrazione del patto sulla pena. I principali argomenti adottati attengono, infatti, al carattere autonomo delle sanzioni amministrative accessorie, non riconducibile alle categorie delle pene e delle misure di sicurezza contemplate dal comma 2-*bis* dell'art. 448 cod. proc. pen., e alla loro estraneità all'accordo sulla pena (Sez. 4, n. 29179 del 23/5/2018, Stratta, Rv. 273091 e Sez. 4, n. 7554 del 24/01/2019, Re, tutte in tema di omessa applicazione della sanzione amministrativa accessoria; Sez. 6, n. 15848 del 5/2/2019, Moretti, Rv. 275224 in tema di omesso raddoppio della sanzione della sospensione della patente di guida; Sez. 4, n. 18942 del 27/03/2019, Bruna, Rv. 275435 in tema di omessa motivazione sulla durata della sanzione amministrativa applicata in misura prossima al "medio edittale").

Gli orientamenti ermeneutici contrari alla deducibilità di tali vizi in sede di legittimità, con riferimento sia alle misure di sicurezza che alle sanzioni amministrative accessorie, censurano l'asimmetria nel regime delle impugnazioni che conseguirebbe dall'adozione delle opzioni ermeneutiche sopra esaminate ed individuano, pertanto, nell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. l'unico regime di impugnazione esperibile contro la sentenza di patteggiamento (in tema di misure di sicurezza: Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara, Rv. 274962; Sez. 6, n. 7630 del 19/12/2018, Fall, Rv. 275210; Sez. 6, n. 5875 del 19/12/2018, Chtibi; Sez. 1, n. 21407 del 19/3/2019, Scaglione. In tema di sanzioni amministrative accessorie: Sez. 6, n. 14721 del 19/12/2018, Lodato, Rv. 257241; Sez. 6, n. 15845 del 07/01/2019, Pulvirenti).

Si afferma, infatti, che con la riforma del 2017, il legislatore ha introdotto all'art. 448, comma 2-bis un regime speciale di impugnazione della sentenza di patteggiamento, giustificato dall'origine concordata del provvedimento impugnato, che, prevedendo specifici e tassativi casi di ricorso (riguardanti, peraltro, anche punti della decisione estranei all'accordo, come quello relativo alle misure di sicurezza), prevale sula disciplina generale di cui all'art. 606, comma 1, cod. proc. pen, escludendone l'applicazione.

Tale tesi ermeneutica si fonda, oltre che sul dato testuale, anche sulla *ratio* della riforma del 2017, quale emerge dalla Relazione governativa di accompagno del d.d.l.

(A.C. 2798 – XVII Legislatura) che, in relazione all'art. 1, comma 50, della legge n. 103 del 2017, introduttivo del comma 2-bis dell'art. 448 cod. proc. pen., esprime un giudizio di non meritevolezza dell'«*attuale troppo ampia ricorribilità per cassazione*,» per il verificato largo esito di inammissibilità dei ricorsi, con il conseguente apprezzamento dell'«*inutile dispendio di tempo e di costi organizzativi*».

In risposta alle censure mosse dal contrario orientamento circa una possibile frizione di tale soluzione con i principi costituzionali e convenzionali in tema di giusto processo e diritto di difesa, si afferma, inoltre, che la scelta del rito alternativo, ove la volontà sia immune da vizi, implica una consapevole accettazione del limitato regime di impugnazione previsto dalla legge anche con riferimento ai punti della sentenza su cui non è intervenuto un accordo, che rientrano, comunque, nell'area della ragionevole prevedibilità (come nel caso dell'applicazione di una misura di sicurezza prevista dalla legge, quanto a specie, oggetto e durata/ammontare).

Inoltre, con riferimento specifico alla diversa perimetrazione della nozione di illegalità della misura di sicurezza, si afferma che tale locuzione deve essere definita secondo i medesimi criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di illegalità della pena, cosicché può ritenersi illegale sia la misura non prevista dall'ordinamento giuridico per il caso concreto oggetto di giudizio, sia quella eccedente, per specie e quantità, i relativi limiti legali. Ciò in quanto, mentre la categoria della illegalità predica la totale estraneità a sistema della pena come della misura di sicurezza, per la sua irrimediabile deviazione dal modello tipico, la fattispecie del vizio di motivazione evoca, invece, una causa di illegittimità della sentenza di merito, emendabile nel rapporto tra giudizio rescindente di legittimità e giudizio rescissorio di merito.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Savin: la legittimità del patteggiamento complesso e le sue ricadute sul regime di impugnazione.

Le Sezioni Unite Savin, nel risolvere in termini positivi la questione controversa, hanno impresso alla tesi ermeneutica fondata sulla distinzione tra le statuizioni interne ed esterne all'accordo un'ulteriore progressione, ampliando la latitudine applicativa del negozio processuale anche alle misure di sicurezza.

Il Supremo Consesso, infatti, ha ammesso la deducibilità del vizio di motivazione concernente l'applicazione delle misure di sicurezza secondo la disciplina generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen., ma solo nel caso in cui dette misure, personali o patrimoniali, non abbiano formato oggetto dell'accordo tra le parti.

Tale principio di diritto ruota, dunque, intorno alla riconosciuta legittimità dell'estensione dell'oggetto dall'accordo sul trattamento sanzionatorio anche alle misure di sicurezza.

Si tratta di un principio già affermato, nelle sue linee generali, dalla giurisprudenza di legittimità che, tuttavia lo ha diversamente declinato quanto agli effetti, ritenuti vincolanti solo per le parti del patto concernenti gli elementi essenziali previsti dall'art. 444 cod. proc. pen. (trattamento sanzionatorio ed eventuale concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena), e di mero orientamento per le parti relative agli elementi accessori (le misure di sicurezza). Si è, infatti, affermato che, poiché la legge è categorica nello stabilire che le suddette misure non rientrano nella disponibilità delle parti, essendone riservata l'applicazione al giudice, tale accordo può avere solo una funzione di «orientamento» nella decisione del giudice il quale può, quindi tenerne conto o meno, purché fornisca un'adeguata motivazione della decisione adottata (Sez. 2, n. 19945 del 19/4/2012, n. 19945, Toseroni, Rv. 252825; Sez. 5, n. 1154 del 22/3/2013, Defina, Rv. 258819; Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, Spagnuolo, Rv. 265823; Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740-01).

Il percorso ermeneutico seguito dalle Sezioni Unite muove dall'analisi del progressivo "rimodellamento" della disciplina del patteggiamento", culminato con la riforma del regime di impugnazione introdotta dalla novella del 2017. L'attenzione della Corte si è focalizzata, in particolare, sulla modifiche introdotte all'art. 445 cod. proc. pen. con la legge 11 giugno 2003, n. 143, quanto alla eliminazione di ogni limite all'applicazione della confisca ed alla possibilità di applicazione delle misure di sicurezza allorché la pena irrogata superi i due anni di reclusione.

Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, tale intervento normativo, letto alla luce del "diritto vivente" favorevole ad estendere il contenuto pattizio alle misure di sicurezza, ha determinato una interpolazione dell'art. 444 cod. proc. pen. consentendo l'inclusione nell'accordo delle misure di sicurezza, soggette, al pari della pena, al controllo di congruità del giudice, in modo da garantire un adeguato bilanciamento tra le due componenti del rito, negoziale e giurisdizionale.

Tale conclusione consente alla Corte di pervenire ad una diversa lettura del regime speciale di impugnazione della sentenza di patteggiamento descritto dall'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen., correlando i motivi deducibili in sede di legittimità all'aspetto negoziale del rito, cosicché lo stesso richiamo congiunto alla illegalità della pena o della misura di sicurezza – da definire, precisa il Supremo Consesso, secondo criteri unitari - viene interpretato dalla Corte quale conferma della scelta del legislatore di consentire l'ampliamento del perimetro dell'accordo alle misure di sicurezza.

3.1 Il carattere vincolante dell'accordo sulle misure di sicurezza e la motivazione della sentenza di patteggiamento.

Ciò che rappresenta un forte elemento di progressione ermeneutica rispetto ai precedenti arresti giurisprudenziali è il riconosciuto effetto vincolante, e non di mero orientamento, dell'accordo. Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, il patteggiamento "complesso", al pari dell'accordo sulla sola pena, una volta ratificato dal giudice, non può più essere rimesso in discussione dalle parti in sede di legittimità, salva l'ipotesi della illegalità della misura di sicurezza. Dinanzi ad un siffatto accordo, inoltre, il giudice potrà pronunciare sentenza di patteggiamento solo nel caso in cui ne recepisca interamente il contenuto, dovendo, in caso contrario, rigettare la concorde richiesta delle parti.

Al riconosciuto effetto vincolante del patteggiamento complesso consegue, inoltre, secondo il percorso logico seguito dal Supremo Consesso, la possibilità per il giudice di ricorrere ad una motivazione sintetica anche sul punto relativo all'applicazione della misura di sicurezza concordata dalle parti. Si è, dunque, esteso a tale ipotesi il consolidato principio di diritto (si veda, al riguardo, Sez. U., n. 5777 del 27/3/1992, Di Benedetto, Rv. 191134; Sez. U., n. 10372 del 27/9/1995, Serafino, Rv. 202270) che, proprio in ragione della centralità dell'atto negoziale che caratterizza il rito, ha ritenuto sufficiente una motivazione in termini sintetici, quando non implicita, in merito alle statuizioni che costituiscono oggetto dell'accordo sul trattamento sanzionatorio. Alla base di tali conclusioni vi è la qualificazione della proposta, o dell'adesione al patto da parte dell'imputato, quale rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa o, in altri termini, quale dispensa dell'accusa dall'onere di provare i fatti dedotti nell'imputazione (Sez. U., n. 20 del 27 ottobre 1999, Fraccari, Rv. 214637).

Tale "alleggerimento" degli oneri di motivazione rappresenta un superamento della precedente giurisprudenza di legittimità che, distinguendo gli effetti dell'accordo in base all'oggetto, aveva ritenuto sufficiente una motivazione sintetica solo in relazione agli elementi essenziali dell'accordo, ma non con riferimento alle statuizioni relative alle misure di sicurezza, in quanto rientranti nell'ambito della discrezionalità del giudice (sull'onere di motivazione in tema di confisca, tra le tante, Sez. 6, n. 54977 del 14/10/ 2016, n. 54977, Orsi, Rv. 268740; Sez. 6, n. 9930 del 13/2/2014, Scivoli Di Domenico, Rv. 261533; Sez. 2, n. 3247 del 18/9/2013, Gambacorta, Rv. 258546; Sez. 5, n. 8440 del 24/1/2007, Viglianesi, Rv. 236623).

Logico corollario della riconosciuta legittimità del patteggiamento complesso è l'applicazione dello speciale regime di impugnazione previsto dall'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen. In tal caso, dunque, ha precisato il Supremo Consesso, ove in sede di legittimità dovesse risultare l'illegalità della misura di sicurezza concordata,

tale vizio travolgerebbe l'intero accordo (ciò alla luce del riconosciuto effetto vincolante) e la sentenza che lo ha recepito (di cui dovrà essere disposto l'annullamento senza rinvio).

4. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite Melzani.

Gli argomenti relativi alla conformazione dell'obbligo di motivazione al contenuto dell'atto negoziale ed alla possibile inclusione nell'accordo di elementi diversi da quelli espressamente previsti dall'art. 444 cod. proc. pen., sono stati ripresi anche dalla sentenza Melzani.

La premessa logica da cui muove il ragionamento seguito dal Supremo Consesso attiene alle caratteristiche ontologiche delle sanzioni amministrative accessorie. In continuità con quanto affermato da Sez. U., n. 8488 del 27/5/1998, Bosio, Rv. 210981, le Sezioni Unite hanno, infatti, ribadito che con la sentenza di patteggiamento devono essere sempre applicate le sanzioni amministrative accessorie in quanto ne conseguono di diritto. Si afferma, infatti, che, mentre le sanzioni "in senso stretto" assumono con primarietà la "punizione" del contravventore, le sanzioni amministrative assolvono direttamente o indirettamente una funzione "riparatoria" dell'interesse pubblico violato, in chiave ripristinatoria o interdittiva. Dette sanzioni, prosegue il Supremo Consesso, si affiancano alle pene criminali quando il fatto considerato comporti un'offesa, al contempo, del valore tutelato dalla norma penale e dell'interesse pubblico ad esso correlato. Si afferma, dunque, che tale sistema binario di deterrenza è volto a dare una risposta, contemporaneamente repressiva e preventiva, rispetto a fatti poli-offensivi dotati di una particolare pericolosità per la convivenza sociale e per gli interessi pubblici, escludendo che l'applicazione in sede giudiziale della sanzione accessoria possa determinare un mutamento della sua natura amministrativa o dei criteri e parametri previsti in via generale per la sua determinazione.

Proprio in considerazione di tale peculiare natura delle sanzioni amministrative accessorie, nonché dell'assenza di alcun riferimento desumibile dalla disciplina codicistica (ciò a differenza di quanto, invece, sostenuto, con la coeva sentenza Savin per le misure di sicurezza), le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso che le stesse possano formare oggetto di accordo tra le parti e che rientrino nella previsione normativa dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen.

Confermando la lettura di tale norma alla luce del "*modulo consensuale di definizione del processo, proprio del cosiddetto patteggiamento*", esteso dalla sentenza Savin anche alle misure di sicurezza, le Sezioni Unite hanno, pertanto, affermato che, in considerazione dell'estraneità delle sanzioni amministrative accessorie all'accordo sulla pena, alle questioni relative alla loro applicazione si applica il regime generale di

impugnazione previsto dall'art. 606, comma 1, cod. proc. pen., cui rinvia il successivo secondo comma con riferimento alla sentenze inappellabili.

Ad avviso delle Sezioni Unite, tale soluzione non determina un'asimmetria del regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento. Si richiama, al riguardo, la diversa intensità dell'onere di motivazione gravante sul giudice a secondo che si tratti di statuizioni oggetto di accordo, in relazione alle quali sarà sufficiente una motivazione sintetica, ovvero di statuizioni ad esso estranee, come le sanzioni amministrative accessorie, «*rispetto alle quali, non concordate né negoziabili, non vi è alcuna rinuncia dell'imputato ai diritti e alle garanzie che caratterizza, invece, la scelta di accedere al rito del "patteggiamento"*». In tal caso, dunque, il contenuto dell'accertamento demandato al giudice si estende ai parametri che giustificano l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie e che possono implicare margini di discrezionalità sia nel *quantum* che nell'*an,* rispetto ai quali si riespande l'onere di motivazione gravante sul giudice.

Ciò si riflette sul regime di impugnazione: la discrezionalità rimessa al giudice e la incidenza, con diversa intensità, delle sanzioni amministrative accessorie sulle esigenze di vita dell'imputato, rende necessario, anche per assicurare la tenuta costituzionale del sistema, un più ampio controllo in sede di legittimità di tali statuizioni, secondo il regime generale.

4.1 La deducibilità dell'omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie.

Le Sezioni Unite Melzani sono pervenute alla medesima conclusione anche con riferimento alla deducibilità in sede di legittimità della omessa applicazione delle sanzioni amministrative accessorie che, si afferma, seguono di diritto alla sentenza sia di condanna che di patteggiamento, «*salve le possibili alternative tutele offerte dall'ordinamento, la cui natura e i cui limiti trovano la loro disciplina nelle pertinenti disposizioni che le prevedono.*»

In assenza di una specifica individuazione dei rimedi esperibili in alternativa al ricorso per cassazione, si reputa utile ripercorrere le considerazioni espresse nell'ordinanza di rimessione (Sez. 4, n. 22113 del 16/5/2019) in merito alla difficile praticabilità, quali rimedi alternativi al ricorso per cassazione, della procedura di correzione dell'errore materiale ovvero dell'incidente di esecuzione.

Ad avviso della Corte rimettente, infatti, l'estensione generalizzata del primo rimedio richiederebbe il superamento della consolidata opzione interpretativa che circoscrive il ricorso a tale procedura solo per porre rimedio ad imprecisioni, omissioni di elementi che debbono necessariamente essere ricompresi nel

provvedimento e, più in generale, a discrasie formali la cui correzione non implica l'esercizio di un potere discrezionale.

Va, inoltre, considerato che con la riforma del 2017 è stata introdotta una specifica disciplina concernente la correzione dell'errore materiale nella sentenza di patteggiamento. Ai sensi dell'art. 130, comma 1-bis, cod. proc pen. tale procedura è attivabile, anche d'ufficio, per emendare l'errore di denominazione o di computo relativo alla specie e quantità della pena indicata nella sentenza di applicazione della pena. La norma prevede, inoltre, che, ove, la sentenza sia stata impugnata, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione ai sensi dell'art. 619, comma 2, cod. proc. pen.

Quanto all'esperibilità dell'incidente di esecuzione, fermo restando che l'art. 676 cod. proc. pen. non contempla tra le competenze del giudice dell'esecuzione anche quella in tema di sanzioni amministrative accessorie, la stessa Corte rimettente ha precisato che l'adesione a tale soluzione dovrebbe tenere conto del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza Basile (n. 6240 del 27/11/2014, Rv. 262327-01) secondo cui «*L'applicazione di una pena accessoria extra o contra legem da parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione purché essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione*».

L'esperibilità dell'incidente di esecuzione è stata, peraltro, limitata alla sola illegalità delle sanzioni amministrative accessorie e all'errore di calcolo determinato da vizio macroscopico da Sez. 1, n. 20466 del 27/1/2015, Nardi, Rv. 263506-01. In senso conforme, anche Sez, 1, n, 26557 del 10/2/2016, Lo Sasso, Rv. 267254-01.

Seguendo, infine, le coordinate ermeneutiche tracciate da Sez. U., n. 13681 del 25/2/2016, Tushaj, Rv. 266592, potrebbe ipotizzarsi che anche in caso di omessa applicazione con la sentenza di patteggiamento di una sanzione amministrativa accessoria si riespanda la competenza dell'autorità amministrativa. Secondo il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, Tushaj, infatti, in caso di esclusione della punibilità per particolare tenuità del reato di guida in stato di ebbrezza, spetta al prefetto la competenza in materia di irrogazione della sanzione amministrativa accessoria stabilita dalla legge. Tale conclusione si fonda sull'esame degli artt. 224 e 224-*ter* cod. strada in forza dei quali una volta che la sentenza di condanna, di applicazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen. o il decreto penale sono irrevocabili, l'autorità amministrativa dà corso all'esecuzione delle sanzioni accessorie disposte dal giudice. Tale disciplina prevede, inoltre, che in caso di estinzione del reato per causa diversa dalla morte dell'imputato, il prefetto, verificata l'esistenza delle condizioni di legge, procede all'applicazione delle sanzioni amministrative.

Sulla base di tali indicazioni normative le Sezioni Unite Tushaj, estendendo la regola espressamente prevista per l'ipotesi dell'estinzione del reato, hanno, pertanto, affermato che anche nel caso in cui manca una pronunzia di condanna o di proscioglimento, le sanzioni amministrative riprendono la loro autonomia ed entrano nella sfera di competenza dell'amministrazione pubblica. A conferma di tale conclusione, fondata sulla ritrovata autonomia della sanzione amministrativa accessoria, si richiamano, infine, l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 224 ed il comma 6 dell'art. 224-ter cod. strada laddove prevedono che l'estinzione della pena successiva alla sentenza irrevocabile di condanna non ha effetto sull'applicazione della sanzione amministrativa accessoria.

5. La diversa soluzione adottata dalle sezioni Unite Savin in tema di omessa applicazione delle misure di sicurezza.

Diversa soluzione è stata adottata dalle Sezioni Unite Savin in merito alla questione relativa alla esperibilità del ricorso per cassazione in caso di omessa applicazione delle misure di sicurezza, anch'essa oggetto di contrasto giurisprudenziale, ma non inclusa nella questione devoluta alle Sezioni Unite.

Il dibattito giurisprudenziale ha, infatti, visto contrapporsi due orientamenti fondati su argomentazioni analoghe a quelle poste alla base delle impostazioni ermeneutiche relative alla deducibilità in sede di legittimità del vizio di motivazione concernente l'applicazione delle misure di sicurezza.

Alla tesi negativa fondata su argomentazioni di carattere testuale, sistematico e logico (Sez. 3, n. 45559 del 7/3/ 2018, Handa, Rv. 273950; Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, (dep. 2019), Kamberi, Rv. 275034; Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840; Sez. 6, n. 13827 del 16/1/2019, Jarmouni, Rv. 275240) si è contrapposto un orientamento che, attraverso diversi percorsi logici – ora fondati sulla distinzione tra statuizioni interne ed esterne all'accordo (Sez. 1, n. 11595 del 9/1/2019, Cabiddu, Rv. 275059 in relazione alla omessa applicazione della confisca obbligatoria) ora basati su una nozione di illegalità della misura più ampia nozione di quella relativa alla illegalità della pena (Sez. 3, n. 20781 del 17/12/ 2018, (dep. 2019), El Ghazzani, Rv. 275530; Sez. 3, n. 29428 del 8/5/2019, Scarpulla, Rv. 275896) ha ammesso la deducibilità della questione in sede di legittimità.

Dinanzi a tale variegato panorama giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno ritenuto di esaminare la questione alla luce dell'affermato principio di diritto che circoscrive la deducibilità in sede di legittimità del vizio di motivazione concernente l'applicazione delle misure di sicurezza solo nel caso in cui le stesse non abbiano formato oggetto di un accordo tra le parti.

Ad avviso del Supremo Consesso da tale principio consegue, infatti, la non deducibilità, ai sensi dell'art. 448, comma 2-bis cod. proc. pen., della censura relativa alla omessa applicazione della misura di sicurezza, salvo che non si tratti di una misura prevista dalla legge come obbligatoria in relazione al titolo del reato, soccorrendo, in tal caso la disciplina generale di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

Esclusa, dunque, la configurabilità di una diversa e più ampia nozione della illegalità della misura di sicurezza e prescindendo, altresì, dalla eventuale inclusione nell'accordo della statuizione omessa (nel qual caso dovrebbe potersi dedurre in sede di legittimità il vizio relativo al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, previsto dall'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen.), le Sezioni Unite hanno, dunque, affermato che solo in caso di omessa applicazione di una misura di sicurezza obbligatoria per legge sarà esperibile il ricorso per cassazione, secondo il regime ordinario previsto dall'art. 606 cod. proc. pen., in alternativa agli altri rimedi previsti dall'ordinamento.

6. Le tutele alternative al ricorso per cassazione negli arresti delle sezioni semplici.

Quanto alle tutele alternative previste dall'ordinamento, non specificamente individuate dal Supremo Consesso, appare opportuno richiamare alcuni significativi arresti che, escludendo la configurabilità di un vuoto di tutela quale effetto diretto della non deducibilità del vizio in sede di legittimità, hanno individuato rimedi differenti a secondo che la misura di sicurezza omessa sia personale o patrimoniale.

Nella prima ipotesi, con riferimento alla misura dell'espulsione ai sensi dell'art. 86 d.P.R. n. 309 del 1990, secondo Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi, Rv. 275034, il pubblico ministero potrebbe richiedere al magistrato di sorveglianza l'applicazione della misura di sicurezza personale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 205, comma 2, cod. pen. e 679 cod. proc. pen. (in senso conforme, anche Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840)

Un altro isolato arresto ha, invece, prospettato l'appellabilità della sentenza di patteggiamento dinanzi al tribunale di sorveglianza, limitatamente al punto concernente l'omessa applicazione della misura di sicurezza, ai sensi degli artt. 579, comma 2, e 680, comma 2, cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 9434 del 29/1/2019, Homri, Rv. 275679). Ad avviso della Corte, infatti, poiché la statuizione in questione è estranea all'accordo e, anche se concordata tra le parti, è, comunque, soggetta alla valutazione da parte del giudice del presupposto sostanziale della pericolosità sociale e, quindi, allo stesso vaglio richiesto per l'applicazione delle medesima misura con la sentenza di condanna, sotto tale limitato profilo, la sentenza di patteggiamento può essere equiparata ad una sentenza di condanna. In tal caso, prosegue la Corte, non

può valere l'inappellabilità prevista dall'art. 448, comma 2, cod. proc. pen. e, analogamente all'ipotesi in cui il giudice applichi la pena richiesta dall'imputato all'esito del dibattimento, ritenendo ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, deve ritenersi che le parti abbiano il diritto di appellare la sentenza di patteggiamento, «*non essendovi ragione di escludere l'appellabilità innanzi al tribunale di sorveglianza della sentenza per le disposizioni che investano la decisione sull'applicazione della misura di sicurezza in quanto non comprese nell'accordo sulla pena*».

In caso di omessa applicazione della confisca obbligatoria, la giurisprudenza di legittimità ha, invece, ritenuto esperibile il rimedio dell'incidente di esecuzione (Sez. 6, n. 13827 del 16/1/2019, Jarmouni, Rv. 275240; Sez. 1, n. 16005 del 18/1/2016, Ren, Rv. 267712; Sez. 1, n. 17546 del 20/04/2012 , Ebrahim, Rv. 252888; Sez. 1, n. 6650 del 5/2/2008, Potorti, Rv. 239310).

7. Le questioni ancora aperte in tema di impugnazione del "patteggiamento in appello".

La reintroduzione, ad opera dell'art. 1, comma 56, della legge 23 giugno 2017, n. 103, dell'istituto del c.d. "patteggiamento in appello" (art. 599-bis cod. proc pen.), non accompagnata dalla previsione di un regime specifico di impugnazione analogo a quello previsto per il patteggiamento dall'art. 448, comma 2-bis cod. proc. pen., ha immediatamente indotto la giurisprudenza di legittimità ad interrogarsi sui limiti di impugnabilità di tale negozio giuridico processuale e sugli effetti sullo stesso del vizio rilevato in sede di legittimità.

Quanto al primo profilo, un recente indirizzo giurisprudenziale, in continuità con l'elaborazione ermeneutica relativa al previgente regime dell'istituto disciplinato dall'art. 599, comma 4, cod. proc. pen., ritiene inammissibile il ricorso per cassazione avverso la sentenza resa all'esito del concordato sui motivi di appello volto a censurare profili diversi dalla illegalità della pena, quali la qualificazione giuridica del fatto (Sez. 6, n. 41254 del 04/07/2019, Leone, Rv. 277196; Sez. 4, n. 53565 del 27/09/2017, Ferro, Rv. 271258), la valutazione sulla sussistenza di cause di non punibilità ex art. 129 cod. proc. pen. e, più in generale, le questioni, anche rilevabili d'ufficio, alle quali l'interessato abbia rinunciato in funzione dell'accordo sulla pena in appello (Sez. 5, n. 29243 del 4/6/2018, Casero, Rv. 273194).

Si afferma, infatti, che, in tal caso, l'accordo delle parti, innestandosi sulla rinuncia ai motivi di impugnazione, implica la rinuncia a dedurre nel successivo giudizio di legittimità ogni diversa doglianza, anche se relativa a questione rilevabile di ufficio, con l'unica eccezione dell'irrogazione di una pena illegale. La diversa estensione dell'accordo tra le parti giustifica, dunque, il differente regime di impugnazione previsto per il patteggiamento in cui il perimetro dell'accordo investe anche i termini

dell'accusa con conseguente possibilità, ai sensi dell'art. 448, comma 2-bis, cod. proc. pen., di proporre ricorso per cassazione anche per ciò che concerne la qualificazione giuridica.

Simmetricamente, è stato, invece, ritenuto ammissibile il ricorso in cassazione avverso la sentenza emessa ex art. 599-bis cod. proc. pen. che deduca motivi relativi alla formazione della volontà della parte di accedere al concordato, al consenso del pubblico ministero sulla richiesta ed al contenuto difforme della pronuncia del giudice, con esclusione, dunque, delle doglianze relative ai motivi rinunciati, alla mancata valutazione delle condizioni di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen. ed, altresì, a vizi attinenti alla determinazione della pena che non si siano trasfusi nella illegalità della sanzione inflitta, in quanto non rientrante nei limiti edittali ovvero diversa dalla quella prevista dalla legge (**Sez. 1, n. 944 del 23/10/2019, dep. 13/01/2020, M., Rv. 278170;** Sez. 2, n. 22002 del 10/04/2019, Mariniello, Rv. 276102).

Tale linea ermeneutica si pone nel solco del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Gallo in merito al precedente istituto del concordato in appello. Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, le parti, attraverso l'istituto di cui all'art. 599, comma 4, cod. proc. pen., esercitano il potere dispositivo loro riconosciuto dalla legge, dando vita a un negozio processuale liberamente stipulato che, una volta consacrato nella decisione del giudice, non può essere unilateralmente modificato - salva l'ipotesi di illegalità della pena concordata - da chi lo ha promosso o vi ha aderito, mediante proposizione di apposito motivo di ricorso per cassazione (Sez. U, n. 5466 del 28/01/2004, Gallo, Rv. 226715).

La correlazione tra la rinuncia ai motivi di appello, che solitamente connota l'istituto in esame, ed il principio devolutivo proprio dell'impugnazione, ha influito anche sulla portata dell'onere di motivazione della sentenza. In continuità con la precedente giurisprudenza che, in considerazione della limitazione della cognizione del giudice ai motivi non rinunciati, escludeva che questo fosse tenuto a motivare sul mancato proscioglimento dell'imputato per taluna delle cause previste dall'art. 129 cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 38530 del 03/06/2009, B., Rv. 245144), si è affermato che il giudice di secondo grado, nell'accogliere la richiesta formulata a norma del nuovo art. 599-bis cod. proc. pen., non deve motivare sul mancato proscioglimento dell'imputato per una delle cause previste dall'art. 129 cod. proc. pen., né sull'insussistenza di circostanze aggravanti (Sez. 3, n. 30190 del 08/03/2018, Hoxha, Rv. 273755) o di cause di nullità assoluta o di inutilizzabilità delle prove (Sez. 4, n. 52803 del 14/09/2018, Bouachra Brahim, Rv. 274522) in quanto, a causa dell'effetto devolutivo proprio dell'impugnazione, una volta che l'imputato abbia rinunciato ai motivi di appello, la cognizione del giudice è limitata ai motivi non oggetto di rinuncia.

Con riferimento, invece, al profilo concernente gli effetti sul concordato in appello del vizio di illegalità della pena, nella giurisprudenza di legittimità si sono, affermati due diversi orientamenti ermeneutici le cui conclusioni risentono della differente visione del rapporto intercorrente tra le due parti che solitamente connotano tale istituto, ovvero la rinuncia ad alcuni motivi di appello e l'accordo sull'accoglimento di altri con rideterminazione della pena.

Secondo una prima impostazione ermeneutica, oggi maggioritaria, sussiste un «nesso funzionale inscindibile tra la richiesta concordata dalle parti sull'accoglimento di uno o alcuni motivi di appello, e la eventuale rinuncia ad altri motivi degli stessi atti di impugnazione» (Sez. 6, n. 41461 del 12/9/2019, Baglio, Rv. 276803) cosicché, allorquando la pena concordata fra le parti divenga illegale per effetto della declaratoria di incostituzionalità, l'accordo viene interamente travolto, anche nella parte relativa alla rinuncia ai motivi di impugnazione, comportando, così, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e la restituzione all'imputato del potere dispositivo di proseguire il processo insistendo sui motivi oggetto di rinuncia o di rinegoziare una nuova pena non illegale **(Sez. 4, n. 21901 del 10/7/2020, Abbrescia, Rv. 279765;** Sez. 6, n. 45876 del 8/10/2019, Sallmani, Rv. 277435; Sez. 6, n. 41963 del 10/9/2019, Tamburini, Rv. 277371; Sez. 6, n. 41254 del 04/07/2019, Leone, Rv. 277196 – 02).

Argomentando, infatti, dal testo dell'art. 599-bis, comma 3, cod. proc. pen. (secondo cui, quando il giudice ritenga di non poter accogliere, allo stato, la richiesta, ordina la citazione per il dibattimento e la richiesta e la rinuncia perdono effetto), si riconosce la natura "complessa" del negozio giuridico processuale in cui la volontà di rinuncia ai motivi proposti è condizionata al raggiungimento del risultato che forma oggetto del patto.

Secondo altro minoritario orientamento, affermato da due sentenze della Sesta sezione (n. 43641 del 11/09/2019, Marzulli, Rv. 277374 e n. 44625 del 03/10/2019, Kadha Hamza, Rv. 277381) la sopravvenuta illegalità della pena concordata dalle parti sulla base di limiti edittali divenuti illegali a seguito di declaratoria di incostituzionalità inficia il solo accordo sulla pena, mentre rimane intangibile la rinuncia ai motivi di appello, sui quali deve ritenersi formato il giudicato. In tal caso, dunque, dovrebbe essere annullata con rinvio la sola parte della sentenza relativa all'accordo sulla pena, ferma restando, come già affermato dalle Sezioni Unite Gallo, l'irretrattabilità, e, pertanto, l'insuscettibilità di costituire oggetto di ricorso per cassazione, di tutti i motivi rinunciati, siano essi relativi alla responsabilità, alla qualificazione giuridica del fatto, ed agli istituti che ineriscono al trattamento sanzionatorio o punitivo in generale. Tale scelta ermeneutica si fonda, oltre che sulla differenza tra l'istituto in esame e quello del patteggiamento – cui consegue l'inapplicabilità del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, Calibè, n. 35738 del 27/5/2010, Rv. 247841 -

sulla ritenuta autonomia dell'originario accordo delle parti all'accoglimento di uno o alcuni motivi con rideterminazione della pena rispetto alla rinuncia ai restanti motivi che conserverebbe una sua efficacia.

Secondo l'orientamento in esame, la irretrattabilità della rinuncia non trova ostacolo nella previsione di cui all'art. 599-bis, comma 3, cod. proc. pen. o in quella correlativa di cui all'art. 602 comma 1-*bis* cod. proc. pen., «la cui portata è limitata alla fase di formazione dell'accordo tra le parti e trova il suo unico limite ontologico e di sistema nella irrogazione di una pena illegale» nel qual caso, ferma restando la rinuncia ai motivi, è solo l'accordo sulla pena che deve essere annullato, con rinvio al giudice per la ridefinizione del trattamento sanzionatorio.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'orientamento maggioritario, si esclude, dunque, l'inscindibilità delle due diverse manifestazioni di volontà che possono concorrere a definire la fattispecie processuale in parola considerando, tra l'altro, la diversità strutturale della rinuncia ai motivi di appello da parte dell'imputato che li ha proposti – che diviene efficace senza che vi concorra alcuna manifestazione di volontà dal P.G. al riguardo – rispetto all'accordo sull'accoglimento di motivi che concorrano a definire la pena che le parti indicano al Giudice del gravame, «dove le convergenti manifestazioni di volontà delle parti e la pena che ne consegue risultano inscindibilmente collegati.»

A tale impostazione **Sez. 4, n. 21901/2020, Abbrescia**, ha, tuttavia, obiettato di non considerare che «la pronuncia che recepisca un accordo avente ad oggetto una pena illegale si fonda sulla falsa rappresentazione del quadro sanzionatorio, sia quando ciò derivi da un errore originario contenuto nel patto e recepito dal giudice, che quando ciò derivi da sopravvenuta pronuncia di incostituzionalità della disposizione incriminatrice o di una norma che ne formi il presupposto applicativo o, ancora, dei soli limiti della cornice edittale prevista per uno dei reati oggetto del concordato.» Si afferma, pertanto, che, in tal caso, la manifestazione di volontà delle parti è «intrinsecamente viziata in quanto vincola l'abdicazione dei motivi ad un risultato illegale» che, una volta rilevato in sede di legittimità, non può che comportare la caducazione dell'intero patto.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U., n. 21368 del 26/09/2019, dep. 2020, Savin ed altri, Rv. 279348 -01, 02, 03, 05
Sez. U., n. 21369 del 26/09/2019, dep. 2020, Melzani, Rv. 279349
Sez. 4, n. 21901 del 10/7/2020, Abbrescia, Rv. 279765
Sez. 6, n. 45876 del 8/10/2019, Sallmani, Rv. 277435
Sez. 1, n. 944 del 23/10/2019, dep. 13/01/2020, M., Rv. 278170
Sez. 6, n. 44625 del 03/10/2019, Kadha Hamza, Rv. 277381
Sez. 6, n. 41963 del 10/9/2019, Tamburini, Rv. 277371
Sez. 6, n. 43641 del 11/09/2019, Marzulli, Rv. 277374
Sez. 6, n. 41254 del 04/07/2019, Leone, Rv. 277196 - 02
Sez. 4, n. 22113 del 16/5/2019, Melzani
Sez. 3, n. 29428 del 8/5/2019, Scarpulla, Rv. 275896
Sez. 2, n. 22002 del 10/04/2019, Mariniello, Rv. 276102
Sez. 4, n. 18942 del 27/03/2019, Bruna, Rv. 275435
Sez. 1, n. 21407 del 19/3/2019, Scaglione.
Sez. 3, n. 15525 del 15/2/2019, Bozzi, Rv. 275862
Sez. 6, n. 15848 del 5/2/2019, Moretti, Rv. 275224
Sez. 6, n. 9434 del 29/1/2019, Homri, Rv. 275679
Sez. 4, n. 7554 del 24/01/2019, Re
Sez. 6, n. 17770 del 16/1/2019, Savin
Sez. 3, n. 4252 del 15/01/2019, Caruso, Rv. 274946-01, 02
Sez. 3, n. 10954 del 17/1/2019, Kondaj, Rv. 275840
Sez. 6, n. 13827 del 16/1/2019, Jarmouni, Rv. 275240
Sez. 6, n. 41461 del 12/9/2019, Baglio, Rv. 276803
Sez. 6, n. 15845 del 07/01/2019, Pulvirenti
Sez. 1, n. 11595 del 9/1/2019, Cabiddu, Rv. 275059
Sez. 6, n. 14721 del 19/12/2018, Lodato, Rv. 257241
Sez. 6, n. 7630 del 19/12/2018, Fall, Rv. 275210
Sez. 6, n. 6136 del 19/12/2018, Kamberi, Rv. 275034
Sez. 6, n. 5875 del 19/12/2018, Chtibi
Sez. 6, n. 3819 del 19/12/2018, Boutamara, Rv. 274962
Sez. 3, n. 20781 del 17/12/ 2018, (dep. 2019), El Ghazzani, Rv. 275530
Sez. 6, n. 53178 del 20/11/2018, Misani
Sez. 4, n. 52803 del 14/09/2018, Bouachra Brahim, Rv. 274522
Sez. U., n. 40986 del 19/7/2018, Pittalà, Rv. 273934-01 e 273934-02
Sez. 5, n. 29243 del 4/6/2018, Casero, Rv. 273194

Sez. 4, n. 29179 del 23/5/2018, Stratta, Rv. 273091
Sez. 3, n. 30064 del 23/05/2018, Lika, Rv. 273830
Sez. 4, n. 22824 del 17/04/2018, Daouk
Sez. 3, n. 30190 del 08/03/2018, Hoxha, Rv. 273755
Sez. 3, n. 45559 del 7/3/ 2018, Handa, Rv. 273950
Sez. 4, n. 53565 del 27/09/2017, Ferro, Rv. 271258
Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016, Orsi, Rv. 268740
Sez. U., n. 13681 del 25/2/2016, Tushaj, Rv. 266592
Sez, 1, n, 26557 del 10/2/2016, Lo Sasso, Rv. 267254-01
Sez. 1, n. 16005 del 18/1/2016, Ren, Rv. 267712
Sez. 2, n. 1934 del 18/12/2015, Spagnuolo, Rv. 265823
Sez. U., n. 33040 del 26/2/2015, Jazouli, Rv. 264205-01 e 264207-01
Sez. 1, n. 20466 del 27/1/2015, Nardi, Rv. 263506-01
Sez. U. , n. 6240 del 27/11/2014, Basile, Rv. 262327-01
Sez. 6, n. 9930 del 13/2/2014, Scivoli Di Domenico, Rv. 261533
Sez. 2, n. 3247 del 18/9/2013, Gambacorta, Rv. 258546
Sez. 5, n. 1154 del 22/3/2013, Defina, Rv. 258819
Sez. 1, n. 17546 del 20/04/2012 , Ebrahim, Rv. 252888
Sez. 2, n. 19945 del 19/4/2012, n. 19945, Toseroni, Rv. 252825
Sez. U., n. 35738 del 27/5/2010, Calibè, Rv. 247841
Sez. 5, n. 38530 del 03/06/2009, B., Rv. 245144
Sez. 1, n. 6650 del 5/2/2008, Potorti, Rv. 239310
Sez. 5, n. 8440 del 24/1/2007, Viglianesi, Rv. 236623
Sez. U, n. 5466 del 28/01/2004, Gallo, Rv. 226715
Sez. U., n. 20 del 27 ottobre 1999, Fraccari, Rv. 214637
Sez. U., n. 8488 del 27/5/1998, Bosio, Rv. 210981
Sez. U., n. 10372 del 27/9/1995, Serafino, Rv. 202270
Sez. U., n. 5777 del 27/3/1992, Di Benedetto, Rv. 191134
Sez. 3, n. 1044 del 10/7/1967, Bertolini, Rv. 105611

SEZIONE VII

ESECUZIONE

CAPITOLO I

RIMEDI RISARCITORI PER TRATTAMENTO CARCERARIO CONTRARIO ALL'ART. 3 CEDU: COME CALCOLARE LO SPAZIO DETENTIVO MINIMO

(MARIAEMANUELA GUERRA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La peculiare formulazione del precetto contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. - 3. Lo spazio minimo detentivo secondo il diritto positivo. - 4. I principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. - 5. Le ragioni del contrasto. - 6. Analisi degli orientamenti in campo. - 6.1. Il calcolo dello spazio al netto degli arredi. - 6.2. L'area occupata dal letto. - 6.3. Il calcolo dello spazio al lordo degli arredi. - 7. Gli arresti della Corte di giustizia dell'Unione europea. - 8. Autonomia del giudice e portata vincolante della giurisprudenza della Corte EDU - 9. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite.

1. Premessa

Con la sentenza 20/09/2020, non ancora depositata, le Sezioni Unite hanno dato soluzione a due questioni controverse connesse al riconoscimento del diritto ai rimedi risarcitori, previsti dall'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ord. Pen.), per trattamento detentivo inumano e degradante - in violazione dell'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) - con specifico riferimento alla situazione di sovraffollamento carcerario.

Evidentemente la tematica del sovraffollamento carcerario non è riducibile ad un problema di mero "catasto penitenziario", di interesse per i soli "geometri carcerari", trattandosi, piuttosto, di questione che incide sui connotati costituzionali dell'esecuzione penale, nella considerazione che il principio di legalità penale impone una pena legittima non soltanto nella sua proclamazione ma anche alla fase della sua esecuzione. Ed invero, il sovraffollamento carcerario incide sui residui di libertà delle persone ristrette, comprimendo gran parte dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale. Di conseguenza, solleva molteplici criticità costituzionali: non solo con riferimento alla violazione del divieto assoluto di trattamenti inumani, come tali incompatibili con la finalità rieducativa della pena, come delineata dall'art. 27, comma 3, Cost., ma, anche, in relazione agli artt. 2 e 32 Cost., per l'inevitabile pregiudizio ai diritti fondamentali della salute, sicurezza e vita; all'art. 25, comma 2, Cost., quale afflizione ulteriore e aggiuntiva alla pena decisa dal giudice e, dunque, priva di base legale; all'art. 13, comma 4, Cost., concretizzandosi in violenza fisica e

morale sulle persone ristrette e agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., ed infine, per la violazione degli obblighi di cooperazione giudiziaria e collaborazione internazionale.

In sostanza, entrano in gioco i grandi temi della dignità, del rispetto dei diritti dell'uomo e del libero sviluppo della personalità, la cui centralità nella trama normativa della Costituzione, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, non può non avere implicazioni anche nella fase dell'esecuzione della pena, specie detentiva: "*chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva pur sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità*"(Corte cost., sent. n. 349 del 1993).

In particolare, i quesiti rimessi al Supremo consesso concernono: in primo luogo la determinazione delle modalità di calcolo della superficie minima da garantire ad ogni detenuto nella cella di assegnazione, e, in secondo luogo, la possibilità di compensare l'eventuale limitatezza dello spazio con altri fattori ambientali che rendano il trattamento detentivo nel suo complesso conforme agli standard convenzionali.

Brevemente gli elementi relativi alla fattispecie oggetto del ricorso.

La vicenda origina da un reclamo ai sensi dell'art. 35-*ter* Ord. Pen. con il quale il detenuto lamentava aver sofferto un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, in violazione dell'art. 3 della CEDU, deducendo l'insufficienza dello spazio disponibile in cella.

Il magistrato di sorveglianza, accoglieva parzialmente il reclamo, con attribuzione della somma di 4568 euro a titolo risarcitorio - sulla considerazione che il detenuto, nella cella cui era stato assegnato in determinate strutture, per un periodo pari a 571 giorni, aveva potuto disporre di uno spazio minimo individuale sempre inferiore a 3 metri quadrati, al netto dello spazio occupato dai servizi igienici e dagli arredi fissi o non immediatamente rimuovibili (quali il letto e gli armadi).

Con riferimento alla detenzione espiata presso altro istituto, il trattamento inumano e degradante veniva identificato nell'assenza di riservatezza nell'uso del servizio igienico in dotazione nella stanza condivisa con altri detenuti (WC alla turca separato da una porta di plastica trasparente).

Il tribunale di sorveglianza di l'Aquila respingeva l'impugnazione proposta dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), confermando il primo provvedimento, ritenendo che il Magistrato avesse fatto corretta applicazione dei criteri fissati dalla Corte di cassazione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).

Ricorreva per cassazione il Ministero della Giustizia - DAP - lamentando violazione di legge e non corretta interpretazione della normativa di cui agli artt. 35 e segg. Ord. Pen., anche in relazione ai principi espressi sul punto dalla Corte EDU.

In particolare, l'Amministrazione deduceva l'erroneità del criterio applicato dal tribunale di sorveglianza che aveva quantificato lo spazio minimo disponibile per ciascun detenuto al netto, non soltanto dell'area occupata dai servizi igienici ma anche di quella occupata dai mobili fissi o non immediatamente rimuovibili dalla cella, discostandosi così da quanto affermato dalla Grande Camera della Corte EDU (Corte EDU, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*) che, invece, ha previsto detto computo al lordo del mobilio, soluzione, ad avviso del ricorrente, da ritenersi vincolante per i giudici nazionali.

La decisione assunta nel provvedimento impugnato, inoltre, peccherebbe di ragionevolezza, laddove aveva trasformato, in senso negativo, quale indice di disumanità della carcerazione, la comodità offerta al detenuto dagli arredi presenti nella cella.

La Prima Sezione penale, investita del ricorso, dopo aver richiamato le più recenti pronunce di legittimità e della Corte EDU sul punto, evidenziava come nella giurisprudenza della Corte di cassazione si registrassero differenti linee interpretative.

Da qui la rimessione al Supremo consesso sulla base dei seguenti quesiti (**ord. n. 14260 del 21/02/2020**):

«Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie calpestabile della stanza ovvero solo quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo»;

«Se i cosiddetti fattori compensativi (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella, dignitose condizioni carcerarie), rilevino, al fine di escludere la violazione dell'art. 3 CEDU, anche nel caso di spazio comunque inferiore a quello minimo di tre metri quadrati ovvero solo quando detto spazio sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati».

La presente analisi si concentrerà esclusivamente sulla prima delle due questioni rimesse, in quanto dall'informazione provvisoria della decisione resa, non risulta la soluzione adottata dalla Corte con riferimento alla seconda.

2. La peculiare formulazione del precetto contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen.

Nell'esporre la questione decisa dalle Sezioni Unite, appare utile prendere le mosse da una breve analisi del dato normativo di riferimento, in quanto l'interpretazione accolta ne perimetra direttamente l'ambito di applicazione.

Con il decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117, il Governo - in riposta alle vincolanti sollecitazioni della Corte EDU nella nota sentenza 8/01/2013, *Torreggiani ed altri c. Italia* - ha introdotto nell'ordinamento penitenziario l'art. 35-*ter* che disciplina rimedi specificamente diretti a riparare il pregiudizio derivante a detenuti ed internati da condizioni detentive contrarie all'art. 3 della CEDU. Nello specifico**,** l'art. 35-*ter* prevede due tipologie di rimedi compensativi. Il primo (disciplinato nei commi 1 e 2) è destinato ai detenuti e agli internati che abbiano patito un pregiudizio grave ed attuale ai propri diritti, in conseguenza delle condizioni detentive. Costoro possono rivolgersi al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere una riparazione in forma specifica, consistente in uno 'sconto' della pena ancora da espiare, pari ad 1 giorno ogni 10 giorni di pregiudizio subito, o, in alternativa - nel caso in cui il pregiudizio sia stato inferiore ai 15 giorni o nel caso in cui lo 'sconto' sia maggiore del residuo di pena - un risarcimento in forma monetaria, pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Il secondo (disciplinato nel comma 3) si rivolge a coloro che abbiano terminato di scontare la pena detentiva o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare. In questo caso, i soggetti possono rivolgersi, entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della custodia cautelare, al tribunale civile, al fine di ottenere, secondo le forme del procedimento ex art. 737 c.p.c., un risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

L'essenziale caratteristica della disposizione è di aver innovativamente introdotto rimedi di tipo compensativo/risarcitorio, con estensione dei poteri di verifica e di intervento del magistrato di sorveglianza, allo scopo di rafforzare gli strumenti tesi alla riaffermazione della legalità della detenzione; si tratta, in sostanza, di misure che rappresentano un *quid pluris* rispetto al previgente sistema di tutele - essenzialmente incentrato sul potere del magistrato di sorveglianza di inibire la prosecuzione dell'attività *contra legem* - in ottemperanza al monito derivante dalla Corte EDU di introdurre ricorsi tali *"che le violazioni dei diritti tratti dalla Convenzione possano essere riparate in maniera realmente effettiva"*(Corte EDU, 8/01/2013, *Torreggiani ed altri c. Italia*, §98). E' importante precisare come suddette nuove misure, a differenza dei rimedi preventivi di cui all'art. 35-*bis* ord. pen., non siano esperibili avverso una qualsiasi violazione dei diritti del soggetto detenuto, ma esclusivamente in caso di violazioni di tale entità da comportare la compromissione del diritto a condizioni detentive non inumane né degradanti (secondo l'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione Europea realizzata nelle decisioni della Corte EDU) protrattesi per almeno 15 giorni (cfr. **Sez.1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220**; cfr., altresì, **Sez. 1, n. 14258 del 23/01/2020, Inserra, Rv. 278898**, che ha escluso dall'ambito di operatività dell'art. 35-*ter* ord. pen., la situazione di " mero disagio" collegata a

contesti di vita intramuraria poco confortevoli o alla necessità di subire, per periodi non prolungati, disagi non previsti, né prevedibili, la cui rimozione richiede tempi di intervento non sempre programmabili).

Utilizzando un'originale tecnica di formulazione normativa, il legislatore ha individuato il pregiudizio risarcibile ai sensi dell'art. 35-*ter* nel fatto di aver subito "*condizioni di detenzione tali da violare l'art.* 3 *della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge* 4 *agosto* 1955*, n.* 848*, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo"*.

Di conseguenza, il contenuto precettivo della norma è determinato *per relationem,* tramite un meccanismo di rinvio mobile, agli indirizzi interpretativi elaborati dalla Corte EDU sull'art. 3 della Convenzione, proprio in quanto, secondo il sistema della CEDU, le sentenze e le decisioni della Corte hanno il compito non solo di dirimere le cause di cui essa è investita, ma, in modo più ampio, anche di chiarire, salvaguardare e approfondire le norme della Convenzione, svolgendo, quindi, un ruolo chiave nella definizione e concretizzazione dei diritti e delle libertà elencati (generalmente con formule aperte) nel testo (cfr. art. 32 CEDU).

Ed invero, si tratta del primo caso di espressa integrazione diretta del sistema normativo interno ai contenuti della giurisprudenza sovranazionale, elevati a parametro normativo *in subiecta materia*, vincolante *erga omnes* per l'interpretazione e qualificazione della condotta (Sez. 1, n. 52819, 09/09/2016, Sciuto, RV 268231; Sez. 1, n. 40520 del 17/11/2016, dep. 06/09/2017, Triki; Sez. 1, n. 13378 del 10/10/2017, dep. 22/03/2018, Peciccia e, più di recente, **Sez. 1, n. 17656 del 12/02/2020, Skripeliov**).

In base a tale scelta legislativa, pertanto, gli orientamenti tratti dalle pronunce della Corte EDU non assolvono all'ordinaria finalità di orientamento sul *modus interpretativo* della disposizione, cui sono ordinariamente tenuti i giudici nazionali in virtù dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali riconosciuti dal nostro ordinamento (art. 117, comma 1, Cost.; Corte cost., sent. n. 348 e n. 349 del 2007; n. 68 del 2017; n. 49 del 2015; n. 276 del 2016; n. 36 del 2016), ma, tramite suddetta clausola di rinvio formale, fanno ingresso nell'ordinamento quale fonte cui è demandata la determinazione della fattispecie.

E, poiché oggetto della verifica ai sensi dell'art. 35-*ter,* non è tanto la singola condotta del titolare del potere di "regolamentazione" della vita del soggetto recluso, quanto piuttosto le caratteristiche dell'offerta trattamentale da parte dell'Amministrazione penitenziaria in relazione al particolare vissuto dell'interessato (**Sez., 1, n. 17655 del 17/02/2020, Trapani, Rv. 279186**; Corte EDU, Grande Camera 28/02/2008, *Saadi c. Italia*, § 134, 135), ciò impone, al giudice interno, la costante conoscenza degli arresti della Corte EDU sul tema in questione.

E' da puntualizzare come la peculiarità della previsione contenuta nell'art. 35-*ter* non consista nell'aver introdotto nell'ordinamento nazionale un nuovo diritto ed un nuovo illecito nell'ipotesi di relativa violazione: la ratifica con legge ordinaria della Convenzione europea ha recepito nel sistema interno sin dal 1955 il divieto di trattamenti inumani o degradanti - peraltro, già sancito in modo analogo nell'art. 27, comma 3, della Carta Costituzionale la cui violazione costituiva un danno ingiusto risarcibile, in base alla normativa vigente, dalla giurisdizione civile (Corte Cost., sent. n. 233 del 2003; cfr., *ex pluribus*, Sez. 1, n. 4772 del 15/01/2013, Vizzari: "…*in materia risarcitoria ed indennitaria il sistema normativo prevede in via generale la sua attribuzione alla giurisdizione civile*..."; per quanto riguarda la giurisprudenza civile, cfr. Sez. 6 - L, n. 29206 del 12/11/2019, Rv 655757; Sez. 3, n. 26367 del 16/12/2014, Rv. 633919; Sez. 3, n. 8827 del 31/05/2003, Rv. 563835). In altri termini, la novella del 2014 ha inciso non sulla fonte dell'obbligo di riparazione (che resta la Convenzione europea), né sulla esistenza del diritto (riconosciuto anche in Costituzione), quanto sulla conformazione della tutela offerta dal sistema che ha previsto una disciplina *sui generis* che viene, pertanto, a sostituirsi a quella ordinaria civilistica (Sez. 1, n. 43722 del 11/06/2015, Salierno).

In definitiva, la violazione del diritto individuale, riconosciuto in modo assoluto sia dalla Convenzione EDU che dalla Costituzione, a non subire, nel corso dell'esecuzione di una misura restrittiva, trattamenti contrari al senso di umanità (Corte EDU, 15/11/1996, *Chahal c. Regno Unito*, §79; Corte EDU, Grande Camera, 28/02/2008, *Saadi c. Italia*, § 127; cfr. **Sez. 1 n. 17656 del 12/02/2020, Skripeliov**) costituisce, ai sensi dell'art. 35-*ter* ord. pen., titolo per ottenere, da un lato e in via prioritaria, la riduzione della pena ancora da espiare, e dall'altro una "riparazione" economica, in favore di colui che subisce le conseguenze della violazione, al di là della rimozione del fatto da cui deriva la lesione.

Alla luce di quanto premesso, allora, è centrale la ricostruzione sistematica della evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU rispetto alla nozione di detenzione in condizioni disumane e degradanti, con specifico riferimento al profilo dello spazio minimo da assicurare al detenuto all'interno della cella, e del rilievo che tale elemento spaziale assume ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU. Ciò in quanto i principi sovranazionali integrano la fattispecie di cui all'art. 35-*ter* in chiave *sincronica* (attribuendo al testo uno dei possibili significati alternativi possibili) e *diacronica* (riconducendo entro i confini della norma diritti e garanzie originariamente non riconosciuti).

3. Lo spazio minimo detentivo secondo il diritto positivo.

Non esistono norme che definiscano lo spazio minimo da garantire alle persone ristrette in carcere**.**

Né a livello internazionale, né a livello di legislazione interna sono precisati gli standard metrici di superficie degli ambienti detentivi o gli indici di densità/affollamento della popolazione reclusa (così, Sez. 1, 27/11/2014, n. 53011, Vecchina, Rv. 262352; Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924).

Le *Nelson Mandela Rules*, adottate in ambito ONU nel 2015 (UNGA Resolution, A/Res/70/175, 8 gennaio 2016); la Raccomandazione n. 22 del 1999 sul sovraffollamento carcerario (*Recommendation No. R (*99*)*22 *of the Committee of Ministers to Member States concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation,* 30 *settembre* 1999**)** e le *European Prisons Rules* del Consiglio d'Europa aggiornate l'1 luglio 2020, fissano esclusivamente principi generali sulle condizioni carcerarie e sul trattamento penitenziario, ma non danno indicazioni sulle dimensioni dei locali di detenzione.

Nemmeno il testo della Convenzione EDU contiene disposizioni in tema di superficie minima delle celle: la questione del sovraffollamento carcerario è stata approfonditamente analizzata dalla Corte EDU alla luce del divieto posto dall'art. 3 che, appunto, impone agli Stati il divieto di tortura e di pene o trattamenti disumani o degradanti. Ebbene, i giudici di Strasburgo, nel corso degli anni, hanno operato una interpretazione evolutiva di tale disposizione, giungendo a specificare, mediante plurimi arresti, quando le condizioni di detenzione e, per quel che qui interessa, il sovraffollamento carcerario, possono integrare gli estremi di un trattamento inumano o degradante.

Parametri più precisi, ancorché giuridicamente non vincolanti, provengono dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), ovvero il Comitato istituito dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Ebbene, nel 2015 il CPT ha individuato quali auspicabili *minimum standard* delle dimensioni delle celle 6 mq. per una cella singola e 4 mq. per ogni detenuto in una cella multipla (sanitari esclusi). Non si tratta comunque di standard assoluti: da un lato, la deviazione dai suddetti parametri può essere compensata da "fattori allevianti", tra cui, in particolare, la possibilità di svolgere attività all'esterno della cella; dall'altro lato, il Comitato incoraggia gli Stati membri del Consiglio d'Europa ad applicare più elevati *desirable standard* in materia.

A livello nazionale, l'art. 6 ord. pen. e il corrispondente art. 6 del d. P. R. 30 giugno 2000, n. 230 (cd. Regolamento Penitenziario) costituiscono le norme di riferimento in merito alle caratteristiche generali dei locali di detenzione. Ebbene, l'art. 6 ord. pen. prevede, al comma primo, che "*i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono*

essere di ampiezza sufficiente ..." e, al comma secondo, che "*i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti*". La disposizione dell'art. 6 reg. pen, dal canto suo, specifica ulteriormente le caratteristiche igieniche e di illuminazione dei locali destinati al soggiorno dei detenuti e delle camere di pernottamento. Le ulteriori norme pertinenti alla tematica della recettività carceraria, quali l'art. 5 ord. pen. (*"gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo tale da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati"*), l'art. 14 ord. pen. (*"il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e, comunque, tale da favorire l'individualizzazione del trattamento"*), l'art. 7 reg. pen. (*"I servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera")*, nulla aggiungono in termini di individuazione dell'ampiezza delle celle e degli altri locali.

In sostanza, le disposizioni, rimandando a concetti di "adeguatezza" e "sufficienza" degli spazi, si richiamano a criteri di normalità che rinviano, per la loro traduzione in pratica, ad un metro di natura metagiuridica, da desumersi in relazione agli avanzamenti dei livelli di vita raggiunti dalla società esterna.

In termini generali, i parametri di igiene edilizia per le strutture penitenziarie sono desunti da quelli previsti per le civili abitazioni.

Con particolare riferimento alle dimensioni dei locali destinati al pernottamento di cui all'art. 6 ord. pen., il criterio adottato dall'Amministrazione penitenziaria sin dal 1988 (circolare 17 novembre 1988) è quello stabilito per le stanze da letto delle civili abitazioni da un decreto del Ministero della sanità, 5 luglio 1975, per il quale la superficie, nel caso di stanza singola, non può essere minore di 9 mq. e per le multiple sono previsti 5 mq. aggiuntivi per ciascuna persona. Ebbene, sulla base della disponibilità del parametro dei 9 mq. per persona, l'Amministrazione calcola la cd. capienza regolamentare degli istituti penitenziari, dalla quale, inoltre, è stata ricavata la discussa cd. capienza tollerabile, individuata, orientativamente, nel doppio della prima.

La criticità del ricorso a tali misure emerge sotto un duplice profilo.

Da un lato, tali metrature sono state, appunto, pensate per vani destinati al mero pernottamento all'interno delle abitazioni e, pertanto, mal si attagliano per locali destinati a soddisfare le esigenze della vita individuale di persone che condividono la stessa cella per diverse ore della giornata, anche in occasione della consumazione dei pasti, come avviene nella quotidiana realtà di numerosi istituti penitenziari.

Dall'altro, si è osservato, tali criteri, formalmente più elevati rispetto agli indici sopranazionali sopraindicati, hanno comportato una penalizzazione dell'Italia nei contesti internazionali, in ragione dei dati sul livello di sovraffollamento dalla stessa comunicati. Ed allora, da tempo, si auspica l'adozione di canoni diversi.

Accanto alla introduzione e diffusione di un differente modello di organizzazione della vita all'interno del carcere (la cd. sorveglianza dinamica) - al fine di estendere in

modo significativo le ore di apertura delle celle, da destinarsi di regola al solo pernottamento (Circolari DAP n. 3649/6099 del 22/07/2013 e n. 3663/6113 del 23/10/2015.), si sollecita la precisazione da parte del legislatore, ad integrazione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, di una soglia inderogabile quale *capienza costituzionale*, ovvero uno spazio vitale incomprimibile, che si concili con il senso di umanità e la funzione rieducativa della pena cui lo spazio in cella deve essere strumentale, in attuazione dell'art. 27 della Costituzione.

4. I principi espressi dalla Corte EDU.

Sin dalle prime applicazioni del nuovo istituto di cui all'art. 35-*ter* ord. pen., la Corte di legittimità è intervenuta per "estrarre" dalla sequenza delle mutevoli decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo, caratterizzate da un approccio prettamente casistico, talune linee ricostruttive sistematiche, al fine di comporre un quadro il più possibile razionale, riconoscibile ed aderente alle direttive imposte dalla stessa Corte EDU all'Italia con la nota decisione *Torreggiani c. Italia*, in punto di adeguatezza del trattamento ed effettività della tutela dei diritti delle persone recluse.

È da ricordare, inoltre, come l'inosservanza dei criteri elaborati dalla Corte sovranazionale, afferenti alle modalità di computo dello spazio vitale minimo per le persone ristrette, venga ricondotta al vizio di violazione di legge deducibile in sede di legittimità, ai sensi della disciplina generale, stabilita dall'art. 35-*bis*, comma 4-*bis* ord. pen. (tra le numerose, cfr. **Sez. 1, n. 14878 del 27/04/2020, Giardini; Sez. 1, n. 14877 del 27/04/2020, Gattuso; Sez. 1, n. 12344 del 06/03/2020, Derbali**; Sez. 1, n. 26097, 26/02/2018, Li Causi**; Sez. 1, n. 17656 del 12/02/2020, Skripeliov; Sez. 1, n. 3291 del 03/12/2019, dep. 2020, Risalvato**; Sez. 1, n. 35537 del 30/05/2019, Fragalà, Sez. 1, n. 13378 del 10/10/2017, dep. 22/03/2018, Peciccia; Sez. 1, n. 31475 del 15/03/2017, Zito; Sez. 2, n. 11980 del 10/3/2017, Mocanu, Rv. 269407; Sez. 1, n. 39294 del 3/07/2017, Marsala; Sez. 1, n. 39585 del 21/07/2017, Lecini; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087; Sez. 1, n. 26357 del 9/09/2016, dep. 2017, Macrina).

Appare fondamentale, pertanto, procedere ad una breve ricognizione degli arresti della giurisprudenza della Corte EDU sulla questione in esame.

In diverse occasioni la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulla conformità di determinate condizioni di detenzione rispetto alle disposizioni convenzionali, ed in particolar modo all'art. 3 CEDU, ispirandosi alla fondamentale considerazione che "*justice cannot stop at the prison gate*", in base alla quale lo stato detentivo non comporta per il soggetto ristretto la perdita delle garanzie dei diritti affermati dalla Convenzione che, al contrario, assumono particolare rilevanza proprio a causa della situazione di

particolare vulnerabilità in cui la persona versa e perché si trova interamente sotto la responsabilità dello Stato.

In merito alla situazione obiettiva di sovraffollamento carcerario, la Corte EDU, già nella sentenza 15/07/2002, *Kalachnikov c. Russia*, ha precisato che tale fenomeno pone di per sé un problema sotto il profilo dell'art. 3 CEDU.

Ed invero, lo spazio che deve essere attribuito a ciascun detenuto è stato oggetto di crescente attenzione da parte della Corte di Strasburgo, le cui pronunce, tuttavia, non hanno seguito un percorso sempre lineare ed univoco, l'estrema esiguità della cella carceraria diventa l'elemento chiave di cui tenere conto al fine di stabilire se le condizioni di detenzione siano contrarie all'articolo 3 CEDU. In particolare, in un alto numero di casi, la Corte ha determinato in 3 mq. di superficie calpestabile (*floor space*) il criterio minimo applicabile in materia di spazio personale per i detenuti in una cella collettiva.

Nel caso Corte EDU, 6/11/2009, *Sulejmanovic c. Italia*, la Corte ha consolidato quest'ultima giurisprudenza giungendo a costruire una sorta di automatismo di violazione dell'art. 3 CEDU in caso di mancato rispetto del parametro dei 3 mq.

Secondo quest'ultima prospettiva, la detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq. costituisce di per sé un trattamento disumano e degradante senza la necessità di considerare gli ulteriori fattori ambientali peggiorativi delle condizioni detentive.

A tal proposito, tuttavia, è interessante richiamare la *dissenting opinion*, allegata alla sentenza, del giudice Zagrebelsky che sottolinea come la prassi del Comitato di Prevenzione della Tortura (CPT) e gli stessi precedenti giurisprudenziali richiamati nella medesima pronuncia avrebbero dovuto portare ad escludere ogni automatismo circa la dimensione delle celle e la violazione della CEDU. Secondo il giudice, infatti, non sarebbe stato raggiunto il minimo di gravità necessario a integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, non avendo il ricorrente denunciato nessun elemento diverso dall'insufficienza di spazio disponibile.

Dopo quattro anni, nella sentenza-pilota 8/01/2013 *Torreggiani e altri c. Italia*, la Corte EDU ha ribadito che quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un certo livello, la mancanza di spazio in un istituto penitenziario - inferiore a 3 mq. - "*può costituire l'elemento centrale da prendere in considerazione nella valutazione della conformità di una data situazione all'articolo* 3" CEDU (§67). Ebbene, nel caso all'esame, la Corte ha rilevato che i ricorrenti disponevano di uno spazio vitale di 3 mq., osservando che tale spazio era ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle.

È da puntualizzare, tuttavia, che nella fattispecie il parametro di raffronto utilizzato per l'individuazione di tale spazio è costituito dal minimo comun denominatore di 4 mq. emergente dai diversi rapporti del CPT. Ed infatti, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che i ricorrenti non avessero beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri ritenuti accettabili secondo la loro giurisprudenza, rammentando "*che in questo*

contesto la norma in materia di spazio abitabile nelle celle collettive raccomandata dal CPT è di quattro metri quadrati" (§76).

Ulteriore dato messo in evidenza nel caso all'esame della Corte è che la grave insufficienza di spazio abitativo riscontrata - ritenuta già di per sé trattamento contrario alla Convenzione - era stata "*ulteriormente aggravata*" da altre negative condizioni di detenzione (quali, l'assenza di acqua calda e l'inadeguatezza nel sistema d'illuminazione e di ventilazione) che avevano causato ai ricorrenti addizionali sofferenze (§77).

Quasi contemporaneamente, peraltro, Corte EDU, 5/03/2013, *Tellissi c. Italia* ha affermato che, mentre una situazione di grave sovraffollamento (quando lo spazio accordato è inferiore a 3 mq.) è sufficiente per concludere per la violazione dell'art. 3 della CEDU, uno spazio personale inferiore a quello ritenuto auspicabile dal CPT per le celle collettive (4 m^2), non può da solo costituire una violazione di tale disposizione, richiedendosi, pertanto, la valutazione di altri aspetti inerenti alle modalità di esecuzione della misura restrittiva, al fine di accertare il rispetto o meno della Convenzione (§ 51).

Ed ancora, a conferma delle incertezze derivanti dalle soluzioni non univoche accolte dalla Corte EDU in tema di spazio minimo vitale nelle celle, è da ricordare la sentenza-pilota 10/01/2012, *Ananyev e altri c. Russia*, adottata in relazione alle condizioni delle carceri in Russia.

Ebbene, in tale pronuncia la Corte abbandona il criterio geometrico puro ed individua una griglia di tre fattori che devono contemporaneamente sussistere per valutare la conformità delle condizioni di detenzione con la CEDU, ovvero:1) ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire nella cella; 2) ogni persona ristretta deve poter disporre di almeno 3 mq. di superficie; 3) la superficie complessiva deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente fra gli arredi.

A differenza delle pronunce che si inscrivono nel filone della soluzione interpretativa accolta nella sentenza *Sulejmanovic*, nel caso *Ananyev* la Corte chiarisce che la mancanza di anche uno degli elementi sopraindicati non determina automatica violazione dell'art. 3, ma crea una forte presunzione che le condizioni di detenzione integrino un trattamento degradante che, pertanto, lascia allo Stato la possibilità di confutazione in base ad altri elementi compensativi.

La sentenza Corte EDU, Grande Camera, 20/10/2016 *Muršić c. Croazia* rappresenta allo stato un fondamentale punto di riferimento in merito alla questione in esame.

Con tale pronuncia la Grande Camera - seppure non all'unanimità - muovendo dai principi fissati nella sentenza *Ananyev*, ha approfondito e chiarito la propria posizione

sull'area minima da garantire a ogni detenuto e sugli indici di accertamento della violazione dell'articolo 3 CEDU.

In primo luogo, la Grande Camera conferma il requisito dei 3 mq. di superficie calpestabile per detenuto in una cella collettiva come standard minimo.

In merito, la Corte precisa di non dover adottare gli indici delineati dal CPT, sottolineando la differenza concettuale del proprio ruolo rispetto a quello affidato al suddetto organismo. Il CPT opera in funzione preventiva, che tende per sua stessa natura verso un grado di protezione più elevato rispetto a quello che applica la Corte, allorquando statuisce sulle concrete condizioni di detenzione di un richiedente ed è incaricata di verificare giudiziariamente se determinati casi violino il divieto assoluto di torture di trattamenti inumani o degradanti posti dall'articolo 3 della Convenzione.

In secondo luogo, la Corte chiarisce l'approccio da seguire nell'acclarare la violazione dell'art. 3 CEDU per manifesta esiguità dello spazio personale accordato al detenuto. Secondo la Corte, la valutazione della compatibilità con la CEDU delle condizioni di detenzione non può ridursi al calcolo geometrico dei metri quadri assegnati ai reclusi (§123). Ne discende che la costrizione di un detenuto in uno spazio inferiore a 3 mq. in una cella collettiva fa nascere una "*forte presunzione*" di violazione dell'art. 3 CEDU (§124). La "*forte presunzione*" di violazione non è quindi inconfutabile, integrando piuttosto una *praesumptio iuris tantum*. Di conseguenza, lo Stato convenuto avrà la possibilità di dimostrare in modo convincente (*convincingly*) l'esistenza di fattori che, cumulativamente, siano in grado di compensare la mancanza di spazio vitale, ovvero: a) la brevità, l'occasionalità e la modesta entità della riduzione dello spazio personale; b) la sufficiente libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella; c) l'adeguatezza della struttura, in assenza di altri aspetti che aggravino le condizioni generali di detenzione del ricorrente (§126, 135 e 138).

Quando, invece, lo spazio personale in una cella collettiva si attesta tra i 3 e i 4 mq., il fattore spaziale rimane un elemento che influisce pesantemente sulla conformità delle condizioni di detenzione alla Convenzione ma, in tal caso, sussiste violazione dell'art. 3 CEDU solo se l'esiguità della superficie si affianca ad altri fattori d'inadeguatezza del regime penitenziario (impossibilità di fare esercizio all'aria aperta e di avere accesso alla luce naturale e all'aria, insufficiente sistema di riscaldamento, non rispetto di basilari requisiti igienico-sanitari, ecc.) (§139).

Infine, quando la persona ristretta ha a disposizione più di 4 mq., non sorge una questione di spazio personale ma altri aspetti relativi alle condizioni materiali di detenzione possono rilevare per riconoscere l'eventuale violazione dell'art. 3 CEDU (§140).

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento ad un periodo di ventisette giorni consecutivi in cui il ricorrente aveva fruito di uno spazio inferiore a 3 mq.

In assenza di elementi necessari a rovesciare la "strong presumption", i giudici hanno concluso che "the conditions of the applicant's detention subjected him to hardship going beyond the unavoidable level of suffering inherent in detention and thus amounting to degrading treatment prohibited by Article 3 of the Convention" (§ 153).

Invece, con riferimento ai periodi non consecutivi (della durata al massimo otto giorni) che il ricorrente ha trascorso in uno spazio personale inferiore ai 3 mq., i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di minore rilevanza l'assenza di spazio personale stante la breve durata.

Sempre con riferimento a questi ultimi periodi, ha valorizzato alcuni "fattori allevianti", portati alla sua attenzione dal Governo (libertà di movimento fuori dalla cella, attività svolte all'aperto, condizioni generali della detenzione) e ha, dunque, escluso la violazione dell'art. 3 CEDU, in ragione del fatto che il regime detentivo non aveva raggiunto la soglia di gravità richiesta per riscontrare una violazione della CEDU. Anche per quanto riguarda i periodi in cui il ricorrente ha occupato una cella condivisa con altri avendo a disposizione uno spazio personale compreso tra 3 e 4 mq., la Corte ha valorizzato i medesimi "fattori allevianti", concludendo per l'insussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU.

In termini generali, pertanto, si può affermare come la Grande Camera opti per una valutazione multifattoriale e cumulativa delle concrete condizioni detentive in cui anche il dato temporale gioca un ruolo rilevante, specialmente se il detenuto ha subito condizioni di ristrettezza per periodi non consecutivi. Da ricordare, infatti, che nel caso Corte EDU, 17/10/2013, *Belyayev v. Russia*, la Corte ha escluso che 26 giorni consecutivi espiati in uno spazio di poco inferiore ai 3 mq. (2,97 al lordo) avessero raggiunto quella soglia di gravità da integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, in presenza di altri aspetti trattamentali allevianti.

È da ricordare, tuttavia, che la soprarichiamata decisione della Grande Camera *Muršić c. Croazia* non è stata adottata all'unanimità rispetto alla valutazione dei periodi non consecutivi, in cui il ricorrente è stato ristretto in una cella delle dimensioni inferiori a 3 mq. (su diciassette giudici, dieci hanno votato a favore della non sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU), e in una cella compresa tra i 3 e i 4 mq. (tredici giudici a favore e quattro contrari in merito alla non sussistenza della violazione dell'art. 3 CEDU), così pure con riferimento al valore da riconoscere agli standard CPT (tre giudici hanno espresso dissenso rispetto alla maggioranza).

Si potrebbe, pertanto, osservare come le numerose opinioni dissenzienti allegate alla sentenza, pur non intaccandone il valore di precedente, mettano in qualche misura in dubbio che la sentenza Muršič costituisca la tappa definitiva nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di spazio detentivo minimo da accordare ai soggetti reclusi.

Con riferimento alla modalità di calcolo dello spazio disponibile in cella, la Grande Camera condivide il metodo utilizzato dal CPT, ovvero la superficie al netto dei servizi igienici ma comprensiva degli arredi, senza distinzione. Ciò che è importante in tale accertamento, sottolinea la Corte, è verificare se i detenuti abbiano o meno la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella («*detainees had a possibility to move around within the cell normally*»; «*détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule*» (§ 114).

Tale interpretazione viene accolta anche nelle sentenze successive al caso Muršić, tanto da potersi affermare di essere in presenza di una giurisprudenza consolidata (Cfr. Corte EDU, sentenza-pilota 25/04/2017, Rezmivese e altri c. Romania (§77): 77. *La Cour a récemment confirmé que l'exigence de* 3 *m² de surface au sol par détenu* ***(incluant l'espace occupé par les meubles, mais non celui occupé par les sanitaires****) dans une cellule collective doit demeurer la norme minimale pertinente aux fins de l'appréciation des conditions de détention au regard de l'article* 3 *de la Convention (Muršić, précité, §§* 110 *et* 114); Corte EDU, 16/05/2017, *Sylla e Nollomont c. Belgio*, §27; Corte EDU, 30/01/2020, *J.M.B. et autres c. France*, §147).

Alla luce di tale linea interpretativa, pertanto, la Corte europea pare non attribuire rilievo autonomo al volume occupato dalla mobilia, e, di conseguenza, di non preoccuparsi della relativa quantificazione e scomputo ai fini dell'individuazione dello spazio dei 3 mq., quale spazio minimo disponibile netto, dando per scontata la presenza di arredo e valorizzando, appunto, la verifica della effettiva possibilità di libero movimento del soggetto all'interno della cella.

In diverse decisioni, peraltro, l'assenza di appropriato arredamento in cella è stata valutata congiuntamente ad altri elementi ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 3 della Convenzione, in considerazione del fatto che il mobilio rappresenta un elemento di conforto per il soggetto ristretto (Corte EDU, 1/04/2014, *Enache v. Romania*, §50: "*The Court has found that the following conditions of detention raise an issue under Article* 3 *of the Convention: lack of appropriate furniture in the cells*,.); Corte EDU, 14/12/2017, *Varga and others v. Romania*).

Precedentemente alla pronuncia della Grande Camera nel caso *Muršič c. Croazia*, la giurisprudenza della Corte EDU si è manifestata alquanto ambigua, non avendo chiarito il metodo di calcolo da utilizzare.

A titolo esemplificativo, in alcune sentenze, il computo dello spazio pro-capite non tiene affatto conto dei mobili (Corte EDU, 16/07/2009, *Sulejmanovic c. Italia*, §44; Corte EDU, 22/04/2014, *C.G. c. Italia* § 81, 82; Corte EDU 22/10/2009, *Norbert Sikorski c. Polonia*, §134, 135; Corte EDU, 8/07/2014, *Dulbastru c. Romania*, § 34); in altri casi, la Corte europea afferma genericamente di prendere in considerazione la restrizione dello spazio effettivo a causa degli arredi (Corte EDU, 10/03/2015, *Varga e altri c. Ungheria*, §87; Corte EDU, 8/01/2013 *Torreggiani e altri c. Italia, §*75*)*; resta poi

isolata una pronuncia che ha escluso solo lo spazio dei letti, ma non quello degli altri mobili, senza alcuna spiegazione (Corte EDU, 1/04/2014, *Enache c. Romania* §54).

Tuttavia, dall'esame delle sentenze, pare potersi affermare che, anche nei casi in cui la restrizione dello spazio dovuta agli arredi è stata presa in considerazione, tale elemento è stato utilizzato essenzialmente per rimarcare l'estrema gravità di una già rilevata scarsità di spazio disponibile, ulteriormente aggravata, ma non "prodotta", appunto, dell'ingombro dei mobili (Corte EDU, 10/01/2012, *Ananyev e altri c. Russia*; 20/01/2011 *Petrenko c. Russia*, §39; 26/11/2013, *Cojoacă c. Roumanie*, §33; Corte EDU, 22/10/2009, *Orchowki C. Polonia*, §145; Corte EDU, 4/05/2005, *Kadiķis c. Lettonie* No 2), §52).

Nel caso *Muršič c. Croazia*, la Grande Camera non pare interessata a predeterminare un rigido meccanismo di calcolo dello spazio fruibile in cella, ma dopo aver indicato come basilare la disponibilità minima di 3 mq. *floor space*, inclusi i mobili, aggiunge, ad integrazione del criterio metrico, un parametro che rimanda ad una valutazione complessiva del singolo caso, focalizzata sulla verifica della effettiva possibilità del libero movimento. Ed invero, con specifico riferimento alla fattispecie all'esame, pare significativo evidenziare che la Corte, ritenuta la insufficienza dello spazio minimo personale - pari a 2,62 mq. per 27 giorni consecutivi - non prende in esame l'ulteriore profilo della agevole possibilità di spostamento all'interno della camera di detenzione, giungendo alla conclusione che tale situazione, protrattasi per un periodo ritenuto non breve, integrasse di per sé la violazione convenzionale (§146-151).

Nella rassegna degli orientamenti della Corte sovranazionale va, infine, citata la pronuncia della Grande Camera 16/12/2016*, Khlaufia ed altri c. Italia* che, in un caso proposto da cittadini extracomunitari trattenuti dopo lo sbarco illegale nel paese, che lamentavano trattamenti inumani e degradanti presso i centri di prima accoglienza ed a bordo delle navi che li avevano trasportati nelle quali erano stati costretti a permanere, nell'escludere la denunciata violazione dell'art. 3 della CEDU, ha espunto dal calcolo della superficie di cui il detenuto deve fruire all'interno della camera detentiva soltanto l'ingombro dei sanitari, riferendosi alla nozione di "*spazio calpestabile*" per individuare la soglia minima dei 3 mq. per ogni singolo ristretto in una cella collettiva (§166).

In definitiva, pare potersi affermare che per i giudici di Strasburgo l'ingombro degli arredi non rilevi direttamente ai fini della preliminare quantificazione dello spazio fruibile nella camera detentiva, in quanto il computo avviene includendo l'arredo presente; quale criterio "importante" per la verifica della dedotta violazione dell'art. 3 CEDU viene prevista, a chiusura, la possibilità di muoversi liberamente tra gli arredi presenti in cella.

Ebbene, di non poco rilievo è la questione dell'interpretazione di tale clausola.

Da un lato, tale inciso potrebbe essere inteso quale clausola di salvaguardia, prevista dai giudici di Strasburgo, a tutela dei detenuti dal rischio di camere detentive che, pur soddisfacendo formalmente il requisito dei 3 mq. di ampiezza lorda complessiva (al netto dell'area bagno), siano corredate di mobilia voluminosa, sproporzionata o di forma irregolare che di fatto renda lo spazio non vivibile. In altri termini, si tratterebbe di un criterio di ragionevolezza empirico che, posto ad integrazione del rigido criterio geometrico, valorizza il potere di valutazione del caso concreto da parte non solo dei magistrati di sorveglianza, quali magistrati di prossimità, ma anche della stessa Corte di Strasburgo.

Ed infatti il suddetto parametro, proprio per la sua elasticità, sarebbe consono al tipo di intervento svolto dalla Corte - chiamata a scrutinare, con riferimento a singoli e specifici casi, l'adeguatezza convenzionale del trattamento penitenziario offerto da Paesi che tuttora registrano realtà molto diverse - che, pertanto, evitando rigidi automatismi, consentirebbe un margine di apprezzamento flessibile in base alle peculiarità del caso in esame.

Secondo una diversa prospettiva "funzionale", invece, tale clausola evoca l'esistenza di una porzione di superficie utile (*floor space*) che, al di là dell'esistenza delle quote di ingombro degli arredi, necessariamente presenti, consenta l'effettivo movimento libero, con quota minima, appunto, di 3 mq., il che pertanto escluderebbe di poter inglobare nel calcolo della stessa lo spazio occupato dagli arredi inamovibili, che assolvono a funzioni importanti ma diverse dal consentire il movimento. In base a quest'ultimo orientamento, pertanto, il criterio multifattoriale accolto dai giudici europei parrebbe interpretabile in chiave rafforzativa della tutela offerta al detenuto.

5. Le ragioni del contrasto.

All'indomani della sentenza-pilota *Torreggiani c. Italia* la giurisprudenza di legittimità ha da subito precisato come la quantificazione dello spazio minimo individuale in cella è materia affatto diversa dal computo della superficie degli immobili ai fini castali (Sez. 1, n. 53011, del 27/11/2014, Vecchina, RV 262352). Ma se indiscussa è la detraibilità dalla superficie complessiva dello spazio riservato ai servizi igienici - non solo in attuazione della chiara indicazione in tal senso proveniente dalla Corte EDU, ma anche alla luce del riferimento normativo nazionale, che espressamente li colloca in un vano distinto annesso alla camera (art. 7 Reg. Pen.) - in merito ai criteri di misurazione della camera detentiva, ovvero se al lordo o al netto degli arredi, la Sezione remittente registra un consapevole contrasto tra due distinti orientamenti.

In primo luogo, vengono richiamate decisioni, che, valorizzando la nozione di spazio minimo individuale come superficie materialmente calpestabile, hanno

ritenuto che dalla superficie lorda della cella debba essere detratta l'area occupata dagli arredi, seppur con diversi distinguo. In particolare, la Sezione rimettente rileva come i più recenti arresti discriminino tra arredi non infissi al suolo e necessari alle primarie esigenze di alimentazione e riposo del detenuto, come il tavolo, le sedie e lo stesso letto singolo, i quali, per tale ragione, entrano nel calcolo dello spazio minimo da garantire a ciascun detenuto, e arredi assicurati stabilmente al pavimento o ai muri, come il letto a castello e anche gli armadi infissi al suolo o alle pareti, da escludere, invece, dal suddetto computo.

Diverso orientamento, invece, accogliendo la nozione di spazio minimo come superficie che assicuri il normale movimento nella cella, considera la superficie lorda senza scomputare né gli spazi occupati dai letti (siano o meno a castello), né quelli ove risultano allocati gli arredi (armadietti, comodini *et similia*), purché sia assicurata a ciascun detenuto la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

6. Analisi degli orientamenti in campo.

6.1. Il calcolo dello spazio al netto degli arredi.

La ricostruzione esegetica dominante sulla nozione di "spazio minimo individuale" è dunque nel senso di spazio effettivamente fruibile dal singolo "nel quale deve essere consentito un movimento libero"; di conseguenza, come sopra evidenziato, la minima superficie intramurale da assicurare ad ogni detenuto nel rispetto dell'art. 3 della CEDU (individuata dalla Corte EDU in 3 mq.), viene calcolata al netto non soltanto dell'area destinata ai servizi igienici ma di quella occupata dagli arredi, in ragione dell'ingombro che ne deriva (Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 5/02/2014, Berni, Rv. 257924; Sez. 1, n. 5729 del 19/12/2013, dep. 05/02/2014, Carnoli; Sez. 1, n. 53011, del 27/11/2014, Vecchina, Rv. 262352).

All'interno della suddetta linea interpretativa si è consolidato l'orientamento che distingue gli arredi fissi da quelli facilmente amovibili (quali sedie, sgabelli o tavolini), circoscrivendo la detrazione alla "parte" di cella occupata (oltre che dal bagno) dagli arredi che costituiscono strutture fisse al suolo o alla parete, che, seppur necessari, assolvono a finalità diverse rispetto a quella del movimento del corpo nello spazio (Sez. 1, n. 52819, 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268231; Sez. 1, n. 8568 29/10/2014, dep. 26/02/ 2015, Bauce; Sez. 1, n. 13378 del 10/10/2017, dep. 22/03/2018, Peciccia). Secondo tale impostazione "*il "riposo" o l'attività "sedentaria" afferiscono a funzioni indubbiamente vitali; si tratta, tuttavia, di dinamiche organiche strutturalmente e fisiologicamente diverse dal movimento, che postula, infatti, per il suo naturale esplicarsi, uno spazio ordinariamente libero*" (Sez. 1, n. 12338 del 17/11/2016, dep. 14/03/2017, Agretti).

Suddetto assetto interpretativo, si sottolinea, non solo è in linea con i principi giurisprudenziali sovranazionali che, appunto, valorizzano in chiave funzionale i criteri di computo dello spazio minimo, inteso, appunto, come spazio destinato al movimento (cfr. gli indici del cd. *Ananyev test*), ma, inoltre, trova chiaro riscontro nel concetto di "spazio calpestabile" (*floor space*) ripreso dalla Grande Camera nel caso *Muršić c. Croazia* (§110 e 114) e nel caso *Khlaifia e altri c. Italia* (§166) per indicare l'abitabilità intramuraria, che evoca, appunto, l'esistenza di una porzione di superficie utile che, al di là della esistenza di "quote di ingombro" su cui insistono elementi - come il letto, il bagno o gli armadi fissi - che assolvono ad altre funzioni pur essenziali, consenta il movimento agevole tra gli arredi residui e non solo di svolgere altre attività, intellettive o manuali, che pure implichino la stazione eretta o distesa.

In pratica, la tesi sostenuta da tale giurisprudenza maggioritaria intende adattare i contenuti delle sentenze emesse dalla Corte EDU a criteri ermeneutici che, senza intaccarne i passaggi argomentativi, siano capaci di compiere una attribuzione di valore alla *ratio* ispiratrice delle decisioni. In tale prospettiva, allora, gli elementi di arredo, non risultando fruibili per il movimento della persona (inteso anche come spazio libero da presenze o da ostacoli), non contribuiscono - nella dimensione di valore della nozione di spazio, non già in quella puramente metrica - a realizzare la condizione minima di vivibilità (così, Sez. 1, n. 35537 del 30/05/2019, Fragalà).

In sostanza, riprendendo quanto asserito da Sez. 1, n. 24092 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Messana, "il rispetto della dignità umana postula la disponibilità di uno spazio in cui il soggetto detenuto abbia la possibilità di muoversi all'interno della cella. Ciò, pacificamente, non accade in quella "parte" di cella occupata dagli arredi fissi ingombranti e dal bagno".

Come ulteriore argomentazione a riscontro viene richiamata la sentenza emessa nel caso *Torreggiani ed altri contro Italia,* sottolineando come, nel decidere quel caso, la CEDU abbia ritenuto che: a) lo spazio vitale individuale del Torreggiani e di altri due soggetti reclusi era pari a 3 metri quadri, osservando che tale spazio era ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle (§70 e 75). Tale considerazione, pertanto, dimostrerebbe come la parte di superficie occupata dagli arredi fissi vada detratta dal computo dello spazio effettivo disponibile); b) la non conformità di tale condizione ai criteri giurisprudenziali ritenuti accettabili in sede di verifica del rispetto o meno dell'art. 3 CEDU, posto che lo spazio vitale nelle celle collettive 'raccomandato' dal CPT è di 4 mq. Di conseguenza, l'offerta di uno spazio 'effettivo' di movimento, inferiore alla soglia dei tre metri quadri non può essere accettabile (così, Sez. 1, n. 52992 del 09/09/2016, Gallo, Rv. 268655; si inscrivono sulla stessa linea, tra le numerose, **Sez. 6, n. 15924 del 21/05/2020, Mokrzycki**; **Sez. 1, n. 14878 del 27/04/2020, Giardini**; **Sez. 1, n. 14877 del 27/04/2020, Gattuso**; **Sez. 1, n. 12344 del 06/03/2020**, **Derbali; Sez. 1, n. 16254 del 21/02/2020, D'Orto**; Sez. 1, n.

16253 del 21/02/2020, Dessì; **Sez. 1, n. 17656 del 12/02/2020, Skripeliov**; **Sez. 1, n. 15145 del 28/01/2020, Morabito**; **Sez. 1, n. 15144 del 28/01/2020, Franzé**; Sez. 1, n. 3291 del 03/12/2019, dep. 2020, Risalvato; Sez. 1, n. 1786 del 30/10/2019, dep. 2020, Conti; Sez. 1, n. 51504 del 30/10/2019, Buscemi; Sez. 1, n. 46442 del 16/10/2019, Poretti; Sez. 1, n. 38933 del 25/06/2019, Formisano; Sez. 1, n. 35537 del 30/05/2019, Fragalà; Sez. 1, n. 15105 del 22/01/2019, Ciurlia; Sez. 1, n. 15554 del 23/01/2019, Inserra; Sez. 1, n. 12155 del 22/01/2019, Sarno; Sez. 1, n. 1269 del 20/12/2018, dep. 2019, Sacco; Sez. 1, n. 1268 *del* 20/12/2018, dep. 2019, Nobis; Sez.5, n. 53731 del 07/06/2018, Lopane, Rv. 275407; Sez. 1, n. 41573 del 08/05/2018, Gallico; Sez. 1, n. 41572 del 08/05/2018, Caia; Sez. 1, n. 41571 del 08/05/2018, Gentile; Sez. 1, n. 41215 del 08/05/2018, Bracci; Sez. 5, n. 35828 del 23/03/2018, Collesano; Sez. 1, n. 16383 del 14/03/2018, Puccio; Sez. 1, n. 26099 del 26/02/2018, Rubino; Sez. 1, n. 26098 del 26/02/2018, Catania; Sez. 1, n. 26097 del 26/02/2018, Li Causi; Sez. 6, n. 55265 del 06/12/2017, Cercel; Sez. 6, n. 48433 del 17/10/2017, Sandu; Sez. 6, n. 47893 del 12/10/2017, Istrate; Sez. 1, n. 39585 del 21/07/2017, Lecini; Sez. 1, n. 7931 del 19/07/2017, dep. 19/02/2018, Campana; Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087; Sez. 1, n. 44866 del 27/04/2017, Foti; Sez. 1, n. 44433 del 19/04/2017, Aricò; Sez. 1, n. 44432 del 19/04/2017, Brunetti; Sez. 1, n. 39234 del 19/04/2017, Trimboli; Sez. 1, n. 39231 del 19/04/2017, Nocito; Sez. F., n. 39207 del 17/8/2017, Gongola; Sez. 1, n. 36241 del 06/06/2017, Marincola;

Sez. 1, n. 36239 del 06/06/2017, Buongiorno; Sez. 1, n. 36238 del 06/06/2017, Chiariello; Sez. 2, n. 34413 del 12/07/2017, Khanengo; Sez. 1, n. 31475 del 15/03/2017, Zito; Sez. 1, n. 24092 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Messana; Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017, Petrica, Rv. 271577; Sez. 1, n. 24091 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Adelfio; Sez. 1, n. 24088 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Barillà; Sez. 1, n. 24086 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Agostini; Sez. 1, n. 39245 del 16/5/2017, Congiu; Sez. 1, n. 18598 del 16/03/2017, Pagano; Sez. 6, n. 17592 del 05/04/2017, Bulai; Sez. 6, n. 16175 del 29/03/2017, Khanenko; Sez. 2, n. 13198 del 16/03/2017, Terziyski; Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 17/03/2017, Morello, Rv. 269514; Sez.1, n. 7422 del 17/11/2016, dep. 16/02/2017, Collesano; Sez. 6, n. 55141 del 28/12/2016, Avadanei; Sez. 6, n. 51937 del 01/12/2016, Mocanu; Sez. 1, n. 40523 del 17/11/2016, dep. 6/09/2017, Agostini; Sez. 6, n. 48010 del 10/11/2016, Bibilica; Sez. 6, n. 46686 del 03/11/2016, Mihai; Sez. 2, n. 45757 del 26/10/2016, Barbu; Sez. F, n. 35255 del 18/08/2016, Tomita; Sez. 6, n. 29721 del 08/07/2016, Udrea; Sez. 6, n. 25423 del 14/06/2016, Rusu; Sez. 6, n. 23573 del 03/06/2016, Terziyski; Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, Rv. 267296; Sez. 1, n. 16418 del 17/11/2016, dep. 31/03/2017, Lorefice; Sez. 1, n. 12338 del

17/11/2016, dep. 14/03/2017, Agretti; Sez. 1, n. 5728 *del* 19/12/2013, dep. 05/02/2014, Berni, Rv. 257924).

6.2. L'area occupata dal letto.

Con particolare attenzione poi allo spazio occupato dal letto, si registrano due posizioni.

Secondo una prima esegesi l'ingombro del letto è sempre da sottrarre dalla superficie complessiva, in quanto non funzionale al libero movimento, mentre, in base alla linea interpretativa maggioritaria, solo se a struttura "a castello".

Per quanto riguarda la giurisprudenza penale, la Sezione remittente inscrive al primo di questi orientamenti Sez. 1, n. 52819, 09/09/2016, Sciuto, Rv. 268231, che, nell'annullare con rinvio, ha affermato il seguente principio di diritto: "*per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto"*. In verità, il caso all'esame riguardava un letto a castello e in altro passaggio motivazionale, la medesima sentenza ha specificato*: "*3.7 *Ciò posto, l'unico reale aspetto di novità - che caratterizza la presente decisione - riguarda la considerazione o meno in termini di «ingombro» dello spazio occupato nella camera detentiva dal letto, che per comune esperienza è tipologicamente un letto a castello (la camera detentiva non è singola) dal peso consistente. Non vi è dubbio, a parere del Collegio, che il letto a castello vada considerato come un «ingombro» idoneo a restringere, per la sua quota di incidenza, lo 'spazio vitale minimo' all'interno della cella, contrariamente a quanto ritenuto nel provvedimento impugnato."*.

Anche Sez. 1, n. 13378 del 10/10/2017, dep. 22/03/2018, Peciccia, non parrebbe operare alcuna distinzione tra letto singolo e "a castello" quando argomenta, con riferimento alla portata dei tre parametri indicati dalla Corte EDU nell'arresto *Anannyev c. Russia*: "*la esistenza del letto individuale è, qui, data per presupposta (a fini di consentire il riposo) e lo spazio dei tre metri quadri viene indicato come floor space, dunque 'spazio al suolo' (o spazio calpestabile) con l'ulteriore precisazione per cui la superficie complessiva della cella deve consentire al detenuto di muoversi liberamente tra gli articoli di arredo. In tal senso, l'arresto Mursic tende esclusivamente a imporre la necessità di un «ulteriore» spazio separato e destinato ad altra finalità (il bagno) ma certo non consente né di includere nello spazio vitale la superficie occupata dal letto (già esclusa dal richiamato arresto Ananyev), né di ridiscutere il dato di fondo per cui la superficie complessiva della cella non coincide con lo spazio destinato al movimento, posto che vanno detratte le 'frazioni' di spazio ingombrate da 'cose' che servono ad altro e la cui esistenza è peraltro indispensabile al fine di garantire la legalità del trattamento*."(cfr, altresì, Sez. 1, n. 49793 *del* 19/10/2017, Fraticelli).

Assolutamente prevalente è l'indirizzo che detrae dalla superficie lorda della cella l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture fisse, tra cui il letto "a castello", con esclusione, dunque, del letto singolo e degli altri arredi facilmente rimovibili.

In particolare, il letto singolo viene accomunato agli arredi che assolvono alle primarie esigenze del detenuto di alimentazione e riposo all'interno della camera di detenzione (insieme, appunto, al tavolo e alle sedie). Secondo tale prospettiva, in sostanza, il letto singolo, così come in generale la mobilia facilmente amovibile, è elemento funzionale alla migliore vivibilità del detenuto nella camera di restrizione, potendo essere fruibile durante la giornata come base d'appoggio o per lo svolgimento di altre attività, oltre al riposo; inoltre, per conformazione e collocazione, è inidoneo ad ostacolare il movimento (Sez. 1, n. 40520 del 17/11/2016, dep. 06/09/2017, Triki; Sez. 1, n. 16418 del 17/11/2016, dep. 31/03/2017, Lorefice; Sez. 1, n. 24086 del 17/11/2016, dep. 15/05/2017, Agostini; Sez. 1, n. 44866 del 27/04/2017, Foti).

Diversamente, sottolinea tale ricostruzione ermeneutica, quando i letti siano sovrapposti l'uno all'altro "a castello", per consentire di alloggiare più detenuti nella stessa camera, gli stessi presentano un peso tale da non poter essere spostati e da restringere a loro volta, come gli armadi e gli altri elementi infissi stabilmente alle pareti o al suolo, l'area ove muoversi. "*Se dunque, in ossequio all'interpretazione richiamata, lo spazio a disposizione deve essere funzionale alla libertà di movimento del ristretto, già di per sé fortemente limitata dall'esperienza segregativa, deve negarsi rilievo alla possibilità di usufruire del letto di tale conformazione per svolgervi altre attività e considerare che la sua presenza, per dimensioni e area occupata, rappresenta un ostacolo alla possibilità di muoversi liberamente in modo non dissimile da quanto si è affermato per gli armadi e gli altri arredi fissi*". (Sez. 1, n. 46154 del 20/04/2018, Amato).

In definitiva, pertanto, il letto a castello va considerato come un "ingombro" idoneo a restringere, per la sua quota di incidenza, lo "spazio vitale minimo" all'interno della cella.

Da menzionare, anche, Sez. 7, n. 28903 del 10/05/2018, Nirta e Sez. 7, n. 3202 del 18/11/2015, dep. 25/01/2016, Borrelli, che hanno dichiarato l'inammissibilità dei rispettivi ricorsi presentati dai detenuti che lamentavano trattamento disumano e degradante, affermando come fosse conforme alle decisioni della Corte la determinazione dello spazio minimo vitale, senza tenersi conto degli arredi mobili con minimo ragionevole ingombro e facilmente amovibili attraverso operazioni semplici, nonché del letto singolo. In particolare, Sez. 7, n. 3202 del 18/11/2015, dep. 25/01/2016, Borrelli, ha precisato come le superfici sia del letto (per la verità senza precisare se singolo o "a castello") che degli arredi rimuovibili fossero da computare, perché fruibili dai detenuti che condividevano la cella. E ciò in quanto,

ha argomentato la Sezione, il letto è utilizzabile anche in orario diurno per distendersi, sedersi, appoggiarvi oggetti e gli arredi rimuovibili, possono essere spostati senza costituire un ingombro fisso. Nel caso di specie, inoltre, la Sezione ha accertato che il detenuto aveva l'opportunità di trascorrere gran parte della giornata al di fuori della cella, stante la effettiva possibilità di accesso ai passeggi, ad attività ricreative e trattamentali in luoghi esterni. Con la conseguenza che, nel caso concreto, la cella "*…era da ritenersi una camera di pernottamento, ove la permanenza degli occupanti è principalmente legata al riposo notturno, il che,* conclude la Sezione, *incide positivamente sulle valutazioni da condurre per riscontrare che le condizioni di detenzione non siano contrarie al principio di umanità della pena e degradanti*".

È importante ricordare anche la posizione assunta dalla giurisprudenza civile sul punto, in quanto, essendo, come noto, competente a decidere sui ricorsi ex art. 35-*ter* Ord. Pen. presentati da coloro che abbiano terminato di scontare la pena detentiva o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare, concorre necessariamente insieme a quella penale alla ricostruzione della nozione di trattamento disumano e degradante rilevante ex art. 35-*ter* Ord. Pen. e, conseguentemente, dell'ambito applicativo dei rimedi risarcitori previsti nel caso di violazione del divieto.

Non può non rilevarsi, pertanto, come soluzioni interpretative contrastanti tra le Sezioni penali e civili comporterebbero una diversa sfera di operatività della tutela riconosciuta dallo Stato a scapito del principio della certezza del diritto e dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini sul territorio nazionale per situazioni omogenee.

Ebbene, la giurisprudenza civile**,** partendo dal presupposto che lo spazio minimo vitale è quello calpestabile e funzionale al movimento del detenuto nella cella, è consolidata nel senso di calcolarlo al netto dell'area occupata dai servizi igienici e dagli armadi, appoggiati o infissi stabilmente alle pareti o al suolo, con esclusione degli arredi facilmente amovibili, come sgabelli o tavoli.

Si registra un contrasto, invece, quanto all'ingombro occupato dal letto.

Dominante è l'orientamento espresso da Sez. 1, civile, 30/11/2017, dep. 20/02/2018, Rv. 647236, che ritiene di dover sottrarre dal calcolo della superficie complessiva lo spazio del letto, sia "a castello" che singolo, rilevando come in entrambi i casi sia compromesso il "movimento" del detenuto nella cella. In particolare, sottolinea la Sezione*,* se è vero che lo spazio occupato dal letto singolo è usufruibile per il riposo e l'attività sedentaria, è anche vero che tali funzioni organiche vitali sono fisiologicamente diverse dal "movimento", il quale postula, per il suo naturale esplicarsi, uno spazio ordinariamente "libero" (in senso conforme, Cass. Sez. 3 civile, ord. n. 16896 del 04/12/2018, dep. 25/06/2019; Sez. 3 civile, ord. n. 25408

del 13/03/2019; **Sez. 3 civile, ord. n. 1170 del 27/11/2019, dep. 21/01/2020, Rv. 656636-01**)

Minoritaria è l'interpretazione accolta da Sez. 3 civ., ord. n. 29323 del 7/12/ 2017, Rv. 646714-01, che considera quale ingombro, alla stessa stregua di qualsiasi altro arredo fisso, il letto solo se "a castello", struttura, dal peso ordinariamente consistente, non amovibile, né - a differenza del letto normale, privo di sovrapposizioni -fruibile per l'estrinsecazione della libertà di movimento nel corso della permanenza nella camera detentiva e, quindi, idonea a restringere, per la sua quota di incidenza, lo spazio vitale minimo all'interno della cella.

6.3. Il calcolo al lordo degli arredi.

Decisamente minoritaria è la posizione espressa da quelle decisioni che accedono ad una nozione di superficie minima come superficie lorda, con la sola esclusione dell'area riservata ai servizi igienici**.**

Si colloca in tale linea, Sez. 1, n. 42901 del 27/09/2013, Greco, (di epoca precedente alla sentenza *Torreggiani c. Italia*) che ha rigettato il ricorso del soggetto che lamentava aver subito una condizione detentiva inumana sulla base della considerazione che dalle informative trasmesse dalla Direzione dell'Istituto penitenziario risultava che il reclamante divideva con un altro detenuto una cella di mq. 10,17, "*il che rendeva lo spazio disponibile per ciascuno ben superiore al limite dei* 3 *mq*.", senza che dalla superficie complessiva fosse sottratto l'ingombro derivante dagli arredi presenti.

Il criterio di calcolo al lordo viene recepito anche da alcuni arresti in tema di consegna di soggetti in esecuzione di MAE che, nel valutare la sussistenza del serio pericolo che il soggetto estradando, se sottoposto ad esecuzione della pena nelle carceri dello Stato richiedente, possa subire un trattamento disumano e degradante, in violazione dei parametri dell'art. 3 CEDU - situazione che giustifica il rifiuto di consegna ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. h), legge 22 aprile 2005, n. 69 - hanno escluso tale eventualità e, conseguentemente, confermato le decisioni che avevano disposto la consegna, argomentando che, sulla base delle informazioni ricevute dal Paese emittente il provvedimento (nella fattispecie la Romania) era garantito uno spazio minimo individuale di 3 mq. o di poco inferiore, calcolato al lordo degli arredi allocati, sussistendo determinate condizioni di trattamento carcerario che compensavano il deficit di spazio.

In particolare, con riferimento all'esecuzione di MAE emesso dallo Stato della Romania, i suddetti fattori compensativi sono stati riconosciuti in presenza delle seguenti circostanze: a) sono stati determinati i luoghi e le modalità di detenzione; b) si è assicurato che il regime carcerario - dopo una fase iniziale di orientamento di 21

giorni in cui saranno comunque garantite celle con uno spazio minimo di tre mq. per ciascun detenuto - sarà di carattere "chiuso", con celle che prevedono uno spazio sostanzialmente di tre metri quadri per persona; c) il regime detentivo prevede un adeguato numero di ore (all'incirca sette) in cui la persona potrà direttamente o indirettamente trascorrere del tempo all'esterno della cella; d) le celle assicurano condizioni strutturali obiettivamente adeguate quanto all'igiene personale, ai pasti, e con la garanzia di areazione, illuminazione e climatizzazione adeguate, nonché con accesso all'acqua corrente ed ai servizi sanitari, in condizioni d'igiene e pulizia; e) dopo l'espiazione della quinta parte della pena, il detenuto potrà accedere al regime cosiddetto "aperto", che garantisce spazi di autonomia e libertà ancora maggiori (**Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, RV. 278355**; sulla stessa linea Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, RV. 274296; Sez. 6, n. 18016 del 18/04/2018, Breaz; Sez. Fer, n. 37610 del 31/07/2018, Ibra; Sez. F, n. 38920 del 21/08/2018, Astratinei; Sez. 6, n. 47891 del 11/10/2017, Enache, RV. 271513; Sez. 2, n. 48401 del 19/10/2017, Ghiviziu; Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211).

Particolarmente significativa, in proposito, inoltre, Sez. 6, n. 5472 del 01/02/2017, Mihai, Rv. 269008, che ha espresso il principio così massimato:

"In tema di mandato di arresto europeo, non sussiste il "serio pericolo" che la persona ricercata venga sottoposta a trattamenti inumani o degradanti qualora dal paese richiedente venga garantito al detenuto uno spazio non inferiore a tre metri quadrati in regime chiuso, ovvero uno spazio inferiore in presenza di circostanze che consentano di beneficiare di maggiore libertà di movimento durante il giorno, rendendo possibile il libero accesso alla luce naturale ed all'aria, in modo da compensare l'insufficiente assegnazione di spazio. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza con la quale era stata disposta la consegna del ricorrente, avendo il Ministero della Giustizia rumeno garantito condizioni di detenzione conformi alle indicazioni date dalla Corte EDU, indicando la disponibilità per il detenuto di una superficie non inferiore a tre metri quadrati in caso di regime chiuso e non inferiore a due metri quadrati in caso di regime semiaperto)".

Ebbene, pare potersi affermare che nelle decisioni sopracitate l'attenzione si focalizzi non tanto sulla determinazione del criterio di misurazione dello spazio assicurato al singolo in cella, quanto piuttosto - preso atto degli indici minimi elaborati dalla Corte EDU che parametra i 3 mq. minimi da garantire al netto soltanto dell'area riservata ai servizi igienici - sulla presenza di concreti fattori compensativi che, alleviando l'insufficienza dello spazio, possa escludere il serio pericolo di trattamenti disumani e degradanti, per poter procedere alla consegna in attuazione dei principi di cooperazione giudiziaria tra Stati dell'Unione europea.

Ed invero, con riferimento al regime semiaperto praticato nelle strutture penitenziarie dello Stato rumeno - in cui le porte delle celle rimangono aperte durante

la giornata e i detenuti hanno la possibilità di accedere a diverse attività trattamentali esterne con rientro in cella solo per riposare - in presenza di uno spazio in cella significativamente inferiore ai 3 mq. lordi - nei casi esaminati da Sez. 6, n. 5472 del 01/02/2017, Mihai e Sez. 2, n. 48401 del 19/10/2017, Ghiviziu era sempre di 2 mq. - si è affermato che le condizioni complessivamente considerate integrassero sufficienti fattori compensativi e consentissero di ritenere non avverato il rischio di trattamenti in violazione dell'art. 3 CEDU.

Non può non segnalarsi come tali soluzioni interpretative lascino aperti due interrogativi di non poco conto, ovvero, in primo luogo, se le adeguate opportunità trattamentali da svolgere all'esterno della cella possano compensare comunque il deficit spaziale, indipendentemente dalla gravità del sovraffollamento (anche in caso di 1 mq. di spazio a disposizione?) e, in secondo luogo, quale rilievo tali fattori allevianti assumano in rapporto al parametro temporale della durata della carcerazione eseguita in uno spazio vitale insufficiente (nei casi sopra esaminati si trattava di detenzioni che potevano protrarsi per anni). Peraltro, il primo dei parametri indicati dalla Corte EDU in grado di riequilibrare una situazione detentiva in condizioni di sovraffollamento è proprio la necessaria brevità della durata della restrizione non conforme.

Ed infatti, è da ricordare come il fattore tempo nel caso *Muršić c. Croazia* sia stato decisivo perché la Corte riconoscesse la violazione dell'art. 3 CEDU rilevata la disponibilità di uno spazio individuale pari a 2,69 mq. per la durata di 27 giorni consecutivi, situazione ritenuta in ogni caso non compensabile con altri positivi aspetti delle complessive condizioni detentive (§ 150 e 151). Da menzionare, inoltre, Sez. 1, n. 35537 del 30/05/2019, Fragalà, che ha indicato come un periodo superiore a 10 giorni non possa tendenzialmente considerarsi breve**,** precisando: "*Pur in assenza di un dato numerico che concretizzi in modo specifico tale aspetto…può utilizzarsi, sul punto, come utile parametro il contenuto del medesimo articolo* 35*-ter Ord. Pen., atteso che a tale 'frazione' di detenzione (dieci giorni) è ricollegata - secondo la medesima previsione di legge - la riduzione della pena pari ad un giorno di detenzione*".

Peraltro, potrebbe anche prospettarsi il caso del soggetto che, consegnato in esecuzione di MAE, non ritenendo conforme ai canoni convenzionali la detenzione subita, per diversi anni in celle dotate di non più di 2 mq. al lordo degli arredi, nel Paese emittente, ricorra alla Corte EDU anche contro la decisione di consegna assunta dal nostro Paese, esponendolo, pertanto, al rischio di essere condannato insieme allo Stato di emissione del MAE per violazione dell'art. 3 CEDU, come accaduto in un caso che ha interessato la Grecia e il Belgio (seppur con riferimento alla differente ipotesi di espulsione) che ha visto condannati sia il Paese ricevente (la Grecia) sia il Paese inviante (il Belgio) per violazione dell'art. 3 CEDU, essendo stato

il soggetto interessato esposto a trattamenti contrari alla Convenzione (Corte EDU, Gran Camera, 21/01/2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*).

7. Gli arresti della Corte di giustizia dell'unione europea.

Come sopra evidenziato, il rispetto dei diritti fondamentali nella fase di esecuzione della pena non rileva unicamente in ambito nazionale, ma riveste un ruolo importante anche nella costruzione e nel mantenimento di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, incidendo sul buon funzionamento degli strumenti della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Ed infatti, il divieto di trattamenti inumani o degradanti viene in rilievo in fase di esecuzione di un mandato di arresto europeo, in quanto la Corte di Giustizia ha riconosciuto, a determinate condizioni, l'obbligo per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di sospendere o porre fine alla procedura di consegna istituita dalla Decisione Quadro 2002/584, qualora siffatta consegna rischi, in concreto, di esporre la persona ricercata ad un siffatto trattamento, in violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01) (cfr., in tal senso, sentenze Grande Sezione, 5/04/2016, C 404/15 e C 659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, § 104; Grande Sezione, 25/07/2018, C 216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, § 44; nonché 25/07/2018, C 220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft*, § 57; Grande Sezione, 15/10/2019, C 128/18, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, § 51).

Più precisamente, la sentenza Corte di giustizia, Grande Sezione, del 5/04/2016, nei casi riuniti *Aranyosi e Căldăraru*, ha affermato che le autorità giudiziarie di uno Stato membro, prima di eseguire un mandato d'arresto europeo, devono accertare, sulla base di "*elementi oggettivi, affidabili, accurati e debitamente aggiornati*", che le condizioni di detenzione che saranno applicate nello Stato emittente all'interessato non integrino un trattamento inumano o degradante (§88, 89).

Nel caso in cui, all'esito di tali verifiche, lo Stato di esecuzione ritenesse sussistente tale rischio, il mandato di arresto non potrà essere eseguito, anche se, precisa la Corte, "*non può essere abbandonato*", dovendo piuttosto l'autorità giudiziaria dell'esecuzione rimandare la decisione sulla consegna della persona fino a quando non riceva informazioni che consentano di escludere l'esistenza del rischio concreto di trattamenti inumani o degradanti (§98). Solo nel caso in cui l'esistenza del rischio non può essere esclusa in un tempo ragionevole, concludono i giudici di Lussemburgo, l'autorità deve decidere se porre fine alla procedura di consegna (§192).

Ne deriva che la necessità di garantire che una persona in stato di detenzione non subisca alcun trattamento inumano o degradante giustifica, in via eccezionale, una limitazione dei principi di fiducia e del reciproco riconoscimento; ciò rappresenta

uno dei temi più spinosi in materia di effettività dello strumento del MAE, esponendo uno Stato dell'Unione al giudizio di un altro Stato membro sul proprio sistema carcerario che rappresenta uno degli aspetti di manifestazione esteriori della sovranità statuale.

Ed invero, al fine di bilanciare l'interesse alla protezione dei diritti umani con l'interesse a garantire l'efficacia del mandato di arresto europeo, la Corte di giustizia precisa, come regola generale, che agli Stati risulta "*preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo in casi eccezionali, quella di verificare se tale Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione*" (Corte di Giustizia dell'Unione europea, Seduta Plenaria, parere 2/13, 18.12.2014, § 192).

Di particolare interesse, ai fini della presente trattazione, è la sentenza Corte giustizia, Grande Sezione, 15/10/2019, C 128/18, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, che si è pronunciata sulla questione dell'intensità e ampiezza del controllo, da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, delle condizioni di detenzione nello Stato membro emittente il MAE, delineando per via giurisprudenziale un primo nucleo di regole penitenziarie europee minime. Richiamando il principio già espresso nella sentenza Corte Giustizia, Grande Sezione, 26.02.2013, *Melloni*, C-399/11, la Grande Sezione del 2019 sottolinea come nel giudizio che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è tenuto a compiere nell'esecuzione di un mandato di arresto europeo non rileveranno propri eventuali più elevati standard di condizioni di detenzione nazionali, dovendo il raffronto essere fatto con riguardo alle condizioni di detenzione "minime" per come risultanti dall'art. 4 della Carta e dall'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, data l'esigenza di uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definiti dal diritto dell'Unione (§79).

E poiché, precisa la Corte, il diritto enunciato al citato articolo 4 corrisponde al diritto garantito dall'articolo 3 della CEDU, il suo significato e la sua portata sono identici a quelli ad esso conferiti da tale Convenzione la cui portata e significato, per espressa previsione dell'articolo 52, par. 3 della Carta, sono determinati non soltanto dal testo di tale convenzione, ma anche dalla giurisprudenza della Corte EDU (Corte giustizia, Grande Sezione, 15.10.2019, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, C 128/18, §58).

Di conseguenza, con particolare riferimento alla questione delle condizioni di detenzione sotto il profilo dello spazio personale disponibile per detenuto in una cella collettiva, in assenza di regole minime nel diritto dell'Unione, la Corte di giustizia, nella medesima sentenza, recepisce integralmente lo standard CEDU, come fissato nella sentenza *Muršić c. Croazia,* anche con specifico riguardo alle modalità con cui va calcolato lo spazio minimo (§71, 73, 75, 76, 77).

Alla luce di quanto premesso, pertanto, sarà importante verificare se i parametri accolti a livello nazionale siano più esigenti rispetto a quelli sovranazionali, e, conseguentemente, nel caso positivo, valutare la legittimità dell'adozione di un doppio regime in merito alla tutela dei diritti dei detenuti che, da un lato, preveda criteri più rigorosi in ambito domestico, e, dall'altro, accetti i livelli minimi di protezione garantiti dal diritto unionale, che costituiscono la base comune, per non compromettere il funzionamento degli strumenti di cooperazione, in presenza di condizioni detentive in uno Stato membro meno garantiste di quelle richieste a livello nazionale, pur conformi ai canoni della CEDU.

8. Autonomia del giudice e portata vincolante della giurisprudenza della Corte EDU.

La soluzione del quesito rimesso al Supremo collegio involge necessariamente le generali questioni, da un lato, del rapporto tra autonomia e indipendenza della funzione giudiziaria, soggetta nel suo esplicarsi soltanto alla legge, e, dall'altro, dell'obbligo dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme e della portata vincolante delle decisioni delle Corti sovranazionali, conseguente agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese.

Preliminarmente è da osservare come il rinvio in chiave parametrica ai principi affermati dalla giurisprudenza europea contenuto nell'art. 35-*ter* ord. pen. rimandi ad un'operazione ricostruttiva estremamente complessa atteso che le decisioni della Corte di Strasburgo rappresentano soluzioni a singoli casi concreti: a differenza del giudice di legittimità, infatti, la Corte EDU è giudice del fatto, poiché quando verifica il rispetto della Convenzione da parte del singolo Stato, scende all'esame specifico delle circostanze che hanno caratterizzato la singola fattispecie, valutando se "nel caso concreto" si sia verificata la violazione prospettata dal ricorrente. Pertanto, le decisioni adottate, non solo sono fortemente condizionate dalla dimensione fattuale della vicenda all'esame, ma, anche, inevitabilmente soggette a mutamenti nel tempo, proprio per effetto dell'evoluzione della cultura e sensibilità nella società europea, che, appunto, si riflette nel tenore dei ricorsi individuali presentati alla Corte; e, difatti, la stessa Corte costituzionale (tra le diverse, cfr., Corte cost, sent. n. 236 del 2011 e n. 15 del 2012) ha precisato che "*ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo…resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata*", confermando, appunto, il salto di dimensione che necessariamente comporta il passaggio dalla decisione in concreto alla definizione in astratto della portata normativa di un precetto CEDU.

Già nelle pronunce n. 311 e 317 del 2009 la Corte costituzionale, peraltro, ha delineato la portata del vincolo derivante dalle pronunce della Corte europea,

asserendo: "*beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatosi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza… fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro*".

L'ultimo approdo dell'evoluzione giurisprudenziale costituzionale circoscrive il vincolo discendente dalle decisioni della Corte europea alle pronunce che costituiscano espressione di una "giurisprudenza consolidata".

In particolare, Corte cost., sent. n. 49 del 2015 traccia una sorta di "manuale di istruzioni per l'uso" della giurisprudenza sovranazionale, identificando i casi nei quali il giudice comune è propriamente vincolato dalla decisione di Strasburgo, ovvero: a) quando la decisione della Corte EDU abbia definito la causa di cui il giudice comune torna ad occuparsi; b) quando la giurisprudenza di Strasburgo costituisca 'diritto consolidato'; c) quando si tratti di una sentenza pilota.

E con riferimento a che cosa si debba intendere per 'diritto consolidato', la Corte costituzionale afferma, stavolta in negativo, che il giudice comune può ben allontanarsi dalla linea interpretativa della Corte EDU qualora tutti, o alcuni dei seguenti indizi si manifestino (sempre che non si tratti di una sentenza pilota in senso stretto): «*la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano*».

In definitiva, solo nei casi in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice nazionale sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna.

Tuttavia, anche nelle suddette ipotesi, precisa la Corte costituzionale, ciò non significa che i giudici comuni siano passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale. Come, infatti, sottolineato con forza, "*il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art.* 101*, secondo comma, Cost., con il quale si «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» (sentenza n.* 40 *del* 1964*; in seguito, sentenza n.* 234 *del* 1976*), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento*".

Conseguentemente, i giudici costituzionali esortano l'interprete a collocare la singola pronuncia della Corte EDU nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione. Ed infatti, il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU (in virtù degli obblighi di collaborazione sanciti dall'art. 117, comma 1, Cost.) *è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n.* 349 *e n.* 348 *del* 2007*)* (Corte Cost., sent. n. 49 del 2015). In tale prospettiva, viene rappresentata la necessità del coordinamento della previsione di cui all'art. 117, comma 1, Cost. con la garanzia di cui all'art. 101, secondo comma, Cost. "*nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso. È in quest'ottica che si spiega il ruolo della Corte EDU, in quanto permette di soddisfare l'obiettivo di certezza e stabilità del diritto.".*

Secondo l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale, l'ingresso del diritto sovranazionale nel sistema interno non può comportare un abbassamento delle garanzie previste dalla Costituzione poiché "*...dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali*", per cui "*il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*" (Corte cost., sent. n. 317 del 2009).

La realizzazione della massimizzazione delle tutele, peraltro, è espressamente positivizzata nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali, rispettivamente nell'art. 53 Convenzione EDU, e nell' art. 53 Carta dei diritti UE.

Ed allora, per quanto di interesse ai fini della presente trattazione, è importante stabilire se tale approccio sia applicabile anche con riferimento alla particolare fattispecie di cui all'art. 35-*ter* Ord. Pen., in cui, per precisa scelta legislativa, la giurisprudenza della Corte EDU non costituisce ordinario parametro interpretativo, bensì fonte del precetto.

In altri termini, la questione è se, in sede di tipizzazione giudiziale della previsione contenuta nell'art. 35-*ter*, il giudice sia vincolato in una sorta di "gabbia interpretativa", costituita dai criteri giurisprudenziali sovranazionali elaborati sull'art. 3 CEDU, ovvero se abbia comunque la facoltà e il dovere di recepire tali indirizzi "riletti e filtrati" alla luce del sistema delineato dalla Carta fondamentale, secondo un approccio di massimizzazione delle tutele.

Ebbene, in questi ultimi termini si sono pronunciate Sez. 1, n. 49793 del 19/10/2017, Fraticelli, e Sez. 1 n. 55462 del 3/07/2017, Aral, che hanno, appunto,

ritenuto che, nonostante la novità della dizione normativa dell'art. 35-ter Ord. Pen., che inserisce l'interpretazione della giurisprudenza sovranazionale tra le fonti di rango primario, le sentenze della Corte EDU, sono comunque da considerare, "*quanto a contenuti, nei limiti più volte affermati dalla giurisprudenza costituzionale*".

Inoltre, Sez. 1, n. 15554 del 23/01/2019, Inserra, ha così argomentato: "è andata affermandosi e consolidandosi - nella presente sede di legittimità - l'idea dell'adattamento dei contenuti delle sentenze emesse - sul diritto fondamentale di cui all'art. 3 Conv. - dalla Corte Edu a criteri ermeneutici che, senza intaccarne i passaggi argomentativi, siano capaci di compiere una piena «attribuzione di valore» alla ratio ispiratrice della singola decisione. Ciò perché, in una visione costituzionalmente orientata del rapporto che va ad instaurarsi tra i contenuti di una decisione emessa dalla Corte di Strasburgo e l'obbligo di fornire, nel sistema interno, la più ampia tutela possibile ad un diritto fondamentale (rappresentato dal diritto alla legalità costituzionale del trattamento detentivo, che non può essere contrario al senso di umanità ai sensi dell'art. 27 co.3 Cost.) è ben possibile estrarre dalla singola decisione sovranazionale un principio regolatore che - nel rispetto dei contenuti espressi dalla Corte Edu - possa condurre anche ad una ricaduta ampliativa della tutela, atteso che «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»."

Coerentemente, dunque, Sez. 1, n. 46442 del 16/10/2019, Poretti**,** asserisce con fermezza che è errato ritenere che la giurisprudenza di legittimità sia il risultato, o possa essere considerata come il mero risultato di una traduzione letterale delle decisioni della Corte EDU. Al contrario, alla Corte di Cassazione, nell'esercizio dell'attività di ricostruzione esegetica - costituzionalmente e convenzionalmente orientata - deve essere riconosciuta l'autonomia di adottare soluzioni che assicurino una maggiore garanzia al diritto fondamentale in gioco rispetto a quella che si intende far valere in forza della traduzione letterale delle pronunce della Corte e, di conseguenza, ove ciò avvenga, le sue valutazioni non sono sindacabili per asserita difformità dalla giurisprudenza sovranazionale.

Ed ancora, Sez. 1, n. 29302 del 18/04/2019, Ascione, ha ulteriormente puntualizzato - in una fattispecie in cui l'Amministrazione ricorreva contro la decisione del Tribunale di sorveglianza che aveva quantificato la superficie utile in cella al netto del mobilio fisso e dei letti, deducendo violazione di legge sul presupposto che la soluzione adottata si discostava dagli arresti della giurisprudenza sovranazionale che, invece, calcola lo spazio minimo vivibile al lordo degli arredi - che "*il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, operato al fine di individuare un livello di garanzie per il soggetto detenuto inferiore a quello riconosciuto, in modo consolidato, dalla*

giurisprudenza di legittimità, non può giustificare la proposizione di un ricorso per cassazione per violazione di legge".

Alla luce di tutto quanto premesso, dunque, ai fini della soluzione al quesito, rimesso al Supremo Consesso, pare potersi affermare l'importanza, non solo di riconoscere se sussista e quale sia l'indirizzo consolidato sul punto della Corte EDU, ma, anche, se i principi desunti dalla giurisprudenza della Corte EDU siano conformi al sistema dei diritti fondamentali assicurato dalla Carta costituzionale, secondo la prospettiva metodologica di accogliere, tra le diverse soluzioni, quella che garantisca la massima estensione delle tutele anche in chiave evolutiva.

Senza dimenticare, infine, il terzo tipo di vincolo all'adeguamento interpretativo della legge nazionale gravante sul giudice nazionale per espressa previsione costituzionale, costituito dal diritto dell'Unione europea (art. 11 e 117, comma 1, Cost.).

9. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite.

Come indicato in premessa, le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto esegetico sopra illustrato con la pronuncia di una sentenza di cui non sono ancora note le motivazioni ma, per quanto allo stato conosciuto dalla diffusione della relativa informazione provvisoria, ha accolto l'opzione ermeneutica maggioritaria in base alla quale "*Nella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti "a castello"*."

Dalla lettura di tale prima indicazione pare potersi affermare che la interpretazione accolta sia nel segno della massima valorizzazione della effettività della tutela del diritto dei detenuti ad una vita intramuraria dignitosa.

È evidente che tale decisione assume particolare importanza sotto molteplici aspetti: in primo luogo, offre la soluzione ai fini dell'uniforme applicazione dei rimedi risarcitori di cui all'art. 35-*ter* ord. pen. per il danno patito a causa di trattamenti inumani o degradanti; in secondo luogo, è in grado di indirizzare l'Amministrazione penitenziaria nella predisposizione di misure organizzative che assicurino condizioni detentive legali, con auspicabile conseguente riduzione del contenzioso. Non può, infine, sottacersi come tale autorevole arresto costituisca un segnale importante anche nella prospettiva della costruzione di uno spazio comune europeo di libertà, sicurezza e giustizia, fondato sul rispetto e sulla effettiva protezione dei diritti umani sanciti dalla CEDU, rifuggendo da "soluzioni al ribasso".

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3 civ., n. 8827 del 31/05/2003, Rv. 563835
Sez. 1, n. 4772 del 15/01/2013, Vizzari
Sez. 1, n. 42901 del 27/09/2013, Greco
Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924
Sez. 1, n. 5728 del 19/12/2013, dep. 2014, Berni, Rv. 257924
Sez. 1, n. 5729 del 19/12/2013, dep. 05/02/2014, Carnoli
Sez. 1, n. 53011 del 27/11/2014, Vecchina, Rv. 262352
Sez. 1, n. 8568 29/10/2014, dep. 26/02/ 2015, Bauce
Sez. 3 civ., n. 26367 del 16/12/2014, Rv. 633919
Sez. 1, n. 43722 del 11/06/2015, Salierno
Sez. 7, n. 3202 del 18/11/2015, dep. 2016, Borrelli
Sez. 6, n. 23277 del 01/06/2016, Barbu, Rv. 267296
Sez. 6, n. 23573 del 03/06/2016, Terziyski
Sez. 6, n. 25423 del 14/06/2016, Rusu
Sez. 6, n. 29721 del 08/07/2016, Udrea
Sez. 1, n. 52819, 09/09/2016, Sciuto, RV 268231;
Sez. 1, n. 52992 del 09/09/2016, Gallo, Rv. 268655
Sez. 1, n. 26357 del 9/09/2016, dep. 2017, Macrina
Sez. F, n. 35255 del 18/08/2016, Tomita
Sez. 2, n. 45757 del 26/10/2016, Barbu
Sez. 6, n. 46686 del 03/11/2016, Mihai
Sez. 6, n. 48010 del 10/11/2016, Bibilica
Sez.1, n. 7422 del 17/11/2016, dep. 2017, Collesano
Sez. 1, n. 12338 del 17/11/2016, dep. 2017, Agretti
Sez. 1, n. 13124 del 17/11/2016, dep. 2017, Morello, Rv. 269514
Sez. 1, n. 16418 del 17/11/2016, dep. 2017, Lorefice
Sez. 1, n. 24086 del 17/11/2016, dep. 2017, Agostini
Sez. 1, n. 24088 del 17/11/2016, dep. 2017, Barillà
Sez. 1, n. 24091 del 17/11/2016, dep. 2017, Adelfio
Sez. 1, n. 24092 del 17/11/2016, dep. 2017, Messana
Sez. 1, n. 40520 del 17/11/2016, dep. 2017, Triki;
Sez. 6, n. 51937 del 01/12/2016, Mocanu
Sez. 6, n. 55141 del 28/12/2016, Avadanei
Sez. 2, n. 3679 del 24/01/2017, Ilie, Rv. 269211,
Sez. 6, n. 5472 del 01/02/2017, Mihai, Rv. 269008
Sez. 2, n. 11980 del 10/3/2017, Mocanu, Rv. 269407

Sez. 1, n. 31475 del 15/03/2017, Zito
Sez. 2, n. 13198 del 16/03/2017, Terziyski
Sez. 6, n. 16175 del 29/03/2017, Khanenko
Sez. 1, n. 44432 del 19/04/2017, Brunetti
Sez. 1, n. 44433 del 19/04/2017, Aricò
Sez. 1, n. 39231 del 19/04/2017, Nocito
Sez. 1, n. 39234 del 19/04/2017, Trimboli
Sez. 1, n. 44866 del 27/04/2017, Foti
Sez. 1, n. 18598 del 16/03/2017, Pagano
Sez. 6, n. 17592 del 05/04/2017, Bulai
Sez. 1, n. 39245 del 16/5/2017, Congiu
Sez. 1, n. 41211 del 26/05/2017, Gobbi, Rv. 271087
Sez. 1, n. 36238 del 06/06/2017, Chiariello
Sez. 1, n. 36239 del 06/06/2017, Buongiorno
Sez. 1, n. 36241 del 06/06/2017, Marincola
Sez. 1, n. 39294 del 3/07/2017, Marsala
Sez. 1 n. 55462 del 3/07/2017, Aral
Sez. 2, n. 34413 del 12/07/2017, Khanengo
Sez. 1, n. 7931 del 19/07/2017, dep. 2018, Campana
Sez. 1, n. 39585 del 21/07/2017, Lecini
Sez. F., n. 39207 del 17/8/2017, Gongola
Sez. 1, n. 13378 del 10/10/2017, dep. 22/03/2018, Peciccia
Sez. 6, n. 47891 del 11/10/2017, Enache, RV. 271513
Sez. 6, n. 47893 del 12/10/2017, Istrate
Sez. 6, n. 48433 del 17/10/2017, Sandu
Sez. 6, n. 55265 del 06/12/2017, Cercel
Sez. 2, n. 48401 del 19/10/2017, Ghiviziu
Sez. 1, n. 49793 del 19/10/2017, celli
Sez. 6, n. 53031 del 09/11/2017, Petrica, Rv. 271577
Sez. 1 civ., 30/11/2017, dep. 2018, Rv. 647236
Sez. 1, n. 26097, 26/02/2018, Li Causi
Sez. 1, n. 26098 del 26/02/2018, Catania
Sez. 1, n. 26099 del 26/02/2018, Rubino
Sez. 1, n. 16383 del 14/03/2018, Puccio
Sez. 5, n. 35828 del 23/03/2018, Collesano
Sez. 6, n. 18016 del 18/04/2018, Breaz
Sez. 1, n. 46154 del 20/04/2018, Amato
Sez. 1, n. 41215 del 08/05/2018, Bracci
Sez. 1, n. 41571 del 08/05/2018, Gentile

Sez. 1, n. 41572 del 08/05/2018, Caia
Sez. 1, n. 41573 del 08/05/2018, Gallico
Sez. 7, n. 28903 del 10/05/2018, Nirta
Sez. 5, n. 53731 del 07/06/2018, Lopane, Rv. 275407
Sez. Fer, n. 37610 del 31/07/2018, Ibra
Sez. 6, n. 52541 del 09/11/2018, Moisa, RV. 274296
Sez. 3 civ., n. 16896 del 04/12/2018, dep. 2019
Sez. F, n. 38920 del 21/08/2018, Astratinei
Sez. 1, n. 1268 del 20/12/2018, dep. 2019, Nobis
Sez. 1, n. 1269 del 20/12/2018, dep. 2019, Sacco
Sez. 1, n. 12155 del 22/01/2019, Sarno
Sez. 1, n. 15105 del 22/01/2019, Ciurlia
Sez. 1, n. 15554 del 23/01/2019, Inserra
Sez. 3 civ., n. 25408 del 13/03/2019
Sez. 1, n. 29302 del 18/04/2019, Ascione
Sez. 1, n. 35537 del 30/05/2019, Fragalà
Sez. 1, n. 38933 del 25/06/2019, Formisano
Sez. 1, n. 46442 del 16/10/2019, Poretti
Sez. 1, n. 51504 del 30/10/2019, Buscemi
Sez. 6 - L, n. 29206 del 12/11/2019, Rv 655757
Sez. 3 civ., n. 1170 del 27/11/2019, dep. 2020, Rv. 656636-01
Sez. 1, n. 3291 del 03/12/2019, dep. 2020, Risalvato
Sez. 1, n. 1786 del 30/10/2019, dep. 2020, Conti
Sez. 1, n. 14258 del 23/01/2020, Inserra, Rv. 278898
Sez. 1, n. 15144 del 28/01/2020, Franzé
Sez. 1, n. 15145 del 28/01/2020, Morabito
Sez. 1, n. 17656 del 12/02/2020, Skripeliov
Sez., 1, n. 17655 del 17/02/2020, Trapani, Rv. 279186
Sez.1, n. 14260 del 21/02/2020, Commisso
Sez. 1, n. 16253 del 21/02/2020, Dessì
Sez. 1, n. 16254 del 21/02/2020, D'Orto
Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, RV. 278355
Sez. 1, n. 12344 del 06/03/2020, Derbali
Sez. 1, n. 14878 del 27/04/2020, Giardini
Sez. 1, n. 14877 del 27/04/2020, Gattuso
Sez. 6, n. 15924 del 21/05/2020, Mokrzycki
Sez.1, n. 20985 del 23/06/2020, Biondino, Rv. 279220

Sentenze della Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 349 del 1993
Corte Cost., sent. n. 233 del 2003
Corte cost., sent. n. 348 del 2007
Corte cost., sent n. 349 del 2007
Corte cost., sent. n. 317 del 2009
Corte cost., sent. n. 236 del 2011
Corte cost., sent. n. 12 del 2015
Corte cost., sent n. 49 del 2015;
Corte cost., sent. n. 276 del 2016;
Corte cost., sent. n. 36 del 2016
Corte cost., sent. n. 68 del 2017;

Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte EDU, 15/11/1996, Chahal c. Regno Unito
Corte EDU, 15/07/2002, Kalachnikov c. Russia
Corte EDU, 4/05/2005, Kadiķis c. Lettonie
Corte EDU, 8/11/2005, Alver c. Estonia
Corte EDU, 19/07/2007, Trepachkine c. Russia
Corte EDU, 6/12/ 2007, Lind c. Russia
Corte EDU 22/10/2009, Norbert Sikorski c. Polonia
Corte EDU, 22/10/2009, Orchowki C. Polonia
Corte EDU, 6/11/2009, Sulejmanovic c. Italia
Corte EDU, 20/01/2011 Petrenko c. Russia
Corte EDU, Gran Camera, 21/01/2011, M.S.S. v. Belgium and Greece
Corte EDU, 10/01/2012, Ananyev e altri c. Russia,
Corte EDU, 8/01/2013, Torreggiani ed altri c. Italia
Corte EDU, 17/10/2013, Belyayev v. Russia
Corte EDU, 26/11/2013, Cojoacă c. Roumanie
Corte EDU, 5/03/2013, Tellissi c. Italia
Corte EDU, 1/04/2014, Enache v. Romania
Corte EDU, 22/04/2014, C.G. c. Italia
Corte EDU, 8/07/2014, Dulbastru c. Romania
Corte EDU, 20/10/ 2016, Muršić c. Croazia
Corte EDU, Grande Camera 16/12/2016, Khlaufia ed altri c. Italia
Corte EDU, Grande Camera 28/02/2008, Saadi c. Italia
Corte EDU, 25/04/2017, Rezmivese e altri c. Romania
Corte EDU, 16/05/2017, Sylla e Nollomont c. Belgio
Corte EDU, 14/12/2017, Varga and others v. Romania

Corte EDU, 30/01/2020, J.M.B. et autres c. France

Corte di giustizia dell'Unione europea

Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26/02/2013, Melloni, C-399/11

Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, Parere 2/13 del 18/12/2014

Corte di Giustizia, Grande Sezione, 5/04/2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, Aranyosi e Căldăraru

Corte di Giustizia, 25/07/2018, C-220/18 PPU, Generalstaatsanwaltschaft

Corte di Giustizia, 25/07/2018, C-216/18 PPU, Minister for Justice and Equality

Corte di Giustizia, Grande Sezione, 15/10/2019, C-128/18, Dumitru-Tudor Dorobantu,

CAPITOLO II

I DIRITTI DEL DETENUTO IN REGIME DETENTIVO DIFFERENZIATO

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. La natura giuridica del regime detentivo differenziato. - 2. Il regime detentivo differenziato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu. - 3. Recenti questioni in tema di applicazione e proroga del regime detentivo differenziato. - 4. Il diritto ai colloqui con i familiari e conviventi. - 5. Le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza. - 6. Il diritto alla salute. - 6.1 (segue) Recenti problematiche insorte a seguito della pandemia da COVID 19. - 7. La permanenza all'aperto e la socialità. 8. I permessi premio. 9. La questione di legittimità costituzionale concernente l'applicazione del regime detentivo differenziato agli internati.

1. La natura giuridica del regime detentivo differenziato.

Il regime detentivo differenziato previsto dall'art. 41-*bis*, comma 2, ord. pen. consiste nella sospensione, totale o parziale, disposta con decreto motivato del Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. Ne sono destinatari i detenuti o gli internati per taluno dei delitti c.d. di prima fascia (previsti dal primo periodo del comma 1 dell'art. 4-bis, ord. pen.) ovvero di un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

La norma prescrive, inoltre, un principio di proporzionalità tra le esigenze preventive da soddisfare e il contenuto concreto delle restrizioni imposte per soddisfarle. Si legge, infatti, nel secondo periodo del comma 2, che la sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con le associazioni criminali di cui sopra.

Con circolare del D.A.P. del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126 è stata introdotta la specifica disciplina organizzativa del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen. Tale circolare contiene in premessa una definizione del regime detentivo differenziato, qualificato espressamente come «una misura di prevenzione che ha come scopo quello di evitare - al di fuori dei casi consentiti dalla legge - contatti e comunicazioni tra esponenti della criminalità organizzata, detenuti o internati, all'interno degli istituti di pena nonché contatti e comunicazioni tra gli esponenti detenuti delle varie organizzazioni e quelli ancora operanti all'esterno.» Sempre sul versante della specifica finalità preventiva, si aggiunge, inoltre, che il precetto normativo è funzionale ad impedire la ideazione, pianificazione e commissione di

reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza.

La finalità di contenimento della pericolosità dei detenuti interessati dal regime detentivo differenziato è stata recentemente ribadita anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 97 del 2020. Si legge, infatti che detto regime mira soprattutto ad evitare sia la permanenza dei collegamenti, interni ed esterni al carcere, tra il detenuto e l'organizzazione criminale di riferimento, sia che lo stesso, sfruttando l'ordinaria disciplina trattamentale, possa continuare ad impartire direttive agli affiliati in libertà, conservando, così, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa (si richiamano, tra le tante, le sentenze n. 186 del 2018, n. 122 del 2017 e n. 376 del 1998).

La questione della natura giuridica del regime detentivo in esame è stata recentemente affrontata da **Sez. 1, n. 29143 del 22/6/2020, Libri, Rv. 279792,** in cui la Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* ord. pen, sollevata dal ricorrente con riferimento alla riserva di giurisdizione in materia di libertà personale.

Secondo la tesi difensiva, infatti, la sospensione dell'applicazione delle regole del regime detentivo ordinario sarebbe pienamente equiparabile, per natura giuridica, funzione e disciplina applicabile, alle misure di prevenzione personali. Da tale inquadramento giuridico discenderebbe, sempre secondo la prospettazione difensiva, una contrarietà dell'art. 41-*bis* ord. pen. con gli artt. 2, 3, 111 e 117 Cost., in quanto, a differenza delle misure di prevenzione, il regime detentivo differenziato viene applicato, o prorogato, con provvedimento amministrativo, anziché con decisione giudiziale.

Tale tesi è stata disattesa dalla Corte che ha evidenziato plurimi profili differenziali tra i due istituti in raffronto, quanto a presupposti applicativi ed effetti. Sul primo versante, la Corte ha infatti, rilevato che l'art. 41-*bis* ord. pen. postula la ricorrenza di condizioni sia oggettive - di emergenza e sicurezza pubblica - che soggettive, riguardanti il detenuto, derivanti dalla condanna o dalla sottoposizione a misura coercitiva custodiale per reati di particolare gravità e motivo di allarme sociale, oltre che dalla perdurante esistenza ed operatività dell'organizzazione cui appartiene. Di contro, prosegue ancora la Corte, le misure di prevenzione personali vengono applicate per fronteggiare il rischio di commissione di reati da parte di chi sia ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica «in dipendenza, non necessariamente di condanne o misure cautelari, ma dello stile di vita.»

Quanto agli effetti, la Corte ha sottolineato che la sospensione delle regole detentive ordinarie:

a) riguarda l'esecuzione della pena nei confronti dei detenuti che manifestano capacità di mantenere collegamenti con le associazioni di appartenenza e di trasmettere ordini e direttive all'esterno;

b) comporta una limitazione, e non una radicale privazione, dei loro diritti soggettivi;

c) non viene applicata automaticamente a tutti i detenuti che abbiano riportato una condanna per determinati titoli di reato, ma selettivamente a coloro che presentano personali e specifiche caratteristiche di pericolosità, legate alla loro appartenenza a organizzazioni criminali strutturate, ritenuti capaci, sulla base di pregresse esperienze processuali e di conoscenze criminologiche, di stabilire contatti anche con quanti siano ristretti in carcere.

Quanto al dedotto contrasto con gli artt. 111 e 117 Cost. la Corte ha, infine, rilevato, anche sulla base della precedente giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 349 del 1993, n. 410 del 1993, n. 351 del 1996; n. 376 del 1997 e n. 190 del 2010), che, sebbene il regime detentivo differenziato sia imposto o prorogato con provvedimento amministrativo, lo stesso deve essere supportato da autonoma e congrua motivazione in ordine alla permanenza di pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblici ed è suscettibile di reclamo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, che provvede all'esito di procedura camerale partecipata.

In conformità con la giurisprudenza costituzionale, anche **Sez. 1, n. 5446 del 15/11/2019, dep. 2020, Amato, Rv. 278180**, ha affermato che la funzione del regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. consiste nel contenimento della pericolosità dell'imputato o del condannato, in grado di proiettarsi, nonostante la carcerazione in atto, all'esterno dell'istituto, mediante l'adozione di prescrizioni volte a rescindere i collegamenti tra detenuti appartenenti ad organizzazioni criminali e tra essi e i componenti delle associazioni che si trovano in libertà.

La funzione del regime detentivo differenziato di "neutralizzazione" della pericolosità del detenuto è stata recentemente ribadita anche da **Sez. 1, n. 35242 del 6/11/2020, Amantea**, che, pronunciandosi in tema di revoca anticipata, ne ha anche sottolineato la peculiare natura – in quanto disposto dal Ministro della Giustizia all'esito di un procedimento amministrativo – riconducibile ad un'area differente sia da quella preventiva che da quella sanzionatoria (si veda anche Sez. 1, n. 52054 del 29/04/2014 Polverino, Rv. 261809, secondo cui il regime detentivo previsto dall'art. 41 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354, anche dopo la modifica normativa ad opera della legge 15 luglio 2009 n. 94, ha conservato la sua natura di istituto caratterizzato da finalità preventive, e non si è trasformato in una "pena differenziata").

In tale arresto la Corte, coerentemente con la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 190 del 2010), ha riconosciuto che, anche a seguito dell'abrogazione del comma 2-ter dell'art. 41-*bis*, ad opera della legge 15 luglio 2009,

n. 94, sussistono sia il diritto del detenuto a chiedere la revoca anticipata del provvedimento di sottoposizione al regime in questione che la conseguente facoltà di impugnare il provvedimento di diniego formatosi per effetto del silenzio-rifiuto del Ministro della Giustizia attraverso l'applicazione del rimedio generale del reclamo previsto dall'art. 14-ter ord. pen. (si veda anche Sez. 1, n. 5322 del 12/09/2017, dep. 2018, Magrì, Rv. 272288). Sulla base di tale cornice ermeneutica la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis* ord. pen., in relazione agli artt. 3, 13, comma 2, 24, 25, comma 2 e 27, comma 3, Cost. sollevata dal ricorrente sull'assunto dell'assimilabilità del provvedimento ministeriale relativo al regime detentivo speciale alla categoria dei provvedimenti giurisdizionali e della conseguente esperibilità degli stessi strumenti di tutela processuale della posizione del detenuto. Richiamando, al riguardo, la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. nn. 349 del 1993, 376 del 1997, 190 del 2010), la Corte ha ribadito l'autonoma fisionomia sistematica del regime detentivo differenziato al quale non sono applicabili le garanzie giurisdizionali proprie del processo penale o di quello di prevenzione, operanti, invece, in caso di reclamo avverso il provvedimento ministeriale, «a seguito del quale si instaura un procedimento giurisdizionale nel cui ambito l'interessato può svolgere l'attività necessaria alla sua difesa.»

2. Il regime detentivo differenziato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu.

L'art. 41-*bis* ord. pen. è stato più volte sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale. In particolare, la Corte costituzionale con la sentenza n. 349 del 1993, nel dichiarare la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma in riferimento agli artt. 13, primo e secondo comma, 15, secondo comma, 27, terzo comma, 97, primo comma, e 113, primo e secondo comma Cost., ha affermato che l'art. 41-*bis* può essere interpretato in modo conforme al dettato costituzionale nel senso che il potere riconosciuto al Ministro - da esercitarsi attraverso provvedimenti connotati da puntuale motivazione in modo da consentire all'interessato una efficace tutela giurisdizionale – non comporta l'adozione di provvedimenti idonei ad incidere sul grado di libertà personale del detenuto, ma deve intendersi limitato alla sospensione di quelle regole ed istituti che nell'ordinamento penitenziario già appartengono alla competenza dell'amministrazione penitenziaria e che si riferiscono al regime di detenzione in senso stretto.

Quanto ai limiti cui soggiace l'applicazione del regime detentivo differenziato, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che, in base all'art. 41-*bis* ord. pen. è possibile sospendere solo l'applicazione di regole e istituti dell'ordinamento penitenziario che risultano in concreto in contrasto con le esigenze di ordine e di

sicurezza pubblica (sentenza n. 97 del 2020). Correlativamente, si è, dunque, esclusa la possibilità di disporre misure che, a causa del loro contenuto, non siano riconducibili a quelle concrete esigenze, in quanto, ove difetti tale congruenza, le misure in questione non risponderebbero più al fine in vista del quale la legge consente siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, «divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» (sentenza n. 351 del 1996).

Si tratta, dunque, di tre ordini di limiti attinenti: a) alla congruità della misura rispetto allo scopo che essa persegue; b) all'esigenza di non vanificare completamente la finalità rieducativa della pena; c) al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (sentenza n. 351 del 1996).

In linea generale, anche la Corte Edu si è più volte pronunciata sulla compatibilità convenzionale del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., soprattutto in relazione all'art. 3 CEDU, (si vedano, al riguardo, Corte Edu, 28/6/2005, Gallico c. Italia; Corte Edu, 10/11/2005, Argenti c. Italia; Corte Edu, 11/7/2006, Campisi c. Italia; Corte Edu, Grande Camera, 17/9/2009, Enea c. Italia). L'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. viene, infatti, considerata in sé legittima, anche se di lunga durata, purché giustificata in concreto dalle finalità di prevenzione proprie dell'istituto.

In particolare, con riferimento alla possibile incidenza della proroga del regime previsto dall'articolo 41-*bis* ai fini del raggiungimento della soglia minima di gravità richiesta per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 3 CEDU, la Corte Edu ha più volte posto l'accento sulla necessità di esaminare la durata temporale alla luce delle circostanze di ciascuna causa, avuto riguardo, in particolare, alla presenza di un'adeguata giustificazione del provvedimento.

Tale profilo è stato considerato dai Giudici di Strasburgo nella recente sentenza emessa il 25/10/2018 nel caso Provenzano c. Italia in cui la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 3 CEDU in relazione all'omessa considerazione nel provvedimento di proroga dello stato di deterioramento psichico del detenuto e, dunque, nella omessa motivazione sulla sua incidenza sulla persistente pericolosità del ricorrente e sulla sua capacità di mantenere collegamenti significativi e costruttivi con il sodalizio criminale di cui faceva parte.

Infine, sempre in tema di rimedi risarcitori spettanti al detenuto per la violazione dell'art. 3 CEDU (art. 35-ter ord. pen.) merita di essere segnalata una recente sentenza della Prima sezione, **n. 30030 del 11/9/2020, Adinolfi, Rv. 279793** che, con riferimento alla condizione del detenuto in regime detentivo differenziato – nei cui confronti non viene in rilievo il problema del sovraffollamento - ha affermato che, al fine di escludere la violazione dell'art. 3 CEDU, non è sufficiente che la cella abbia dimensioni superiori a 3/4 mq (nella specie, lo spazio disponibile era di circa 9

mq), dovendosi tenere conto delle ulteriori condizioni che possono rendere degradante il trattamento detentivo, quali la mancanza di illuminazione ed aerazione dei locali o di servizi igienici.

3. Recenti questioni in tema di applicazione e proroga del regime detentivo differenziato.

L'art. 41-*bis*, comma 2-*bis*, ord. pen. prevede che il regime detentivo differenziato è disposto con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze.

Al riguardo, **Sez. 1, n. 20983 del 23/6/2020, Sarcone, Rv 279218**, ribadendo un consolidato indirizzo ermeneutico, ha affermato che ai fini dell'emissione del decreto ministeriale di sottoposizione del detenuto al regime penitenziario differenziato di cui all'art. 41-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, la sola condizione indefettibile è l'acquisizione del parere del pubblico ministero procedente, mentre resta insindacabile la scelta di procedere o meno ad ulteriori integrazioni istruttorie. Già in precedenza, infatti, Sez. 1, n. 42553 del 14/10/2008, Cefariello, Rv. 241717 aveva escluso la configurabilità di alcuna nullità del provvedimento ministeriale applicativo del regime differenziato per la mancata preventiva acquisizione di informazioni presso la Direzione nazionale antimafia e gli organi di polizia centrali e specializzati perché non ritenuta necessaria dal Ministro (Conf. Sez. 1, n. 41081 del 21/10/2008, Belforte, Rv. 241939).

La norma prevede, inoltre, che il provvedimento applicativo ha una durata di quattro anni ed è prorogabile, nelle stesse forme, per successivi periodi, pari ciascuno a due anni. Ai fini della proroga occorre, inoltre, che risulti che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non sia venuta meno, tenuto conto anche:

del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione;

della perdurante operatività del sodalizio criminale;

della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate;

degli esiti del trattamento penitenziario;

del tenore di vita dei familiari del sottoposto.

A tal fine, l'ultimo periodo del comma 2-*bis*, precisa che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di

mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa.

Quanto alla sussistenza dei collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva, **Sez. 1, n. 20986 del 23/6/2020, Farao, Rv. 279221**, ha ribadito che la stessa non deve essere dimostrata con certezza, essendo necessario e sufficiente che essa possa essere ragionevolmente ritenuta probabile sulla scorta dei dati conoscitivi acquisiti (conf. Sez. 1, n. 18791 del 6/2/2015, Caporrimo, Rv. 263508; Sez. 1, n. 46013 del 29/10/2004, Foriglio, Rv. 230136).

Sez. 1, n. 16019 del 27/01/2016, Bonura, Rv. 266620 ha, inoltre, affermato che costituisce violazione di legge - unico vizio legittimante il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di applicazione o di proroga del regime previsto dall'art. 41 *bis* della legge n. 354 del 1975 - l'omessa considerazione da parte del giudice della incidenza dello stato patologico, eventualmente insorto a carico del detenuto, sulla valutazione della pericolosità del medesimo. Ad avviso della Corte, infatti, le condizioni di salute del detenuto rientrano tra gli indici rilevanti sul giudizio di attualità della pericolosità del soggetto recluso ed ai fini specifici della imposizione trattamentale. Si riconosce, infatti, che «il tema della tutela delle condizioni di salute opera, nel sistema dell'ordinamento penitenziario, su piani diversi e l'esigenza di assicurare terapie adeguate è - ovviamente - tutelabile anche in riferimento alla posizione dei soggetti sottoposti alle restrizioni derivanti dall'adozione del regime differenziato, sinanche con possibile sindacato giurisdizionale sulle *singole prescrizioni* che, in tale ambito, si pongano in contrasto con le esigenze terapeutiche».

Tale principio è stato ripreso e ribadito da Sez. 1, n. 32405 del 23/2/2017, Farinella, Rv. 270585 in cui la Corte ha affermato che in tema di proroga del regime penitenziario differenziato, l'aggravamento delle condizioni di salute fisiche del detenuto può incidere sulla complessiva legittimità della proroga del predetto regime, sia con riguardo al divieto di realizzazione di un trattamento inumano o degradante sia con riferimento all'analisi della condizione di attualità della pericolosità del recluso.

4. Il diritto ai colloqui con i familiari e conviventi.

L'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, ord. pen. dopo aver previsto alla lett. a) che il regime speciale comporta l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna - finalizzate principalmente a prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento del detenuto o dell'internato, nonché contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate - elenca una serie di misure specifiche, costituenti il contenuto tipico e necessario del regime stesso (Corte cost., sentenza n. 122 del 2017).

In particolare, quanto ai colloqui, l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) prevede molteplici limitazioni:

a) di carattere soggettivo, essendo consentiti solo con familiari e conviventi (salva specifica autorizzazione ad effettuare colloqui con persone diverse);

b) di carattere quantitativo, essendo detti colloqui limitati ad uno al mese con i familiari e conviventi;

c) di carattere qualitativo (detti colloqui saranno svolti in locali attrezzati, in modo da impedire il passaggio di oggetti, e sottoposti a controllo auditivo e registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità competente).

Nessuna limitazione si applica, invece, ai colloqui con il difensore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 143 del 2013 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost. l'art. 41- *bis*, comma 2-*quater* , lett. b), ultimo periodo, ord. pen. nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori prevedendo che detti detenuti possono avere con i difensori, "fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari".

Quanto alle limitazioni di carattere quantitativo ai colloqui con i familiari, nell'anno in corso si è affermato un orientamento ermeneutico contrario alla possibilità di accorpamento dei colloqui mensili (in modo da consentirne lo svolgimento in giorni ravvicinati, uno alla fine del mese e l'altro all'inizio del mese successivo) riconosciuta da Sez. 1, n. 10462 del 25/11/2016, dep. 2017, Santafede, Rv. 269515 in considerazione della necessità di contenere i tempi e i costi delle trasferte dei familiari per raggiungere il luogo di detenzione.

In senso difforme da tale impostazione ermeneutica, **Sez. 1, n. 23945 del 26/6/2020, Rv 279526**, riprendendo il principio già affermato dalla medesima Sezione con la **sentenza n. 5446 del 5/11/2019, dep. 2020, Amato, Rv. 278180**, ha, invece, ritenuto legittima la disposizione dell'Amministrazione penitenziaria che, in attuazione dell'art. 16 della circolare del D.A.P. del 2 ottobre 2017, prevede, per i detenuti sottoposti a tale regime, che i colloqui visivi e telefonici abbiano luogo a distanza di circa trenta giorni l'uno dall'altro, con conseguente esclusione della possibilità di accorpamento degli stessi rispettivamente alla fine del mese e all'inizio di quello successivo.

In particolare la Corte, pur riconoscendo la sussistenza di un diritto ai colloqui del detenuto, ha precisato che la disciplina delle modalità di esercizio degli stessi rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria ed ha ritenuto la ragionevolezza e coerenza della previsione contenuta all'art. 16 della circolare del D.A.P. con le finalità del regime differenziato, contemperando la stessa il diritto del detenuto - per l'effetto degradato ad interesse legittimo - a coltivare i legami relazionali più stretti con l'esigenza organizzativa - funzionale alla tutela della

sicurezza pubblica - di diluire i flussi di informazioni che, in occasione dei colloqui, nonostante i controlli, potrebbero intervenire tra il detenuto e gruppi di criminalità esterni.

Nella giurisprudenza di legittimità sono, inoltre, emersi due diversi orientamenti ermeneutici in merito alle modalità di svolgimento di detti colloqui.

Sez. 1, n. 23819 del 22/6/2020, Rv. 279577, riprendendo un principio già affermato dalla medesima Sezione con la sentenza n. 7654 del 12/12/2014, dep. 2015, Trigila, Rv. 262417, ha affermato che il detenuto sottoposto a regime differenziato, può essere autorizzato ad avere colloqui visivi con i familiari - in situazioni di impossibilità o, comunque, di gravissima difficoltà ad effettuare i colloqui in presenza - mediante forme di comunicazione audiovisiva controllabili a distanza, secondo modalità esecutive idonee ad assicurare il rispetto delle cautele imposte dal citato art. 41-bis. Nella fattispecie, il Magistrato di sorveglianza aveva inizialmente respinto l'istanza del detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. di svolgere un colloquio in video-collegamento con la moglie che, essendo sottoposta a misura di prevenzione personale, era impossibilitata a raggiungere l'istituto di reclusione. A fondamento del rigetto si rilevava l'omessa previsione di tale forma di colloqui nell'art. 16 della circolare del D.A.P. n. 3676/6126. Tale decisione veniva riformata dal Tribunale di sorveglianza considerando, tra l'altro, la circolare del 30/1/2019, n. 0031246U del D.A.P. con la quale si prevedeva, sia pure sperimentalmente e per il solo circuito di c.d. media sicurezza, l'utilizzo della piattaforma Skipe for business per l'esecuzione di video-chiamate da parte di detenuti e internati, specificandosi che la video-chiamata dovesse essere equiparata ai colloqui previsti dagli artt. 18 ord. pen. e 37 d.P.R. n. 230 del 2000. In concreto, il Tribunale di sorveglianza ordinava all'Amministrazione penitenziaria di porre in essere tutte le attività necessarie sul piano organizzativo affinché, tramite la strumentazione in suo possesso (ricorrendo, alternativamente, al video-collegamento adottato in occasione della partecipazione ad impegni giudiziari, o alla piattaforma Skipe for business, ovvero alle modalità adottate per il collegamento in video-conferenza con la magistratura di sorveglianza in altre occasioni, quali rogatorie e colloqui) venisse garantito il diritto del detenuto al colloquio periodico con la moglie, purché con l'adozione delle cautele previste per i detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-*bis* ord. pen.

Tale soluzione è stata condivisa dalla Corte di cassazione anche alla luce della recente legislazione emergenziale volta a fronteggiare le problematiche derivanti dalla pandemia da COVID-19. Si richiama, in particolare il d.l. 10/5/2020, n. 29 con cui, sia pure per un arco temporale circoscritto, si è prevista, senza differenziare in base al diverso regime detentivo, la possibilità per i condannati, internati ed imputati di svolgere "a distanza" i colloqui con i congiunti mediante apparecchiature e

collegamenti di cui dispone l'Amministrazione penitenziaria e minorile ovvero mediante corrispondenza telefonica.

In particolare, la Corte, richiamando l'esigenza della necessaria congruità del regime detentivo differenziato rispetto allo scopo perseguito, quale peculiare declinazione del principio di proporzione, oltre a rilevare la necessità di una verifica in concreto della compatibilità delle diverse opzioni tecniche con le esigenze di sicurezza sottese al regime detentivo differenziato, ha ritenuto infondate le censure sollevate dall'Amministrazione ricorrente in merito alla carenza di un'adeguata regolamentazione della materia, rilevando, in particolare, l'insussistenza di alcun divieto al riguardo nella legge penitenziaria.

Il ricorso alla videoconferenza non è stato, tuttavia, individuato quale modalità ordinaria di svolgimento del colloquio, in alternativa a quello in presenza. La Corte ha, infatti chiarito che il ricorso a tale strumento è funzionale e rendere possibile l'esercizio del diritto al colloquio nei casi in cui esso non potrebbe essere altrimenti garantito, "dovendo, dunque, la videoconferenza essere circoscritta alle situazioni di impossibilità o, comunque, di gravissima difficoltà ad effettuare il colloquio in presenza".

La possibilità di svolgimento di colloqui mediante forme di comunicazione a distanza (nella specie, si trattava di un colloquio tra fratelli, entrambi detenuti) è stata, invece, negata da Sez. 1, n. 16557 del 22/3/2019, Rv 275669, in considerazione della mancanza di un'espressa disciplina normativa che ne individui i presupposti, con riferimento ai detenuti sia in regime ordinario che differenziato, dettando, altresì, una specifica regolamentazione in merito agli strumenti da adottare, ai poteri di controllo delle Autorità penitenziarie ed alle necessarie coperture di spesa.

5. Le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza.

Altro specifico contenuto del regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-*bis*, ord. pen. è la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia (art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), ord. pen.).

Come rilevato da Sez. 5, n. 32452 del 22/12/2019, Falsone, Rv. 277527, la norma nulla dice sull'operazione successiva al controllo del contenuto della corrispondenza. E' stato, al riguardo, chiarito dalla giurisprudenza di legittimità che, venendo in rilievo una libertà costituzionale, la stessa può essere limitata, in virtù di quanto stabilito dall'art. 15 della Costituzione, solo con un provvedimento dell'autorità giudiziaria, specificamente motivato in ordine alla sussistenza dei presupposti indicati dai commi da 1 a 4 dell'art. 18-*ter* della legge n. 354 del 1975 (Sez. 1, n. 48365 del 21/11/2012, Di Trapani, Rv. 253978). In particolare, tale norma prevede al quinto comma che

qualora all'esito del visto di controllo l'autorità giudiziaria ritenga che la corrispondenza non debba essere consegnata o inoltrata al destinatario, dispone che la stessa sia trattenuta.

Tale decisione, proprio per la sua incidenza su una libertà costituzionale, deve essere sorretta da adeguata motivazione, sia pure sintetica, sulla base di elementi concreti che facciano ragionevolmente dubitare che il contenuto effettivo della missiva sia quello che appare dalla semplice lettura del testo (Sez. 5, n. 32452 del 22/02/2019, Falsone, Rv 277527).

In particolare, in tema di trattenimento della corrispondenza tra detenuti sottoposti a regime detentivo differenziato, **Sez. 1, n. 14870 del 4/3/2020, Guarino, Rv. 279124**, ha affermato che il controllo può riguardare esclusivamente la presenza o meno nel testo della missiva di elementi grafici che ne alterino il significato apparente al fine di veicolare messaggi in violazione delle specifiche previsioni del suddetto regime. Ciò sulla base di una lettura dell'art. 18-*ter* ord. pen. coordinata con le finalità previste dall'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a) ed e). Sulla base di tale principio, la Corte ha ritenuto illegittimo il provvedimento di trattenimento della corrispondenza inviata ad un detenuto in regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. sulla base di elementi diversi dal contenuto della singola missiva (nella specie, si trattava del mero rilievo della pericolosità del mittente).

Va, tuttavia, segnalato che altro isolato arresto della Prima sezione ha, invece, ritenuto legittimo il trattenimento della corrispondenza fondato, non già sul contenuto della missiva, ma sul giudizio di inaffidabilità soggettiva dell'interlocutore del detenuto, già interessato da precedenti attività di trattenimento della corrispondenza diretta ad altri detenuti, motivate da pregresse condotte di aggiramento delle regole prevista dall'art. 41-*bis* ord. pen. (Sez. 1, n. 52525 del 17/5/2018, Falsone, Rv. 274407).

La giurisprudenza di legittimità ha, invece, escluso che il divieto di ricevere dall'esterno libri, riviste o stampa in genere, imposto ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-quater, lett. a) e c), ord. pen., rientri nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza di cui all'art. 18-*ter*, ord. pen. In particolare, **Sez. 1, n. 5211 del 10/9/2019, dep. 2020, Attanasio, Rv. 278365,** ha affermato che il concetto di corrispondenza è limitato alle forme di comunicazione del proprio pensiero a persone determinate tramite scritti, sostitutiva della comunicazione verbale e strumentale al mantenimento delle relazioni interpersonali e affettive, non comprendendo, pertanto, la ricezione dall'esterno, di pubblicazioni, quali riviste e libri, che riportano il pensiero di terzi. Sulla base di tale considerazione, la Corte ha, pertanto, ritenuto legittimo il provvedimento di divieto di ricevere libri, riviste e stampa in genere (nella specie una rivista a fumetti), imposto ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a) e c), ord. pen., trattandosi di forme particolari di

comunicazione che non rientrano nella disciplina dei controlli sulla corrispondenza ai sensi dell'art. 18-*ter* ord.pen., la cui limitazione non comporta un'eccessiva ed ingiustificata limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, intesa come diritto di informazione e di studio (in termini conformi, tra le altre, anche Sez. 1, n. 1774 del 29/09/2014, dep. 2015, Tarallo, Rv. 261858. Si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017 che, tra l'altro, ha escluso l'incidenza del divieto in esame sia sulla libertà di corrispondenza che sulla libertà di manifestazione del pensiero, inteso nel suo significato passivo del diritto di essere informati e del diritto allo studio, potendo il detenuto in regime speciale servirsi dell'istituto penitenziario per l'acquisto di una pubblicazione).

6. Il diritto alla salute.

Il comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. pen. non prevede alcuna specifica disposizione in merito all'assistenza sanitaria. Ciò comporta che, in linea di principio, l'accesso alle cure mediche dei detenuti in regime detentivo differenziato rientra nella disciplina ordinaria contenuta agli artt. 11 ord. pen. e 17 d.P.R. 30/6/2000, n. 230.

Il tema dell'assistenza sanitaria ai detenuti in regime detentivo differenziato è stato, inoltre, specificamente regolamentato, con particolare riguardo alla possibilità di ottenere una visita medica da parte di un sanitario di fiducia e alla traduzione in luogo di cura esterno, dagli artt. 23, 23.1 e 24 della circolare del D.A.P. del 2 ottobre 2017, n. 3676/6126.

Al riguardo, **Sez. 1, n. 31032 del 25/9/2020, Madonia, Rv. 279992**, ha osservato che con la legge 30 novembre 1998, n. 419 di riordino della medicina penitenziaria e, in particolare, con l'art. 1 del d.lgs. 22/7/1999 n. 230 è stato riconosciuto il diritto dei detenuti e degli internati, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ravvisato una evidente lesione del diritto alla salute del detenuto, in regime detentivo differenziato, conseguente alla mancata somministrazione gratuita del farmaco richiesto o al ritardo nel provvedervi, individuando lo strumento utilizzabile dal detenuto per opporvisi nel ricorso di natura giurisdizionale disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. pen., a nulla rilevando la circostanza (considerata dal magistrato di sorveglianza per qualificare il reclamo come generico ai sensi dell'art. 35 ord. pen.) che l'amministrazione che abbia violato il diritto soggettivo del detenuto non sia l'amministrazione penitenziaria ma la ASL competente per territorio, articolazione

del servizio sanitario nazionale cui sono state trasferite le competenze della medicina penitenziaria.

La preminenza dei diritti alla salute e a non subire trattamenti inumani sull'esecuzione della pretesa punitiva, nei casi in cui quest'ultima sia in conflitto con tali diritti, non è ovviamente derogabile neppure nei casi di assoggettamento del detenuto al regime differenziato di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. Ciò comporta, che, in linea di principio, anche nei confronti dei detenuti in regime detentivo differenziato possono trovare applicazione gli istituti del differimento, obbligatorio o facoltativo della pena, e della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, ord. pen.

Ai sensi dell'art. 146, comma 3, n. 1, cod. pen., infatti, deve essere obbligatoriamente disposto il rinvio dell'esecuzione quando la persona condannata sia affetta da una malattia particolarmente grave a causa della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con l'espiazione carceraria inframuraria o quando lo stadio evolutivo raggiunto dalla malattia sia tale da non consentire ai trattamenti disponibili e alle terapie praticabili di sortire alcun effetto in quel contesto detentivo o in altro diverso. Ciò in coerenza con la finalità dell'istituto, posto a tutela dei beni primari della persona, quale il diritto alla salute, il diritto alla vita, il divieto di sottoposizione a trattamenti contrari al senso di umanità, a prescindere dal dato relativo alla pericolosità sociale del detenuto (tra le tante, Sez. 1, n. 1033 del 13/11/2018, A., in motivazione).

Il differimento facoltativo previsto dall'art. 147 cod. pen. può, invece, essere disposto allorché il soggetto versi in una condizione di "grave infermità fisica" ovvero in una situazione clinica connotata dalla presenza di patologie di qualificata serietà, tali da esporre a pericolo la sua vita o da provocare altre rilevanti conseguenze pregiudizievoli eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ai sensi dell'art. 11, ord. pen. (Sez. 1, n. 1033 del 13/11/2018, A., in motivazione**;** Sez. 1, n. 8936 del 22/11/2000, Piromalli, Rv. 218229).

Non è, dunque, necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario (Sez. 1, n. 27352 del 17/5/2019, Nobile, Rv. 276413).

L'art. 47-*ter,* comma 1-*ter,* ord. pen. stabilisce, infine, che, nelle anzidette ipotesi di rinvio della esecuzione della pena, il tribunale di sorveglianza può applicare provvisoriamente la detenzione domiciliare.

Il giudice chiamato a decidere sul differimento dell'esecuzione della pena o, in subordine, sull'applicazione della detenzione domiciliare per motivi di salute, deve, dunque, effettuare un bilanciamento tra le istanze sociali correlate alla pericolosità del detenuto e le condizioni complessive di salute di quest'ultimo con riguardo sia all'astratta idoneità dei presidi sanitari e terapeutici disponibili, sia alla concreta adeguatezza della possibilità di cura ed assistenza che nella situazione specifica è possibile assicurare al predetto, valutando anche le possibili ripercussioni del mantenimento del regime carcerario in termini di aggravamento del quadro clinico. (Sez. 1, n. 37062 del 9/4/2018, Acampa, Rv. 273699). Si è anche aggiunto che ai fini della valutazione sull'incompatibilità tra il regime detentivo e le condizioni di salute del condannato, ovvero sulla possibilità che il mantenimento dello stato di detenzione costituisca trattamento inumano o degradante, il giudice deve verificare, non soltanto se le condizioni di salute del condannato, da determinarsi ad esito di specifico e rigoroso esame, possano essere adeguatamente assicurate all'interno dell'istituto di pena o comunque in centri clinici penitenziari, ma anche se esse siano compatibili o meno con le finalità rieducative della pena, alla stregua di un trattamento rispettoso del senso di umanità, che tenga conto della durata della pena e dell'età del condannato comparativamente con la sua pericolosità sociale (Sez. 1, n. 53166 del 17/10/2018, Cinà, Rv. 274879).

Il tribunale di sorveglianza è, pertanto, chiamato a compiere una duplice valutazione: deve dapprima verificare la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge ai fini del differimento e poi disporre, eventualmente anche d'ufficio, la detenzione domiciliare, ove ritenga tale misura più rispondente sia agli interessi della collettività che a quelli del condannato (Sez. 1, n. 12565 del 3/3/2015 Rv 262301). In assenza dell'indicazione di un parametro legislativo al quale riferirsi, la valutazione del giudice deve avere riguardo a una qualsiasi ragione che abbia una certa pregnanza sul piano delle caratteristiche del reo e delle sue condizioni personali e familiari (età, condizioni di salute, esistenza o non di garanzie di affidabilità, pericolosità sociale, compatibilità degli interventi terapeutici con il regime carcerario e così via) o sul piano della gravità e durata della pena da scontare» (Sez. 1, n. 656 del 28/01/2000, Ranieri, Rv. 215494).

Tali principi sono stati ribaditi anche in relazione ad istanze di differimento dell'esecuzione formulate da detenuti in regime differenziato (Sez. 1, n. 38813 del 9/6/2015, Provenzano). In particolare, Sez. 1, n. 27766 del 22/3/2017, Riina, ha annullato con rinvio l'ordinanza di rigetto dell'istanza di differimento dell'esecuzione della pena ex art 147, comma 3, cod. pen., o in subordine, di esecuzione della stessa nelle forme della detenzione domiciliare ex art. 47, comma 1-*ter,* ord. pen., rilevando un vizio di motivazione del provvedimento in relazione all'omessa considerazione delle ricadute del complessivo stato morboso del detenuto e delle sue generali

condizioni di scadimento fisico sulla conformità del trattamento penitenziario al principio di umanità e sull'attualità della pericolosità sociale del detenuto. Il provvedimento impugnato era stato adottato in considerazione sia della trattabilità in ambito carcerario delle patologie da cui era affetto il detenuto, anche attraverso opportuni ricoveri ex art. 11 ord. pen., che dell'impossibilità di effettuare una prognosi di assenza di pericolo di recidiva del detenuto alla luce dell'altissimo tasso di pericolosità, dello spessore criminale, del ruolo di vertice assoluto dell'organizzazione criminale "Cosa Nostra" e dell'assenza di qualunque forma di dissociazione.

Richiamando precedenti arresti sul tema, la Corte ha affermato che «affinché la pena non si risolva in un trattamento inumano e degradante, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 27, terzo comma Cost. e 3 Convenzione EDU, lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria (Sez. 1, n. 16681 del 24/01/2011, Buonanno, Rv. 249966; Sez. 1, n. 22373 del 08/05/2009, Aquino Rv. 244132).» Pertanto, prosegue la Corte, in presenza di patologie implicanti un significativo scadimento delle condizioni generali e di salute del detenuto, il giudice di merito deve verificare, adeguatamente motivando in proposito, se lo stato di detenzione carceraria comporti una sofferenza ed un'afflizione di tali intensità da eccedere il livello che, inevitabilmente, deriva dalla legittima esecuzione di una pena.

6.1 (segue) Recenti problematiche insorte a seguito della pandemia da COVID 19.

Con l'emergenza sanitaria legata alla pandemia da COVID 19 il tema della tutela della salute dei detenuti in regime detentivo differenziato, oltre che di quelli ordinari, ha reso quanto mai attuale la problematica connessa al possibile differimento dell'esecuzione, di regola in regime di detenzione domiciliare, allorché in presenza di condizioni patologiche di particolare gravità, risulti impossibile assicurare al detenuto le cure nel circuito penitenziario o in regime di ricovero di cui all'art. 11 ord. pen.

Il legislatore è intervenuto con gli artt. 2-*bis* d.l. 30/4/2020, n. 28 convertito con modifiche nella legge 25 giugno 2020, n. 70, e 2 d.l. 10 maggio 2020, n. 29 (non convertito). E' stato, a tal fine, previsto un monitoraggio costante dei provvedimenti di differimento dell'esecuzione della pena o di ammissione alla detenzione domiciliare, con riferimento alla permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria.

In particolare l'art. 2-*bis*, d.l. 30/4/2020, n. 28, prevede che il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di condanna e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati e internati già sottoposti al regime di cui al predetto articolo 41-*bis*, valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile. La valutazione è effettuata immediatamente, anche prima della decorrenza dei termini sopra indicati, nel caso in cui il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta adeguati alle condizioni di salute del detenuto o dell'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena.

Avverso tale norma sono state sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari (ordinanza del 9/6/2020) e dai Magistrati di Sorveglianza di Avellino e di Spoleto (rispettivamente, con le ordinanze del 3/6/2020 e del 18/8/2020) diverse questioni di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 24 comma 2, 27, comma 3, 32, 102, comma 1, 104 e 11 Cost.

Secondo quanto risulta dal comunicato stampa della Corte costituzionale, con decisione assunta all'udienza del 4/11/2020, la Corte ha ritenuto l'infondatezza di tali questioni non ravvisando alcun contrasto con il diritto di difesa del condannato né con l'esigenza di tutela della sua salute né, infine, con il principio di separazione tra potere giudiziario e potere legislativo.

7. La permanenza all'aperto e la socialità.

Ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), ord. pen., la sottoposizione al regime detentivo differenziato comporta la limitazione della permanenza all'aperto - che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone - ad una durata non superiore a due ore al giorno, fermo restando il limite minimo di cui al primo comma dell'art. 10.

La giurisprudenza di legittimità ha ricondotto tale disciplina nell'ambito della tutela del diritto alla salute, distinguendola da quella relativa alla c.d. socialità, volta, invece, a garantire il soddisfacimento delle esigenze culturali e relazionali di detenuti ed internati (Sez. 1, n. 44609 del 27/06/2018, C., Rv. 274026). Per tale ragione, sono state ritenute illegittime le disposizioni della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 2 ottobre 2017 e dei regolamenti d'istituto che, con riferimento ai detenuti sottoposti al regime detentivo differenziato, limitano ad una sola ora la possibilità di usufruire di spazi all'aria aperta, consentendo lo

svolgimento della seconda ora, prevista dalla lett. f) del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. pen., all'interno delle sale destinate alla socialità. Ciò sia per la differente funzione dei due istituti sia perché la limitazione da due ad una delle ore di permanenza all'aperto, ai sensi del combinato disposto della menzionata lett. f) e dell'art. 10 della legge n. 354 del 1975, cui essa fa rinvio, non può essere stabilita, in difetto di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere di per se stessa considerata, da atti amministrativi a valenza generale, ma deve conseguire all'adozione di un provvedimento specifico ed individualizzato della direzione dell'istituto, chiamata a render conto dei "motivi eccezionali" che, ai sensi del citato art. 10, giustificano la limitazione stessa (Sez. 1, n. 17580 del 28/02/2019, Rv. 275333).

L'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. f), ord. pen. prevede, inoltre, l'adozione di tutte le misure necessarie a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità e di scambiare oggetti (la norma prevedeva anche il divieto di cuocere cibi che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 186 del 2018).

La Corte costituzionale ha chiarito che i gruppi di socialità rappresentano la modalità prescelta dal legislatore per conciliare, da una parte, la finalità del regime differenziato (evitare che i detenuti possano mantenere vivi i propri collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento) e, dall'altra, l'esigenza di garantire ai detenuti indispensabili momenti e forme di "socialità" intramuraria (sentenza n. 97 del 2020). Alla luce di tale chiave di lettura, la Corte costituzionale ha, pertanto, interpretato la seconda parte della lettera f) del comma 2-*quater* riferendo entrambi i divieti, di comunicazione e di scambiare oggetti, ai soli detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità. Per tale ragione la Corte ha ritenuto che la previsione *ex lege* del divieto assoluto di scambio tra detenuti del medesimo gruppo è in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., trattandosi di un divieto fondato su un bilanciamento *ex ante* effettuato dal legislatore, non funzionale rispetto alle concrete finalità del regime detentivo in esame, connotato da un contenuto meramente afflittivo e non calibrabile sulle peculiarità del caso concreto. Tuttavia, ha precisato la Corte costituzionale, ove ricorrano specifiche esigenze, l'amministrazione potrà, ai sensi dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. a), ord. pen., disciplinare le modalità di effettuazione degli scambi tra detenuti appartenenti al medesimo gruppo nonché predeterminare le condizioni per introdurre eventuali limitazioni (disciplina che sarà comunque, sindacabile dal magistrato di sorveglianza si sensi degli artt. 35-*bis*, comma 3 e 69, comma 6, lett. b), ord. pen.

Con riferimento, infine, al divieto di comunicazione tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, **Sez. 7, n. 18639 del 24/1/2020, Garofalo, Rv. 279351**, ha chiarito che per "comunicazione" deve intendersi il processo di trasmissione di

una informazione da un individuo ad un altro attraverso lo scambio di un messaggio connotato da un determinato significato, non rientrandovi, quindi, una mera dichiarazione di saluto di natura neutra. Nella fattispecie il detenuto, sottoposto al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., si era limitato ad augurare "buon appetito" ad altri detenuti ristretti nel suo varco. La Corte, rilevando l'assenza di alcun elemento che consentisse di ravvisare una forma di comunicazione occulta o fraudolenta rivolta agli altri detenuti, ha, pertanto, confermato l'annullamento della sanzione disciplinare inizialmente inflitta al detenuto.

Tale principio è stato successivamente ribadito da **Sez. 1, n. 35215 del 7/10/2020, Della Medaglia,** alla luce della *ratio* della disposizione in esame di impedire la circolazione di informazioni che possa consentire la prosecuzione della gestione delle attività criminali dall'interno del carcere.

8. I permessi premio.

Nell'anno in corso, **Sez. 1, n. 21946 del 8/6/2020, Apicella Rv. 279373**, si è, inoltre, pronunciata in tema di concedibilità del permesso premio al detenuto in regime detentivo differenziato.

Nella fattispecie, il Tribunale di sorveglianza aveva rigettato il reclamo proposto dal detenuto, sottoposto al regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* ord. pen., in materia di permessi premio e dichiarato non luogo a deliberare sulla sua richiesta di accertamento della impossibilità di collaborazione con la giustizia. Ad avviso del Tribunale, infatti, il regime detentivo differenziato cui era sottoposto il detenuto è concettualmente incompatibile con la valutazione di assenza di pericolosità sottesa alla concessione del permesso premio. Si è, dunque, ritenuto che l'esistenza di attuali e persistenti collegamenti del ricorrente con la criminalità organizzata, attestata dalla operatività del regime di cui all'art. 41-bis ord. pen., precluda la concedibilità del permesso-premio.

Tale decisione è stata annullata con rinvio dalla Corte in considerazione della sentenza della Corte costituzionale n. 253/2019 che, superando la presunzione assoluta di pericolosità per i detenuti per reati di c.d. prima fascia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma del successivo art. 58-*ter*, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del loro ripristino. Ad avviso della Corte, infatti, sebbene l'eventuale impossibilità di collaborazione con la giustizia non comporta *ex se* ed automaticamente una valutazione di minore pericolosità (non essendo essa eguale alla collaborazione effettiva che costituisce un

segnale forte di ravvedimento), la richiesta del detenuto doveva essere esaminata nel merito, alla luce della sua concreta condizione emergente da diversi elementi, quali il percorso carcerario, la condotta tenuta, l'apertura verso l'osservazione della personalità, le eventuali manifestazioni di resipiscenza o l'ostinato ripudio del trattamento rieducativo, le ragioni della sottoposizione al regime detenuto differenziato.

9. La questione di legittimità costituzionale concernente l'applicazione del regime detentivo differenziato agli internati.

Con **ordinanza n. 30408 del 2/11/2020, Nobis**, la Prima sezione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, commi 2 e 2-*quater*, ord. pen., in relazione agli artt. 3, 25, 27, 111 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 7 CEDU e 4, Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui prevedono la facoltà di sospendere l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla stessa legge, con adozione obbligatoria delle misure enunciate nel comma 2-*quater*, nei confronti degli internati, assoggettati a misura di sicurezza detentiva.

Nella fattispecie il ricorso riguardava il provvedimento di rigetto del reclamo proposto avverso il provvedimento di proroga del regime detentivo differenziato disposto in relazione all'esecuzione della misura di sicurezza della casa di lavoro applicata al ricorrente - per una durata iniziale di due anni e successivamente prorogata per ulteriori tre anni - successivamente all'espiazione di una pena complessiva di quattordici anni di reclusione.

La Corte ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale articolata con uno dei motivi di ricorso, partendo dall'analisi delle differenze, quanto a presupposti applicativi, natura e scopi, tra le pene e le misure di sicurezza. In particolare, nel sottolineare l'estraneità, in linea di principio, di queste ultime alla funzione retributiva propria della pena, la Corte ha rilevato che in caso di sottoposizione dell'internato imputabile al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. si assiste ad una fortissima compressione degli istituti trattamentali fondamentali (lavoro, istruzione, contatti con l'esterno, misure extra-murarie) che comporta una sostanziale omologazione del contenuto della misura di sicurezza a quello della pena detentiva. Ciò soprattutto in considerazione dell'assenza di qualunque discrezionalità nella concreta articolazione delle limitazioni al trattamento penitenziario previste dall'art. 41-*bis,* comma 2-*quater,* ord. pen. riferibili, ad avviso della Corte, sia ai detenuti che agli internati, con conseguente uniformità della piattaforma trattamentale.

Sotto altro profilo, la Corte ha rilevato che la sottoposizione al regime di cui all'art. 41-*bis* ord. pen. incide in maniera differente sulla durata della pena e della

misura di sicurezza. Nel primo caso, infatti, la sua applicazione, pur impedendo l'ammissione a misure alternative, non produce effetti sulla durata della pena, come determinata nella sentenza definitiva.

Nel caso della misura di sicurezza, invece, l'applicazione dell'art. 41-*bis* ord. pen. «costituisce un elemento che influisce in maniera essenziale sui meccanismi della proroga della restrizione in regime sostanzialmente carcerario, concorrendo a rendere tale misura una sorta di pena aggiuntiva sganciata però dal fatto e determinabile solo, in astratto, nei massimi edittali», ma, di fatto, sostanzialmente indeterminata.

Ad avviso della Corte, infatti, pur sussistendo oggi un limite massimo oltre il quale la misura non può più essere ulteriormente prorogata (si richiama l'art. 1, comma 1-*quater*, del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito nella legge 30 maggio 2014, n. 81 che ha previsto che le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima), ciò non significa che la misura, pur determinabile nella sua massima estensione, sia anche determinata, atteso che la misura potrà essere prorogata fino al massimo edittale della pena prevista per il reato più grave e, dunque, per una durata comunemente assai superiore rispetto a quella della pena concretamente inflitta.

Ciò comporta una violazione del principio di proporzione, consentendosi l'applicazione di una sanzione penale – che già la Corte Edu, nella sentenza del 17/12/2009, M. c. Germania, ha qualificato come pena - non più proporzionata alla colpevolezza dell'autore del reato.

A ciò si aggiunge che la sottoposizione dell'internato al regime detentivo differenziato rende difficilmente sperimentabile un concreto percorso di recupero, attraverso misure extramurarie, e pressoché impossibile la revoca o la sostituzione della misura di sicurezza detentiva.

La Corte ha, infine, rilevato un ulteriore profilo di non manifesta infondatezza della questione in relazione al possibile contrasto dell'art. 41-*bis*, commi 2 e 2-*quater*, ord. pen. con la garanzia fondamentale del *ne bis in idem* allorché le misure di sicurezza non risultino realmente differenziabili dalla pena, non soltanto a causa della loro diversa finalità, ma soprattutto in ragione di modalità di esecuzione radicalmente differenziate.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 1, n. 35242 del 6/11/2020, Amantea
Sez. 1, n. 30408 del 2/11/2020, Nobis
Sez. 1, n. 35215 del 7/10/2020, Della Medaglia
Sez. 1, n. 31032 del 25/9/2020, Madonia, Rv. 279992
Sez. 1, n. 30030 del 11/9/2020, Adinolfi, Rv. 279793
Sez. 1, n. 23819 del 22/6/2020, Rv. 279577
Sez. 1, n. 29143 del 22/6/2020, Libri, Rv. 279792
Sez. 1, n. 20983 del 23/6/2020, Sarcone, Rv 279218
Sez. 1, n. 20986 del 23/6/2020, Farao, Rv. 279221
Sez. 1, n. 23945 del 26/6/2020, Rv 279526
Sez. 1, n. 21946 del 8/6/2020, Apicella, Rv. 279373
Sez. 1, n. 14870 del 4/3/2020, Guarino, Rv. 279124
Sez. 7, n. 18639 del 24/1/2020, Garofalo, Rv. 279351,
Sez. 5, n. 32452 del 22/12/2019, Falsone, Rv. 277527
Sez. 1, n. 5446 del 15/11/2019, dep 2020, Amato, Rv. 278180
Sez. 1, n. 5211 del 10/9/2019, dep. 2020, Attanasio, Rv. 278365
Sez. 1, n. 27352 del 17/5/2019, Nobile, Rv. 276413
Sez. 1, n. 16557 del 22/3/2019, Rv 275669
Sez. 1, n. 17580 del 28/02/2019, Rv. 275333
Sez. 1, n. 1033 del 13/11/2018, A.
Sez. 1, n. 53166 del 17/10/2018, Cinà, Rv. 274879
Sez. 1, n. 44609 del 27/06/2018, C., Rv. 274026
Sez. 1, n. 37062 del 9/4/2018, Acampa, Rv. 273699
Sez. 1, n. 27766 del 22/3/2017, Riina
Sez. 1, n. 32405 del 23/2/2017, Farinella, Rv. 270585
Sez. 1, n. 10462 del 25/11/2016, dep. 2017, Santafede, Rv. 269515
Sez. 1, n. 16019 del 27/01/2016, Bonura, Rv. 266620
Sez. 1, n. 38813 del 9/6/2015, Provenzano
Sez. 1, n. 12565 del 3/3/2015, Rv 262301
Sez. 1, n. 18791 del 6/2/2015, Caporrimo, Rv. 263508
Sez. 1, n. 7654 del 12/12/2014, dep. 2015, Trigila, Rv. 262417
Sez. 1, Sentenza n. 1774 del 29/09/2014, dep. 2015, Tarallo, Rv. 261858
Sez. 1, n. 48365 del 21/11/2012, Di Trapani, Rv. 253978
Sez. 1, n. 16681 del 24/1/2011, Buonanno, Rv. 249966

Sez. 1, n. 22373 del 08/05/2009, Aquino Rv. 244132
Sez. 1, n. 42553 del 14/10/2008, Cefariello, Rv. 241717
Sez. 1, n. 41081 del 21/10/2008, Belforte, Rv. 241939).
Sez. 1, n. 46013 del 29/10/2004, Foriglio, Rv. 230136
Sez. 1, n. 8936 del 22/11/2000, Piromalli, Rv. 218229
Sez. 1, n. 656 del 28/01/2000, Ranieri, Rv. 215494

Sentenze della Corte Costituzionale
Corte cost., sent. n. 97 del 2020.
Corte cost., sent. n. 122 del 2017
Corte cost., sent. n. 143 del 2013
Corte cost., sent.n. n. 190 del 2010
Corte cost., sent.n. 417 del 2004
Corte cost., sent.n. 390 del 2002,
Corte cost., sent.n. 349 del 1993,

Sentenze della Corte EDU
Corte EDU, sent. 25/10/2018, Provenzano c. Italia
Corte EDU, Grande Camera, sent. 17/9/2009, Enea c. Italia
Corte EDU, sent. 11/7/2006, Campisi c. Italia
Corte EDU, sent. 10/11/2005, Argenti c. Italia
Corte EDU, sent. 28/6/2005, Gallico c. Italia

CAPITOLO III

L'ESEGUIBILITA' DEL GIUDICATO PARZIALE

(DEBORA TRIPICCIONE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'eseguibilità del giudicato progressivo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. - 3. Le ricadute processuali del giudicato progressivo: a) sulle misure cautelari in corso. 3.1 (segue) b) in tema di reato continuato. - 3.2 (segue) c) in tema di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. - 3.3 (segue) (d) in tema di remissione della querela. - 3.4 (segue) e) in tema di revisione. - 4. Il contrasto giurisprudenziale sulla eseguibilità del giudicato parziale interno al capo: la tesi della predeterminazione nella sentenza della "pena minima". - 5. La tesi della "pena minima determinabile". - 5.1 Il giudice competente ad individuare la pena minima da eseguire.

1. Premessa.

Nell'anno in corso le Sezioni Unite sono state investite del contrasto giurisprudenziale insorto in merito alla eseguibilità del giudicato parziale formatosi sul punto relativo all'affermazione della responsabilità dell'imputato in caso di annullamento con rinvio delle sole statuizioni concernenti il trattamento sanzionatorio.

In particolare, la questione oggetto del richiesto intervento nomofilattico riguardava due distinti profili: 1) eseguibilità o meno del giudicato parziale interno al singolo capo di imputazione; 2) in caso di ritenuta eseguibilità, limiti e presupposti della stessa, avuto riguardo, in particolare, alla necessità che la pena da eseguire, nella misura minima non suscettibile di modificazioni *in melius*, sia individuata specificamente dalla Corte oppure possa esserlo, anche in ragione di computi ipotetici, dal giudice dell'esecuzione.

La questione è stata decisa dalle **Sezioni Unite all'udienza del 29/10/2020 (ric. Gialluisi).** Secondo quanto risulta dall'informazione provvisoria il Supremo Consesso ha ritenuto che «*in caso di annullamento parziale (art.* 624 *cod. proc. pen.), è eseguibile la pena principale irrogata in relazione ad un capo (o a più capi) non in connessione essenziale con la parte attinta dall'annullamento parziale per il quale abbiano acquisito autorità di cosa giudicata l'affermazione di responsabilità, anche in ordine alle circostanze del reato, e la determinazione della pena principale, essendo questa immodificabile nel giudizio di rinvio e individuata alla stregua delle sentenze pronunciate in sede di cognizione. La Corte di cassazione, con la sentenza rescindente o con l'ordinanza di cui all'art.* 624*, comma* 2*, cod. proc. pen. può solo dichiarare, quando occorre, quali parti della sentenza parzialmente annullata sono diventate irrevocabili.*»

2. L'eseguibilità del giudicato progressivo nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.

L'art. 624, comma 1, cod. proc. pen., che ha integralmente riprodotto l'art. 545 del cod. proc. pen. del 1930, prevede che, in caso di annullamento con rinvio limitato ad alcune disposizioni della sentenza, questa "ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata".

I maggiori problemi interpretativi posti da tale norma, sui quali si sono registrati plurimi interventi delle Sezioni Unite, hanno riguardato la questione specifica della operatività delle cause di estinzione del reato, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., nel caso in cui il giudizio di rinvio abbia ad oggetto il solo punto concernente il trattamento sanzionatorio.

L'analisi delle pronunce susseguitesi nell'arco di pochi anni sul tema consente, innanzitutto, di enucleare alcuni principi consolidati sia sul significato della locuzione "parti della sentenza" adottata dal legislatore all'art. 624 cod. proc. pen. che sul perimetro di eseguibilità del giudicato progressivo.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, le Sezioni Unite, pur distinguendo costantemente tra l'autorità di cosa giudicata, predicato del giudicato progressivo, e la eseguibilità che, ai sensi dell'art. 650 cod. proc. pen., connota le sentenze e i decreti penali "quando sono divenuti irrevocabili", hanno sostanzialmente ammesso che anche il giudicato parziale può avere forza esecutiva qualora si tratti di una sentenza cumulativa ed intervenga in relazione a uno o più capi di cui questa si compone. Si tratta, peraltro, di una logica conseguenza dell'autonomia delle azioni penali confluenti nel processo cumulativo, cosicché si viene a riconoscere forza esecutiva ai capi autonomi della sentenza che, non travolti direttamente dalla pronuncia rescindente e non legate alle parti annullate da vincolo di connessione essenziale, nella sostanza, concludono l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un determinato reato.

Quanto al significato della locuzione "parti della sentenza", sin da Sez. U., n. 373 del 23/11/1990, dep. 1991, Agnese, Rv. 186165, la Corte ha chiarito che la stessa si riferisce non solo ai singoli capi contenuti nella sentenza cumulativa, ma anche ai punti di una sentenza avente ad oggetto un unico capo. Si è, infatti, affermato che tale deve intendersi qualsiasi statuizione avente una sua autonomia giuridico-concettuale, riferibile non solo alle decisioni che concludono il giudizio in relazione ad un determinato capo d'imputazione, ma anche a quelle che nell'ambito di una stessa contestazione individuano aspetti non più suscettibili di riesame.

Ad avviso della Corte, infatti, il giudicato penale, sensibile allo sviluppo dinamico del rapporto processuale, può avere una formazione non simultanea, bensì progressiva: ciò accade non solo quando la sentenza di annullamento parziale viene

pronunciata nel processo cumulativo e riguarda solo alcuni degli imputati ovvero alcune delle imputazioni contestate, ma anche quando la stessa pronuncia ha ad oggetto una o più statuizioni relative ad un solo imputato e ad un solo capo d'imputazione, perché anche in questa ipotesi il giudizio si esaurisce in relazione a tutte le disposizioni non annullate né inscindibilmente connesse con quelle oggetto di annullamento.

La formazione del giudicato parziale o progressivo sulle parti della sentenza viene, tuttavia, considerata dalla Corte in funzione della delimitazione dell'oggetto del giudizio di rinvio piuttosto che in relazione alla possibile eseguibilità delle parti non annullate. Si afferma, infatti, che allorquando la legge riconosce autorità di cosa giudicata alla parte della sentenza non oggetto di annullamento, non intende riferirsi al giudicato in senso sostanziale, né all'intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione, bensì soltanto all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione.

Ad avviso della Corte, infatti, la eseguibilità di una sentenza penale di condanna non deve essere confusa con l'autorità di cosa giudicata attribuibile ad una o più statuizioni in essa contenute. Nel primo caso, infatti, la definitività del provvedimento va posta in relazione alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo e, quindi, alla materiale e giuridica possibilità di esecuzione della sentenza nei confronti di un determinato soggetto; nel secondo caso, invece, la definitività della pronuncia è conseguente all'esaurimento del giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato.

Sulla base di tali considerazioni le Sezioni Unite hanno, pertanto, escluso che possa essere dichiarata la prescrizione del reato quando la causa estintiva sia maturata successivamente alla sentenza di annullamento parziale pronunciata dalla Corte su statuizioni diverse da quelle concernenti l'accertamento del reato e l'affermazione di responsabilità dell'imputato.

Un'ulteriore progressione ermeneutica si è registrata con la sentenza Ligresti (Sez. U., n. 6019 del 11/5/1993), Rv. 193418 – 193421) in cui il Supremo Consesso, oltre a confermare la stessa nozione di "parti della sentenza" adottata dalle Sezioni Unite Agnese, ha precisato che, qualora l'annullamento parziale abbia ad oggetto statuizioni diverse dall'accertamento del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato, «la pronuncia di condanna diviene irrevocabile, con conseguente preclusione per il giudice di rinvio di dichiarare prescritto il reato, non solo quando la causa estintiva sia sopravvenuta ma anche quando, eventualmente, tale causa fosse preesistente e non sia stata valutata dalla Corte di cassazione.» (Rv. 193418)

A sostegno di tale principio, le Sezioni Unite hanno affermato che, sebbene il giudice di rinvio decida con gli stessi poteri che aveva il giudice della sentenza annullata e, quindi, normalmente, del giudice di appello (limitatamente ai punti che

furono oggetto dell'annullamento o in connessione essenziale con la parte annullata), se il rinvio riguarda soltanto la determinazione della pena, non potrà trovare applicazione l'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., ad esempio, per la concessione di attenuanti (Rv. 193420).

Con la successiva sentenza n. 4460 del 19/1/1994, Cellerini, le Sezioni Unite, hanno chiarito che il rapporto di "connessione essenziale" tra parti annullate e parti non annullate della sentenza deve intendersi come necessaria interdipendenza logico giuridica tra le parti suddette, nel senso che l'annullamento di una di esse provochi inevitabilmente il riesame di altra parte della sentenza seppure non annullata (Rv. 196887).

Inoltre, le Sezioni Unite Cellerini hanno nuovamente ribadito la dicotomia che la formazione del giudicato progressivo implica tra la "irrevocabilità" e la "eseguibilità" della sentenza, «*differita in tal caso "in un tempo successivo e condizionato*». Ad avviso del Supremo Consesso, infatti, l'autorità di cosa giudicata non va scambiata con l'esecutorietà di una decisione, perché l'esecutorietà non è sufficiente ad attribuire ad un provvedimento la suddetta autorità e, talvolta, neppure il carattere della irrevocabilità mentre vi possono essere decisioni aventi autorità di cosa giudicata senza essere in tutto o in parte eseguibili (come, ad esempio, prosegue ancora la Corte, nel caso della condanna a pena condizionalmente sospesa o che fruisca di indulto revocabile o condizionato ovvero nei casi di differimento della esecuzione della pena previsti dagli artt. 146 e 147 cod. pen. e, comunque, della sentenza di condanna nel periodo di tempo intercorrente tra il momento in cui la stessa è stata pronunciata e quella della sua messa in esecuzione).

Riprendendo il principio già affermato dalle Sezioni Unite Agnese in merito alla eseguibilità differita del giudicato progressivo, le Sezioni Unite Cellerini hanno, pertanto, affermato che, con riferimento all'ipotesi della formazione progressiva del giudicato, conseguente ad annullamento parziale dell'impugnata sentenza da parte della Corte di cassazione, il differimento della "eseguibilità" della sentenza anche nelle parti non annullate ad un tempo successivo - ossia a quello in cui la sentenza sia divenuta definitiva in ogni sua parte - deve ritenersi del tutto legittimo giacché mentre la eseguibilità della sentenza di condanna va posta in relazione alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo e, quindi, alla materiale e giuridica possibilità della esecuzione della sentenza nei confronti di un determinato soggetto, l'autorità di cosa giudicata attribuita ad una o più statuizioni contenute nella stessa sentenza di annullamento parziale è conseguente all'esaurimento del relativo giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato. (Rv. 196888).

Successivamente, le Sezioni Unite Vitale (sentenza n. 20 del 9/10/1996, Rv. 206170), hanno ribadito la possibilità di formazione progressiva del giudicato sia quando una sentenza di annullamento parziale venga pronunciata nel processo

cumulativo e riguardi solo alcuni degli imputati ovvero alcune delle imputazioni, sia quando detta pronuncia abbia ad oggetto una o più statuizioni relative ad un solo imputato e ad un solo capo di imputazione. La Corte ha, inoltre, affermato che la competente autorità giudiziaria può legittimamente porre in esecuzione il titolo penale per la parte divenuta irrevocabile, nonostante il processo, in conseguenza dell'annullamento parziale, debba proseguire in sede di rinvio per la nuova decisione sui capi annullati.

Tale principio di diritto solo in apparenza si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite Agnese e Cellerini in quanto, in realtà, la Corte, riprendendo il principio affermato da Sez. 1, n. 4506 del 10/12/1990, Teardo, riferisce l'eseguibilità al solo giudicato parziale, formatosi nell'ipotesi di sentenza cumulativa, su singoli capi.

Nonostante i reiterati interventi delle Sezioni Unite, la questione relativa alla operatività delle cause di estinzione del reato maturate successivamente all'annullamento con rinvio sul solo punto concernente il trattamento sanzionatorio ha continuato ad animare la giurisprudenza, determinando, così, una successiva rimessione alle Sezioni Unite che, con la sentenza n. 4904 del 26/3/1997, Attinà, hanno ribadito la soluzione negativa già adottata dalle Sezioni Unite Agnese, Ligresti e Cellerini (Rv. 207640).

Confrontandosi con l'obiezione mossa da alcuni arresti favorevoli ad individuare una connessione essenziale tra il reato e la relativa sanzione, le Sezioni Unite hanno rilevato che, fermo restando che, di norma, alla commissione di un reato e all'accertamento della colpevolezza segue l'applicazione della relativa sanzione, l'analisi della disciplina codicistica in tema di cause di giustificazione, scusanti, cause di non punibilità e perdono giudiziale dimostra che l'applicabilità della pena non rappresenta una costante del reato. Emerge, dunque, una netta distinzione tra punibilità e reato da cui discende la stessa configurabilità del giudicato progressivo. Affermano, infatti, le Sezioni Unite che «potendo intervenire in momenti distinti l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione della pena e non essendo quest'ultima elemento costitutivo del reato, non è "extra ordinem" la concezione di una definitività decisoria che, attinendo all'accertamento della responsabilità dell'autore del fatto criminoso e ponendo fine all'iter processuale su tale parte, crei una barriera invalicabile all'applicazione di cause estintive del reato, sopravvenute alla sentenza di annullamento ad opera della Cassazione o eventualmente già esistenti e non prese in considerazione» e ciò pur permanendo il residuo potere cognitivo del giudice del rinvio in ordine alla determinazione della pena.

Rispondendo, infine, all'ulteriore obiezione concernente le ricadute del principio affermato sulla prescrizione del reato e della pena – configurandosi la regiudicata solo ai fini del primo termine mentre è ancora *sub iudice* quella concernente la

determinazione della pena - le Sezioni Unite hanno nuovamente ribadito la distinzione tra l'autorità di cosa giudicata attribuita alle parti della sentenza non annullate e il giudicato "sostanziale".

L'inesistenza di una corrispondenza biunivoca tra autorità di cosa giudicata, attribuibile alle parti della sentenza non oggetto di annullamento, e la eseguibilità della sentenza penale di condanna è stata, infine, ribadita da Sez. U., n. 16208 del 27/3/2014, C., sul presupposto che la definitività del provvedimento va raccordata alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo mentre l'autorità di cosa giudicata, di cui all'art. 624 cod. proc. pen., consegue all'esaurimento del giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa esecutiva.

3. Le ricadute processuali del giudicato progressivo: a) sulle misure cautelari in corso.

Alcuni successivi arresti della giurisprudenza di legittimità hanno esaminato la questione relativa alla qualificazione dello stato detentivo dell'imputato nel giudizio, se in custodia cautelare o in esecuzione della pena, considerando l'oggetto del giudicato progressivo. Con riferimento alla sentenza cumulativa, è stato affermato che qualora l'annullamento parziale con rinvio riguardi un capo di imputazione, la parte della sentenza riguardante l'affermazione definitiva della responsabilità per i restanti delitti acquista autorità di cosa giudicata; ne deriva che, in relazione a questi ultimi, l'imputato si troverà detenuto non più in stato di custodia cautelare, ma in espiazione della pena definitiva (Sez. 1, n. 36331 del 30/6/2015, Cafasso, Rv. 264528).

Diversamente, si è ritenuto che qualora il giudicato progressivo riguardi il solo punto concernente l'accertamento del reato e la responsabilità dell'imputato, la detenzione dell'imputato deve essere considerata come custodia cautelare, e non come esecuzione di pena definitiva (Sez. 1, n. 22293 del 5/5/2004, De Finis, Rv. 228199; Sez. 6, n. 2324 del 19/12/2013, Ben Lahmar, Rv 258251; Sez. 5, n. 46431 del 13/9/2017, P.G. in proc. Licciardi).

Quanto all'individuazione dei termini di durata della custodia cautelare, numerosi arresti hanno affermato che in caso di annullamento con rinvio limitatamente al trattamento sanzionatorio o all'esclusione di una circostanza aggravante, deve ritenersi che si sia formato il giudicato progressivo sul punto concernente l'affermazione della responsabilità dell'imputato, a prescindere dalle statuizioni del giudice sul bilanciamento delle circostanze, cosicché, per i termini di custodia cautelare, deve farsi riferimento, ai sensi dell'art. 303, comma primo, lett. d), seconda parte, cod. proc. pen., ai termini per la durata massima delle misure cautelari stabiliti dal quarto comma dello stesso articolo e non a quelli di fase rapportati alla pena in concreto irrogata (Sez. 4, n. 10674 del 19/2/2013, Macrì, Rv. 254940; Sez. 6, n. 273

del 5/11/2013, Elia, Rv. 257769; Sez. 2, n. 8846 del 12/2/2014, Guzzo, Rv. 259068; Sez. 6, n. 29554 del 3/4/2014, D'Agostino, Rv. 259814; Sez. 2, n. 45095 del 4/7/2017, Assinnata, Rv. 272260).

3.1 b) in tema di reato continuato.

Alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite in tema di giudicato progressivo, può, dunque, ritenersi eseguibile il giudicato parziale formatosi su uno o più capi di una sentenza cumulativa, purché gli stessi non siano in connessione essenziale con quelli annullati. Tale principio è stato chiaramente affermato, sia pure in termini non assoluti, in tema di reato continuato.

Numerosi arresti hanno, infatti, riconosciuto l'eseguibilità del giudicato formatosi sul reato base solo ove il titolo contenga anche l'indicazione della pena minima da espiare. Il principio è stato affermato chiaramente da Sez. 6, n. 3216 del 14/11/1997, Maddaluno, Rv. 208873, secondo cui "per il principio di formazione progressiva del giudicato, quando la decisione sia irrevocabile in relazione all'affermazione di responsabilità dell'imputato, e rispetto ad essa la sentenza contenga già l'indicazione della pena da irrogare, la sentenza di condanna deve essere posta in esecuzione e il rinvio parziale operato dalla cassazione per ipotesi di reato poste in continuazione con la prima non incide sulla immediata eseguibilità del giudicato." (in termini conformi, Sez. 1, n. 2071 del 20/3/2000, Sodano, Rv. 215949, Sez. 5, n. 2541 del 2/7/2004, dep. 2005, Pipitone, Rv. 230891 e da Sez. 1, n. 15949 del 21/2/2013, Antonacci, Rv. 256255).

Simmetricamente, è stato ritenuto non eseguibile il giudicato parziale formatosi su taluni reati nell'ipotesi in cui l'esito del giudizio di rinvio avrebbe potuto determinare l'individuazione di un diverso reato più grave e, dunque, un mutamento della struttura del reato continuato (Sez. 1, n. 32477 del 19/6/2013, Dello Russo, Rv. 257003).

Alcuni arresti hanno, inoltre, ritenuto insufficiente la mera determinabilità della pena minima da eseguire. In particolare, Sez. 1, n. 6189 del 7/12/2019, Castiglione, Rv. 278473, ha affermato il principio di diritto così massimato: Il principio secondo cui la sentenza di condanna per la parte divenuta irrevocabile deve essere posta in esecuzione anche in caso di rinvio parziale disposto dalla Corte di cassazione per ipotesi di reato in continuazione con quelle non attinte dall'annullamento, ricollegabile alla regola della formazione progressiva del giudicato, trova applicazione solo se la pena minima da espiare sia stata indicata in modo specifico dalla sentenza di merito divenuta parzialmente irrevocabile, non essendo sufficiente che detta pena sia solo determinabile, anche mediante ragionamenti logici o normativi che conducono a risultati certi, ed il giudizio di rinvio non possa portare ad uno

stravolgimento delle indicazioni di pena in esito ad una rivisitazione della struttura del reato continuato, con diversa qualificazione del reato più grave all'interno della sequela criminosa (conf. **Sez. 1, n. 6190 del 17/12/2019, dep. 2020, Bruno).** Ad avviso della Corte, non è, invece, necessario che la pena inderogabile nel contenuto minimo sia espressamente indicata dalla Corte di cassazione nella sentenza di annullamento. Si osserva, infatti, che il potere di determinazione delle parti divenute irrevocabili, ai sensi dell'art. 624, comma 2, cod. proc. pen., serve a delimitare l'ambito cognitivo e decisorio del giudizio di rinvio; il suo esercizio, quindi, produce una declaratoria che non ha efficacia costitutiva dell'effetto dell'irrevocabilità dei capi estranei alla pronuncia rescindente, ma ha solo efficacia dichiarativa.

E' stata, infine, esclusa l'eseguibilità del giudicato parziale su taluni reati avvinti dalla continuazione nell'ipotesi in cui l'esito del giudizio di rinvio possa influire sull'eventuale superamento della soglia di due anni prevista per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena (Sez. 1, n. 45340 del 10/9/2019, Vinciguerra, Rv. 277915).

3.2 c) in tema di ricorso straordinario per errore materiale o di fatto.

Sviluppando il percorso ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite in tema di giudicato progressivo, Sez. U., n. 28717 del 21/6/2012, Brunetto, Rv. 252935 ha affermato che la legittimazione alla proposizione del ricorso straordinario per cassazione a norma dell'art. 625-bis cod. proc. pen. spetta anche alla persona condannata nei confronti della quale sia stata pronunciata sentenza di annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono alla determinazione del trattamento sanzionatorio.

Pur ribadendo che l'autorità di cosa giudicata acquisita, ai sensi dell'art. 624 cod. proc. pen., dalle parti della sentenza non annullate, non legate da connessione essenziale con quelle annullate, non si riferisce al cosiddetto giudicato sostanziale né all'intrinseca idoneità della sentenza ad essere posta in esecuzione, ma soltanto «all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione», le Sezioni Unite hanno, comunque, precisato che, qualora sia divenuta irrevocabile l'affermazione di penale responsabilità in ordine ad un determinato reato, con prosecuzione del giudizio in sede di rinvio ai soli fini del trattamento sanzionatorio, deve ritenersi ontologicamente venuta meno la presunzione di non colpevolezza cosicché deve ritenersi che la posizione dell'imputato sia trasformata in quella di «condannato, anche se a pena ancora da determinare in via definitiva.»

Ad avviso delle Sezioni Unite, ove si escludesse la possibilità di presentare il ricorso per errore di fatto della pronuncia rescindente, si verrebbe a determinare una irragionevole disparità di trattamento tra i condannati i cui ricorsi siano stati

integralmente respinti – ammessi a proporre immediatamente ricorso straordinario con la conseguente possibilità di fruire di un rimedio che può condurre alla sospensione dell'esecuzione – e quelli che abbiano, invece, visto il loro ricorso parzialmente accolto con sentenza di annullamento parziale i quali, invece, non potrebbero subito presentare ricorso straordinario al fine di far valere l'errore rescindente e prevenire, per questa via, l'eseguibilità parziale della sentenza di condanna.

3.3 d) in tema di remissione della querela.

Secondo un isolato arresto della giurisprudenza di legittimità in caso di formazione progressiva del giudicato sul punto concernente l'affermazione di responsabilità dell'imputato, non si è in presenza di una condanna in senso formale cosicché, ove sopraggiunga la remissione della querela, ritualmente accettata dall'imputato, non è preclusa la dichiarazione di estinzione del reato. Sez. 1, n. 11206 del 28/9/1994, Ponzetta, Rv. 199621 ha, infatti, affermato che l'espressione condanna è usata per qualificare l'intero provvedimento giurisdizionale, che comprende il riconoscimento della responsabilità dell'imputato in ordine ad un determinato reato e l'applicazione della pena relativa al medesimo. Ne consegue che non si è in presenza di una condanna allorché è stata accertata soltanto la responsabilità dell'imputato, ma non è stata ancora applicata la pena relativa, ipotesi che normalmente si verifica nel caso di annullamento di sentenza del giudice di merito su punti diversi da quello concernente l'affermazione di responsabilità dell'imputato. In tale ipotesi è preclusa soltanto la discussione sulla responsabilità dell'imputato ma non si è in presenza di una condanna, in quanto la decisione, per non essere completa nei suoi necessari elementi di affermazione di responsabilità e di applicazione di pena non può essere posta in esecuzione, non presentando i requisiti dell'irrevocabilità di cui all'art. 648 cod. proc. pen.

3.4 e) in tema di revisione.

Sulla base di analoghe considerazioni, Sez. 5, n. 40941 del 19/9/2013, Arangio Mazza, Rv. 257249 ha ritenuto inammissibile la richiesta di revisione di una sentenza di condanna che risulti definitiva solo con riferimento all'"*an*" della colpevolezza e non anche al "*quantum"* della pena. Ad avviso della Corte, infatti, sebbene il nostro ordinamento processuale preveda il giudicato progressivo, l'irrevocabilità è propria delle sole sentenze «interamente passate in giudicato». Fintanto che l'intera decisione non sia divenuta definitiva, prosegue ancora la Corte, la sentenza non può ritenersi irrevocabile, con la conseguenza che, se, ad esempio, sopravvenisse una *abrogatio*

delicti, la stessa, sebbene non irrevocabile *quoad poenam*, non potrebbe più trovare esecuzione.

4. Il contrasto giurisprudenziale sulla eseguibilità del giudicato parziale interno al capo: la tesi della predeterminazione nella sentenza della "pena minima".

Nonostante dai reiterati arresti delle Sezioni Unite sul tema emerga una costante linea ermeneutica che, sulla scorta della dicotomia tra autorità di cosa giudicata ed eseguibilità, riconosce, alle condizioni sopra esaminate, forza esecutiva al giudicato parziale formatosi sul capo nel caso di sentenza cumulativa, alcuni arresti delle sezioni semplici hanno ritenuto di estendere tale principio anche all'ipotesi in cui l'irrevocabilità riguardi l'affermazione della responsabilità dell'imputato, proseguendo il giudizio in sede di rinvio in relazione al solo trattamento sanzionatorio.

Come evidenziato dalla Prima sezione con l'ordinanza di rimessione (n. 21824 del 19/12/2019), il contrasto interpretativo ha interessato, oltre l'eseguibilità della pena ed i limiti della stessa, anche l'ulteriore tema concernente la necessità che detta pena sia già determinata dalla sentenza ovvero possa essere computata, in assenza di un'indicazione espressa in sentenza, dagli organi dell'esecuzione – sulla base di calcoli ipotetici che «prefigurino il miglior esito possibile, a favore dell'imputato, del giudizio di rinvio» - ovvero debba essere indicata nella sentenza di annullamento con rinvio, in conseguenza della quale si è formato il giudicato parziale.

Nel caleidoscopio delle molteplici pronunce sul tema (riguardanti, ora l'incidente di esecuzione promosso avverso l'ordine di carcerazione, ora, questioni attinenti alla decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare), è possibile enucleare le linee essenziali di un primo orientamento ermeneutico che, in caso di annullamento parziale con rinvio in relazione al solo punto relativo al trattamento sanzionatorio, riconosce l'eseguibilità del giudicato parziale solo qualora sia già determinata la pena detentiva minima da porre in esecuzione e questa sia insuscettibile di modificazioni *in melius* all'esito del giudizio di rinvio.

Innanzitutto, Sez. 1, n. 23592 del 5/6/2012, Martuzi, Rv. 253337, pronunciandosi in una fattispecie in cui l'annullamento con rinvio aveva interessato il solo punto relativo alla misura di sicurezza dell'espulsione, ha ritenuto eseguibile la condanna ormai definitiva sui punti concernenti sia l'affermazione di responsabilità che la pena.

Analogamente, Sez. 1, n. 41941 del 21/9/2012, Pitarà, Rv. 253622, in relazione ad una fattispecie in cui l'annullamento con rinvio aveva interessato la circostanza aggravante di cui all'art. 80 d.P.R. n. 309 del 1990, ha riconosciuto forza esecutiva al giudicato formatosi sull'affermazione di responsabilità dell'imputato in ordine al

reato di cui all'art. 73 del citato d.P.R. ed alla pena minima determinata in sentenza per detta fattispecie, dal momento che l'esito del giudizio di rinvio avrebbe potuto comportare soltanto un aumento di pena a seguito del riconoscimento dell'aggravante.

La determinazione della pena minima da espiare, quale condizione di eseguibilità del giudicato parziale, è stata successivamente ribadita da Sez. 1, n. 25881 del 12/5/2015, Neri, e da Sez. 1, n. 3273 del 19/12/2016, dep. 2017, Gallo.

Nella successiva sentenza emessa da Sez. 1, n. 12904 del 10/11/2017, Centonze, Rv. 272610, la Corte ha delimitato con ulteriore precisione il perimetro di eseguibilità del giudicato parziale relativo a sentenza formata da un solo capo di imputazione. La Corte ha, infatti, affermato che, in tema di cosa giudicata, la formazione del giudicato non coincide con l'eseguibilità del titolo, costituendo la prima il mero presupposto della seconda; pertanto l'annullamento con rinvio di una sentenza di condanna composta di un unico capo in relazione al solo trattamento sanzionatorio non comporta automaticamente, in applicazione del principio della formazione progressiva del giudicato, l'immediata eseguibilità di detta sentenza, che può ricorrere soltanto qualora la pena sia definita con certezza nel "quantum" minimo inderogabile. Ad avviso della Corte, infatti, là dove la decisione di annullamento parziale interna al singolo capo di imputazione intervenga sul solo punto concernente il trattamento sanzionatorio, «*per effetto della necessità di un nuovo giudizio, a titolo esemplificativo, in punto di circostanze o di bilanciamento di esse*», il tema rimesso al giudice di merito può determinare la non eseguibilità della decisione divenuta irrevocabile, per «mancata o non possibile individuazione certa della pena».

Sez. 1, n. 43824 del 12/4/2018, Milito, Rv. 274639 ha delineato con maggiore chiarezza i termini dell'orientamento in esame affermando che, in caso di annullamento parziale della sentenza, qualora sia rimessa al giudice del rinvio la sola questione relativa al riconoscimento di una circostanza aggravante, il giudicato formatosi sull'accertamento del reato e sulla responsabilità dell'imputato impone che la sentenza di condanna, contenente l'indicazione della pena detentiva minima irrogata per effetto delle statuizioni non attinte dall'annullamento, sia posta in esecuzione.

La Corte, riprendendo la propria precedente giurisprudenza sul significato del sintagma "parti della sentenza", e tenendo, altresì, conto della distinzione, evidenziata dalle Sezioni Unite Cellerini, tra i concetti giuridici di giudicato e di eseguibilità del titolo decisorio, ha affermato che l'eseguibilità della parte della decisione non attinta dall'annullamento parziale con rinvio, né con questo in rapporto di connessione essenziale, «è determinata non da meccanismi inerenti a titolo provvisoriamente esecutivo, bensì esclusivamente dal giudicato che risulti essersi formato sulle parti di

sentenza che, ex art. 624 cit., risultino riferite non solo alla statuizione di responsabilità, ma anche alla pena minima da portare esecuzione.»

Ad avviso della Corte, dunque, la pena "minima" deve potersi definire con certezza dalle statuizioni non attinte dalla sentenza di annullamento parziale con rinvio. Si esclude, infatti, la giuridica possibilità dell'emissione di un ordine di esecuzione per la carcerazione che si fondi «su una pena incerta nella sua entità minima o che si basi sul computo di tale entità, su cui però non possa dirsi maturata l'irrevocabilità del giudicato, per essere la stessa, suscettibile -all'esito del giudizio di rinvio inerente al residuo thema decidendum – di modificazioni in melius.»

5. La tesi della "pena minima determinabile".

Altri recenti arresti hanno ulteriormente sviluppato la tesi sopra esaminata ammettendo l'eseguibilità del giudicato interno al singolo capo di imputazione, formatosi sulla affermazione della penale responsabilità dell'imputato, anche nell'ipotesi in cui la pena minima non sia determinata, ma determinabile secondo precisi criteri logico-giuridici.

Tale orientamento è stato inaugurato, sia pure con riferimento alla determinazione della pena base del reato più grave avvinto dalla continuazione, da Sez. 1, n. 19644 del 9/4/2019, Gallo, Rv. 275605, in cui la Corte, nell'escludere l'effetto preclusivo della decisione adottata in sede di incidente cautelare, ha ritenuto sufficiente, ai fini dell'eseguibilità del giudicato parziale, la determinabilità della pena base per il delitto individuato come reato più grave della continuazione criminosa.

Lo spunto argomentativo offerto dalla sentenza Gallo è stato ulteriormente sviluppato e chiarito da Sez. 1, n. 33154 del 15/5/2019, Chirico, Rv. 277226 secondo cui in caso di annullamento parziale della sentenza, qualora sia rimessa al giudice del rinvio la sola questione relativa al riconoscimento di una circostanza aggravante, il giudicato formatosi sull'accertamento del reato e sulla responsabilità dell'imputato impone che la sentenza di condanna ad una pena che, seppure non determinata, sia determinabile nel minimo e modificabile soltanto in aumento, sia posta in esecuzione. Nella fattispecie, il Procuratore generale presso la Corte di appello aveva chiesto alla Corte di cassazione di stabilire se, ai fini dell'emissione dell'ordine di esecuzione nei confronti dell'imputato, condannato alla pena dell'ergastolo per i reati di omicidio aggravato e in tema di armi con sentenza oggetto di annullamento parziale, limitatamente all'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 4 cod. pen., occorreva una ordinanza della Corte che determinasse quali parti della sentenza avevano acquistato autorità di cosa giudicata.

La Corte, rilevando preliminarmente che i capi della sentenza concernenti i reati satellite ed il punto relativo alla affermazione di responsabilità per il delitto di

omicidio, in quanto privo di connessione essenziale con la parte annullata, avevano acquistato autorità di cosa giudicata, ha affermato che ciò costituisce la premessa della loro esecutività. Nel caso di specie, tuttavia, l'annullamento aveva interessato l'intero punto sul trattamento sanzionatorio, concernente sia il delitto di omicidio che i reati satellite, atteso che la pena dell'ergastolo - in cui era stata assorbito l'aumento a titolo di continuazione - era stata comminata in ragione del concorso della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 4 cod. pen., attinta dall'annullamento. Ad avviso della Corte, la mancanza di una pena determinata, quale effetto della pronuncia rescindente, non impediva l'esecutività del punto concernente l'affermazione di responsabilità per l'omicidio né dei due capi concernenti le armi. Pur confrontandosi con i principi affermati dall'orientamento esaminato nel precedente paragrafo, la Corte ha, infatti, ritenuto che sussiste una piena equivalenza tra una pena determinata, in parte, con statuizione irrevocabile in punto di responsabilità, e una pena che, seppure non determinata, è determinabile con certezza nel minimo, a fronte della irrevocabilità dell'affermazione di responsabilità e senza che il giudizio di rinvio possa apprezzare la ricorrenza di attenuanti, non ritenute dai giudici di merito e la cui mancata applicazione non ha formato oggetto dei motivi di ricorso accolti. «Quel che rileva, a giudizio del Collegio, è che non residuino margini di incertezza in ordine al quantitativo di pena (minima) non più passibile di essere modificata, se non in aumento, poco importando se quel quantitativo sia espressamente indicato nella parte di sentenza non annullata o se, invece, sia implicitamente desumibile dalla statuizione irrevocabile in punto di responsabilità come diretta conseguenza del combinarsi di detta statuizione con le inderogabili previsioni di legge circa il limite edittale minimo per il reato riconosciuto in sentenza.»

Alla luce di tale considerazione, la Corte ha reputato irrilevante, nel caso di specie, l'omessa determinazione della pena minima da parte del giudice di merito, la cui specie era stata condizionata dalla riconosciuta circostanza aggravante, ed ha dichiarato eseguibile la pena di anni ventuno di reclusione, pari alla pena minima prevista per legge per il reato più grave.

I principi affermati dalla sentenza Chirico sono stati successivamente ribaditi da Sez. 1, n. 42728 del 20/9/2019, Buonavoglia.

6. Il giudice competente ad individuare la pena minima da eseguire.

L'adesione alla tesi esaminata nel par. 5 lascia aperta l'ulteriore questione concernente l'individuazione del giudice competente ad individuare la pena minima da eseguire, ove questa non sia stata già determinata nella sentenza oggetto di annullamento parziale. Al riguardo possono prospettarsi due soluzioni: l'incidente di

esecuzione ovvero il ricorso alla stessa Corte di cassazione ai sensi dell'art. 624, comma 2, cod. pen.

Quanto alla prima ipotesi, secondo un principio consolidato, spetta al giudice dell'esecuzione penale il potere-dovere di interpretare il giudicato e di renderne espliciti il contenuto e i limiti, ricavando dalla sentenza irrevocabile tutti gli elementi, anche non chiaramente espressi, che siano necessari per finalità esecutive e, in particolare, per l'applicazione di cause estintive e per la revoca dei benefici condizionati (Sez. 1, n. 14984 del 13/3/2019, Versaci, Rv. 275063; Sez. 1, n. 16039 del 2/2/2016, Violino, Rv. 266624).

Va, tuttavia, considerato, in senso contrario alla soluzione in esame, che Sez. 1, n. 3791 del 31/10/2000, dep. 2001, Trotta, Rv. 218044, ha escluso che il pubblico ministero possa chiedere preventivamente al giudice dell'esecuzione una valutazione dell'esecutività della sentenza e della conseguente legittimità dell'ordine di esecuzione.

In alternativa all'incidente di esecuzione, il P.M. potrebbe chiedere alla Corte di cassazione di dichiarare, ai fini della successiva emissione dell'ordine di esecuzione, le parti della sentenza che hanno acquistato autorità di cosa giudicata, ivi compresa quella relativa alla pena minima.

L'art. 624, comma 2, cod. proc. pen. prevede, infatti, che la Corte di cassazione, contestualmente alla pronuncia rescindente, dichiari in dispositivo quali parti della sentenza annullata sono divenute irrevocabili. In caso di omissione, la norma prevede, inoltre, che, d'ufficio, o su domanda del giudice del rinvio, del pubblico ministero presso il medesimo giudice o della parte privata interessata, la Corte indica le parti divenute irrevocabili con successiva ordinanza in camera di consiglio, da trascriversi a margine o in calce alla sentenza.

Secondo un consolidato principio di diritto, tale declaratoria ha un'efficacia meramente dichiarativa e non costitutiva (Sez. 2, n. 6287 del 15/12/1999, dep. 2000, Piconi, Rv. 217857; Sez. 2, n. 46419 del 16/10/2014, Barchetta, Rv. 261050; Sez. 4, n. 29186 del 29/5/2018, Marangio, Rv. 272966; **Sez. 1, n. 10880 del 17/1/2020, Toscano**). Si afferma, infatti, che l'irrevocabilità delle parti non annullate, prive di connessione essenziale con quelle annullate, discende dalla sentenza di annullamento e non dalla declaratoria della Corte (si veda anche, in motivazione, **Sez. 1, n. 6189 del 17/12/2019, dep. 2020, Castiglione, Rv. 278473** che ha precisato che tale potere serve a delimitare il perimetro cognitivo e decisorio del giudizio di rinvio come può desumersi anche dall'art. 628, comma 2, cod. proc. pen. secondo cui la sentenza del giudice di rinvio può essere impugnata soltanto per motivi non riguardanti i punti già decisi dalla Corte di cassazione ovvero per inosservanza dell'art. 627, comma 3, cod. proc. pen.)

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 10880 del 17/1/2020, Toscano
Sez. 1, n. 21824 del 19/12/2019, Gialluisi
Sez. 1, n. 6190 del 17/12/2019, dep. 2020, Bruno
Sez. 1, n. 6189 del 17/12/2019, dep. 2020, Castiglione, Rv. 278473
Sez. 1, n. 6189 del 7/12/2019, Castiglione, Rv. 278473
Sez. 1, n. 42728 del 20/9/2019, Buonavoglia,
Sez. 1, n. 45340 del 10/9/2019, Vinciguerra, Rv. 277915
Sez. 1, n. 33154 del 15/5/2019, Chirico, Rv. 277226
Sez. 1, n. 19644 del 9/4/2019, Gallo, Rv. 275605
Sez. 1, n. 14984 del 13/3/2019, Versaci, Rv. 275063
Sez. 4, n. 29186 del 29/5/2018, Marangio, Rv. 272966
Sez. 1, n. 43824 del 12/4/2018, Milito, Rv. 274639
Sez. 1, n. 12904 del 10/11/2017, Centonze, Rv. 272610
Sez. 5, n. 46431 del 13/9/2017, P.G. in proc. Licciardi
Sez. 2, n. 45095 del 4/7/2017, Assinnata, Rv. 272260
Sez. 1, n. 3273 del 19/12/2016, dep. 2017, Gallo
Sez. 1, n. 16039 del 2/2/2016, Violino, Rv. 266624
Sez. 1, n. 36331 del 30/6/2015, Cafasso, Rv. 264528
Sez. 1, n. 25881 del 12/5/2015, Neri
Sez. 2, n. 46419 del 16/10/2014, Barchetta, Rv. 261050
Sez. 6, n. 29554 del 3/4/2014, D'Agostino, Rv. 259814
Sez. U., n. 16208 del 27/3/2014, C., Rv. 258652-258654
Sez. 2, n. 8846 del 12/2/2014, Guzzo, Rv. 259068
Sez. 6, n. 2324 del 19/12/2013, Ben Lahmar, Rv 258251
Sez. 6, n. 273 del 5/11/2013, Elia, Rv. 257769
Sez. 5, n. 40941 del 19/9/2013, Arangio Mazza, Rv. 257249
Sez. 1, n. 32477 del 19/6/2013, Dello Russo, Rv. 257003
Sez. 1, n. 15949 del 21/2/2013, Antonacci, Rv. 256255
Sez. 4, n. 10674 del 19/2/2013, Macrì, Rv. 254940
Sez. 1, n. 41941 del 21/9/2012, Pitarà, Rv. 253622
Sez. U., n. 28717 del 21/6/2012, Brunetto, Rv. 252935
Sez. 1, n. 23592 del 5/6/2012, Martuzi, Rv. 253337
Sez. 5, n. 2541 del 2/7/2004, dep. 2005, Pipitone, Rv. 230891
Sez. 1, n. 22293 del 5/5/2004, De Finis, Rv. 228199
Sez. 1, n. 3791 del 31/10/2000, dep. 2001, Trotta, Rv. 218044
Sez. 1, n. 2071 del 20/3/2000, Sodano, Rv. 215949

Sez. 2, n. 6287 del 15/12/1999, dep. 2000, Piconi, Rv. 217857
Sez. U., n. 4904 del 26/3/1997, Attinà, Rv. 207640
Sez. U., n. 20 del 9/10/1996, Vitale, Rv. 206170
Sez. 1, n. 11206 del 28/9/1994, Ponzetta, Rv. 199621
Sez. U., n. 4460 del 19/1/1994, Cellerini, Rv. 196887 - 196888
Sez. U., n. 6019 del 11/5/1993, Ligresti, Rv. 193418 - 193421
Sez. U., n. 6019 del 11/5/1993, Rv. 193418 - 193421
Sez. U., n. 373 del 23/11/1990, dep. 1991, Agnese, Rv. 186165

CAPITOLO IV

LA DEDUCIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLE NULLITÀ INSANABILI DERIVANTI DALL'OMESSA CITAZIONE IN GIUDIZIO

(ANDREA NOCERA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. - 2. La giurisprudenza di legittimità sul tema. - 2.1.L'orientamento tradizionale che esclude la deducibilità delle nullità "in executivis"- 2.2.L'orientamento che ritiene ammissibile l'incidente di esecuzione - 2.3.La possibilità di conversione dell'incidente di esecuzione nel rimedio rescissorio - 3. Considerazioni di sintesi.

1. La questione controversa.

La questione rimessa alle Sezioni Unite trae origine da un contrasto di giurisprudenza in ordine alla possibilità, nel vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67, introduttiva del processo in assenza, di esperire incidente di esecuzione *ex* art. 670 cod. proc. pen. per far valere la non esecutività del titolo ove si verifichino nullità endoprocessuali assolute e insanabili derivanti dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore nel giudizio di merito, ritenendo le stesse non coperte dal giudicato. Alle Sezioni Unite è stato richiesto, più in generale, di definire il rapporto tra il rimedio dell'incidente di esecuzione *ex* art. 670 cod. proc. pen. e quello rescissorio ex art. 629-*bis* cod. proc. pen., anche in relazione alla prospettata possibilità di conversione, attesa la profonda diversità di finalità e presupposti dei due rimedi, in quanto l'incidente di esecuzione è volto a eliminare la irrevocabilità della sentenza viziata dall'indicata nullità assoluta insanabile, mentre la rescissione, che presuppone la legittimità formale del contraddittorio, a far valere l'incolpevole mancata conoscenza dell'accusa portata a giudizio.

Nel caso concreto la ricorrente aveva promosso incidente di esecuzione avverso la sentenza di condanna pronunciata all'esito di un processo celebrato in assenza, dichiarata ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., i cui atti introduttivi erano stati erroneamente notificati al difensore di fiducia domiciliatario, in forza di un verbale di elezione di domicilio relativo a un precedente e diverso procedimento, situazione che ha impedito in radice che l'imputata sia stata posta in grado di avere conoscenza del procedimento. Il giudice dell'esecuzione aveva rigettato l'istanza disponendo la trasmissione degli atti alla Corte di appello competente, riqualificndo l'istanza come richiesta di rescissione del giudicato *ex* art. 629-*bis* cod. proc. pen.

Dagli atti emergeva, tuttavia, che l'interessata aveva già proposto, in data anteriore autonomo ricorso per la rescissione del giudicato *ex* art. 625-*ter* cod. proc. pen., dichiarato inammissibile dalla Corte perchè presentato oltre i trenta giorni dalla

conoscenza del provvedimento di esecuzione di pene concorrenti nel quale era compreso il giudicato di condanna.

La questione posta mantiene attualità anche dopo l'introduzione della nuova disciplina del processo in assenza, per effetto della legge n. 67 del 2014, ed il venir meno della notificazione dell'estratto contumaciale della sentenza di condanna, soprattutto in relazione alla deducibilità *ex* art. 670 cod. proc. pen. delle nullità assolute sulla elezione di domicilio verificatesi nel giudizio di cognizione, che ridondino in una incolpevole mancata conoscenza del processo celebrato in assenza.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi con riferimento all'abrogato giudizio contumaciale, «in materia d'incidente di esecuzione, il giudice deve limitare il proprio accertamento alla regolarità formale e sostanziale del titolo su cui si fonda l'esecuzione, non potendo attribuire rilievo alle nullità eventualmente verificatesi nel corso del processo di cognizione in epoca precedente al passaggio in giudicato della sentenza, che devono essere fatte valere con i mezzi d'impugnazione» (il principio, così massimato, è espresso, da ultimo, da Sez. 1, n. 16958 del 23/02/2018, Esposito, Rv. 27260401 e, ancor prima, da Sez. 1, n. 37979 del 10/06/2004, Condenni, Rv. 22958001; Sez. 1, n. 19134 del 26/05/2006, Santarelli, Rv. 23422401; Sez. 1, n. 8776 del 28/01/2008, Lasco, Rv. 23950901, Sez. 1, n. 4554 del 26/11/2008 dep. 2009, Baratta, Rv. 24279101, e Sez. 1, n. 5880 del 11/12/2013, dep. 2014, Amore, Rv. 25876501). A fronte del chiaro limite di intervento del giudice dell'esecuzione, tale consolidato indirizzo ha, tuttavia, riconosciuto la possibilità di contestare mediante incidente di esecuzione *ex* art. 670 cod. proc. pen. l'irrevocabilità del titolo, deducendo l'invalidità derivata del provvedimento notificatorio dell'estratto contumaciale di cui all'art. 548 cod. proc. pen. per la nullità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio (Sez. 1, n. 7430 del 17/01/2017, Canalini, Rv. 26922801, che ha affermato il principio così massimato: «la nullità dell'elezione di domicilio, verificatasi nel giudizio di cognizione, rileva nel giudizio di esecuzione nella misura in cui determini l'invalidità della notifica dell'estratto contumaciale, che non subisce alcuna preclusione collegata al giudicato»). L'eventuale dichiarazione di non esecutività del titolo, per effetto dell'accoglimento dell'incidente di esecuzione, consentirebbe l'accesso al giudizio di impugnazione, nel quale potevano essere assunti i provvedimenti di cui all'art. 604 cod. proc. pen., e, dunque, anche la questione di nullità della notificazione degli atti introduttivi che non era stata rilevata nel precedente giudizio.

Un diverso orientamento (Sez. 1, n. 34113 dell'8/05/2015, Fernandez Garrido, Rv. 26463801), di contro, ammette in via di principio la possibilità di scrutinio, ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., delle nullità assolute insanabili verificatesi nel giudizio di cognizione, deducibili quale «ipotesi d'iniquità del processo svoltosi nei confronti di imputato assente». La diversità dei presupposti di accesso non

precluderebbe, infatti, l'astratta esperibilità di entrambi i rimedi avverso una sentenza pronunciata sotto il vigore della legge n. 67 del 2014 quando, come nel caso in esame, la nullità assoluta ed insanabile derivante dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore, costituente di per sè la prova della mancata incolpevole conoscenza del processo celebrato in assenza, sia dedotta ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen. come invalidità del titolo esecutivo. Tale opposta opzione trova parziale ancoraggio nello stesso orientamento tradizionale, che, in via di eccezione, manifesta significative aperture nel caso in cui, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, si siano verificate nullità assolute ed insanabili *ex* art. 179 cod. proc. pen. «derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne eè obbligatoria la presenza».

La Sezione rimettente segnala due ulteriori questioni.

La prima investe il tema della conoscenza del processo e della riferibilità di questa ad uno qualsiasi degli atti del procedimento o alla "vocatio in iudicium" ed ha trovato definitiva soluzione nella sentenza **Sez. U., n. 23948 del 28/11/2019 (dep. 17/08/2020), Ismail Darwish Mhame, Rv. 279420-01** (tema oggetto di autonoma analisi nella presente rassegna).

La seconda riguarda il controverso tema della ammissibilità della conversione del rimedio rescissorio nell'incidente di esecuzione.

Un primo orientamento, infatti, afferma che «il ricorso per cassazione proposto ex art. 625-*ter* cod. proc. pen. (ora 629-*bis* cod. proc. pen.) avverso una sentenza divenuta irrevocabile per mancata impugnazione, nel caso in cui la parte abbia avuto notizia dell'esistenza del procedimento penale (nella specie, per essere stata destinataria di un provvedimento di sequestro e avere ricevuto l'avviso di conclusione indagini ex art. 415-*bis* cod. proc. pen.) ma non abbia in seguito potuto partecipare al giudizio per la nullità della notifica del decreto di citazione, non deve essere dichiarato inammissibile, bensì, prospettando una questione sul titolo esecutivo ex art. 670 cod. proc. pen., convertito in incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 568, comma 5, cod. proc. pen.» (Sez. 5, n. 7818 del 27/11/2018, dep. 2019, Viti Manola, Rv. 27538001).

Di tenore diametralmente opposto è, invece, la soluzione proposta da Sez. 1, n. 39321 del 18/07/2017, Hercules, Rv. 27084001, che ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione che aveva respinto l'istanza di riqualificazione del ricorso ai sensi dell'art. 625-*ter* cod. proc. pen in incidente di esecuzione, non potendo trovare applicazione il principio di conservazione di cui all'art. 568, comma 5, cod. proc. pen., non avendo l'incidente di esecuzione natura di mezzo di impugnazione.

2. La giurisprudenza di legittimità.

La questione principale rimessa alle Sezini Unite è stata così riformulata: «Se, e come, i rimedi di cui all'incidente di esecuzione ex art. 670 cod. proc. pen. e di cui alla rescissione del giudicato ex art. 629-*bis* cod. proc. pen. possano tra loro concorrere, essendo il primo rivolto ad eliminare la irrevocabilità della sentenza viziata dalla nullità assoluta insanabile, e, il secondo, avente invece come presupposto la legittimità formale del contraddittorio, rivolto a far valere specificamente l'incolpevole mancata conoscenza dell'accusa portata a giudizio.

Se, in particolare, in caso di sentenza pronunciata in assenza, le nullità insanabili derivanti dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore siano deducibili a norma dell'art. 670 cod. proc. pen., ovvero restino coperte dal giudicato, essendo piuttosto esperibile il rimedio rescissorio di cui all'art. 629-*bis* cod. proc. pen. allo scopo di far valere l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Il quesito investe la salvaguardia dei diritti fondamentali della difesa ad un equo o giusto processo.

Nell'abrogato sistema del giudizio in contumacia le nullità assolute verificatesi nel corso del giudizio, seppur non deducibili in sede esecutiva in quanto coperte dal giudicato, potevano essere fatte valere *ex* art. 670 cod. proc. pen. quali vizi di notificazione dell'estratto contumaciale. Nel giudizio in assenza, il rigido sistema di preclusioni alla deducibilità in sede esecutiva delle questioni relative alla nullità verificatesi nel giudizio nel processo in assenza non trova più adeguato bilanciamento nella notifica della sentenza di condanna all'imputato, costituente titolo per l'esecuzione. Di qui le spinte verso la deducibilità in sede di incidente di esecuzione di tali nullità assolute - ed in particolare di quelle relative alla elezione di domicilio da parte dell'imputato dichiarato assente - con la conseguenza di una possibile concorrenza, in ragione della prospettazione, del rimedio ex art. 670 cod. proc. pen. e quello rescissorio *ex* art. 629-*bis* cod. proc. pen. (già previsto dall'art. 625-*ter* cod. proc. pen.).

2.1. L'orientamento tradizionale che esclude la deducibilità delle nullità "in executivis".

Secondo un primo orientamento, espresso da ultimo da Sez. 1, n. 16958 del 23/02/2018, Esposito, Rv. 27260401, «in materia d'incidente di esecuzione, il giudice deve limitare il proprio accertamento alla regolarità formale e sostanziale del titolo su cui si fonda l'esecuzione, non potendo attribuire rilievo alle nullità eventualmente verificatesi nel corso del processo di cognizione in epoca precedente al passaggio in giudicato della sentenza, che devono essere fatte valere con i mezzi d'impugnazione».

Il principio è stato affermato in relazione alla eccepita nullità del giudizio per l'omessa designazione, ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., del difensore d'ufficio all'imputato in conseguenza della rinuncia al mandato da parte dell'originario difensore di fiducia. La Corte ha riconosciuto come non sia di ostacolo alla sopravvenuta irrevocabilità della sentenza il verificarsi nel corso del giudizio di una delle nullità assolute ed insanabili di cui all'art. 179 cod. proc. pen. relative alla prevista obbligatoria presenza del difensore.

L'indirizzo si fonda sull'intuizione esegetico-sistematica secondo cui i vizi, anche radicali, verificatisi nel corso del giudizio di cognizione, debbono essere fatti valere con i mezzi d'impugnazione concessi contro la relativa sentenza, rimanendo altrimenti sanati e coperti dal giudicato e, dunque, non rilevanti ai fini dell'impugnazione del titolo esecutivo.

Si osserva che l'incidente di esecuzione, pur presentando taluni caratteri dell'impugnativa, a differenza delle impugnazioni, ha ad oggetto il titolo definitivo e/o esecutivo (sentenza, ordinanza, decreto), ciò che porta ad escludere in via di principio la possibilità di dedurre in sede di incidente di esecuzione invalidità (nullità assolute o ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione) che potevano (e dovevano) farsi valere con gli strumenti ordinari nella fase cognitiva. Né, per lo specifico profilo funzionale legittimante, il rimedio può essere utilizzato nella fase della cognizione per formulare censure in funzione vicaria e sostitutiva rispetto ai rimedi impugnatori previsti dalle disposizioni di rito.

Con il rimedio ex art. 670 cod. proc. pen. possono essere sollevate censure e doglianze che, senza mai riguardare l'affermazione di responsabilità compiuta o le valutazioni di merito contenute dal provvedimento portato ad esecuzione, deferiscano errori in cui siano incorsi gli organi esecutivi ed in particolare il pubblico ministero nella determinazione della pena (artt. 657, 663, 667, 668 cod. proc. pen.) e, più in generale, le questioni sull'esistenza, la valida formazione, l'eseguibilità, e la portata applicativa del titolo esecutivo.

Il principio espresso da Sez. 1, Esposito, ribadisce l'orientamento sedimentato della giurisprudenza formatasi nel periodo di vigenza dell'abrogato giudizio contumaciale. La casistica delle nullità endoprocessuali ritenute non deducibili innanzi al giudice della esecuzione riguarda, ad esempio, la notifica effettuata al domicilio eletto presso lo studio del difensore rinunciante al mandato, pur se riverberatasi sulla invalidità dell'estratto contumaciale notificato presso il medesimo indirizzo elettivo (Sez. 1, n. 5880 del 11/12/2013, dep. 2014, Amore, Rv. 25876501), ovvero la dichiarazione di contumacia erroneamente effettuata dal giudice di primo grado (Sez. 1, n. 4554 del 26/11/2008, dep. 2009, Baratta, Rv. 24279101; Sez. 1, n. 37979 del 10/06/2004, Condenni, Rv. 22958001), ovvero la mancata comunicazione all'imputato della notifica dell'atto di citazione ricevuto dal difensore di fiducia

domiciliatario (Sez. 1, n. 8776 del 28/01/2008, Lasco, Rv. 23950901), ovvero ancora la erronea qualifica del difensore, di fiducia o di ufficio (Sez. 1, n. 19134 del 26/05/2006, Santarelli, Rv. 23422401). L'eventuale sussistenza di tali nullità insanabili giustifica, di contro, la richiesta di restituzione nel termine per l'impugnazione della sentenza, che può essere presentata anche in via subordinata rispetto alla questione sul titolo esecutivo.

Va significativamente aggiunto che, nel senso espresso da detto indirizzo, anche le Sezioni Unite (Sez. U., n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv.263598-01) hanno, sia pure incidentalmente, e nell'ambito delle nullità assolute riguardanti la difesa tecnica, affermato che «la insanabilità del vizio trova il suo limite preclusivo nel perfezionarsi del giudicato» pur avendo poi escluso da detto limite determinate situazioni non riconducibili tuttavia a quelle oggetto della fattispecie in esame.

L'orientamento in esame ha trovato sostanziale conferma anche a seguito dell'abrogazione del giudizio contumaciale e dell'introduzione del processo in assenza, per effetto della legge 28 aprile 2014 n. 67, che non ha più previsto la notificazione della sentenza all'imputato assente, così precludendo del tutto la possibilità di far valere i vizi ad essa relativi in sede di incidente di esecuzione.

Nel processo "in assenza", infatti, spetta al giudice della cognizione accertare la corretta instaurazione del rapporto processuale e, soprattutto, la conoscenza (rectius: conoscibilità) del processo da parte dell'imputato ex art. 420-bis cod. proc. pen. Non vi sarebbe spazio, dunque, per l'intervento del giudice della esecuzione, il cui scrutinio investe la regolarità formale del titolo, sulle questioni relative alle nullità insanabili endoprocessuali derivanti dall'omessa citazione dell'imputato e del suo difensore.

Del resto, l'intervento legislativo del 2014, che ha introdotto il processo in assenza, non ha apportato modifiche all'art. 670 cod. proc. pen., la cui proiezione applicativa deve essere rimodulata in relazione alle nuove disposizioni processuali ed all'ambito di operatività del nuovo mezzo di impugnazione straordinario della rescissione del giudizio.

2.2 L'orientamento che ritiene ammissibile l'incidente di esecuzione.

Secondo una contraria opzione ermeneutica, formatasi in tema di giudizio contumaciale (Sez. 1, n. 34113 dell'8/05/2015, Fernandez Garrido, Rv. 26463801) può prospettarsi la possibilità di far valere con l'incidente di esecuzione le nullità assolute che abbiano inciso sulla stessa formazione del titolo esecutivo, poste a fondamento della dichiarazione di assenza ai sensi dell'art. 420-bis cod. proc. pen., nel caso in cui la parte non abbia avuto notizia dell'esistenza del procedimento ovvero non abbia in seguito potuto partecipare al giudizio per la nullità della notifica al

domicilio eletto del decreto di citazione a giudizio. Tali nullità, in quanto afferenti al titolo esecutivo, sarebbero deducibili in sede di incidente di esecuzione non come vizi della notifica della sentenza, ma come cause di invalidità del titolo esecutivo (Sez. 5, n. 7818 del 27/11/2018, dep. 2019, Viti Manola, Rv. 27538001).

Se è vero che in via ordinaria la rescissione del giudicato, quale rimedio di chiusura del sistema del processo in assenza, presuppone la (dimostrazione della) incolpevole mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato (legittimamente) dichiarato assente ex art. 420-bis cod. proc. pen., per non essere stato informato del processo ovvero aver rinunciato volontariamente ad essere presente, il rimedio può trovare applicazione nel caso dell'errata valutazione del presupposto per la dichiarazione di assenza, così da concedere all'imputato la possibilità di fornire prova contraria per superare la presunzione di conoscenza.

L'assunto trova legittimazione nella garanzia del diritto di partecipazione personale dell'imputato al proprio processo, previsto dall'art. 6 Convenzione Edu, posta in pericolo dalla parziale abrogazione dell'art. 175 comma 2, cod. proc. pen. e del venir meno della notifica della sentenza di condanna, sussiste il concreto rischio di lesione.

Significative aperture sulla deducibilità di nullità endoprocessuali ex art. 670 cod. proc. pen. si manifestano nella citata sentenza Sez. 1, Esposito, che, pur in via di eccezione, sembra escludere il verificarsi di un effetto preclusivo (del giudicato) «rispetto ai vizi che interferiscano con la formazione del giudicato, come ad esempio quelli attinenti, nella fase antecedente alla legge n. 67 del 2014, alla rituale notifica all'imputato dell'estratto contumaciale (da cui il termine per impugnare prende a decorrere: "ex pluribus", Sez. 1, n. 7430 del 17/01/2017, Canalini, Rv. 269228), ovvero quelli che, incidendo in modo determinante sull'assistenza tecnica dell'imputato, siano in grado per tale via di riflettersi sul titolo, avendo compromesso la previa ed autonoma facoltà d'impugnazione riconosciuta al difensore». Si osserva, in particolare, che il principio di continuità della difesa impone al giudice di provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio in caso di definitivo impedimento del difensore di fiducia o d'ufficio in precedenza nominato. Solo tale interpretazione garantisce l'effettività e la pienezza del diritto di difesa in ossequio agli artt. 111, terzo comma, Cost., e 6, par. 3, lett. b) e c), CEDU .

La richiamata Sez. 1, n. 7430 del 17/01/2017, Canalini, Rv. 269228-01, sempre in tema di processo svoltosi in contumacia, aveva affermato che «la nullità dell'elezione di domicilio, verificatasi nel giudizio di cognizione, rileva nel giudizio di esecuzione nella misura in cui determini l'invalidità della notifica dell'estratto contumaciale, che non subisce alcuna preclusione collegata al giudicato» .

L'astratta possibilità di scrutinio in sede di giudizio di esecuzione delle nullità insanabili verificatesi nel giudizio di cognizione, ove rappresentino «ipotesi d'iniquità

del processo svoltosi nei confronti di imputato assente, comportante la non esecutività della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen.» viene, poi, espressa in termini negativi da Sez. 1, n. 48723 del 18/10/2019, Piccolo, Rv. 277822-01.

Si tratta, tuttavia, di ipotesi del tutto equiparabili ai vizi che interferiscono con la formazione del giudicato derivanti, nella fase antecedente alla legge n. 67 del 2014, alla rituale notifica all'imputato dell'estratto contumaciale, in quanto, incidendo in modo determinante sull'assistenza tecnica dell'imputato, sono in grado per tale via di riflettersi sul titolo, avendo compromesso la previa ed autonoma facoltà d'impugnazione riconosciuta al difensore.

Il principio è ribadito dalla recente **Sez. 1, n. 20989 del 23/06/2020, Barsotti, Rv. 279320-02**, ancora con riferimento ad un giudizio contumaciale, in cui il condannato aveva dedotto la mancata conoscenza del processo di appello – e l'assenza di una effettiva difesa tecnica - promosso dal pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione per essere state eseguite le relative notificazioni al difensore di fiducia che aveva rinunciato al mandato.

2.3 La possibilità di conversione dell'incidente di esecuzione nel rimedio rescissorio.

Sez. 5, n. 7818 del 27/11/2018, dep. 2019, Viti Manola, Rv. 27538001, sulla possibilità di conversione dell'incidente di esecuzione in rescissione del giudicato, ha espresso il principio così massimato: «il ricorso per cassazione proposto ex art. 625-ter cod. proc. pen. avverso una sentenza divenuta irrevocabile per mancata impugnazione, nel caso in cui la parte abbia avuto notizia dell'esistenza del procedimento penale (nella specie, per essere stata destinataria di un provvedimento di sequestro ed avere ricevuto l'avviso di conclusione indagini ex art. 415-bis cod. proc. pen.) ma non abbia in seguito potuto partecipare al giudizio per la nullità della notifica del decreto di citazione, non deve essere dichiarato inammissibile, bensì, prospettando una questione sul titolo esecutivo ex art. 670 cod. proc. pen., convertito in incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 568, comma 5, cod. proc. pen.». Nella specie, la ricorrente aveva proceduto a nominare un difensore di fiducia, presso il quale aveva eletto domicilio, in occasione dell'esecuzione di un provvedimento sequestro, deducendo la propria assenza incolpevole per l'omessa notifica del decreto di citazione a giudizio causata dalla erronea trascrizione del domicilio eletto.

L'orientamento si fonda sulla natura di mezzo di impugnazione straordinaria della rescissione del giudicato, che presuppone la valida formazione del titolo e la mancata incolpevole conoscenza dell'esistenza di un qualsivoglia procedimento nei confronti del condannato, ivi comprese le notizie afferenti alla preliminare fase. La

piena conoscenza della "celebrazione del processo" (*rectius*, esistenza di un procedimento o processo), secondo la Corte, esclude in radice il presupposto per il rimedio di cui all'art. 625-*ter* (oggi 629-*bis*) cod. proc. pen. La richiesta di travolgimento del titolo esecutivo, per essersi lo stesso fondato su un vizio di notifica che aveva determinato la nullità del decreto di citazione e si era propagato alla sentenza, viene così riqualificata come incidente di esecuzione, contestando la condannata la corretta formazione e validità del titolo esecutivo, a norma dell'art. 670 cod. proc. pen.

In senso contrario, un diverso e più diffuso orientamento (Sez. 1, n. 39321 del 18/07/2017, Hercules, Rv. 270840-01) ha affermato che l'istanza di incidente di esecuzione - a differenza del rimedio della rescissione del giudicato, che costituisce mezzo di impugnazione straordinario (così, in motivazione, Sez. U, n. 36848 del 17/07/2014, Burba, Rv. 259990-01) - non ha natura impugnatoria, così che non può trovare applicazione il principio di conservazione di cui all'art. 568, comma 5, cod. proc. pen., previsto per le sole impugnazioni. Le due richieste (ed i due rimedi) sono tra loro incompatibili, in quanto, con l'incidente di esecuzione ex art. 670 cod. proc. pen. il richiedente fa questione dell'esistenza stessa di un valido titolo esecutivo, mentre con il rimedio straordinario di cui all'art. 625-*ter* cod. proc. pen. (ora 629-*bis* cod. proc. pen.), sul presupposto della validità formale del titolo (e, dunque, della formale legittimità del contraddittorio nel processo), ne chiede la invalidazione assumendo la mancata conoscenza del procedimento.

Si evidenzia, in particolare, che la difforme opinione espressa da parte dalla citata Sez. 5, Viti Manola, si è formata nella vigenza dell'art. 625-*ter* cod. proc. pen. che demandava direttamente alla Corte di legittimità la competenza a conoscere dell'esistenza dei presupposti della rescissione, attualmente spettante alla Corte d'Appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento.

Il principio espresso da Sez. 1, "Hercules", trova continuità interpretativa in diverse pronunce, tra le quali: Sez. 6, n. 10000 del 14/02/2017, De Maio, Rv. 269665 – 01, che definisce «ontologicamente diverse (…) la natura e la funzione dell'istituto della rescissione, quale mezzo straordinario di impugnazione» (la Corte, nella specie, ha dichiarato inammissibile la richiesta di rescissione del giudicato ex art. 625-*ter* cod. proc. pen., quando è presentata in relazione a processo contumaciale nei confronti di soggetto irreperibile definito, anche nei soli gradi di merito, secondo la normativa antecedente alla entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67, escludendo che la stessa può essere qualificata quale richiesta di restituzione nel termine per proporre impugnazione o incidente di esecuzione); Sez. 3, n. 19006 del 14/01/2015, Lazar, Rv. 263510 – 01, da Sez. 1, n. 23426 del 15/04/2015, Lahrach, Rv. 263794 – 01, che, sempre sulla scorta di quanto affermato da Sez. U., Burba, ha escluso la possibilità di qualificare ex officio la richiesta di rescissione del giudicato (nella specie, proposto

avverso sentenza divenuta irrevocabile anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014) come incidente di esecuzione per la restituzione anche nel termine per impugnare ex art. 175, comma 2, cod. proc. pen., poiché le due istanze si caratterizzano per diversità di "petitum".

3. Considerazioni di sintesi.

In attesa della motivazione della decisione delle Sezioni Unite, possono essere svolte alcune considerazioni di sintesi alla luce della articolata risposta fornita alle questioni sollevate.

Al quesito principale, formulato nei seguenti termini: «Se il condannato con sentenza pronunciata "in assenza" che intenda eccepire nullità assolute e insanabili derivanti dall'omessa citazione propria e/o del suo difensore nel procedimento di cognizione possa a tal fine adire il giudice dell'esecuzione, con richiesta ai sensi dell'art. 670 cod. proc. pen., formulando questione sulla formazione del titolo esecutivo», le Sezioni Unite hanno dato risposta negativa.

Si evidenzia sul tema che nell'impianto disegnato dalla legge 28 aprile 2014 n. 67, che non prevede più la notificazione, all'imputato assente, della sentenza, così precludendo del tutto la possibilità di far valere i vizi ad essa relativi in sede di incidente di esecuzione, la rescissione del giudicato è stato introdotto come strumento revocatorio tipico, garanzia e argine ultimo – e di chiusura del sistema processuale di nuova introduzione – per la tutela dell'imputato nella disciplina del processo in assenza, in cui spetta al giudice della cognizione accertare la corretta instaurazione del rapporto processuale e, soprattutto, la conoscenza del processo da parte dell'imputato *ex* art. 420-*bis* cod. proc. pen. e non vi sarebbe spazio per uno scrutinio del giudice della esecuzione, che investe la regolarità formale del titolo.

La possibilità di celebrazione del processo in assenza presuppone, nella volontà legislativa riformatrice, la conoscenza certa del processo, per avere l'imputato assente ricevuto a mani la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero perché implicata dal ricorrere di una delle ipotesi espressamente elencate dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen. (dichiarazione o elezione di domicilio, arresto, fermo o applicazione di misura cautelare, nomina del difensore di fiducia), ovvero ancora risultando comunque con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla sua conoscenza. La "ratio" normativa è quella di legittimare la celebrazione del processo solamente allorquando l'imputato abbia saputo della sua esistenza.

Il processo in assenza è, del resto, caratterizzato dal riconoscimento di una serie di diritti che possono reintegrare l'imputato nelle opzioni endoprocessuali che non sia stato in grado di esercitare, quando provi che l'assenza fosse dovuta alla mancata

conoscenza incolpevole del processo. Tra queste, in materia di impugnazione, la previsione di una nuova ipotesi di nullità della sentenza, rilevabile innanzi al giudice di appello *ex* art. 604, comma 5-*bis*, cod. proc. pen. e nel giudizio di legittimità ai sensi dell'art. 623 cod. proc. pen., mentre la rescissione del giudicato permette di recuperare appieno le facoltà difensive, compresse dal precedente istituto della restituzione in termini di cui all'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., in quanto, al ricorrere dei presupposti, la sentenza non solo perde lo *status* dell'irrevocabilità ma viene altresì revocata, con la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

Nel giudizio in assenza la rescissione del giudicato non sembra, peraltro, presentare profili di incompatibilità con l'art. 6 Convenzione Edu, nella interpretazione fornitane dalla giurisprudenza della Corte Edu (cfr., tra le decisioni della Corte di Strasburgo che hanno espresso censure alla disciplina del processo contumaciale perché non in linea con i principi di un equo processo, Corte Edu, 12 febbraio 1985, Colozza, c. Italia; Corte Edu, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia; Corte Edu, 18 maggio 2004, Somogy c. Italia). Tale rimedio, fondato sulla mancata conoscenza effettiva del processo, appare funzionalmente idoneo ad assicurare che, ove l'imputato dichiarato assente non abbia volontariamente rinunciato al processo o si sia sottratto adesso, un giudice deliberi nuovamente, dopo averlo sentito sulla fondatezza dell'accusa, in fatto come in diritto. Né profili di incompatibilità potrebbero essere colti nella previsione di un termine "ragionevole" (trenta giorni dal momento della avvenuta conoscenza del procedimento) per la proposizione della richiesta di rescissione del giudicato (la struttura del giudizio rescissorio impone un controllo sul fatto processuale per la cui risoluzione è necessario un approfondimento delle allegazioni processuali ed il possibile esercizio di poteri istruttori anche "ex officio").

Allo speculare quesito del «Se le nullità che abbiano riguardato la citazione dell'imputato e/ o del difensore, coperte dal giudicato, pongano il condannato nella condizione di proporre richiesta di rescissione del giudicato, ai sensi dell'art. 629-bis cod. proc. pen., allegando l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che, da quelle, sia derivata» le Sezioni Unite hanno logicamente dato soluzione affermativa.

Giova osservare che la soluzione fornita dalle Sezioni Unite sembra tracciare una linea di continuità con precedenti pronunce:

- Sez. U., "Ismail Darwish Mhame", che ha espresso il principio così massimato: « Ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto

conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa». In linea con l'interpretazione convenzionale dell'art. 629-*bis* cod. proc. pen., «la disciplina della rescissione del giudicato … (pur ragionevolmente non potendo certo escludersi che venga dedotto l'errore di valutazione del giudice nel considerare la parte a conoscenza della chiamata in giudizio) fa chiaramente riferimento non al superamento di una presunzione ma alla indicazione di vicende concrete, non note al giudice, che hanno impedito la partecipazione al processo». Del resto, la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte Edu, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia; Corte Edu, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia) ammette pacificamente che, in alternativa alla ufficiale notificazione dell'atto di citazione a giudizio, la effettiva conoscenza possa dimostrarsi anche per "facta concludentia", così come avviene nelle ipotesi in cui la conoscenza del processo sia dedotta dalla conoscenza del procedimento. Afferma, tuttavia, che tale deduzione è consentita solo qualora si accerti senza equivoci che l'imputato sapesse del procedimento, della natura e del motivo delle accuse mosse contro di lui, non essendo sufficiente a soddisfare il presupposto una conoscenza vaga ed indiretta.

- Sez. U., n. 28912 del 28/02/2019, Innaro, Rv. 275716-01, che, sulla questione della effettiva conoscenza del procedimento da parte del contumace ai fini della restituzione nel termine per impugnare secondo la disciplina dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella formulazione successiva alla riforma del 2005 e sino alla introduzione della disciplina dell'assenza, ha rilevato che i principi generali introdotti nel 2005 per il giudizio contumaciale sono sostanzialmente gli stessi sottesi all'assetto conseguente alla riforma del processo in assenza.

- Sez. U, "Burba", che aveva escluso la sussistenza di un onere probatorio a carico dell'interessato circa la propria mancata conoscenza del processo, dovendosi in realtà, piuttosto, configurare un onere di allegazione delle specifiche ragioni che giustificano la richiesta di rescissione e degli elementi che vengono indicati a sostegno delle medesime, la cui fondatezza spetta al giudice verificare, ma anche accertare attraverso le integrazioni istruttorie che si rivelassero necessarie.

La necessità della effettiva conoscenza dell'accusa contenuta in un provvedimento formale di "vocatio in iudicium" è stata, inoltre, estensivamente applicata da Sez. 6, n. 43140 del 19/09/2019, Shimi, Rv. 277210-01, al giudizio rescissorio, in ragione della unicità del presupposto; e. più di recente, espressa da **Sez. 2, n. 20937 del 06/07/2020, Cerbarano**, che ha dichiarato affetta da nullità rilevabile in ogni stato e grado del procedimento la sentenza di merito nel caso in cui si sia proceduto in assenza dell'imputato senza accertare l'effettiva conoscenza da parte del medesimo del processo a suo carico, ove non risultino rapporti con il difensore d'ufficio, indicato dalla polizia giudiziaria in sede di verbale di identificazione, al quale siano stati notificati tutti gli atti del processo (in applicazione

del principio, la Corte ha annullato con rinvio degli atti al giudice di primo grado, non avendo il giudice di appello riconosciuto la violazione de gli artt. 420-bis e 420-quater, cod. proc. pen.).

Sul quesito relativo alla possibilità di conversione ex art. 568, comma 5, cod. proc. pen. della istanza ex art. 670 cod. proc pen. in richiesta di rescissione del giudicato l'istanza di incidente di esecuzione («*Se, in caso di risposta negativa al primo quesito, la richiesta formulata dal condannato, perché sia dichiarata la non esecutività della sentenza (art.* 670 *cod. proc. pen.) in ragione di nullità che abbiano riguardato la citazione a giudizio nel procedimento di cognizione, sia riqualificabile, ai sensi dell'art.* 568*, comma* 5*, cod. proc. pen., come richiesta di rescissione del giudicato*») le Sezioni Unite hanno concluso negativamente. Tale soluzione si presenta logicamente coerente con la evidenziata ricostruzione della rescissione del giudicato come tipico strumento revocatorio, garanzia e argine ultimo di tutela nel nuovo assetto del processo *in absentia*, in quanto rende revocabile una decisione definitiva e necessaria la rinnovazione dell'intero giudizio, nonché con l'evidenziata idoneità convenzionale della rescissione del giudicato, che garantisce al condannato, o al sottoposto a misura di sicurezza, rimasto assente durante tutto il corso del processo, di ottenere un nuovo giudizio qualora dimostri che questa sua mancata partecipazione sia dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 1, n. 37979 del 10/06/2004, Condenni, Rv. 229580-01
Sez. 1, n. 19134 del 26/05/2006, Santarelli, Rv. 234224-01
Sez. 1, n. 8776 del 28/01/2008, Lasco, Rv. 239509-01
Sez. 1, n. 4554 del 26/11/2008 dep. 2009, Baratta, Rv. 242791-01
Sez. 1, n. 5880 del 11/12/2013, dep. 2014, Amore, Rv. 258765-01
Sez. U, n. 36848 del 17/07/2014, Burba, Rv. 259990-01
Sez. 3, n. 19006 del 14/01/2015, Lazar, Rv. 263510 – 01
Sez. U, n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv.263598-01
Sez. 1, n. 23426 del 15/04/2015, Lahrach, Rv. 263794 – 01
Sez. 1, n. 34113 dell'8/05/2015, Fernandez Garrido, Rv. 264638-01
Sez. 1, n. 7430 del 17/01/2017, Canalini, Rv. 269228-01
Sez. 6, n. 10000 del 14/02/2017, De Maio, Rv. 269665 – 01
Sez. 1, n. 39321 del 18/07/2017, Hercules, Rv. 270840-01
Sez. 1, n. 16958 del 23/02/2018, Esposito, Rv. 272604-01
Sez. 5, n. 7818 del 27/11/2018, dep. 2019, Viti Manola, Rv. 275380-01
Sez. U., n. 28912 del 28/02/2019, Innaro, Rv. 275716-01
Sez. 6, n. 43140 del 19/09/2019, Shimi, Rv. 277210-01
Sez. 1, n. 48723 del 18/10/2019, Piccolo, Rv. 277822-01
Sez. U., n. 23948 del 28/11/2019 (dep. 17/08/2020), Ismail Darwish Mhame, Rv. 279420-01
Sez. 2, n. 20937 del 06/07/2020, Cerbarano
Sez. 1, n. 20989 del 23/06/2020, Barsotti, Rv. 279320-02

Sentenze della Corte EDU

Corte Edu, 12 febbraio 1985, Colozza, c. Italia
Corte Edu, 18 maggio 2004, Somogy c. Italia
Corte Edu, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia

CAPITOLO V

RIDETERMINAZIONE DELLA PENA "IN EXECUTIVIS"

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1.1. "Abolitio criminis" e fenomeno della successione di leggi penali nel tempo. 1.2. Sorti della continuazione che avvinca il reato oggetto di abolizione quale reato più grave: poteri e limiti del giudice dell'esecuzione. 1.3. Sentenze dell'ultimo anno in cui è stata esclusa la ricorrenza di ipotesi di "abolitio criminis". 2. "Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena. 3. Introduzione di una nuova scriminante o ampliamento della sfera di operatività di una scriminante già esistente. 4.1. Conseguenze "in executivis" delle declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: introduzione. 4.2. Il percorso della giurisprudenza di legittimità sull'idoneità ad incidere sul giudicato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio. 4.3.1. L'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e l'enucleazione del problema dei limiti temporali oltre i quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio è insuscettiva di produrre effetti. 4.3.2. Limite nel presente: i giudizi pendenti. 4.3.3. Limite nel passato (o "a ritroso"): i rapporti esauriti. 4.3.4. Problematica determinazione, nella materia penale, del "discrimen" tra rapporti ancora pendenti e rapporti esauriti alla luce dell'idoneità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio ad oltrepassare il segno del mero giudicato. 4.4.1. Declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: necessaria rinnovazione della valutazione sanzionatoria e riduzione di pena. 4.4.2. Regola e parziale eccezione. 4.4.3.1. Regola e due temperamenti, quanto a circostanze e riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. 4.4.3.2. Giurisprudenza essenziale con riferimento alle circostanze. 4.4.3.3. Giurisprudenza essenziale con riferimento alla riduzione di pena per il rito nel patteggiamento. 4.5. Concordato sui motivi d'appello. 4.6. Reato continuato. 5. Rideterminazione "in executivis" delle pene accessorie. 6.1. Riconoscimento della continuazione ex art. 671 cod. proc. pen.: inquadramento. 6.2.1. Dovere di motivazione del giudice dell'esecuzione sugli aumenti di pena: contrasto tra la tesi che ne ritiene sempre la configurabilità …. 6.2.2. … e la tesi che invece ne ridimensiona la portata ai soli casi di aumenti prossimi alla pena irrogata, per il singolo reato satellite, dal giudice della cognizione. 6.3.1. Parallelo con il giudizio di cognizione: introduzione. 6.3.2. I tre orientamenti che si contendono il campo nel giudizio di cognizione. 6.3.3. Riflessioni conclusive, in rapporto all'applicazione della disciplina del reato continuato, sui poteri-doveri del giudice dell'esecuzione e di quello della cognizione.

1.1. "Abolitio criminis" e fenomeno della successione di leggi penali nel tempo.

Un'importante sentenza a cavaliere del 2019-2020 – **Sez. 1, n. 3269 del 03/10/2019 (dep. 2020), T.**, che ha annullato con rinvio il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione aveva respinto l'istanza di revoca parziale della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 167, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, nella sua formulazione originaria, per "abolitio criminis" conseguente alla modifica integrale della norma ad opera del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, ravvisando una continuità normativa tra detto reato e quello previsto dall'art. 167-bis D.Lgs. n. 196 del 2003 – ha affrontato ad ampio raggio il tema dell'"abolitio criminis", sotto il duplice profilo, da una parte, dell'individuazione della differenza tra essa e la successione di leggi penali nel tempo e, dall'altra, delle sorti della continuazione in cui risulti avvinto il reato oggetto di abolizione quale reato più grave.

In riguardo al primo profilo, è evidente che, "a priori", il criterio per determinare se si versi in ipotesi di "abolitio criminis" ovvero di successione in continuità deve essere lo stesso, sotto pena di una discrasia altrimenti insanabile: tale risultato è in effetti anche formalmente raggiunto dalla giurisprudenza di legittimità, dal momento che l'enunciato di Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano e altri, Rv. 224607-01, circa il criterio di verifica della successione in continuità, è ripreso sostanzialmente alla lettera da Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585-01, circa il criterio di verifica dell'"abolitio criminis". Sez. 1, n. 3269 del 2020, si pone – come già Sez. 1, n. 36079 del 10/05/2016, Costa, Rv. 268002-01 – nella scia delle due citate sentenze delle Sezioni unite, insegnando che l'abolizione deve essere verificata dal giudice dell'esecuzione in astratto, sulla base di un mero «confronto strutturale» tra le ipotesi di reato precedente e successiva, senza indugiare nella ricerca di «conferme della eventuale continuità tra le stesse facendo ricorso ai criteri valutativi dei beni tutelati e delle modalità di offesa», in quanto il confronto strutturale già di per se stesso consente «in maniera autonoma di verificare se l'intervento legislativo posteriore assuma carattere demolitorio di un elemento costitutivo del fatto tipico, alterando così radicalmente la figura di reato, ovvero, non incidendo sulla struttura della stessa, consenta la sopravvivenza di un eventuale spazio comune alle suddette [ipotesi di reato]» (Rv. 278582-02). Ne consegue un incisivo ridimensionamento dei poteri del giudice dell'esecuzione già sul piano della mera comparazione delle norme incriminatrici, con riguardo alla determinazione del cui ambito di operatività è espunto il differente e comunque astrattamente concorrente criterio – che invece trova spazio nell'ermeneusi non incentrata sulla verifica se si versi in ipotesi di "abolitio criminis" o di continuità normativa – fondato sull'individuazione del bene giuridico protetto da dette norme e per l'effetto sulle modalità, e finanche sul grado, di offesa allo stesso. Ma siffatto ridimensionamento – secondo Sez. 1, n. 3269 del 2020 – non è l'unico, dal momento che al giudice dell'esecuzione è "a fortiori" precluso di «modificare l'originaria qualificazione [del fatto,] o [di] accertare il fatto in modo difforme da quello ritenuto in sentenza, [o ancora di] sussumere la condotta del condannato sotto una diversa fattispecie, se la riconducibilità della condotta a detta fattispecie non ha mai formato oggetto di accertamento e di formale contestazione nel giudizio di cognizione» (Rv. 278582-03), dal momento che tutti tali profili, proprio in quanto attengono alla concreta conformazione del fatto siccome accertato dal giudice di merito, sono coperti dal giudicato e dunque immodificabili. Trattasi di un approdo acquisito da tempo in giurisprudenza, sol che si consideri che Sez. U, n. 29023 del 27/06/2001, Avitabile, Rv. 219223-01, nel propendere per un'ipotesi di "abolitio criminis" quanto all'abrogazione, in allora, degli artt. 341 e 344 cod. pen., aveva specificato essere preclusa al giudice dell'esecuzione, per le esposte ragioni (successivamente condivise anche da Sez. 1, n. 4461 del 19/01/2015, P.M. in

proc. Singh, Rv. 262535-01), la riqualificazione della condotta originariamente contestata e ritenuta come oltraggio in termini di ingiuria aggravata dalla qualità del soggetto passivo ex artt. 61 n. 10 e 594 cod. pen., con correlata rideterminazione della pena già irrogata.

1.2. Sorti della continuazione che avvinca il reato oggetto di abolizione quale reato più grave: poteri e limiti del giudice dell'esecuzione.

In riguardo al secondo dei profili cennati in precedenza, Sez. 1, n. 3269 del 2020, dà continuità all'orientamento secondo cui, riconosciuto dal giudice della cognizione il vincolo della continuazione tra più reati, qualora l'"abolitio criminis" abbia ad oggetto quello più grave, il giudice dell'esecuzione, oltre a revocare la sentenza "in parte qua", «deve rideterminare autonomamente la pena per i reati-satellite[,] che recuperano la propria autonomia sanzionatoria», atteso che, in tal caso, «la deroga alla intangibilità del giudicato è imposta dalla necessità di osservare la regola fissata all'art. 2, comma 2, del codice penale» (Sez. 3, n. 7667 del 16/02/2002, P.M. in c. Congedo. Rv. 221103-01**).** Ne consegue una generalizzazione del principio per cui la nuova determinazione della pena per il reato già satellite, in conseguenza dello scioglimento (totale o parziale) del vincolo della continuazione, possa aver luogo **«**là dove l'aumento computato a titolo di continuazione non corrisponda – per genere, per specie o per quantità di pena – alla sanzione prevista dalla legge» (Sez. 1, n. 18872 del 29/03/2007, Pasimeni, Rv. 237364-01).

Sul punto, per completezza, sia consentito di rammentare come, in passato, fosse stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cod. proc. pen. nella parte in cui «"non sembra contemplare la fattispecie relativa a più reati unificati sotto il vincolo della continuazione, uno solo dei quali sia stato 'abolito' per abrogazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice"», sul presupposto che, in caso «di decisioni aventi ad oggetto più capi di imputazione[,] alcuni dei quali soltanto siano relativi a fattispecie abrogate o dichiarate incostituzionali, «se la legge attribuisse espressamente sia il potere di "revoca parziale" sia quello di "provvedere alla rideterminazione della pena residuata a seguito della revoca parziale", il [giudice dell'esecuzione] potrebbe scorporare l'una dall'altra condanna e provvedere conseguentemente alla riduzione della pena determinando il residuo da eseguire. Un potere che, fra l'altro, ove venisse riconosciuto, darebbe vita ad ulteriori profili problematici nel caso di reati uniti dal vincolo della continuazione se l'"abolitio criminis" concerna il reato più grave[,] sul quale è stata operata la determinazione della pena base, per di più con un provvedimento "avente natura di ordinanza" […]».

Aveva la Corte costituzionale, con sentenza 6 marzo 1996, n. 96, dichiarato non fondata la questione,

- premettendo che, a fronte di una pluralità di reati per i quali è intervenuta condanna, pare più corretta la tesi per cui «la sentenza di condanna dovrebbe essere revocata nella sua interezza, così come prescrive l'art. 673 del codice di procedura penale[,] salvo poi l'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione del potere di determinare il residuo della pena inflitta[, alla stregua di un m]eccanismo ben diverso dalla revoca della sentenza […], sicuramente operante anche nell'ipotesi di pluralità di reati»; donde l'inconferenza della "quaestio" della rideterminazione della pena «alla "ratio" dell'art. 673 del codice di procedura penale; e ciò perché la determinazione del "residuo" costituisce soltanto l'ineludibile conseguenza della revoca del giudicato[, nel senso che], una volta venuto meno il giudicato nella sua integrità, sarà necessario pervenire ad adottare una nuova statuizione in sede esecutiva da sovrapporre al giudicato di cognizione»;

- indi osservando "funditus" che, ammessa pacificamente la possibilità che la continuazione sia riconosciuta «anche nell'ipotesi in cui il reato per il quale il giudice procede è più grave di quello già giudicato con sentenza irrevocabile di condanna», la circostanza che «la pronuncia del giudice dell'esecuzione [venga] adottata con ordinanza e non con sentenza» tradisce una mera «enfatizzazione della tipologia provvedimentale prevista dalla legge», che «appare in tutta la sua evidenza solo considerando che, in tal modo, viene a mettersi in discussione la stessa disciplina della statuizione che pronuncia l'abolizione del reato. Si omette, infatti, di considerare come il procedimento di esecuzione, da attivare per pervenire all'applicazione dell'art. 673 del codice di procedura penale, [sia] contrassegnato (salvo che per i casi di richiesta manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge e di riproposizione di una richiesta già rigettata basata sui medesimi motivi) dall'assoluta osservanza del principio del contraddittorio proprio dei procedimenti in camera di consiglio, con in più la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero». Tale omessa considerazione è ancor più pregnante in quanto si accompagna alla necessità di coordinare il "nomen" del provvedimento «con i tipi di provvedimento del giudice dell'esecuzione, la forza demolitoria dei quali dovrà poi essere documentata secondo il disposto dell'art. 193 delle norme di attuazione».

1.3. Sentenze dell'ultimo anno in cui è stata esclusa la ricorrenza di ipotesi di "abolitio criminis".

Sul piano della casistica, nelle sentenze dell'ultimo anno, la ricorrenza di ipotesi di "abolitio criminis" è stata esclusa in plurime occasioni:

- nell'ambito, precipuamente, del procedimento di esecuzione, con riguardo

-- a condanna definitiva per il reato di cui all'art. 75 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (per violazione, in particolare, dell'obbligo di permanenza presso l'abitazione in ore notturne), «in riferimento alle ricadute della sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale n. 291 del 2013, in tutte le ipotesi in cui la sottoposizione alla misura di prevenzione rimasta sospesa, senza previa verifica di ufficio della persistenza della pericolosità, sia avvenuta prima della pubblicazione della sentenza medesima» (**Sez. 1, n. 31214 del 18/09/2020, Mancuso Pantaleone, Rv. 279799-01**), non operando, rispetto ad esse, gli effetti retroattivi della pronuncia d'incostituzionalità per l'avvenuto completo esaurimento del rapporto sostanziale (sulla falsariga di quanto già ritenuto, in fattispecie analoghe, da Sez. 1, n. 42703 del 13/09/2019, Terlizzi Michele, Rv. 277230-01, e Sez. 1, n. 36583 del 28/03/2017, Maffi, Rv. 271400-01);

-- a modifica legislativa per effetto della quale un reato procedibile d'ufficio divenga procedibile a querela, in caso di mancata proposizione di questa, non essendo il regime di procedibilità elemento costitutivo della fattispecie [**Sez. 1, n. 1628 del 03/12/2019 (dep. 2020), Cela Antonio, Rv. 277925-01**, in un caso di appropriazione indebita aggravata ex art. 61, comma primo, n. 11, cod. pen., divenuta procedibile a querela a seguito del decreto legislativo 10 aprile 2018, n. 36];

- nell'ambito, "ad abundantiam", del procedimento di cognizione, con riguardo

-- alla condotta del gestore di una struttura ricettiva inadempiente all'obbligo di versare al comune le somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno, pur quando posta in essere prima delle modifiche introdotte dall'art. 180 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella legge 20 luglio 2020, n. 77, avendo la novella dato vita semplicemente ad «un fenomeno di successione di norme extrapenali, incidenti su elementi normativi della fattispecie relativi alla qualifica soggettiva del gestore» (**Sez. 6, n. 30227 del 28/09/2020, Di Bono Valeria, Rv. 279724-01);**

-- alla condotta di indebito utilizzo di carte di credito o di pagamento, poiché **«**l'abrogazione dell'art. 55, comma 9, D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231, ad opera del D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, con la contestuale introduzione dell'art. 493-ter cod. pen., integra un'ipotesi di continuità normativa» (**Sez. 4, n. 13492 del 21/01/2020, Anselmo Domenico, Rv. 279002-02).**

2. "Abolitio criminis" e sospensione condizionale della pena.

Un tema ricorrente nella prassi è la presenza di condanne – aventi ad oggetto reati per cui è intervenuta "abolitio criminis" – da valutarsi in relazione alla concedibilità del beneficio della sospensione condizionale della pena.

In generale, **Sez. 3, n. 8803 del 15/01/2020, P.G. in proc. Donato Bernardino, Rv. 278268-01**, afferma che, «ai fini dell'applicazione della sospensione

condizionale della pena ai sensi dell'art. 165, comma secondo, cod. pen., il giudice di merito può valutare incidentalmente l'intervenuta "abolitio criminis" di fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile» – senza, dunque, necessità della previa formale revoca della sentenza – «laddove ciò risulti evidente e non sia necessario il compimento di ulteriori accertamenti.

Evidentemente, il presupposto di tale affermazione è che l'"abolitio criminis" elimini in radice la causa ostativa alla concessione di un'ulteriore sospensione condizionale.

In effetti, su questa china, **Sez. 1, n. 22277 del 02/07/2020, Fialdini Mario, Rv. 279438-01** – concernente violazioni degli artt. 10-bis e 10-ter del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, in cui l'ammontare delle ritenute e dell'IVA non versate era inferiore alle soglie di punibilità rideterminate con il decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158 – consolida il principio, già più volte in precedenza affermato [cfr., tra le numerose altre, Sez. 6, n. 16363 del 05/02/2008, Scaccini, Rv. 239555-01; Sez. 5, n. 18 del 27/11/2007 (dep. 2008), Colombo e altro, Rv. 238876-01; Sez. 5, n. 28714 del 04/07/2005, P.M. in proc. Savegnago, Rv. 231867-01], per cui «non deve procedersi alla revoca delle sospensioni condizionali precedentemente concesse con riferimento a condanne per fatti non più previsti dalla legge come reato, in quanto l'"abolitio criminis" fa cessare l'esecuzione e gli effetti penali della condanna, tra i quali deve annoverarsi l'attitudine della medesima a costituire precedente ostativo alla reiterazione della sospensione condizionale della pena».

In punto di "abolitio criminis", dunque, parrebbe in via di risoluzione il contrasto con l'orientamento contrario, inteso ad affermare che «la presenza di plurime condanne costituisce elemento ostativo ad una nuova concessione [della sospensione condizionale] anche nell'ipotesi che si tratti di condanne per reati poi depenalizzati, posto che la cessazione di tutti gli effetti penali della condanna non può influire sul giudizio prognostico negativo di ravvedimento effettuato presuntivamente dalla legge» (così, alla lettera, Sez. 6, n. 35176 del 05/07/2001, Magrini, Rv. 220106-01; in senso conforme, da ultimo, Sez. 5, n. 34682 del 11/02/2005, Marisca, Rv. 232312-01).

Nondimeno, una volta allargato lo sguardo oltre il terreno dell'"abolitio criminis", per attingere istituti similari, il contrasto si dimostra ancora vivo. Valga considerare, ad esempio, la recente lezione per cui, «ai fini del giudizio circa la concedibilità o meno della sospensione condizionale della pena, la presenza di precedenti condanne per reati poi estinti ai sensi dell'art. 460, comma 5, cod. proc. pen. può legittimamente essere valutata dal giudice come elemento ostativo alla presunzione che il colpevole si asterrà, per il futuro, dal commettere ulteriori reati» (Sez. 4, n. 41291 del 11/09/2019, Pagani Federico, Rv. 277355-01).

3. Introduzione di una nuova scriminante o ampliamento della sfera di operatività di una scriminante già esistente.

Infine, un fenomeno diverso dall'"abolitio criminis" – comportante la revoca "in executivis" della sentenza di condanna ex art. 673 cod. proc. pen. – è quello involto da una sentenza di condanna pronunciata prima dell'entrata in vigore di una modifica legislativa che introduca una nuova scriminante od ampli la sfera di operatività di una scriminante già esistente.

Detto fenomeno è verosimilmente destinato ad assurgere alla ribalta dell'esperienza giudiziaria nella sua seconda declinazione, in considerazione dell'introduzione della cd. legittima difesa domiciliare, di cui all'art. 52, comma quarto, cod. pen., ad opera della legge 28 aprile 2019, n. 36.

In argomento, **Sez. 1, n. 14161 del 20/02/2020, Abico Carmelo, Rv. 278973-01**, con una serie di considerazioni di ampio respiro sistematico, chiarisce come «rientr[i bensì] tra le attribuzioni del giudice dell'esecuzione il potere di verificare la ricorrenza dei presupposti – purché specificamente allegati dall'istante – per l'applicazione retroattiva della scriminante ai sensi dell'art. 2, comma secondo, cod. pen., ma non quello di revocare detta sentenza ex art. 673 cod. proc. pen.», atteso che la revoca (come ricordato dalla […] sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 1996) trova causa esclusivamente nell'"abolitio criminis" «derivante da abrogazione o da dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice» e non già nella sopravvenuta qualifica di mera liceità penale del fatto, alla stregua di indici che devono essere sottoposti, in concreto, da parte del giudice dell'esecuzione, a stringente vaglio fattuale (tanto che, nella specie, la S.C. ha ritenuto inammissibile il ricorso avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca di una sentenza irrevocabile di condanna per il delitto di tentato omicidio, rilevando, tra l'altro, che il ricorrente non aveva dedotto gli elementi circostanziali idonei ad integrare l'invocata nuova scriminante).

4.1. Conseguenze "in executivis" delle declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: introduzione.

Anche nel 2020, un florilegio di pronunce si è trovato ad affrontare le molteplici conseguenze "in executivis" delle recenti declaratorie di illegittimità costituzionale che hanno segnato il diritto penale delle sostanze stupefacenti. Il riferimento è,

- anzitutto, alla sentenza della Corte costituzionale 11 febbraio 2014, n. 32, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, che unificavano il trattamento sanzionatorio, in precedenza differenziato, previsto dall'art. 73 del decreto del Presidente della

Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per i reati aventi ad oggetto rispettivamente le cd. "droghe leggere" e le cd. "droghe pesanti", con conseguente reviviscenza dell'art. 73 medesimo e delle relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente alle modifiche apportate con le disposizioni annullate;

- secondariamente, alla sentenza della Corte costituzionale 23 gennaio 2019, n. 40, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione (e – ci si permette di sottolineare sin d'ora– soltanto di questa) nella misura di otto anni anziché di sei anni, in quanto «la divaricazione di quattro anni – venutasi a creare a seguito del d.l. n. 36 del 2014, come convertito – tra il minimo edittale di pena previsto dal comma censurato per i fatti non lievi connessi al traffico di stupefacenti e il massimo edittale della pena comminata dal successivo comma 5 per i fatti lievi costituisce un'anomalia sanzionatoria in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza, oltre che con il principio di rieducazione della pena» (così, alla lettera, la massima n. 42185).

4.2. Il percorso della giurisprudenza di legittimità sull'idoneità ad incidere sul giudicato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio.

Per cogliere appieno la complessità delle questioni di cui dibatte la giurisprudenza in ordine alle ricadute di Corte cost. n. 40 del 2019 e, per quanto ancora d'attualità, di Corte cost. n. 32 del 2014, deve considerarsi che oggetto delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, non era la norma incriminatrice, ma il trattamento sanzionatorio dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Avvertita di tale complessità, del resto, è la stessa Corte cost. n. 32 del 2014, la quale, premesso che «gli effetti *"in malam partem"* connessi al più grave trattamento sanzionatorio dei reati concernenti le c.d. "droghe pesanti", che trova applicazione per effetto della riviviscenza della precedente disciplina, non precludono l'esame nel merito della questione, atteso che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore, senza configurare nuove norme penali», rileva altresì subito in appresso che, «quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo» (massima n. 37670).

Sul punto, compiendo un passo indietro, torna utile ricordare che, solo con Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 (dep. 2014), Ercolano, Rv. 258650-01, si è avuto il definitivo suggello dell'orientamento, già assolutamente prevalente, a termini del quale l'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87 («Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»), secondo cui, «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali», «non è stato implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pe., posto che quest'ultima disposizione, a differenza della prima, avente natura sostanziale, è norma processuale che detta la disciplina del procedimento di esecuzione per l'ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria d'incostituzionalità di una previsione incriminatrice».

La tesi dell'abrogazione implicita dell'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 era patrocinata da Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012, PMT in proc. Hamrouni, Rv. 253384-01, la quale tuttavia viene qui ricordata, non già per tale tesi, quanto piuttosto perché in motivazione si profonde ampiamente per dimostrare che il succitato art. 30, comma quarto, tra l'altro, a suo dire, implicitamente abrogato dall'art. 673 cod. proc. pen. (che, nel prevedere la revoca della sentenza di condanna, ne assorbe interamente la portata), ha riguardo agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e non anche di altre norme che, pur incidendo sul trattamento sanzionatorio, incriminatrici non sono: ragion per cui, in relazione a queste seconde, dovrebbe aver vigore il limite generale dell'intangibilità del giudicato, alla stregua dell'art. 136, comma 1, Cost. e dell'art. 30, comma 3, l.n. 53 del 1987. La riprova, secondo la sentenza in esame, la quale cita a supporto un'ampia schiera di conformi, si ha in ciò che «l'effetto della cessazione […] di "tutti gli effetti penali" della "sentenza irrevocabile di condanna" implica […] il radicale presupposto dell'"abolitio criminis". E, per vero, non è d'uopo indugiare sul punto della patente inconciliabilità del regime della cessazione d "tutti" gli effetti penali della condanna irrevocabile colla dichiarazione della illegittimità costituzionale di una mera circostanza aggravante del reato» (quale quella di cui all'art. 61, n. 11-bis, cod. pen., oggetto, nella specie, di regiudicanda).

L'ulteriore tappa evoluta della giurisprudenza si registra, idealmente, con Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, P.M. in proc. Gatto, Rv. 260700-01, la quale, giust'appunto in riferimento alla suddetta circostanza aggravante, proclama il principio che «la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 61 n. 11-bis cod. pen., ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2010, impedisce che sia eseguita la porzione di pena, irrogata con sentenza irrevocabile, corrispondente all'applicazione della circostanza aggravante prevista da tale norma, spettando al giudice dell'esecuzione individuare la porzione di pena da eliminare».

In tal guisa, anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme diverse dalla norma incriminatrice, che dispieghino effetti sul trattamento sanzionatorio, acquisisce idoneità ad incidere sul giudicato, alla stessa stregua della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, sul rilievo che nel primo caso, come nel secondo, è medesimamente impedita l'esecuzione della porzione di pena afflitta, in via derivata, da contrarietà alla Costituzione.

È nel descritto contesto evolutivo che si inserisce l'ormai celebre Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205-01, la quale, sul terreno degli effetti di Corte cost. n. 32 del 2014, chiude il cerchio dogmatico, qualificando propriamente «illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. [n.] 309 [del] 1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con [la predetta sentenza], anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità».

Il contrasto si misurava invero con due sentenze che, pur prendendo atto della «reintroduzione per le droghe cosiddette "leggere" di un trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo», propendevano per la non automatica configurabilità di un'ipotesi di «nullità sopravvenuta della pena inflitta quando, in presenza di motivazione esaustiva, non [fosse] ipotizzabile l'irrogazione di una sanzione ad essa inferiore sulla base dei reintrodotti limiti edittali» (Sez. 4, n. 47278 del 25/09/2014, Bronzino, Rv. 260734-01; Sez. 3, n. 27957 del 12/06/2014, Tirocchi, Rv. 259401-01).

4.3.1. L'art. 30, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e l'enucleazione del problema dei limiti temporali oltre i quali la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio è insuscettiva di produrre effetti.

La perdurante vigenza, di cui si è dato conto nelle pagine precedenti, dell'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 apre ad un momento interpretativo fondamentale. Infatti, posto che le dichiarazioni di illegittimità costituzionale così della norma incriminatrice come delle norme non incriminatrici dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio sono parimenti idonee ad incidere sul giudicato, sorge l'impellente esigenza di individuare i limiti, "a ritroso" e nel presente, oltre i quali dette dichiarazioni di illegittimità costituzionale non sono purtuttavia in grado spingersi.

4.3.2. Limite nel presente: i giudizi pendenti.

L'individuazione del limite nel presente pare un poco più agevole, almeno in linea di principio, rispetto all'individuazione del limite "a ritroso". Invero la dichiarazione di illegittimità costituzionale dispiega effetti nei giudizi pendenti, secondo, tuttavia, le regole che li governano. Pertanto, qualora il giudice faccia erroneamente applicazione della norma dichiarata incostituzionale, come se fosse ancora vigente, il vizio che ne deriva si converte in motivo di gravame, con la conseguenza che, esaurite le possibilità di impugnazione con la maturazione del giudicato, non v'è "teoricamente" più spazio per denunciare il vizio stesso. Precisasi, nondimeno, "teoricamente", perché, a mente del fondamentale principio di civiltà giuridica enunciato da Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera e altro, Rv. 265108-01, secondo cui «l'illegalità della pena, derivante da palese errore giuridico o materiale da parte del giudice della cognizione, privo di argomentata valutazione, ove non sia rilevabile d'ufficio in sede di legittimità per tardività del ricorso, è deducibile davanti al giudice dell'esecuzione, adito ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen.», il giudice dell'esecuzione, che assurge al ruolo di giudice della legalità della pena, ben può correggere l'errore giuridico o materiale compiuto dal giudice della cognizione, ancorché ciò configuri un intervento manipolatorio del giudicato, ad una triplice condizione, però, ossia che effettivamente di errore si tratti, l'errore sia palese e difetti alcuna argomentata valutazione (in presenza della quale, invece, l'errore, pur esistente, è definitivamente coperto dal giudicato).

Il ragionamento testé illustrato trovasi esposto in **Sez. 1, n. 23842 del 09/07/2020, Sanna**, la quale, in una materia per vero diversa dal diritto penale degli stupefacenti, assume che l'aumento di pena erroneamente disposto per la recidiva reiterata, di cui all'art. 99, comma quinto, cod. pen., con sentenza di condanna divenuta definitiva dopo la sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 2015, n. 185, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del carattere obbligatorio dell'aumento stesso, non possa essere rivalutato dal giudice dell'esecuzione, trattandosi di una violazione di legge coperta dal giudicato da cui non consegue un'ipotesi di illegalità della pena emendabile "in executivis", non venendo in rilievo l'irrogazione di una sanzione non prevista dall'ordinamento, o eccedente il limite legale in conseguenza di un vizio che non riguardi il solo calcolo seguito per la determinazione della pena finale, o affetta da un errore macroscopico del tutto estraneo ad ogni argomentata valutazione di merito; per l'effetto, nella specie, la S.C. che l'ordinanza con cui il G.E. aveva respinto la richiesta del condannato di rideterminazione della pena inflittagli con sentenza irrevocabile successiva alla declaratoria di illegittimità costituzionale fosse incorsa in alcun errore macroscopico privo di rappresentazione valutativa, al quale avrebbe dovuto porsi rimedio in sede esecutiva, tanto più in quanto aveva detto

giudice rilevato come la sentenza non avesse applicato la recidiva reiterata in considerazione della sua obbligatorietà, ma avesse motivato sull'effettiva sussistenza dei relativi presupposti.

4.3.3. Limite nel passato (o "a ritroso"): i rapporti esauriti.

Quanto al limite "*a ritroso*" della dichiarazione di illegittimità costituzionale, suole identificare detto limite con i rapporti esauriti, che, proprio perché tali, sono insensibili (a prescindere dal – ed oltre il – giudicato) alla modificazione della conformazione giuridica della realtà derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di alcuna norma di legge.

Il problema è inizialmente colto nella sentenza della Corte costituzionale 19 ottobre 1966, n. 127, laddove in motivazione leggesi che dalla dissimilitudine tra la dichiarazione di illegittimità costituzionale e l'abrogazione di una norma di legge «e dal carattere sostanzialmente invalidante della dichiarazione [stessa] deriva […] che [essa] produce conseguenze assimilabili a quelle dell'annullamento. Con incidenza quindi, in coerenza con gli effetti di tale istituto, anche sulle situazioni pregresse, verificatesi nello svolgimento del giudizio nel quale è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, salvo il limite invalicabile del giudicato, con le eccezioni espressamente prevedute dalla legge, e salvo altresì il limite derivante da situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» (in specie, parr. 4, 5 e 6).

Rilevato che le «eccezioni espressamente prevedute dalla legge» sono quelle della materia penale, di cui si discute, l'attingimento vero e proprio del limite dei rapporti esauriti si deve a due sentenze storiche di poco successive.

Alla stregua della sentenza della Corte costituzionale 15 marzo 1967, n. 58, le declaratorie di illegittimità costituzionale «fanno sorgere l'obbligo per i giudici avanti ai quali si invocano le norme di legge dichiarate costituzionalmente illegittime di non applicarle, a meno che i rapporti cui esse si riferiscono debbano ritenersi ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio, secondo i principi invocabili in materia»; ciò, tuttavia, fermo che «l'applicazione in concreto di tali principi [– e qui, ci si permette di sottolineare, sta il punto –] compete al giudice del merito, che dovrà effettuarla con riguardo alla natura ed entità del vizio accertato nella legge, nonché alla particolarità delle circostanze della controversia a lui sottoposta» (par. 3). Il che è come dire che spetta al giudice ordinario stabilire se in concreto ricorra un rapporto ormai esaurito, avuto riguardo peraltro, non già solo all'insuscettibilità di alcuna azione o rimedio ulteriore alla luce della disciplina della materia, ma altresì alla natura ed all'entità del vizio inficiante di incostituzionalità la legge, ragion per cui, in definitiva, come chiarito dalla sentenza della Corte costituzionale 15 gennaio 1969, n. 26, «il […]

problema dell'efficacia retroattiva delle sentenze di annullamento dev'essere affidato per la soluzione nei casi concreti ai giudici di merito […]. Una competenza della Corte al riguardo [, infatti,] potrebbe sorgere solo ove siano invocabili principi, consacrati nel testo costituzionale o in esso impliciti, dai quali si argomento l'esigenza di derogare al criterio generalissimo enunciato della intangibilità degli effetti derivati da rapporti esauriti» (così il par. 3; sostanzialmente in termini Corte costituzionale 10 febbraio 1970, n. 49, parr. 2, 3 e 4, la quale spiega che, come al giudice ordinario spetta di individuare questioni di legittimità costituzionale temporalmente rilevanti in funzione di situazioni soggette a norme di legge effettivamente applicabili sospette di contrarietà a Costituzione, così al medesimo spetta di individuare in via interpretativa i limiti all'efficacia retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale involgente norme di legge del pari effettivamente applicabili, atteso che «rilevanza della questione e divieto di applicazione di norme dichiarate costituzionalmente illegittime sono termini inscindibili»; soggiunge, infine, Corte costituzionale 23 marzo 1984, n. 139, par. 15, che «il principio, che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" [delle sentenze di annullamento], vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida»).

4.3.4. Problematica determinazione, nella materia penale, del "discrimen" tra rapporti ancora pendenti e rapporti esauriti alla luce dell'idoneità della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e di norme diverse dalla norma incriminatrice dispieganti effetti sul trattamento sanzionatorio ad oltrepassare il segno del mero giudicato.

Alla stregua di quanto precede, nella materia penale, dove declaratorie di illegittimità costituzionale di norme incriminatrici e non sono dall'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 abilitate ad oltrepassare il segno del mero giudicato, la determinazione del "discrimen" tra rapporti ancora pendenti, per i quali, stante detto comma quarto, «cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» della sentenza irrevocabile pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, e rapporti ormai esauriti, per quali, di conseguenza, non è più possibile che si realizzi tale cessazione, è rimessa al giudice ordinario. La questione, che si risolve nello stabilire quando sussistano i presupposti di un'esecuzione e di eventuali effetti penali passibili di dover cessare, registra un contrasto, venuto alla luce negli ultimi tempi a proposito dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, sulla rilevanza o meno del fatto che, eseguita la pena detentiva, debba essere ancora riscossa quella pecuniaria congiuntamente irrogata. In altri termini, il tema sul tappeto è se il cd. rapporto esecutivo possa dirsi esaurito già con la semplice esecuzione della pena detentiva

oppure debba ritenersi pendente sino alla completa riscossione anche di quella pecuniaria.

Secondo un primo orientamento, «è inammissibile l'istanza rivolta al giudice dell'esecuzione di rideterminazione della pena illegale, derivante da dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, qualora la pena detentiva sia stata interamente eseguita, in quanto, agli effetti dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il rapporto esecutivo si esaurisce con l'espiazione di detta pena, a nulla rilevando che debba ancora essere riscossa l'eventuale pena pecuniaria contestualmente irrogata» [così Sez. 1, n. 20248 del 19/10/2018 (dep. 2019), Rinaldi Raffaele, Rv. 275811-01, intervenuta in una fattispecie in cui il condannato – dopo aver già scontato la pena della reclusione inflittagli per il delitto di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – aveva chiesto la rideterminazione della pena alla stregua delle più favorevoli previsioni edittali tornate in vigore a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, onde poter commutare, ex art. 657, comma 3, cod. proc. pen., la quota di pena detentiva espiata in eccesso in pena pecuniaria, con corrispondente riduzione del debito verso l'erario].

Di contrario avviso è altro più recente orientamento, secondo cui «sussiste l'interesse del condannato ad ottenere la rideterminazione "in executivis" della pena divenuta illegale a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 qualora, pur interamente espiata la pena detentiva, non sia stata ancora eseguita quella pecuniaria contestualmente irrogata, atteso che, agli effetti dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87, il rapporto esecutivo si esaurisce soltanto con l'estinzione di entrambe tali pene» (così **Sez. 1, n. 13072 del 03/03/2020, Candido Giuseppe, Rv. 278893-01**, la quale in motivazione si è spinta financo a precisare che, nel caso in cui residui da eseguire la sola pena pecuniaria, la rideterminazione ad opera del giudice dell'esecuzione deve investire anche quella detentiva, in funzione della eventuale commisurazione, nell'ipotesi di esecuzione di pene concorrenti, della pena residua da espiare). In termini ancor più generali, affermasi che, ai fini della valutazione di cui all'art. 30 l. n. 87 del 1953, in ordine all'eventuale esaurimento del rapporto esecutivo, deve aversi riguardo, non solo alla pena detentiva, ma anche a quella anche a quella pecuniaria (**Sez. 1, n. 31023 del 24/09/2020, Sarni**, medesimamente sugli effetti di Corte cost. n. 32 del 2014).

In argomento, come spunto di riflessione, sia consentito di osservare che, nel secondo orientamento, per ora, come visto, riferito a Corte cost. n. 32 del 2014, la rilevanza della mancata riscossione della pena pecuniaria al fine di escludere l'esaurimento del rapporto esecutivo potrebbe forse entrare in tensione, relativamente invece a Corte Cost. n. 40 del 2019, con la considerazione che, in questo caso, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del

1990 colpisce soltanto la previsione del minimo edittale della reclusione, senza intaccare altresì la pena della multa.

Ad ogni buon conto, le perplessità che agitano la giurisprudenza in ordine all'ampiezza definitoria del rapporto esecutivo producono un risvolto persino in sede "stricto sensu" procedimentale, dacché deve considerarsi «illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione dichiari inammissibile "de plano", ai sensi dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., l'istanza di un condannato volta, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, alla rideterminazione della pena irrevocabilmente inflittagli per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in ragione della già avvenuta espiazione della pena, difettando il requisito della manifesta infondatezza dell'istanza, atteso che il presupposto, a fondamento della medesima, del non ancora avvenuto esaurimento del rapporto esecutivo non soggiace ad interpretazioni univoche e[d atteso altresì] che comunque il suo accertamento richiede una specifica verifica dei dati storici relativi alla posizione giuridica del condannato» (**Sez. 1, n. 23726 del 08/07/2020, Ciccarelli, Rv. 279524-01**).

4.4.1. Declaratorie di illegittimità costituzionale in tema di sostanze stupefacenti: necessaria rinnovazione della valutazione sanzionatoria e riduzione di pena.

Con il sopravvento, dopo Corte cost. n. 32 del 2014, di Corte cost. n. 40 del 2019, trova sostanziale applicazione, in generale, l'insegnamento espresso da Sez. U, n. 33040 del 2015, Rv. 264205-01, in relazione agli effetti della prima.

Ne offrono conferma due sentenze gemelle del 2020 ed una della fine del 2019, ossia, da una parte, **Sez. 1, n. 3280 del 12/11/2019 (dep. 2020), Porcellini Guido, Rv. 277857-01, e Sez. 1, n. 3281 del 12/11/2019 (dep. 2020), El Khairat El Alami, Rv. 278173-01**, e, dall'altra, Sez. 1, n. 51959 del 30/10/2019, Haziraj Armend, Rv. 277735-01.

Tutte e tre insegnano che «il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena inflitta con condanna anteriormente divenuta irrevocabile, è tenuto a rinnovare la valutazione sanzionatoria alla stregua dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., con necessaria riduzione della pena». Tale insegnamento – che viene ripetuto tal quale con riferimento ai doveri cui è chiamato il giudice dell'esecuzione in caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti ex art. 188 disp. att. cod. proc. pen. sulla rideterminazione della pena inflitta con sentenza irrevocabile di patteggiamento **{Sez. 1, nn. 51959 e 51964 del 30/10/2019 (dep. 2020), rispettivamente Haziraj Armend e Gabriele, di cui la prima massimata "sub" Rv. 277735-01** – non è tuttavia rigido a tal punto da non ammettere che possa «escluder[si] la patologica alterazione della commisurazione finale della pena, determinata in base alla forbice edittale oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale, […] quando la pena

irrogata sia stata determinata nel massimo edittale o in misura prossima al massimo» [**Sez. 1, n. 2036 del 11/12/2019 (dep. 2020), Selistha Bledar, Rv. 278198-01**]}.

Nell'insieme delle tre sentenze poc'anzi evocate, Sez. 1, n. 51959 del 2019, però, ulteriormente specifica che la rinnovazione è limitata alla «sola valutazione sanzionatoria alla stregua dei criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., con necessaria riduzione della pena, senza possibilità di valutare il fatto diversamente rispetto al giudice della cognizione»: la specificazione trova fondamento in ragione dell'impossibilità per il giudice dell'esecuzione di rimettere in gioco elementi di giudizio ormai coperti dal giudicato, come reso evidente dalla decisione concretamente adottata dalla Corte, che ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione, pur riducendo la pena inflitta, aveva rivalutato in termini di maggiore gravità il fatto di reato, calcolando la pena base, precedentemente determinata nel minimo edittale di anni otto di reclusione, in anni sette e mesi tre, ossia in misura sensibilmente superiore al nuovo minimo, pari ad anni sei di reclusione.

4.4.2. Regola e parziale eccezione.

Fermo quanto precede, nondimeno, il duplice assunto dell'imprescindibilità sia della rinnovazione della valutazione sanzionatoria sia anche della riduzione di pena si espone ad una parziale eccezione e a due temperamenti.

La parziale eccezione riguarda la riduzione di pena, dal momento che, per le due sentenze gemelle **Sez. 5, nn. 19370 e 19371 del 08/06/2020**, rispettivamente Cakabay Mehmet e Tuseth, di cui la prima massimata "sub" Rv. 279109-01, «il giudice dell'esecuzione che, in sede di rideterminazione della pena inflitta a seguito di patteggiamento per il reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, alla luce della cornice edittale ridefinita "in melius" per le cd. droghe "pesanti" dalla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2019, in assenza di accordo tra le parti, conservi l'originaria sanzione applicata deve motivare in modo specifico e con rafforzato grado di persuasività in virtù di quali parametri, evincibili dalla sentenza irrevocabile, la pena applicata risulti ancora conforme al complessivo disvalore del fatto e funzionale al reinserimento sociale del condannato».

4.4.3.1. Regola e due temperamenti, quanto a circostanze e riduzione di pena per il rito nel patteggiamento.

I due temperamenti riguardano la possibilità che, ferma la riduzione di pena complessiva, tuttavia alla stessa non si allinei corrispondentemente altresì una riduzione delle singole componenti nei passaggi intermedi, con particolare riguardo alle circostanze ed alla diminuzione per il rito nel patteggiamento.

Rispetto alle circostanze, pare in via di consolidamento l'indirizzo che sgancia le sorti delle singole componenti di pena nei passaggi intermedi dalle sorti della pena complessiva.

Lo comprovano due sentenze gemelle del 2020, per le quali «è legittimo il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione, [a seguito di Corte cost. n. 40 del 2020,] pur riducendo la pena in termini assoluti»,

- «quantifichi l'aumento di pena previsto per la ritenuta circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma 2, del citato d.P.R. in misura proporzionalmente superiore a quella stabilita in sede di cognizione, atteso che tale giudice è chiamato a rinnovare l'intera valutazione in ordine alla commisurazione della pena attraverso la discrezionale rideterminazione sia della pena-base che dell'aumento per la menzionata aggravante, quantificando in concreto siffatto aumento alla luce del sopravvenuto mutamento della cornice edittale quale nuovo indicatore astratto del disvalore del fatto» **[Sez. 1, n. 4084 del 26/11/2019 (dep. 2020), Arroyave Viveros, Rv. 278185-01];**

- «quantifichi la diminuzione di pena per le concesse circostanze attenuanti generiche in misura proporzionalmente inferiore a quella stabilita in sede di cognizione», per le identiche ragioni **[Sez. 1, n. 4085 del 26/11/2019 (dep. 2020), Greganti Pietro, Rv. 278186-01].**

4.4.3.2. Giurisprudenza essenziale con riferimento alle circostanze.

In rapporto all'aumento di pena per un'aggravante, non si contano precedenti né conformi né difformi.

In rapporto alla diminuzione di pena per le generiche, il principio consta invece già affermato (Sez. 1, n. 50693 del 14/11/2019, Luini, Rv. 277865-01, a proposito sempre degli effetti di Corte cost. n. 40 del 2020; Sez. 5, n. 48373 del 14/07/2017, Guardiano, Rv. 271268-01, a proposito degli effetti di Corte cost. n. 32 del 2014); nondimeno trattasi di un'affermazione non univoca, essendosi in contrario sostenuto anche che «il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena inflitta con condanna anteriormente divenuta irrevocabile, non ha il potere di modificare statuizioni coperte dal giudicato quali quelle afferenti al riconoscimento di elementi circostanziali attenuanti non attinti dalla decisione di legittimità, all'eventuale giudizio di bilanciamento ed alla misura delle relative diminuzioni di pena eseguite in fase di cognizione» (Sez. 1, n. 49106 del 08/11/2019, Cuomo Amalia, Rv. 278076-01, che, a proposito degli effetti di Corte cost. n. 40 del 2020, ha annullato con rinvio l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena, aveva applicato per le generiche una riduzione minore di quella quantificata dal giudice della cognizione).

4.4.3.3. Giurisprudenza essenziale con riferimento alla riduzione di pena per il rito nel patteggiamento.

Rispetto alla diminuzione fino a un terzo della pena per il rito nel patteggiamento, la giurisprudenza descrive un quadro più incerto, come dimostrano alcune pronunce che, nel 2020, assumono sul punto posizioni divergenti, palesando dunque la sussistenza di un contrasto non, o non ancora, in fase di riassorbimento.

Si allineano espressamente all'insegnamento largamente prevalente formatosi in tema di circostanze **Sez. 1, nn. 13453 e 13455 del 03/03/2020, rispettivamente Esposito Manuel e Bruno**, di cui la prima massimata "sub" Rv. 278895-01, che esclude alcuna violazione del «divieto di "reformatio in peius"», qualora il giudice dell'esecuzione, nel rideterminare la pena applicata con sentenza di patteggiamento a seguito di Corte cost. n. 40 del 2019, «in assenza di accordo tra le parti, applichi una minore riduzione di pena per le circostanze attenuanti generiche e per il rito, purché renda adeguatamente conto delle ragioni dei rispettivi scostamenti, con motivazione tanto più specifica quanto più essi sono ampi, fermo restando il necessario rispetto delle valutazioni concernenti il complessivo giudizio di disvalore già espresso in sentenza»

Di contrario avviso **Sez. 1, n. 21815 del 07/07/2020, Sinaj Marjol, Rv. 279414-01**, secondo cui (sulla falsariga dello schema di ragionamento già adottato da Sez. 1, n. 49106 del 2019, Rv. 278076-01) non può, invece, detto giudice «applicare una riduzione per la scelta del rito diversa da quella concordata ed applicata in fase di cognizione».

4.5. Concordato sui motivi d'appello.

Continuità di argomento vuole che si distingua tra patteggiamento e ciò che patteggiamento non è, ossia il cd. concordato sui motivi d'appello ex art. 599-bis cod. proc. pen. La conseguenza è duplice:

- sul piano procedurale, ai fini della rideterminazione "in executivis" della pena concordata in appello a seguito di Corte cost. n. 40 del 2019, «non si applica il meccanismo di rinnovata negoziazione della pena previsto dall'art. 188 disp. att. cod. proc. pen.» (**Sez. 1, n. 8601 del 07/02/2020, Marku Rini, Rv. 278500-02**);

- sul piano del "quantum" di pena, il giudice deve bensì applicare i parametri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., ma «non è tenuto a riconoscere la riduzione di pena derivante da[ll'] accordo in quanto esso non costituisce un istituto premiale» [**Sez. 1, n. 8559 del 11/12/2019 (dep. 2020), Scarfone, Rv. 278586-01**].

4.6. Reato continuato.

Un capitolo particolare attiene agli effetti di Corte cost. nn. 32 del 2014 e 40 del 2019 sul reato continuato.

È pacifico che debba procedersi a rideterminazione ad opera del giudice dell'esecuzione della pena inflitta per la singola violazione dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, a prescindere dall'essere essa reato più grave o reato satellite.

Sorge una prima questione in ordine al diverso reato (o ai diversi reati) satellite qualora si proceda a rideterminazione della pena inflitta per il reato più grave costituito dalla violazione dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990. Va facendosi strada l'opinione che la rideterminazione della pena debba essere estesa, persino officiosamente, anche a tale diverso reato (o a tali diversi reati), sulla base dell'unitarietà del reato continuato. Infatti, **Sez. 1, n. 23588 del 09/07/2020, Carniti Davide Silva, Rv. 279522-01**, con riguardo agli effetti di Corte cost. n. 40 del 2019, sostiene che, «in caso di condanna irrevocabile per più reati unificati sotto il vincolo della continuazione, il più grave dei quali sia quello previsto dal citato art. 73, comma 1, il giudice dell'esecuzione che proceda alla rideterminazione della pena inflitta in relazione a detto reato è tenuto a rideterminare anche gli aumenti di pena inflitti per i reati satellite, sebbene non incisi dalla decisione di incostituzionalità, in quanto, ai sensi dell'art. 81, comma 2, cod. pen. la porzione di pena relativa a detti reati è commisurata alla violazione più grave, non rilevando più i limiti di pena di cui alle rispettive norme incriminatrici, bensì quelli stabiliti in via generale per il reato continuato, del triplo della pena-base o, se più favorevole, della pena che sarebbe applicabile in ipotesi di cumulo».

Altra questione riguarda i poteri-doveri del giudice d'appello circa il diverso reato, riconosciuto dal primo giudice, nel pronunciare condanna per il reato più grave, avvinto in continuazione come reato satellite, per il quale siasi "medio tempore" proceduto a rideterminazione "in executivis". Per **Sez. 3, n. 26820 del 16/07/2020, F.**, pronunciatasi sugli effetti di Corte cost. n. 32 del 2014, «il giudice d'appello che ritenga di applicare una pena in continuazione con altra sanzione inflitta con sentenza definitiva, ma successivamente riconosciuta illegale in sede esecutiva per eccesso in ordine alla sua quantità, ha il dovere, anche d'ufficio, in forza del principio costituzionale di legalità della sanzione, di rivalutare la congruità dell'aumento di pena applicato in continuazione, alla luce della rideterminazione della prima sanzione».

5. Rideterminazione "in executivis" delle pene accessorie.

Problematiche analoghe a quelle che la giurisprudenza è chiamata ad affrontare in riferimento alle pene principali cominciano ad affacciarsi anche in riferimento alle pene accessorie. Anche il settore relativo a queste ultime, infatti, è

stato recentemente attraversato da un'epocale pronuncia di illegittimità costituzionale. Trattasi della sentenza della Corte costituzionale 25 settembre 2018, n. 222, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (l. fall.), nella parte in cui dispone: «La condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «La condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni».

È noto che, dopo la suddetta sentenza, è intervenuta Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, Rv. 276286-01, a proclamare [difformemente da Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014 (dep. 2015), B., Rv. 262328-01] il principio per cui «la durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 cod. pen.».

Nel contesto testé delineato, a chiudere il cerchio, sopravvengono due pronunce – **Sez. 1, n. 26601 del 16/09/2020, Bucaria, Rv. 279579-01**, e S**ez. 1, n. 3290 del 03/12/2019 (dep. 2020), Di Leva, Rv. 278813-01** – che medesimamente sostengono essere consentito, nei reati fallimentari, «al giudice dell'esecuzione procedere, secondo i criteri indicati dall'art. 133 cod. pen., alla rideterminazione della durata delle pene accessorie previste dall'art. 216, ultimo comma, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, inflitte con sentenza definitiva in misura pari a dieci anni, quando ne sia richiesto l'adeguamento al nuovo testo della norma, come risultante dalla interpretazione dalla sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, che prevede una durata variabile con il solo limite massimo insuperabile di dieci anni».

In tal modo, dunque, è realizzata l'osservanza del "dictum" di Corte cost. n. 222 del 2018, alla stregua della declinazione ricavatane da Sez. U, n. 28910 del 2019, anche "in executivis".

Quel che preme in questa sede di evidenziare è la novità rappresentata dall'ampio spettro dei poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione, sostanzialmente chiamato a svolgere apprezzamenti identici a quelli del giudice della cognizione, in osservanza dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen.

La portata della novità è immediatamente apprezzabile sol che si consideri la misura della distanza rispetto alla già citata Sez. U, n. 6240 del 2015, B., Rv. 262327-01, secondo cui «l'applicazione di una pena accessoria "extra" o "contra legem" dal parte del giudice della cognizione può essere [bensì] rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione[,] purché [però] essa sia

determinata per legge, ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata, e non derivi da errore valutativo del giudice della cognizione».

Il limite della non derivazione da errore valutativo del giudice della cognizione, identico allora ed oggi, si spiega agevolmente alla luce della conversione dei vizi di illegittimità in motivi di gravame.

Al netto di ciò, tuttavia, mentre per Sez. U, n. 6240 del 2015, il giudice dell'esecuzione in tanto può agire in quanto sia tenuto a farlo a rime obbligate, non potendo sostituire sue valutazioni a quelle del giudice della cognizione, per Sez. 1, n. 26601 del 2020, Rv. 279579-01, e Sez. 1, n. 3290 del 2020, Rv. 278813-01, il giudice dell'esecuzione ha una libertà di valutazione corrispondente a quella del giudice della cognizione, di cui, per così dire, fa le veci "in executivis": ciò che, sul diverso piano procedimentale, costituisce la riprova della ormai tendenziale assimilazione delle due figure di giudici, resa possibile da un ripensamento in chiave autenticamente giurisdizionale del procedimento di esecuzione ad opera del nuovo Codice.

6.1. Riconoscimento della continuazione ex art. 671 cod. proc. pen.: inquadramento.

Il tema della rideterminazione della pena "in executivis" trova ulteriore sfogo, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., nelle competenze del giudice dell'esecuzione in ordine al riconoscimento della continuazione tra fatti di reato per i quali sono intervenute sentenze di condanna irrevocabili.

L'obiettiva problematicità delle questioni involte rende necessaria una trattazione "ad hoc", volta peraltro a confrontare lo stato della giurisprudenza sul riconoscimento della continuazione ad opera del giudice dell'esecuzione con lo stato della giurisprudenza sul riconoscimento della continuazione ad opera del giudice della cognizione.

Il tasso di problematicità, se possibile, è ulteriormente aumentato a misura che si consideri come finanche all'interno delle due rispettive sfere del riconoscimento della continuazione ad opera del giudice dell'esecuzione e di quello della cognizione le opinioni non siano unanimi, esitando, infine, su un piano più generale inglobante entrambe dette sfere, in un franco contrasto.

6.2.1. Dovere di motivazione del giudice dell'esecuzione sugli aumenti di pena: contrasto tra la tesi che ne ritiene sempre la configurabilità ….

Conviene prendere le mosse da **Sez. 1, n. 17209 del 25/05/2020, Trisciuoglio, Rv. 279316-01**, secondo la quale il giudice dell'esecuzione, che proceda ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., è «titolare di un potere discrezionale esercitabile secondo i parametri fissati dagli artt. 132 e 133 cod. pen.», ragion per cui «è tenuto a

motivare, non solo in ordine all'individuazione della pena base, ma anche in ordine all'entità dei singoli aumenti per i reati satellite ex art. 81, comma secondo, cod. pen., in modo da rendere possibile un controllo effettivo del percorso logico e giuridico seguito nella determinazione della pena, non essendo all'uopo sufficiente il semplice rispetto del limite legale del triplo della pena-base». La sentenza in disamina ritiene dunque che il giudice dell'esecuzione non possa sottrarsi all'ordinario onere motivazionale a cagione dell'esercizio di un potere discrezionale nella rideterminazione della pena, che necessita di per se stesso di essere esplicato attraverso l'esposizione delle ragioni logico-giuridiche a sostegno della decisione.

In tale contesto – in cui il suddetto giudice è gravato da un onere motivazionale severo, in quanto è egli tenuto ad esplicitare le ragioni del proprio convincimento, non solo in relazione alla determinazione della pena base, ma anche in relazione a ciascun aumento di pena per i reati avvinti in continuazione, indipendentemente dalla concreta entità degli aumenti, minimi o prossimi alla pena inflitta dal giudice della cognizione, ed altresì, a volersi consentire un'aggiunta, dalla tipologia dei reati, omogenei o meno al reato base e/o ad altri reati satellite – la funzione della motivazione è all'evidenza proiettata a consentire il sindacato del provvedimento attraverso l'impugnazione, in specie sotto il profilo della logicità e della congruità della motivazione stessa.

Qualche notazione di dettaglio si rende necessaria.

La particolarità che distingue il giudice dell'esecuzione da quello della cognizione si riduce a ciò che il riferimento all'individuazione della pena base deve intendersi all'individuazione della pena base in funzione dell'individuazione – parallelamente al meccanismo vigente in sede cognitoria – del reato base, giacché, "in executivis", questo si identifica con il reato per il quale è stata inflitta dal giudice della cognizione la pena più grave. Ora, tenuto presente che la pena base è di per sé, in linea di principio, immodificabile da parte del giudice dell'esecuzione, emergono i vincoli cui questi (a differenza del giudice della cognizione) è astretto, senza che ciò configuri alcuna irragionevolezza suscettibile di denuncia d'incostituzionalità, «in quanto la differenza di trattamento tra la fase della cognizione e quella dell[']esecuzione trova giustificazione nella circostanza che il giudice dell['] esecuzione è [giust'appunto] vincolato alla pena inflitta e coperta da giudicato» (Sez. 1, n. 31640 del 09/05/2014, Radu, Rv. 261089-01).

In disparte tale particolarità, secondo Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01, la motivazione dev'essere esaustiva, così da consentire un effettivo controllo sulla determinazione della pena sia nel complesso sia però anche, "a priori", nei singoli segmenti in cui, con specifico riferimento ai reati satellite, la pena stessa si articola. Invero, solo una motivazione siffatta consente di sottoporre la decisione a vaglio critico, eventualmente attraverso l'impugnazione. Tale essendo lo scopo della

motivazione in relazione ai singoli aumenti, va da sé che, di conseguenza, sono insufficienti a ridimensionare, e viepiù ad annullare, gli oneri motivazionali del giudice dell'esecuzione i limiti massimi che in generale, tenuto anche conto degli insegnamenti delle Sezioni Unite, trovano applicazione "in executivis" nella determinazione della pena ex art. 81, comma secondo, cod. pen.: sia quello, espressamente menzionato da Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01, del contenimento della pena finale entro il triplo della pena-base (Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270073-01), sia quello, in realtà ben più stringente, del contenimento di ciascun aumento entro l'entità di pena, per il reato cui l'aumento si riferisce, inflitta dal giudice della cognizione [Sez. U, n. 6296 del 24/11/2016 (dep. 2017), Nocerino, Rv. 268735-01].

Nella materia dell'esecuzione della pena, l'insegnamento di Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01 – che per ovvie ragioni trova uno spazio minimo di esplicazione con riguardo alla riduzione di pena per reati satellite giudicati in abbreviato, giacché in tal caso il giudice deve dare espressamente atto soltanto di aver conteggiato la riduzione, senza altresì diffondersi sul "quantum" della stessa, siccome predeterminato (Sez. 1, n. 12591 del 13/03/2015, Reale, Rv. 262888-01) – rinviene un unico precedente "tout court" conforme, rappresentato da Sez. 1, n. 23041 del 14/05/2009, Di Risio, Rv. 244115-01: la quale si allinea a Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01, laddove afferma che «il giudice dell'esecuzione deve dare conto dei criteri utilizzati nella rideterminazione della pena per l'applicazione della continuazione, in modo da rendere noti all'esterno non solo gli elementi che sono stati oggetto del suo ragionamento, ma anche i canoni adottati»; eppure in certo qual modo se ne discosta, laddove si dimostra aperta ad un modesto temperamento del principio, soggiungendo che può comunque il giudice utilizzare anche «espressioni concise[,] caratteristiche dei provvedimenti esecutivi».

6.2.2. … e la tesi che invece ne ridimensiona la portata ai soli casi di aumenti prossimi alla pena irrogata, per il singolo reato satellite, dal giudice della cognizione.

Gli altri precedenti che, "in executivis", affrontano il nodo della motivazione per gli aumenti di pena in continuazione prendono le distanze dalla linea di Sez. 1, n. 17209 del 2020, e di Sez. 1, n. 23041 del 2009, giacché non ritengono l'esistenza di un obbligo generalizzato del giudice in tal senso, sostenendone invece la configurabilità esclusivamente nei casi in cui gli aumenti siano, non soltanto – di per sé – «significativi» (Sez. 1, n. 52531 del 19/09/2018, Mejri Mohamed, Rv. 274548-01), ma altresì – su un piano comparativo – «prossimi» [**Sez. 5, n. 11336 del 17/01/2020, Di Lorito, Rv. 278792-01**; Sez. 1, n. 23352 del 14/09/2017 (dep. 2018),

Manganaro, Rv. 273050-01] al termine di paragone costituito dall'entità della pena irrogata, per il singolo reato satellite, dal giudice della cognizione: è soltanto nei casi di cui si tratta, infatti, che la quantificazione degli aumenti entra in tensione con il riconoscimento della medesimezza del disegno criminoso sottostante all'applicazione della disciplina del reato continuato, riconoscimento che, «implica[ndo], di per sé, una minore offensività della condotta illecita aggiuntiva», rende necessaria l'esplicazione delle ragioni che sorreggono la decisione di quantificare l'aumento in termini non allineati a siffatta minore offensività.

Un esauriente compendio di tale prospettiva si ha, da ultimo, in **Sez. 5, n. 32511 del 14/10/2020, Radosavljevic Marko, Rv. 279770-01**, secondo cui non sussiste obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento, essendo sufficiente indicare le ragioni a sostegno della quantificazione della pena base, vieppiù quando non è possibile dubitare del rispetto del limite legale del triplo della pena base ex art. 81, comma primo, cod. pen., in considerazione della misura contenuta degli aumenti di pena irrogati, e i reati posti in continuazione siano integrati da condotte criminose seriali ed omogenee (nella specie plurimi delitti di furto in abitazione e ai danni di capannoni industriali)».

Il presupposto dei precedenti esaminati da ultimo è che la continuazione rappresenti un istituto «ispirato al "favor rei"»: tale, in effetti, è la conclusione che Sez. 5, n. 20534 del 20/04/2015, B., Rv. 263461-01, esplicita in relazione sia alla sede esecutiva sia però anche alla sede cognitoria, traendone la conclusione che sorge necessità di «adeguata e puntuale motivazione» ogniqualvolta la continuazione «non determini una diminuzione della pena complessiva», nella specie quantificata, invece, «nel massimo consentito dalla somma delle pene inflitte» (quanto al procedimento d'esecuzione, identicamente, Sez. 1, n. 23352 del 2018, Rv. 273050-01).

6.3.1. Parallelo con il giudizio di cognizione: introduzione.

Il richiamo di Sez. 5, n. 20534 del 2015, Rv. 263461-01, consente di tracciare un collegamento tra il procedimento d'esecuzione ed il giudizio di cognizione, rilevante sotto un duplice profilo:

- anzitutto, sotto un profilo tutto interno al giudizio di cognizione, inciso da un contrasto di giurisprudenza più marcato di quello che si è descritto a proposito del procedimento d'esecuzione, già oggetto di segnalazione da parte dell'Ufficio del Massimario con la relazione n. 1045 del 21 luglio 2016;

- secondariamente, sotto un profilo allargato tanto al procedimento d'esecuzione quanto al giudizio di cognizione, una volta che, seguendo l'impostazione di Sez. 5, n. 20534 del 2015, si riguardi l'istituto della continuazione

trasversalmente, a prescindere cioè dal momento procedimentale in cui esso viene in rilievo.

6.3.2. I tre orientamenti che si contendono il campo nel giudizio di cognizione.

Nel giudizio di cognizione, un primo orientamento fa gravare sul giudice un onere ampio di motivazione, ricomprendente, oltre alla pena-base, gli aumenti in continuazione per i reati satellite indipendentemente dalla loro entità [Sez. 3, n. 1446 del 13/09/2017 (dep. 2018), S., Rv. 271830-01], peraltro talvolta aggiungendo che, rispetto a detti aumenti, l'onere di cui si tratta si fa più stringente quando essi, «pur contenut[i] nel limite massimo stabilito dalla legge, determini[no] una sperequazione nel trattamento sanzionatorio per medesime fattispecie di reato» (Sez. 6, n. 48009 del 28/09/2016, Cocomazzi e altri, Rv. 268131-01; Sez. 1, n. 21641 del 08/01/2016, Lendano e altro, Rv. 266885-01). Invero, si afferma, «non è sufficiente per la legalità del calcolo determinare la pena nell'ambito quantitativo previsto dalla legge - pari al triplo della pena base - dovendo il giudice, nella motivazione, dare conto delle decisioni assunte su ogni aspetto dell'esercizio del suo potere discrezionale, ivi compresa la determinazione dell'aumento di pena per i singoli reati satellite» [Sez. 4, n. 28139 del 23/06/2015, Puggillo, Rv. 264101-01 (che, peraltro, «ha ritenuto correttamente assolto l'obbligo di motivazione nella giustificazione, in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen., dell'aumento stabilito a titolo di continuazione in misura inferiore all'aumento medio previsto dall'art. 81, comma secondo, cod. pen.»); cfr. anche Sez. 2, n. 51731 del 19/11/2013, Foria, Rv. 258108-01; Sez. 6, n. 7777 del 29/01/2013, Bardeggia, Rv. 255052-01].

Di opposto avviso un secondo più cospicuo orientamento, secondo cui «non sussiste obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento, essendo sufficiente indicare le ragioni a sostegno della quantificazione della pena base» [così, testualmente, Sez. 1, n. 39350 del 19/07/2019, Oliveti, Rv. 276870-02; Sez. 6, n. 18828 del 08/02/2018, Nicotera e altri, Rv. 273385-01, che peraltro «ha annullato con rinvio la sentenza di appello che aveva determinato la pena per il reato base in misura non prossima al minimo edittale, senza fornire alcuna motivazione sul punto, nonostante l'impugnazione vertesse sulla quantificazione della pena; nello stesso senso, Sez. 2, n. 18944 del 22/03/2017, Innocenti e altri, Rv. 270361-01; Sez. 3, n. 44931 del 02/12/2016 (dep. 2017), Portulesi e altri, Rv. 271787-01; Sez. 4, n. 23074 del 22/11/2016 (dep. 2017), Paternoster e altro, Rv. 270197-01; Sez. 2, n. 50699 del 04/10/2016, Chierchiello e altri, Rv. 268908-01; Sez. 2, n. 50987 del 06/10/2016, Aquila, Rv. 268731-01; Sez. 2, n. 34662 del 07/07/2016, Felughi e altri, Rv. 267721-01; Sez. 5, n. 29847 del 30/04/2015, Del Gaudio, Rv. 264551-01; Sez. 5, n. 29829 del

13/03/2015, Pedercini, Rv. 265141-01; Sez. 5, n. 25751 del 05/02/2015, Bornice, Rv. 264993-01; Sez. 2, n. 4707 del 21/11/2014 (dep. 2015), Di Palma e altro, Rv. 262313-01; Sez. 2, n. 49007 del 16/09/2014, Iussi e altri, Rv. 261424-01; Sez. 5, n. 27382 del 28/04/2011, Franceschin e altro, Rv. 250465-01; Sez. 5, n. 11945 del 22/09/1999, De Rosa G. e altro, Rv. 214857-01; Sez. 3, n. 3034 del 26/09/1997, Coletta, Rv. 209369-01].

Ciò detto, credesi, parzialmente prendendo le distanze dalla citata relazione n. 1045 del 2016, di poter individuare anche un terzo orientamento sostanzialmente intermedio tra i due descritti. Esso, demandato in generale al giudice l'incombente di motivare anche sugli aumenti di pena in continuazione, tuttavia lo solleva dallo stesso, ritenendolo «non […] tenuto a giustificare con motivazione esplicita il suo operato», quando, «inflitta la pena nella misura minima edittale, l'abbia aumentata per la continuazione in modo esiguo»: ciò «sia perché deve escludersi che [egli] abbia abusato del potere discrezionale conferitogli dall'art. 132 cod. pen., sia perché deve ritenersi che egli abbia implicitamente valutato gli elementi obbiettivi e subiettivi del reato risultanti dal contesto complessivo della sua decisione» [Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017 (dep. 2018), P.G., P.C. in proc. F. e altri, Rv. 273533-01].

6.3.3. Riflessioni conclusive, in rapporto all'applicazione della disciplina del reato continuato, sui poteri-doveri del giudice dell'esecuzione e di quello della cognizione.

Tirando le somme di quanto detto sin qui, il principio espresso, "in executivis", da Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01 secondo cui l'onere motivazionale del giudice abbraccia anche agli aumenti di pena in continuazione, si presta ad essere confrontato,

- da un lato, con il dissimile orientamento sviluppatosi, sempre "in executivis", secondo cui detto onere sussiste solo quando gli aumenti si avvicinano alla pena già irrogata per i reati-satellite;

- dall'altro, con i due orientamenti opposti che, in sede cognitoria, ritengono l'uno – analogamente a Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01 – che detto onere sussista sempre e l'altro – diversamente da Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01 – che esso venga meno quando risultano esplicitate le ragioni della quantificazione della pena-base.

Alla luce di siffatta ricostruzione complessiva della giurisprudenza, Sez. 1, n. 17209 del 2020, Rv. 279316-01, come anticipavasi, si inserisce in un contrasto di giurisprudenza dai contorni netti, pur nel differente contesto di maturazione dei rispettivi insegnamenti, a loro volta contraddistinti da diversità di accenti interni.

Sembra nondimeno opportuno rimarcare la necessità di tenere in considerazione proprio il differente contesto del procedimento d'esecuzione rispetto al giudizio di cognizione. Infatti, come visto, il giudice dell'esecuzione è vincolato nell'individuazione del reato base in funzione dell'individuazione della pena base, non potendo rimettere in discussione gli elementi già valutati dal giudice della cognizione nella quantificazione di quest'ultima. Pertanto, già in astratto, qualsivoglia onere valutativo del giudice dell'esecuzione deve di necessità proiettarsi sugli aumenti di pena in continuazione di per se stessi considerati; inoltre – secondo l'avviso, per vero non sempre successivamente seguito, del massimo organo nomofilattico – possono essi essere persino maggiori a quelli individuati dal primo giudice, a condizione che non sia maggiore la pena complessiva irrogata (Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653-01).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, Rv. 276286-01
Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv. 270073-01
Sez. U, n. 6296 del 24/11/2016 (dep. 2017), Nocerino, Rv. 268735-01
Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera e altro, Rv. 265108-01
Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205-01
Sez. U, n. 6240 del 27/11/2014 (dep. 2015), B., Rv. 262328-01
Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, P.M. in proc. Gatto, Rv. 260700-01
Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258653-01
Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 (dep. 2014), Ercolano, Rv. 258650-01
Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli, Rv. 243585-01
Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano e altri, Rv. 224607-01
Sez. U, n. 29023 del 27/06/2001, Avitabile, Rv. 219223-01
Sez. 5, n. 32511 del 14/10/2020, Radosavljevic Marko, Rv. 279770-01
Sez. 6, n. 30227 del 28/09/2020, Di Bono Valeria, Rv. 279724-01
Sez. 1, n. 31023 del 24/09/2020, Sarni
Sez. 1, n. 31214 del 18/09/2020, Mancuso Pantaleone, Rv. 279799-01
Sez. 1, n. 26601 del 16/09/2020, Bucaria, Rv. 279579-01
Sez. 3, n. 26820 del 16/07/2020, F.
Sez. 1, n. 23842 del 09/07/2020, Sanna
Sez. 1, n. 23588 del 09/07/2020 P.M. c. Carniti Davide Silva, Rv. 279522-01
Sez. 1, n. 23726 del 08/07/2020, Ciccarelli, Rv. 279524-01
Sez. 1, n. 21815 del 07/07/2020, Sinaj Marjol, Rv. 279414-01
Sez. 1, n. 22277 del 02/07/2020, Fialdini Mario, Rv. 279438-01
Sez. 5, n. 19371 del 08/06/2020, Tuseth,
Sez. 5, n. 19370 del 08/06/2020, Cakabay Mehmet, Rv. 279109-01
Sez. 1, n. 17209 del 25/05/2020, Trisciuoglio, Rv. 279316-01
Sez. 1, n. 13455 del 03/03/2020, Bruno
Sez. 1, n. 13453 del 03/03/2020, Esposito Manuel, Rv. 278895-01
Sez. 1, n. 13072 del 03/03/2020, Candido Giuseppe, Rv. 278893-01
Sez. 1, n. 14161 del 20/02/2020, Abico Carmelo, Rv. 278973-01
Sez. 1, n. 8601 del 07/02/2020, Marku Rini, Rv. 278500-02
Sez. 4, n. 13492 del 21/01/2020, Anselmo Domenico, Rv. 279002-02
Sez. 5, n. 11336 del 17/01/2020, Di Lorito, Rv. 278792-01
Sez. 3, n. 8803 del 15/01/2020, P.G. in proc. Donato Bernardino, Rv. 278268-01
Sez. 1, n. 8559 del 11/12/2019 (dep. 2020), Scarfone, Rv. 278586-01
Sez. 1, n. 2036 del 11/12/2019 (dep. 2020), Selistha Bledar, Rv. 278198-01

Sez. 1, n. 3290 del 03/12/2019 (dep. 2020), Di Leva, Rv. 278813-01
Sez. 1, n. 1628 del 03/12/2019 (dep. 2020), Cela Antonio, Rv. 277925-01
Sez. 1, n. 4085 del 26/11/2019 (dep. 2020), Greganti Pietro, Rv. 278186-01
Sez. 1, n. 4084 del 26/11/2019 (dep. 2020), Arroyave Viveros, Rv. 278185-01
Sez. 1, n. 3281 del 12/11/2019 (dep. 2020), El Khairat El Alami, Rv. 278173-01
Sez. 1, n. 3280 del 12/11/2019 (dep. 2020), Porcellini Guido, Rv. 277857-01
Sez. 1, n. 51964 del 30/10/2019 (dep. 2020), Gabriele
Sez. 1, n. 51959 del 30/10/2019 (dep. 2020), Haziraj Armend, Rv. 277735-01
Sez. 1, n. 3269 del 03/10/2019 (dep. 2020), T., Rv. 278582-02 e Rv. 278582-03
Sez. 1, n. 50693 del 14/11/2019, Luini, Rv. 277865-01
Sez. 1, n. 49106 del 08/11/2019, Cuomo Amalia, Rv. 278076-01
Sez. 1, n. 51959 del 30/10/2019, Haziraj Armend, Rv. 277735-01
Sez. 1, n. 42703 del 13/09/2019, Terlizzi Michele, Rv. 277230-01
Sez. 4, n. 41291 del 11/09/2019, Pagani Federico, Rv. 277355-01
Sez. 1, n. 39350 del 19/07/2019, Oliveti, Rv. 276870-02
Sez. 1, n. 20248 del 19/10/2018 (dep. 2019), Rinaldi Raffaele, Rv. 275811-01
Sez. 1, n. 52531 del 19/09/2018, Mejri Mohamed, Rv. 274548-01
Sez. 6, n. 18828 del 08/02/2018, Nicotera e altri, Rv. 273385-01
Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017 (dep. 2018), P.G., P.C. in proc. F. e altri, Rv. 273533-01
Sez. 1, n. 23352 del 14/09/2017 (dep. 2018), Manganaro, Rv. 273050-01
Sez. 3, n. 1446 del 13/09/2017 (dep. 2018), S., Rv. 271830-01
Sez. 5, n. 48373 del 14/07/2017, Guardiano, Rv. 271268-01
Sez. 1, n. 36583 del 28/03/2017, Maffi, Rv. 271400-01
Sez. 2, n. 18944 del 22/03/2017, Innocenti e altri, Rv. 270361-01
Sez. 3, n. 44931 del 02/12/2016 (dep. 2017), Portulesi e altri, Rv. 271787-01
Sez. 4, n. 23074 del 22/11/2016 (dep. 2017), Paternoster e altro, Rv. 270197-01
Sez. 2, n. 50699 del 04/10/2016, Chierchiello e altri, Rv. 268908-01
Sez. 2, n. 50987 del 06/10/2016, Aquila, Rv. 268731-01
Sez. 6, n. 48009 del 28/09/2016, Cocomazzi e altri, Rv. 268131-01
Sez. 2, n. 34662 del 07/07/2016, Felughi e altri, Rv. 267721-01
Sez. 1, n. 36079 del 10/05/2016, Costa, Rv. 268002-01
Sez. 1, n. 21641 del 08/01/2016, Lendano e altro, Rv. 266885-01
Sez. 4, n. 28139 del 23/06/2015, Puggillo, Rv. 264101-01
Sez. 5, n. 29847 del 30/04/2015, Del Gaudio, Rv. 264551-01
Sez. 5, n. 20534 del 20/04/2015, B., Rv. 263461-01
Sez. 5, n. 29829 del 13/03/2015, Pedercini, Rv. 265141-01
Sez. 1, n. 12591 del 13/03/2015, Reale, Rv. 262888-01
Sez. 5, n. 25751 del 05/02/2015, Bornice, Rv. 264993-01

Sez. 1, n. 4461 del 19/01/2015, P.M. in proc. Singh, Rv. 262535-01
Sez. 2, n. 4707 del 21/11/2014 (dep. 2015), Di Palma e altro, Rv. 262313-01
Sez. 4, n. 47278 del 25/09/2014, Bronzino, Rv. 260734-01
Sez. 2, n. 49007 del 16/09/2014, Iussi e altri, Rv. 261424-01
Sez. 3, n. 27957 del 12/06/2014, Tirocchi, Rv. 259401-01
Sez. 1, n. 31640 del 09/05/2014, Radu, Rv. 261089-01
Sez. 2, n. 51731 del 19/11/2013, Foria, Rv. 258108-01
Sez. 6, n. 7777 del 29/01/2013, Bardeggia, Rv. 255052-01
Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012, PMT in proc. Hamrouni, Rv. 253384-01
Sez. 5, n. 27382 del 28/04/2011, Franceschin e altro, Rv. 250465-01
Sez. 1, n. 23041 del 14/05/2009, Di Risio, Rv. 244115-01
Sez. 6, n. 16363 del 05/02/2008, Scaccini, Rv. 239555-01
Sez. 5, n. 18 del 27/11/2007 (dep. 2008), Colombo e altro, Rv. 238876-01
Sez. 1, n. 18872 del 29/03/2007, Pasimeni, Rv. 237364-01
Sez. 5, n. 34682 del 11/02/2005, Marisca, Rv. 232312-01
Sez. 5, n. 28714 del 04/07/2005, P.M. in proc. Savegnago, Rv. 231867-01
Sez. 3, n. 7667 del 16/02/2002, P.M. in c. Congedo. Rv. 221103-01
Sez. 6, n. 35176 del 05/07/2001, Magrini, Rv. 220106-01
Sez. 5, n. 11945 del 22/09/1999, De Rosa G. e altro, Rv. 214857-01
Sez. 3, n. 3034 del 26/09/1997, Coletta, Rv. 209369-01

Sentenze della Corte costituzionale

Corte costituzionale 23 gennaio 2019, n. 40
Corte costituzionale 25 settembre 2018, n. 222
Corte costituzionale 8 luglio 2015, n. 185
Corte costituzionale 11 febbraio 2014, n. 32
Corte costituzionale 23 marzo 1984, n. 139
Corte costituzionale 10 febbraio 1970, n. 49
Corte costituzionale 19 ottobre 1966, n. 127
Corte costituzionale 6 marzo 1996, n. 96
Corte costituzionale 15 marzo 1967, n. 58
Corte costituzionale 15 gennaio 1969, n. 26

SEZIONE VIII

INGIUSTA DETENZIONE

CAPITOLO I

RECENTI QUESTIONI IN TEMA DI RIPARAZIONE PER L'INGIUSTA DETENZIONE

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La condizione ostativa del dolo o della colpa grave. – 3. La verifica della assenza di cause di estinzione del reato – 4. Pluralità di contestazioni e diritto alla riparazione. - 5. Morte del ricorrente e presentazione della domanda. – 6. Quantificazione dell'indennizzo. – 7. Ingiusta detenzione e riparazione dell'errore giudiziario.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna il tema della riparazione per l'ingiusta detenzione è stato più volte oggetto di esame da parte della giurisprudenza di legittimità che è intervenuta in materia con diverse decisioni.

In considerazione della variegata casistica, tali arresti hanno riguardato diversi aspetti dell'istituto sia sotto un profilo sostanziale, con riferimento ai presupposti e alle modalità della decisione del giudice circa la sussistenza del diritto alla riparazione, sia sotto un profilo procedurale, avuto riguardo, in particolar modo, alle modalità di presentazione della domanda e ai criteri di valutazione cui il giudice deve fare riferimento per calibrare l'entità dell'indennizzo.

Con tali pronunce la Corte, dando piena attuazione alla propria funzione nomofilattica, ha, da un lato, dato consolidamento ad orientamenti già elaborati e dall'altro ha affermato ulteriori significativi principi di diritto volti a dettare e precisare le regole che sovrintendono al giudizio della riparazione e fungono da guida per l'operatività di un istituto posto a presidio del fondamentale diritto di ogni individuo di non subire una ingiusta compressione della propria libertà personale.

2. La condizione ostativa del dolo e della colpa grave.

Diverse pronunce hanno riguardato la ricorrente questione relativa ai criteri di apprezzamento che devono guidare il giudice nel giudizio volto alla verifica della sussistenza di una "condotta colposa sinergica", idonea, ai sensi dell'art. 314 comma 1, cod. proc. pen., ad escludere il diritto alla riparazione. In particolare, **Sez. 4, n.**

36478 del 02/12/2020, Gallo, Rv. 280082, ponendosi nel solco della uniforme giurisprudenza di legittimità, ha rimarcato che il mendacio dell'indagato in sede di interrogatorio, sebbene espressione del diritto di difesa, costituisce una condotta volontaria fortemente equivoca, che, andando al di là del mero silenzio, può avvalorare gli indizi su cui si fonda la misura cautelare qualora investa elementi di indagine significativi e, quindi, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento del dolo o della colpa grave, ostativi alla riparazione. Nella specie, la Corte ha ritenuto rilevante, ai fini della individuazione della sussistenza della condizione ostativa del dolo o della colpa grave, la circostanza che l'indagato avesse reso false dichiarazioni che, pur non concernendo aspetti essenziali relativamente alla configurabilità dell'illecito, avevano riguardato, comunque, elementi significativi dell'attività di indagine. La Corte, nell'affermazione del principio si è, dunque, posta in linea di continuità con quella giurisprudenza che, soprattutto avuto riguardo alla diversa e parallela ipotesi del silenzio serbato nel corso dell'interrogatorio dal soggetto sottoposto a custodia cautelare, ha chiarito che il giudice, per valutare la sussistenza della colpa grave ostativa al riconoscimento del diritto, può prendere in esame il comportamento silenzioso o mendace, pur legittimamente tenuto dall'interessato nel procedimento penale in quanto espressione del diritto di difesa, poiché il diritto all'equa riparazione presuppone comunque una condotta dell'interessato idonea a chiarire la sua posizione mediante l'allegazione di quelle circostanze, a lui note e ignote agli organi inquirenti, utili ad attribuire un diverso significato agli elementi acquisiti in sede investigativa e posti a fondamento del provvedimento cautelare (così Sez. 4, n. 4154 del 17/10/2007, dep. 2008, Maugeri, Rv. 238666 - 01; Sez. 4, n. 11423 del 21/02/2008, Picari, Rv. 238940 - 01; Sez. 4, n. 40291del 10/06/2008, Maggi, Rv. 242755 - 01, secondo la quale il diritto all'equa riparazione presuppone una condotta dell'interessato idonea a chiarire la sua posizione mediante l'allegazione di quelle circostanze, a lui note, che contrastino l'accusa, o vincano ragioni di cautela; Sez. 4, n. 46423 del 23/10/2015, Sperti, Rv. 265287 – 01; Sez. 4, n. 24439 del 27/04/2018, Stamatopoulou, Rv. 273744 - 01). La colpa grave ostativa non può dunque fondarsi unicamente sul mero silenzio serbato dall'interessato posto che la scelta difensiva di avvalersi della facoltà di non rispondere non può valere di per sé a fondare un giudizio positivo di sussistenza della colpa, avendo la parte esercitato un legittimo diritto riconosciuto dalle regole del procedimento penale. Tuttavia, qualora risulti che tale condotta abbia impedito che emergessero da subito elementi o circostanze che, se conosciuti tempestivamente, non avrebbero consentito il determinarsi o il protrarsi della privazione della libertà, egli non può dolersi della ingiusta detenzione, in quanto conseguenza di una sua condotta gravemente imprudente. Diversamente, con riferimento al mendacio, la pronuncia in rassegna ne evidenzia il carattere ambiguo e fortemente equivoco, che, "andando ben al di là del mero silenzio, può avvalorare,

gli indizi su cui si fonda la misura cautelare qualora investa elementi significativi di indagine e può, pertanto, assumere rilievo, ai fini dell'accertamento del dolo o della colpa grave ostativi alla riparazione per ingiusta detenzione, laddove contribuisca a confermare i gravi indizi di colpevolezza a carico del soggetto sottoposto alla misura cautelare derivanti dalla sua condotta extra-processuale scorretta, imprudente o leggera, idonea ad ingenerare l'apparenza di un suo coinvolgimento nell'illecito penale." Sotto altro profilo, **Sez. 4 n. 10793 del 19/12/2019 (dep. 30/03/2020), Samiri Driss, Rv. 278655 - 01,** ha preso in considerazione la questione della rilevanza, ai fini della integrazione della colpa grave *ex* art. 314, comma 1, cod. proc. pen., della "condotta sospetta", affermando che "in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, la semplice condotta sospetta non è sufficiente per costituire condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione, poiché la colpa grave, di cui all'art. 314 cod. pen., che esclude siffatto diritto, va rapportata agli indizi cui non si deve dare adito per grave imprudenza e non ai sospetti, la cui sola esistenza non autorizza l'emissione di alcuna misura cautelare." Nel caso di specie, in particolare la Corte ha annullato l'ordinanza che aveva rigettato la domanda di riparazione basandosi sulla sola considerazione secondo cui, avendo il richiedente ammesso di conoscere il rapinatore solo di vista, nonostante fosse stato in altra occasione fermato e identificato con quest'ultimo nello stesso luogo della rapina, con le proprie false dichiarazioni aveva dato causa per colpa grave all'ingiusta detenzione, avendo ingenerato il sospetto della sua connivenza con il rapinatore. Il dolo o la colpa grave idonei ad escludere l'indennizzo devono, dunque, sostanziarsi in comportamenti specifici che abbiano dato causa all'instaurazione dello stato detentivo o abbiano concorso a darvi causa e pertanto deve sussistere un apprezzabile collegamento causale tra la condotta stessa e la custodia cautelare, in relazione sia al suo momento genetico sia al suo mantenimento che non può essere desunta da semplici elementi di sospetto, posto che gli stessi non possono fondare la misura cautelare, che esige la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (Sez. 3, n. 45593 del 31/01/2017, Benhassoun, Rv. 271790 – 01). Così, in termini sostanzialmente analoghi, **Sez. 4, n. 10195 del 16/01/2020, Cerutti, Rv. 278645 – 01**, ha escluso che la colpa grave, ostativa alla riparazione, possa essere integrata dalla disponibilità, manifestata dall'indagato, alla commissione di illeciti diversi da quelli per cui sia stata subita la detenzione, non sussistendo, anche in questo caso, il nesso eziologico fra il comportamento dell'interessato e la sua privazione della libertà, conseguente a un provvedimento del giudice determinato da un errore cui quel comportamento abbia dato causa. In applicazione del principio, la Corte ha dunque annullato con rinvio l'ordinanza che aveva negato il diritto alla riparazione valorizzando non meglio precisate condotte ambigue del ricorrente quali la sua generica disponibilità alla commissione di illeciti peraltro più diversi da quelli specificamente contestatigli. Sotto

tale ultimo profilo la pronuncia in esame ha altresì precisato la irrilevanza della commissione di illeciti "diversi" da quelli che hanno determinato la misura custodiate, venendo a mancare la necessaria sussistenza di un nesso eziologico fra il comportamento dell'interessato e la sua privazione della libertà, conseguente ad un provvedimento del giudice determinato da un errore cui proprio quel comportamento ha dato o contribuito a dare causa (nello stesso senso Sez. 4, n. 37401 del 29/05/2014, Agostino, Rv. 260306 – 01; Sez. 4, n. 2619 del 07/11/2018 (dep. 21/01/2019), Ahmetovic, Rv. 276253 – 01).

Sempre con riferimento alla condizione ostativa in esame la Corte si è occupata, altresì, della questione concernente i limiti entro i quali la condotta può assumere rilievo quale condizione ostativa alla riparazione per ingiusta detenzione. In particolare, **Sez. 3, n. 15786 del 04/02/2020, Ubaldini, Rv. 279385 – 01,** ha valutato se la condotta colposa sinergica operi quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, ed eventualmente in che modo, anche quando si accerti l'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura custodiale. La Corte ha dapprima richiamato l'insegnamento reso da Sez. U, n. 32383 del 27/05/2010, D'Ambrosio, Rv. 247663-01, secondo cui "la circostanza di avere dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare per dolo o colpa grave, quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, pur applicabile anche in relazione alle misure disposte in difetto delle condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., non può concretamente esplicarsi, in forza del meccanismo causale che governa l'indicata condizione ostativa, nei casi in cui l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura in oggetto avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha reso il provvedimento cautelare, in ragione unicamente di una loro diversa valutazione", osservando, tuttavia, che ciò non implica l'esclusione di qualunque rilevanza, ai fini del diniego del diritto all'equa riparazione, del comportamento doloso o gravemente colposo della persona sottoposta a custodia cautelare in caso di insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura custodiale, potendosi ritenere che il comportamento doloso o gravemente colposo della persona sottoposta a custodia cautelare possa comunque assumere significato qualora abbia concorso a dare causa al successivo mantenimento della custodia cautelare, per il periodo di ulteriore detenzione che si sarebbe potuto evitare. Del resto, tale soluzione, ad avviso del collegio, troverebbe giustificazione proprio nel fondamento solidaristico della riparazione che ha una funzione riparatoria e che rinviene un limite nel dovere di responsabilità di tutti i cittadini, i quali non possono invocare benefici tesi a ristorare pregiudizi da essi stessi colposamente o dolosamente cagionati. Ne consegue, pertanto, che, in caso di insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura custodiale, non

può escludersi il diritto alla riparazione per il periodo di detenzione sofferto fino a quando la persona sottoposta a custodia cautelare non abbia assunto un comportamento doloso o gravemente colposo, mentre per il periodo successivo tale comportamento può esplicare efficacia preclusiva qualora abbia avuto efficacia sinergica nel mantenimento della custodia cautelare.

3. La verifica della assenza di cause di estinzione del reato.

L'art. 314, comma 2, cod. proc. pen. disciplina, quale ulteriore fattispecie da cui origina il diritto alla riparazione, quella della c.d. "ingiustizia formale" relativa ai casi in cui, a prescindere dall'esito del processo e, dunque, anche nell'ipotesi di condanna, si accerti la illegittimità della custodia cautelare per la mancanza dei gravi indizi di colpevolezza, per la presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità ovvero di estinzione del reato o della pena nonché in violazione dei limiti di pena previsti dall'art. 280 cod. proc. pen. Per quanto riguarda il momento cui deve essere rapportata la valutazione della illegittimità della privazione della libertà, la norma impone, dunque, che la legittimità formale della misura cautelare sussista non solo al momento della sua adozione, ma anche della sua esecuzione. In conformità alla citata disposizione, **Sez. 4, n. 29849 del 07/10/2020, Herath Pathiranellage Ananda Sajewaani, Rv. 280050 – 01**, ha affermato, pertanto, che il giudice della riparazione è tenuto ad accertare la sussistenza delle condizioni per l'applicazione della misura cautelare, fra le quali anche l'assenza di una causa estintiva del reato, sia al momento dell'adozione del provvedimento restrittivo che in ogni fase della sua esecuzione. In applicazione del principio ha conseguentemente annullato con rinvio l'ordinanza che aveva rigettato l'istanza di riparazione fondata sulla intervenuta prescrizione del reato, limitandosi a valutare la insussistenza della causa estintiva solo al momento di adozione della misura e non in quello della sua esecuzione, pur sussistendo specifiche fasi procedimentali espressamente deputate al controllo della persistente legittimità della misura cautelare e, quindi, alla verifica della permanenza delle sue condizioni di applicabilità, quali, ad esempio, l'interrogatorio di cui all'art. 294 cod. proc. pen.

4. Pluralità di contestazioni e diritto alla riparazione.

Nel decorso anno, la Quarta sezione ha avuto modo di occuparsi nuovamente della questione, frequentemente riscontrabile nei casi di procedimenti complessi caratterizzati da una pluralità di titoli custodiali, relativa alla riconoscibilità o meno del diritto alla riparazione qualora l'imputato venga prosciolto nel merito solo da alcune delle imputazioni mentre per altre venga prosciolto con formula non di merito o addirittura condannato. La normativa di rilievo sul punto è quella dettata dall'art. 314 cod. proc. pen., che al comma 1 riconosce il diritto ad un'equa riparazione per la

custodia cautelare subita solo a chi sia stato prosciolto nel merito e al successivo comma 4 esclude, comunque, tale diritto per quella parte di detenzione che sia stata sofferta anche in forza di altro titolo. Se, dunque, la disciplina è sicuramente di chiara applicazione per le ipotesi in cui la limitazione della libertà personale sia stata disposta in base alla contestazione di un solo reato, essendo indubitabile che in tal caso non potrà vedersi riconosciuto alcun equo indennizzo colui che sia stato prosciolto con formula non di merito, ad esempio per intervenuta prescrizione o amnistia, operando la preclusione di cui al comma 1 dell'art. 314 cod. proc. pen., dubbi si pongono invece con riferimento ai casi in cui il provvedimento custodiale sia fondato su una pluralità di addebiti e solo per alcuni di essi sia intervenuto il proscioglimento nel merito, trovando applicazione in tale ipotesi la limitazione derivante dall'art. 314, comma 4 cod. proc. pen. che esclude l'indennizzo per quella parte di detenzione che sia stata sofferta anche in forza di altro titolo, senza tuttavia precisare in quali casi e con quali modalità debbano essere individuati i segmenti di detenzione sottratti alla riparazione. In ordine a tali ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che, alla luce delle disposizioni contenute nelle norme richiamate, il proscioglimento con formula non di merito, anche da una sola delle imputazioni, o la condanna, sempreché autonomamente idonea a legittimare la compressione della libertà personale, impedisce il sorgere del diritto alla riparazione, irrilevante risultando il pieno proscioglimento dalle altre imputazioni (Sez. 4, n. 46472 del 07/10/2003, Campanella, Rv. 226730 – 01). Il principio è stato da ultimo ribadito, in termini del tutto sovrapponibili, anche da **Sez. 4, n. 29623 del 14/10/2020, Russo, Rv. 279713 – 01,** in relazione ad un caso in cui l'imputato era stato condannato per uno dei quattro reati per i quali era stata emessa la misura.

Sempre in relazione all'ipotesi di provvedimento custodiale emesso per più imputazioni, la Corte si è, altresì, di recente, pronunciata in merito alla questione della sussistenza dell'interesse ad impugnare il provvedimento cautelare proprio ai fini di un eventuale successivo giudizio di riparazione.

La questione generale relativa alla verifica della sussistenza dell'interesse ad impugnare in caso di ricorso per cassazione avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare custodiale nelle more revocata, era stata in precedenza affrontata da Sez. 6, n. 48583 del 15/10/2019, Capristo, Rv. 277567 – 01, che aveva affermato il principio di diritto secondo cui "il ricorso per cassazione, avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare custodiale nelle more revocata, è ammissibile a condizione che il ricorrente coltivi l'impugnazione ai fini del riconoscimento della riparazione per ingiusta detenzione e che egli abbia manifestato tale volontà nello stesso ricorso personalmente o a mezzo di difensore munito di procura speciale, in quanto la domanda di riparazione è atto riservato personalmente alla parte, come si evince dal combinato disposto degli artt. 315, comma 3, e 645,

comma 1, cod. proc. pen." Ponendosi in linea di continuità con tale arresto, **Sez. 6, n. 27212 del 17/09/2020, Frasconi, Rv. 279618 – 01**, ha precisato che, con riferimento al caso specifico in cui il provvedimento cautelare si fondi su più contestazioni "tale interesse, che riguarda la legittimità del titolo restrittivo adottato, non può che essere correlato all'accertamento di insussistenza degli elementi costitutivi dei gravi indizi di colpevolezza in relazione a tutti i reati posti a fondamento della misura e non può riguardare, selettivamente, solo alcuni dei reati per i quali la misura è stata applicata. Tale limitazione, prospetticamente, si riverbera sulla ricorrenza del concreto interesse all'impugnazione poiché, nel caso in cui, con l'impugnazione, non risulti contestata, fin dall' atto introduttivo, la fondatezza della legittimità del titolo cautelare, quanto ai presupposti giustificativi della misura, in relazione a tutti i reati, il titolo cautelare è suscettibile, in relazione ai reati non contestati, di sopravvivere alla pronuncia richiesta al giudice dell'impugnazione che è, quindi, *inutiliter data* rispetto alla stessa finalità allegata a fondamento della richiesta di trattazione dell'impugnazione in materia cautelare i cui effetti siano ormai cessati". Il principio di diritto affermato è dunque quello per cui "l'interesse ad impugnare una misura cautelare personale dopo la sua cessazione, in caso di provvedimento coercitivo emesso per una pluralità di imputazioni, è ravvisabile, ai fini dell'equa riparazione per l'ingiusta detenzione, solo ove si faccia questione della sussistenza delle condizioni di applicabilità per tutti i titoli di reato per i quali la misura è stata disposta" (conf., Sez. 6, n. 47173 del 05/11/2013, Baris, Rv. 257268 – 01).

5. Morte del ricorrente e presentazione della domanda.

Circa le modalità di presentazione della domanda di riparazione, l'art. 315 cod. proc. pen. si limita a definire i termini per la proposizione e l'entità massima della riparazione, richiamando, per il resto, le norme sulla riparazione dell'errore giudiziario. I soggetti legittimati a proporre la domanda, ai sensi dell'art. 645 cod. proc. pen., sono la parte interessata o un procuratore speciale. Sul punto, le Sezioni Unite, chiarendo precedenti incertezze interpretative, hanno, già da tempo, precisato che l'istanza per la riparazione per ingiusta detenzione costituisce atto personale della parte che l'abbia indebitamente sofferta. Pertanto, la proposizione della domanda può avvenire personalmente o per mezzo di procuratore iscritto nell'albo di cui all'art. 613 cod. proc. pen. speciale ma non per mezzo del difensore con semplice mandato alle liti, avendo la legge voluto garantire sia l'autenticità dell'iniziativa, sia la sua diretta e inequivocabile derivazione dalla volontà dell'interessato (Sez. U, n. 8 del 12/03/1999, Sciamanna, Rv. 213508 – 01). Nell'anno in corso il principio è stato ribadito da **Sez. 4, n. 10187 del 19/12/2019 (dep. 16/03/2020), Masucci, Rv. 278439 – 01** (conf. Sez. 4, n. 7372 del 14/01/2014, Guida, Rv. 259319 – 01), che ha,

dunque, ritenuto esente da censure l'ordinanza che aveva dichiarato inammissibile l'istanza di riparazione priva di sottoscrizione della parte o del soggetto munito di procura speciale la quale, peraltro, recante una data di molto antecedente a quella del deposito in cancelleria dell'istanza, risultava separatamente formata e priva dell'indicazione del soggetto depositante. Nello stesso senso si era in precedenza espressa anche Sez. 4, n. 16115 del 15/02/2018, Iaquaniello, Rv. 272475 – 01, nella quale si era ulteriormente precisato che la procura speciale prevista dall'art. 122 cod. proc. pen. deve contenere, ai sensi di legge, anche la determinazione dell'oggetto per cui è conferita e dei fatti a cui si riferisce. Sulla questione occorre comunque segnalare che nella giurisprudenza di legittimità si registrano anche pronunce di segno contrario secondo le quali nel procedimento relativo alla riparazione per l'ingiusta detenzione, non è necessario il conferimento di procura speciale al difensore per la proposizione del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza della corte d'appello che ha provveduto alla liquidazione dell'indennizzo, essendo sufficiente che il predetto difensore sia iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 613 cod. proc. pen. Secondo tale diverso avviso, dunque, la mancanza della procura speciale al difensore non può essere considerata causa d'inammissibilità dell'impugnazione, visto che l'art. 127 cod. proc. pen., cui fa rinvio l'art. 646 stesso codice, non esige che il difensore - purché iscritto nell'albo speciale della cassazione - sia munito, per ricorrere, di procura speciale (Sez. 4, n. 29959 del 03/04/2007, Meduri, Rv. 236940 – 01; Sez. 4, n. 34652 del 03/06/2010, Riso, Rv. 248072 – 01; Sez. 4, n. 5926 del 22/01/2019, Rv. 275125 – 01).

Sempre in tema di proposizione della domanda, **Sez. 4, n. 34366 del 25/11/2020, Sibilla, Rv. 280053 – 01,** si è occupata della peculiare, e sostanzialmente nuova, questione relativa alla individuazione del soggetto legittimato a proporla in caso di morte del ricorrente intervenuta anteriormente alla presentazione del ricorso, ma successivamente al rilascio della *procura ad litem*. Nel caso di specie, gli eredi avevano proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che aveva dichiarato inammissibile la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione avanzata nell'interesse del defunto dal difensore. La Corte ha rigettato il ricorso evidenziando che, essendo il decesso avvenuto prima del deposito dell'istanza di riparazione, si era determinata l'estinzione del mandato conferito, non potendo trovare applicazione il principio di ultrattività del mandato il quale presuppone che si sia validamente costituito il rapporto processuale. A sostegno del principio la Sezione ha richiamato la costante giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di cassazione che ha, appunto, escluso l'operatività del principio dell'ultrattività del mandato, sia nel caso di morte del rappresentato avvenuta anteriormente all'introduzione del giudizio da parte del rappresentante, non potendo il rapporto processuale venire ad esistenza in mancanza di uno dei soggetti che devono esserne titolari (Sez. 2 civ., n. 7688 del 13 luglio 1993), sia nel caso di morte della parte attrice intervenuta prima della

notificazione della citazione o del deposito del ricorso, cui consegue la nullità della *vocatio in ius* e dell'intero eventuale giudizio che ne è seguito, atteso che il contraddittorio tra le parti si instaura solo al momento in cui la domanda è portata a conoscenza della parte convenuta (Sez. 6 civ., n. 27530 del 20/11/2017, Rv. 646776; Sez. 6 civ., n. 16177 del 19/06/2018, Rv. 649644). In applicazione dell'affermato principio la Corte ha, pertanto, rigettato il ricorso degli eredi, precisando tuttavia che permane in capo agli stessi la facoltà di iniziare il giudizio di riparazione per l'ingiusta detenzione subita dal congiunto munendosi di apposito mandato, ma sempre nel rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 315, comma 1, cod. proc. pen. In virtù, infatti, dell'esplicito rinvio dell'art. 315 cod. proc. pen. alla disposizione di cui all'art. 644, comma 2, cod. proc. pen. in materia di riparazione dell'errore giudiziario, i prossimi congiunti della persona ingiustamente privata della libertà e deceduta possono far valere *iure proprio* la pretesa riparatoria, essendo gli effetti pregiudizievoli dell'ingiusta detenzione, così come quelli dell'errore giudiziario, naturalmente destinati a propagarsi nell'ambito familiare (Sez. U, n. 28 del 14/12/1994 (dep. 20/04/1995), Libranti, Rv. 200511 – 01). Diversamente, nel caso in cui il decesso dell'interessato sia intervenuto nelle more del giudizio, gli eredi sono legittimati a proseguirlo dovendo trovare applicazione, per il carattere patrimoniale del *petitum*, la disciplina processualcivilistica, che ricollega l'estinzione del processo non alla morte della parte, ma alla mancata prosecuzione o riassunzione in termini dello stesso da parte dei successori aventi diritto (Sez. 3, n. 46386 del 17/09/2019, Stagno, Rv. 277270 – 01; Sez. 4, n. 19322 del 16/02/2005, Maniaci, Rv. 231552 – 01; Sez. 4, n. 268 del 22/01/1998, De Rachewiltz, Rv. 210627 – 01).

6. Quantificazione dell'indennizzo.

L'art. 315 cod. proc. pen. non contiene una specifica disposizione in merito alla individuazione dei criteri di valutazione cui il giudice deve fare riferimento per calibrare l'entità dell'indennizzo, limitandosi a stabilire un tetto massimo. Circa i parametri di liquidazione dell'indennizzo, le Sezioni Unite hanno chiarito che il parametro aritmetico - costituito dal rapporto tra il tetto massimo dell'indennizzo ed il termine massimo della custodia cautelare di cui all'articolo 303, comma 4, lett. l), espresso in giorni, moltiplicato per il periodo anch'esso espresso in giorni, di ingiusta restrizione subita - deve trovare un contemperamento nel potere di valutazione equitativa attribuito al giudice per la soluzione del caso concreto, che non può mai comportare il superamento del tetto massimo normativamente stabilito (Sez. U, n. 24287 del 09/05/2001, Caridi, Rv. 218975 – 01). Il principio per cui il criterio aritmetico deve, dunque, conciliarsi con quello equitativo, nell'anno trascorso è stato ribadito da **Sez. 4, n. 32891 del 10/11/2020, Di Domenico, Rv. 280072 – 01,** la

quale ha affermato che il riferimento al criterio aritmetico - che risponde all'esigenza di garantire un trattamento tendenzialmente uniforme, nei diversi contesti territoriali - non esime il giudice dall'obbligo di valutare le specificità, positive o negative, di ciascun caso e, quindi, di integrare opportunamente tale criterio, innalzando ovvero riducendo il risultato del calcolo aritmetico per rendere la decisione più equa possibile e rispondente alle differenti situazioni sottoposte al suo esame. Nell'applicare il principio la Corte ha, conseguentemente, annullato l'ordinanza impugnata con la quale il giudice distrettuale aveva provveduto alla liquidazione dell'indennizzo utilizzando, quale unico parametro idoneo a compensare tutti gli effetti derivanti dall'ingiusta detenzione, il solo criterio aritmetico, senza un adeguato approfondimento motivazionale in merito alla perdita di *chanches* lavorative, sebbene adeguatamente provate dall'istante. Il principio espresso si riferisce ad un orientamento ermeneutico reiteratamente affermato da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione che ha da sempre escluso la legittimità della semplice adozione del criterio fornito dal rapporto matematico tra durata della carcerazione e tetto massimo previsto per la quantificazione dell'indennizzo, dovendo il giudice della riparazione valorizzare anche gli specifici pregiudizi, di natura patrimoniale e non patrimoniale derivati dalla ingiusta compressione della libertà personale. I criteri equitativi da adottare devono riferirsi alla durata effettiva della custodia cautelare illegittimamente sofferta, che assume rilievo preponderante, alle modalità di restrizione della libertà ed agli altri effetti pregiudizievoli sul piano personale e familiare con riguardo alle qualità personali e professionali ed al discredito sociale patito (*ex multis*, Sez. 3, n. 3912 del 05/12/2013 (dep. 29/01/2014), D'Adamo, Rv. 258833 – 01; Sez. 4, n. 34857 del 17/06/2011, Giordano, Rv. 251429 - 01; Sez. 4, n. 18361 del 11/01/2019, Piccolo, Rv. 276259 – 01). Ai fini del discostamento dal criterio aritmetico è comunque necessario che la parte assolva all'onere di allegare l'esistenza di danni ulteriori rispetto alle normali conseguenze della privazione della libertà personale, la loro natura e i fattori che ne sono causa, e sia raggiunta la prova, anche sulla base del fatto notorio o di presunzioni, di tali danni e del nesso causale con la detenzione (Sez. 4, n. 19809 del 19/04/2019, Candiano, Rv. 276334 – 01). Ciò posto, qualora l'interessato alleghi la sussistenza di tali ulteriori danni mediante il riferimento a specifiche circostanze ritenute dal giudice idonee in astratto a giustificare l'incremento dell'indennizzo, quest'ultimo è tenuto ad invitare la parte a provvedere alla prova o al suo completamento risultando viceversa affetta da illogicità la motivazione del provvedimento che neghi la sussistenza in concreto di tali danni ulteriori (Sez. 4, n. 39773 del 06/06/2019, Spagnoli, Rv. 277510 – 01).

Posta dunque la necessità di valutare globalmente le conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione della libertà, la Corte ha, viceversa, escluso che in sede di procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione, possa farsi

questione di diritti ulteriori rispetto a quello relativo alla riparazione (**Sez. 3, n. 35834 del 03/11/2020, B**). Il giudice può conoscere soltanto del diritto all'indennizzo e non anche di quello ad ottenere un risarcimento del danno collegato alla restrizione della libertà ma conseguente ad un fatto ingiusto (Sez. 3, n. 43453 del 17/09/2014, Miglio, Rv. 260329 – 01). Lo strumento disciplinato dagli artt. 314 e 315 cod. proc. pen. ha, infatti, natura indennitaria e non risarcitoria, in quanto diretto a compensare le ricadute sfavorevoli procurate dalla ingiustificata privazione della libertà, indipendentemente dai presupposti richiesti per la configurabilità di un illecito civile. In applicazione del principio la Corte ha, dunque, rigettato il ricorso avverso il diniego dell'indennizzo per le conseguenze permanenti di natura psicofisica asseritamente derivate dalla detenzione per periodi di tempo ritenuti fungibili in relazione ad altre condanne e per i quali pertanto il diritto alla riparazione doveva ritenersi escluso ai sensi dell'art. 314, comma 4, cod. proc. pen.

7. Ingiusta detenzione e riparazione dell'errore giudiziario.

Per quanto riguarda i rapporti tra ingiusta detenzione ed errore giudiziario, **Sez. 4, n. 10236 del 03/03/2020, Kovacs Peter, Rv. 278647 – 01,** ha affrontato la questione relativa alla valutazione in sede di riparazione dell'errore giudiziario anche del pregiudizio subito nel periodo di ingiusta detenzione a titolo di custodia cautelare. La Corte ha affermato il principio secondo il quale la riparazione dell'errore giudiziario attiene non soltanto ai pregiudizi derivati dalla espiazione della pena definitiva ma anche a quelli conseguenti alla detenzione a titolo di custodia cautelare subita nel corso del processo. Si esclude, dunque, che la persona prosciolta debba proporre autonomamente due domande se nel processo oggetto della revisione sia intervenuta anche la custodia cautelare: quella per la riparazione dell'ingiusta detenzione e quella per la riparazione dell'errore giudiziario. Tale conclusione, ad avviso della Corte, si fonda sia su esigenze di razionalità e semplificazione che, soprattutto, sul tenore dell'art. 657, comma 1, cod. proc. pen., che impone di computare sulla pena definitiva da espiare la custodia cautelare sofferta per lo stesso reato. La sentenza si colloca, dunque, nel filone esegetico che aveva già ritenuto di dover superare l'orientamento secondo il quale l'art. 643 cod. proc. pen. prende in considerazione, per stabilire l'entità della riparazione per l'errore giudiziario, la "durata della eventuale espiazione della pena o internamento", oltre alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna, e non ricomprende invece espressamente le conseguenze derivanti dalla privazione della libertà personale a diverso titolo. Tale esclusione, infatti, imponendo alla persona prosciolta di proporre autonomamente due domande distinte, non si giustificherebbe, invero, alla luce del processo di estensione della tutela riparatoria che ha caratterizzato l'istituto e di cui

sono espressione, oltre che l'art. 24 Cost., la legge 4 agosto 1955, n. 848, l'art. 5, comma 5, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e l'art. 9, par. 8 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici, e (Sez. 4, n. 24359 del 23/02/2006, Pisano, Rv. 234612 – 01; Sez. 3, n. 26739 del 21/06/2011, Siccardi, Rv. 250662 – 01).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez. 4, n. 268 del 22/01/1998, De Rachewiltz, Rv. 210627 – 01
Sez. U, n. 24287 del 09/05/2001, Caridi, Rv. 218975 – 01
Sez. 4, n. 46472 del 07/10/2003, Campanella, Rv. 226730 – 01
Sez. 4, n. 19322 del 16/02/2005, Maniaci, Rv. 231552 – 01
Sez. 4, n. 24359 del 23/02/2006, Pisano, Rv. 234612 – 01
Sez. 4, n. 4154 del 17/10/2007, dep. 2008, Maugeri, Rv. 238666 - 01
Sez. 4, n. 29959 del 03/04/2007, Meduri, Rv. 236940 – 01
Sez. 4, n. 11423 del 21/02/2008, Picari, Rv. 238940 - 01
Sez. 4, n. 40291del 10/06/2008, Maggi, Rv. 242755 - 01
Sez. 4, n. 34652 del 03/06/2010, Riso, Rv. 248072 – 01
Sez. U, n. 32383 del 27/05/2010, D'Ambrosio, Rv. 247663-01
Sez. 3, n. 26739 del 21/06/2011, Siccardi, Rv. 250662 – 01
Sez. 4, n. 34857 del 17/06/2011, Giordano, Rv. 251429 - 01
Sez. 6, n. 47173 del 05/11/2013, Baris, Rv. 257268 – 01
Sez. 3, n. 3912 del 05/12/2013 (dep. 2014), D'Adamo, Rv. 258833 – 01
Sez. 4, n. 37401 del 29/05/2014, Agostino, Rv. 260306 – 01
Sez. 3, n. 43453 del 17/09/2014, Miglio, Rv. 260329 – 01
Sez. 4, n. 46423 del 23/10/2015, Sperti, Rv. 265287 – 01
Sez. 3, n. 45593 del 31/01/2017, Benhassoun, Rv. 271790 – 01
Sez. 4, n. 2619 del 07/11/2018 (dep. 2019), Ahmetovic, Rv. 276253 – 01
Sez. 4, n. 16115 del 15/02/2018, Iaquaniello, Rv. 272475 – 01
Sez. 4, n. 24439 del 27/04/2018, Stamatopoulou, Rv. 273744 - 01
Sez. 4, n. 39773 del 06/06/2019, Spagnoli, Rv. 277510 – 01
Sez. 4, n. 19809 del 19/04/2019, Candiano, Rv. 276334 – 01
Sez. 6, n. 48583 del 15/10/2019, Capristo, Rv. 277567 – 01
Sez. 4, n. 18361 del 11/01/2019, Piccolo, Rv. 276259 – 01
Sez. 4 n. 10793 del 19/12/2019 (dep. 2020), Samiri Driss, Rv. 278655 - 01
Sez. 4, n. 5926 del 22/01/2019, Rv. 275125 – 01
Sez. 3, n. 46386 del 17/09/2019, Stagno, Rv. 277270 – 01
Sez. 4, n. 36478 del 02/12/2020, Gallo, Rv. 280082
Sez. 3, n. 15786 del 04/02/2020, Ubaldini, Rv. 279385 – 01
Sez. 4, n. 10195 del 16/01/2020, Cerutti, Rv. 278645 – 01
Sez. 4, n. 29849 del 07/10/2020, Sajewaani, Rv. 280050 – 01
Sez. 4, n. 29623 del 14/10/2020, Russo, Rv. 279713 – 01

Sez. 6, n. 27212 del 17/09/2020, Frasconi, Rv. 279618 – 01
Sez. 4, n. 10236 del 03/03/2020, Kovacs Peter, Rv. 278647 – 01
Sez. 4, n. 32891 del 10/11/2020, Di Domenico, Rv. 280072 – 01
Sez. 3, n. 35834 del 03/11/2020, B

SEZIONE IX
RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITA' STRANIERE

CAPITOLO I

RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON LE AUTORITA' STRANIERE

(STEFANIA RICCIO E ANDREA VENEGONI)[1]

SOMMARIO: 1. Estradizione – 2. Il riconoscimento delle sentenze straniere – 3. L'ordine d'indagine europeo 4. Il mandato d'arresto europeo – 4.1. Gravi indizi – 4.2. Aspetti procedurali – 4.3. Motivi di rifiuto – 4.4. Principio di specialità – 4.5. Consegna successiva – 4.6. Brexit.

1. Estradizione.

Numerose, nell'anno decorso, le pronunce della Corte regolatrice in materia di estradizione. All'interno di un sistema delle fonti multilivello, di matrice legislativa e giurisprudenziale, la giurisprudenza di legittimità è apparsa in particolar modo attenta a definire contenuto ed estensione delle garanzie in favore dei soggetti destinatari della procedura estradizionale.

Merita segnalare, tra le altre, **Sez. 6, n. 11374 del 10/03/2020, Terteryan, Rv. 278718.** Investito di una vicenda di estradizione passiva verso la Federazione Russa, il Collegio decidente ha valutato come garanzia di portata assoluta – e comunque esaustiva, ai fini dell'adozione di una pronuncia favorevole alla concessione -, rispetto alla previsione della pena capitale negli Stati sovietici, il disposto dell'art. 59 cod. pen. russo, il quale vincola gli Stati federati a non applicare alla persona estradata la pena di morte, pur se astrattamente comminata per il titolo di reato in addebito, sia nell'ipotesi in cui la legislazione dello Stato richiesto non la preveda a sua volta, sia nel caso in cui la non applicazione della massima sanzione sia oggetto di una specifica condizione della estradizione.

Di stretta attualità, a fronte dell'intensificarsi dei flussi migratori provenienti da Paesi in cui si consumano gravi e reiterate violazioni dei diritti umani, le decisioni che si sono occupate della valenza che riveste il riconoscimento all'estradando dello "status" di protezione internazionale sussidiaria, in rapporto alle determinazioni che l'Autorità giudiziaria nazionale deve assumere ai fini dell'estradizione.

Come noto, il provvedimento amministrativo attributivo di tale qualifica è adottato dalla competente commissione del Ministero degli interni ai sensi dell'art. 14 del d.lgs.

[1] Stefania Riccio ha curato i paragrafi 1, 2 e 3; Andrea Venegoni ha curato il paragrafo 4.

19 novembre 2007, n. 251, all'esito di un'istruttoria specificamente regolamentata che accerta, sulla base dei criteri di valutazione stabiliti dall'art. 3, commi 4 e 5 del d.lgs. cit., l'effettiva esistenza dei presupposti di fatto tipizzati dal legislatore, compendiati nelle distinte categorie degli "atti di persecuzione" e del "danno grave", che giustifichino il fondato timore del soggetto, rispettivamente, di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità od opinione politica, ovvero di subire un grave danno alla vita o alla persona.

L'interferenza del riconoscimento di un tale "status" sulla procedura estradizionale è il tema centrale di **Sez. 6, n. 19392 del 25/06/2020, Hoxhaj, Rv. 279263**, nella quale , in linea di continuità con un orientamento più risalente (espresso da Sez. 6, n. 3746 del 18/12/2013, Tuzomay, Rv. 258249), si è ritenuto che, nei casi in cui venga prospettata la possibilità che l'estradando sia esposto al pericolo di atti persecutori o di trattamenti inumani o degradanti in conseguenza del rientro nello Stato richiedente l'estradizione, il provvedimento in discorso non abbia efficacia vincolante *ex se* per l'autorità giudiziaria procedente, la quale conserva la propria autonomia valutativa al riguardo; il che, tuttavia, non impedisce di assumere tale atto a base della pronuncia contraria della corte d'appello, che ben potrà ravvisarvi il presupposto della condizione negativa di cui al secondo comma, lett. c), dell'art. 705 cod. proc. pen., ove ne apprezzi completezza, certezza ed affidabilità.

Ciò anzitutto nella prospettiva, condivisa da giurisprudenza ormai consolidata, che sia comunque necessario accertare che l'interessato possa essere - in concreto - sottoposto a trattamenti gravemente lesivi dei diritti fondamentali della persona, con indagine che è riservata all'Autorità giudiziaria nazionale, ma rispetto alla quale l'interessato conserva pur sempre un onere di allegazione di elementi e circostanze sufficientemente precise.

In secondo luogo, perché abbia rilievo ostativo ai fini estradizionali, occorre che la paventata situazione di allarme sia riferibile allo Stato richiedente in quanto tale, ossia a sue scelte normative o di politica giudiziaria, sicchè deve prescindersi da contingenze locali che siano estranee ad orientamenti istituzionali ed in relazione alle quali sia comunque possibile attivare, nel contesto di riferimento, una tutela legale.

In applicazione di tali premesse ricostruttive, la Corte di legittimità, nella sentenza Hoxhaj, ha ritenuto ineccepibile la valutazione in fatto sottesa al provvedimento reiettivo della richiesta di protezione internazionale, osservando come non fosse provato che l'estradando sarebbe stato effettivamente soggetto passivo, se estradato in Kosovo (stato richiedente), di condotte ritorsive da parte dei familiari della vittima, secondo la cd. "pratica di Kanun"; ciò in quanto l'esistenza e diffusione di una tale pratica persecutoria, unitamente all'inerzia delle istituzioni locali nell'adozione di adeguate misure repressive, erano state dedotte in termini del tutto generici dall'istante (in tal senso v. anche **Sez. 6, n. 30884 del 18/09/2020, Lula Bardh, Rv. 279851-02**).

Venendo ai profili procedurali dell'istituto di cooperazione in rassegna, sempre la Sesta Sezione, con sentenza **n. 8823 del 08/01/2020, Merkaziaj, Rv. 278616 – 02**, nel precisare gli ambiti di valutazione che spettano ai più soggetti che intervengono nel procedimento passivo, ha colto l'occasione per marcare gli aspetti differenziali rispetto al mandato di arresto europeo.

In particolare, in una vicenda in cui era dedotta la condizione di stabile radicamento nel territorio nazionale dell'estradando, il quale chiedeva che non fossero recisi, per effetto della concessione dell'estradizione, i legami con il proprio nucleo familiare, la Corte esordisce puntualizzando che compete alla corte d'appello la valutazione della possibilità giuridica della estradizione passiva, mentre rientrano nella sfera esclusiva di competenza del Ministro della Giustizia l'opportunità della consegna e la possibilità che l'estradando espii nel nostro paese la pena detentiva; analizza, quindi, l'ulteriore motivo di ricorso, muovendo dagli approdi di Corte cost. n. 274 del 2011 e n. 10 del 2012, arresti secondo i quali non può addivenirsi, attraverso l'incidente di costituzionalità, all'inserimento nel complesso normativo di un nuovo caso di rifiuto, mutuato dalla disciplina del mandato di arresto (art. 18, comma 1, lett. r), della legge n. 22 aprile 2005, n. 69), non avendo fondamento le questioni di legittimità delle norme codicistiche sollevate rispetto ad una disciplina che differenzia la posizione dell'estradando rispetto al destinatario di un mandato di arresto europeo, siccome istituti aventi differenti matrice ed area applicativa.

Muove dal medesimo inquadramento, negando che siano ravvisabili profili di irragionevole disparità di trattamento nei diversificati regimi giuridici dell'estradizione e del mandato di arresto europeo, **Sez. 6, n. 1677 del 11/12/2019, (dep. 16/01/2020), Kurti, Rv. 278216**.

La decisione ribadisce, in consonanza con gli arresti della Corte costituzionale innanzi richiamati, che la specialità della disciplina regolativa del mandato di arresto - istituto che realizza una collaborazione tra Stati appartenenti all'Unione, connotato da procedura semplificata ed attuato sulla base di una decisione-quadro - trova coerente spiegazione nelle significative affinità socio-culturali, oltre che giuridiche, tra i Paesi membri, i cui ordinamenti sono capaci di offrire analoghe garanzie di natura sostanziale e processuale, fondate su una piena condivisione dei valori della democrazia e del pluralismo.

Purtuttavia, con mutata impostazione rispetto al passato, nella detta sentenza la Corte apre a soluzioni di contemperamento tra i contrapposti interessi che risultano implicati nella fattispecie sottoposta al suo scrutinio: quello della tutela del minore di età inferiore ai tre anni, la cui madre era destinataria della procedura estradizionale, da un lato, e quello della difesa sociale, sotteso alla esecuzione della pena, dall'altro. Tale operazione realizza, mutuando dall'istituto del mandato di arresto europeoalcune garanzie fondamentali, sull'assunto che, se è vero che è demandato alle scelte discrezionali del legislatore definire le regole legali di cornice, ponendo i limiti entro i quali i diversi principi possono operare, è anche vero che essi principi possono trovare, sul piano applicativo, adeguato bilanciamento, senza rigidi automatismi e con attenzione alle peculiarità del caso concreto.

Così, per un verso, resta ferma per il giudice di legittimità l'inapplicabilità per analogia, ai cittadini degli Stati non appartenenti all'Unione europea, del divieto di consegna previsto dall'art. 18, lett. p), della legge n. 69 del 2005, come modificato dalla legge 4 ottobre 2019, n. 117; e tuttavia, essendo tale norma espressione di un principio generale informato alla primaria esigenza di tutela dell'interesse dei minori (riconosciuta a livello internazionale dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176,

così come dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata il 7 dicembre 2000, nonché da plurime discipline di settore dell'ordinamento interno), ben potrà il giudice ritenere la sussistenza della condizione ostativa di cui all'art. 705 cod. proc. pen., lì dove lo specifico trattamento penitenziario cui sarebbe sottoposta l'estradanda non assicuri la salvaguardia dell'integrità psicofisica del suo bambino.

Nella fattispecie, la Corte ha tuttavia rigettato il ricorso avverso la sentenza dichiarativa dei presupposti per concedere l'estradizione verso l'Albania, la quale era stata adottata sul rilievo che, come emerso dalle informazioni acquisite, la ricorrente, madre di prole di età inferiore a tre anni, sarebbe stata detenuta in una struttura riservata alle sole persone di sesso femminile, in cui è garantito il diritto di tenere presso di sé i figli, in apposite sezioni e con personale qualificato.

Sez. 6, n. 22818 del 23/07/2020, Balcan, Rv. 279567, focalizza il criterio di ripartizione degli oneri dimostrativi nell'ambito della procedura estradizionale, in rapporto al pericolo di sottoposizione dell'estradando a trattamenti inumani o degradanti che abbiano assunto carattere di diffusività e risultino da fonti cd. aperte ed ufficiali.

Secondo la Corte, quale correttivo al principio tendenziale per cui resta a carico dell'estradando l'onere di allegazione dei presupposti fattuali delle situazioni di pericolo, ove il dedotto pericolo sia attestato da fonti internazionali affidabili, è invece onere della corte di appello allargare la piattaforma cognitiva, ancorchè difettino allegazioni difensive sul punto.

Così, nell'ipotesi in cui le gravissime criticità della restrizione carceraria nel paese richiedente, allegate dall'estradando, scaturiscano, in particolare, dalla violazione delle disposizioni sul sovraffollamento, sarà onere del giudice richiedere informazioni integrative che facciano luce sullo specifico trattamento penitenziario cui sarà sottoposto in concreto il soggetto, e i dati acquisiti potranno essere posti a fondamento della condizione ostativa prevista dall'art. 698, comma 1, cod. proc. pen., sulla base dell'art. 13 della Convenzione Europea di Estradizione.

Nella specifica vicenda, dunque, relativa ad una richiesta di estradizione formulata dalla Repubblica di Moldavia, sono state ritenute non esaustive le risultanze del rapporto ONU del 21 dicembre 2017 sul sovraffollamento ed i rapporti del 30 giugno 2016 e 13 dicembre 2018 stilati dal Comitato Europeo per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa, relativi a tale Stato, stante la mancata acquisizione di informazioni individualizzanti.

Sulla necessità di una valutazione del rischio di esposizione a trattamenti umani o degradanti che sia scevra da generalizzazioni, bensì focalizzata su elementi concreti, insiste anche **Sez. 6, n. 19390 del 25/06/2020, Bijaoui Haim, Rv. 279309**, in relazione ad una richiesta di estradizione verso lo Stato di Israele.

Pur se attestata, l'esistenza della situazione di pericolo nel contesto dello Stato richiedente, da fonti autorevoli ed accreditate, essa è stata valutata ininfluente nel caso al vaglio, perché riferita ai detenuti palestinesi per reati di terrorismo, e non suscettiva di estensione a soggetti che - come l'estradando - siano perseguiti per reati comuni, in difetto di elementi concreti che avallino tale estensione.

Di particolare interesse, ancora, **Sez. 6, n. 24994 dell'08/07/2020, Carlton, Rv. 279603**, in tema di successione degli Stati nei trattati internazionali regolanti la

materia estradizionale.

Si controverteva, in particolare, in un caso di estradizione richiesta dalla Nuova Zelanda, della permanente vigenza della Convenzione sottoscritta dall'Italia con la Gran Bretagna il 5 febbraio 1873, con il relativo corredo di previsioni sui termini di durata della misura cautelare disposta in via provvisoria dallo Stato richiesto.

Il ricorrente invocava l'applicazione di tale più risalente Convenzione, prevedente un termine di durata della misura imposta all'estradando, più favorevole rispetto a quello di cui all'art. 714, comma 4, cod. proc., per essere la Nuova Zelanda, quale Stato ex coloniale, nata per distacco dalla Gran Bretagna e, in tesi, ad essa succeduta nel trattato.

La Corte ha sancito che, in relazioni a trattati diversi da quelli cd. "localizzabili" (*id est*, regolativi dell'uso di parti del territorio), vige, di contro, la regola consuetudinaria del venir meno del vincolo pattizio assunto dallo Stato predecessore (cd. principio della *"tabula rasa"*), codificata dalla Convenzione sulla successione degli Stati nei trattati internazionali, siglata a Vienna nel 1978; sicchè dette fonti non sono vincolanti se non rinnovate attraverso un apposito accordo anche soltanto di tipo ricognitivo tra il nuovo Stato e la controparte, o comunque mediante un comportamento concludente di significato inequivoco.

In tal senso – secondo la pronuncia in commento - deve interpretarsi l'art. 44 del Trattato di pace fra l'Italia e le Potenze Alleate ed Associate, firmato a Parigi nel 1947, lì dove dà facoltà a queste ultime di notificare all'Italia i trattati bilaterali conclusi anteriormente alla guerra di cui desiderassero il mantenimento o la rimessa in vigore, posto che tale disposizione non poteva certamente attribuire ad esse potenze una sorta di potestà unilaterale di selezione dei preesistenti accordi cui intendessero dare continuità, a meno di voler ipotizzare che i paesi usciti sconfitti dal conflitto bellico abbiano inteso con ciò consentire alla cessione di una quota consistente della propria sovranità. Tanto precisato, è stata pertanto ritenuta insufficiente, perché unilaterale, la comunicazione della volontà di far valere l'accordo in questione, inviata all'Italia dalla Nuova Zelanda.

Sul piano delle regole processuali, **Sez. 6, n. 30642 del 22/10/2020, Bianchi, Rv. 279848**, ha evidenziato come nei rapporti estradizionali non sia consentito all'autorità giudiziaria italiana rifiutare la consegna della persona richiesta sulla base di una pretesa verifica *ex novo* del potere giurisdizionale dell'autorità giudiziaria straniera che ha emesso il provvedimento da eseguire (in termini si veda anche **Sez. 6, n. 17835 del 21/05/2020, Korshunov**), atteso che un eventuale difetto di giurisdizione potrà essere fatto valere esclusivamente nei confronti del giudice straniero procedente.

Ciò vale, in linea teorica, per ogni violazione di legge processuale rinvenibile nella sentenza ovvero nel provvedimento limitativo della libertà personale, per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione, in quanto il divieto previsto dall'art. 705, comma 2, cod. proc. pen. si configura solo qualora venga prospettata l'assenza nell'ordinamento dello Stato richiedente di una normativa a presidio delle garanzie difensive e del diritto al giusto processo, cristallizzati quali diritti individuali inalienabili nella Carta fondamentale; mentre una tale carenza non era stata neppure dedotta nel caso portato all'attenzione della Corte.

A tale conclusione, nella vicenda processuale esaminata, relativa a procedura

estradizionale con gli Stati Uniti d'America, conduce l'ermeneusi del trattato bilaterale del 13 ottobre 1983, ratificato con legge 26 maggio 1984, n. 225 e del trattato integrativo del 3 maggio 2006, risultante dall'Accordo tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea del 25 giugno 2003, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 16 marzo 2009, n. 25. Difatti, l'art. III del trattato bilaterale suindicato va letto nel senso che, se il reato è stato commesso al di fuori del territorio statunitense, il Ministro della giustizia ha facoltà di rifiutare la consegna nel solo caso in cui la normativa interna sancisca la punibilità di tale reato o la persona richiesta sia un cittadino dello Stato richiedente, mentre analogo potere è sottratto alla competenza della corte d'appello.

2. Il riconoscimento delle decisioni straniere.

Alcune decisioni della Suprema Corte, rese nell'anno passato, appaiono decisamente orientate nel senso di una sostanziale assimilazione delle decisioni di riconoscimento di provvedimenti stranieri agli omologhi provvedimenti emessi dall'autorità nazionale.

Con analitica motivazione, **Sez. 1, n. 12706 del 05/02/2020, Poggiagliolmi, Rv. 278704**, ha affrontato il tema della valutabilità, ai fini dell'applicazione della liberazione anticipata di cui all'art. 54 dell'ord. pen., dei periodi di carcerazione sofferti all'estero.

La sentenza riafferma il criterio della armonizzazione dei sistemi esecutivi, il cui precipitato logico è la fungibilità delle detenzioni espiate in Stati diversi, fungibilità che estende anche ai rapporti con i Paesi che non aderiscono alla Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate, adottata il 21 marzo 1983 e ratificata con legge 27 luglio 1988, n. 334.

La limitazione della fungibilità all'ambito territoriale dell'Unione Europea, in passato sostenuta sul fondamento dell'elevato grado di integrazione socio-culturale e giuridica tra i Paesi membri, trova invero smentita, ad avviso della Corte, nella lettera dell'art. 54 ord. pen., il quale si riferisce ai semestri di "pena scontata", senza alcun richiamo alla localizzazione del luogo di detenzione. Va valorizzata, secondo la medesima direttrice esegetica, la lettura coordinata dell'art. 738 cod. proc. pen. - a norma del quale, quando l'esecuzione di una sentenza straniera abbia luogo nel territorio nazionale, essa è soggetta alla legge italiana, ma la pena espiata è computata ai fini dell'esecuzione - e dell'art. 735, comma 3, cod. proc. pen., lì dove sancisce il divieto di applicare un trattamento sanzionatorio più gravoso rispetto alla pena inflitta nell'ordinamento straniero (principio, quest'ultimo, parimenti affermato dall'art. 10 della Convenzione di Strasburgo).

Su tale sostrato teorico, applicabile anche al procedimento di sorveglianza, la pronuncia fonda la propria elaborazione, per cui i benefici acquisiti durante la detenzione parzialmente espiata in uno Stato estero possono essere riconosciuti anche a prescindere dall'adesione di tale Stato alla Convenzione cit., purchè specifiche disposizioni dei trattati sovranazionali consentano all'autorità giudiziaria italiana di applicare gli istituti dell'ordinamento interno riguardanti il trattamento penitenziario.

Nel caso al vaglio, relativo a sentenza di condanna pronunciata dalla Repubblica

Dominicana, tali disposizioni sono state individuate nel Trattato bilaterale sul trasferimento di persone condannate, stipulato tra il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica Dominicana in data 14 agosto 2002, ratificato con la legge 5 marzo 2010, n. 46.

Difatti, replicando analoghe disposizioni della Convenzione di Strasburgo cit., il trattato individua quale scopo finale della pena quello di favorire *«il reinserimento sociale delle persone condannate»*; attribuisce, all'art. 8, in capo allo Stato di esecuzione il potere esclusivo di valutare e disciplinare l'andamento e la durata della espiazione della pena detentiva, anche mediante l'applicazione di istituti più favorevoli; riconosce, all'art. 9, in caso di protrazione dell'esecuzione a seguito del trasferimento del condannato, sia il divieto di *reformatio in peius* in suo danno, sia il potere di adattamento della sanzione, a mezzo di decisione giudiziaria o amministrativa, alla legislazione dello Stato di esecuzione, con conseguente rimodulazione della pena residua.

Alla medesima linea di pensiero, orientata alla tendenziale armonizzazione dei sistemi esecutivi, si allinea **anche Sez. 1, n. 21984 del 17/07/2020 Cc., Ferrari, Rv. 279454**, che ripercorre l'iter motivazionale sviluppato nella sentenza Poggiagliolmi.

Si trattava, in dettaglio, di un incidente di esecuzione promosso dal ricorrente al fine di ottenere la detenzione domiciliare e la liberazione condizionale, in ragione del periodo di detenzione già subito dal richiedente in Canada - paese nel quale aveva riportato la condanna di cui aveva ottenuto il riconoscimento - sul rilievo che egli avesse maturato il diritto al «day parole», un istituto premiale basato sulla congiunta valutazione della durata della pena già trascorsa e del comportamento assunto dal costretto durante l'esecuzione.

La sentenza afferma, in proposito, che la detenzione già sofferta ben può rilevare ai fini del riconoscimento della liberazione condizionale, in virtù del ridetto divieto di trattamento penitenziario deteriore (rispetto a quello che sarebbe di spettanza sulla base della normativa straniera), affermato dalla Convenzione di Strasburgo.

Nello specifico , tuttavia, tale rilevanza deve ritenersi subordinata ad una duplice condizione.

In primis, è necessario che vengano acquisiti dall'autorità procedente, pur in caso di mancata sottoposizione del condannato ad attività trattamentali, elementi di giudizio comunque rappresentativi della sua partecipazione all'opera rieducativa e della acquisita determinazione ad abbandonare schemi di vita devianti.

In secondo luogo, ad evitare non consentite duplicazioni di effetti premianti, occorre verificare che durante la detenzione all'estero il condannato non abbia già fruito di una misura nella sostanza equivalente al beneficio richiesto, ed altresì che l'applicazione del beneficio stesso non fosse stata già vagliata e respinta dalla competente autorità straniera.

Da ultimo, viene ancora in evidenza, in tema di riconoscimento di sentenza penale emessa in uno degli Stati membri dell'Unione europea, **Sez. 1, n. 26499 del 15/07/2020, Balescu, Rv. 279930**, con cui la Corte ha stabilito che il provvedimento giurisdizionale oggetto del mandato di arresto europeo può essere assimilato alla sentenza resa dal giudice interno, ai fini della revoca della sospensione condizionale della pena.

Nello specifico, riferendosi ad un mandato esecutivo, la Prima Sezione ha

affermato che non integra alcuna violazione del principio di specialità la revoca di diritto, ex art. 168, comma 1, n. 2, cod. pen., del beneficio della sospensione condizionale della pena concessa in relazione a condanne inflitte per reati anteriormente commessi, quando a darvi causa sia la sentenza con cui la corte d'appello ordini che abbia esecuzione in Italia la pena irrogata con il titolo straniero di condanna, per avere ritenuto sussistente il motivo di rifiuto del radicamento del condannato nel territorio nazionale ex art. 18, comma 1, lettera r), della legge n. 69 del 2005 (corrispondente all'attuale art. 18-*bis*, lettera c), della medesima legge).

Nel discorso giustificativo della decisione, la Corte ha chiarito che il principio di specialità trova applicazione soltanto nei casi di consegna del condannato dallo Stato straniero all'Italia e non anche quando la decisione da assumere non implichi alcun trasferimento dall'estero, perché il soggetto sia già radicato in Italia.

Non può invero dubitarsi che la deduzione della causa di rifiuto per stabile radicamento implichi il consenso del condannato a che sia eseguita nel territorio nazionale la pena inflittagli dall'autorità giudiziaria straniera, esecuzione che dovrà avvenire in conformità del diritto interno, con tutte le conseguenze di legge che dal titolo legittimato discendono e, fra queste, anche con la possibilità di rimozione di benefici precedentemente concessi.

In altri termini, se è vero che il soggetto che ha prestato il consenso al trasferimento in Italia può essere sottoposto a esecuzione anche per fatti anteriori al trasferimento stesso, senza che ciò determini violazione del principio di specialità, ad analoga conclusione deve giungersi - per ragioni di simmetria - nel caso in cui il soggetto si sia opposto alla consegna per essere già radicato sul territorio nazionale.

3. L'ordine di indagine europeo.

Previsto dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 41/UE, al fine di implementare la cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea, l'ordine europeo di indagine penale (OIE) è espressione del principio del reciproco riconoscimento nell'acquisizione e circolazione della prova, e rappresenta il superamento del tradizionale meccanismo rogatoriale basato sulla "mutua assistenza".

Già introdotto nell'ambito del cd. "terzo pilastro" con riferimento alla consegna delle persone (a partire dalla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo), il mutuo riconoscimento è stato rilanciato, con riferimento alla prova, dalla direttiva del 2014 (recepita in Italia dal d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108), nel quadro giuridico ed istituzionale dell'Unione Europea delineatosi in seguito al Trattato di Lisbona. Un intervento organico di modifica del libro XI del codice di procedura penale – attuato dal d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 - ha poi consacrato il mutuo riconoscimento quale elemento fondativo della cooperazione giudiziaria all'interno dell'UE (v. art. 696-*bis* cod. proc. pen.).

Nel breve tempo decorso dall'entrata in vigore della normativa nazionale, l'OIE ha già avuto un diffuso utilizzo nelle investigazioni, e si registrano le prime pronunce della Corte di legittimità relative ad alcuni profili della procedura, essenzialmente inerenti all'ordine di indagine passivo.

Come noto, la sequenza procedimentale dell'OIE passivo si articola in una duplice fase: una prima, incentrata sul riconoscimento dell'ordine da parte dell'autorità giudiziaria italiana; una seconda, logicamente e cronologicamente successiva, che consiste nell'esecuzione dell'atto probatorio richiesto, finalizzata al trasferimento dei relativi esiti all'autorità dello Stato di emissione.

L'aspetto ad oggi più dibattuto, al proposito, attiene all'impugnazione del decreto di riconoscimento, il quale è autonomo rispetto ai successivi atti esecutivi e richiede specifica motivazione (così che non può costituirne un equipollente il decreto di sequestro probatorio, nel corpo del quale sia trasposto il contenuto dell'ordine dell'autorità straniera) (in tal senso, v. Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, PMT C/Creo, Rv. 275732 – 02).

Sez. 6, n. 3520 del 22/01/2020, Verbrugge, Rv. 277628, muovendo da tale assetto ricostruttivo, ha approfondito il regime delle impugnazioni avverso il decreto di riconoscimento.

L'art. 13 del d.lgs. n. 108 del 2017 prevede un giudizio di opposizione innanzi al giudice delle indagini preliminari.

Schematizzando, il sistema disegnato dalla norma contempla:

a) un modulo in cui il giudice decide "de plano" sull'opposizione, con le forme semplificate previste dal comma 2, fruibile solo nei casi diversi da quello in cui il riconoscimento abbia ad oggetto il sequestro probatorio (fatta salva la particolare evenienza in cui l'atto richiesto debba essere compiuto direttamente dal giudice, ai sensi del successivo art. 5);

b) un modulo da valere per l'opposizione avverso il riconoscimento del decreto di sequestro probatorio che, in quanto involgente l'esecuzione di un atto investigativo impositivo di un vincolo coercitivo reale, dunque particolarmente invasivo, richiede l'udienza partecipata; tale modulo è codificato dal comma 7 dell'art. 13, il quale stabilisce che il giudice provvede in camera di consiglio nelle forme di cui all'art. 127 cod. proc. pen. e che la relativa decisione è suscettibile di ricorso per cassazione – che non ha effetti sospensivi – per il solo vizio di violazione di legge, ad istanza del procuratore distrettuale e degli interessati, entro dieci giorni dalla comunicazione.

Dunque, a fronte di un contraddittorio di tipo solo "cartolare" e sostanzialmente deformalizzato, tipico del modulo ordinario, questo differente regime impugnatorio, maggiormente garantito, prevede un contraddittorio camerale la cui violazione determina – secondo la Corte - la nullità assoluta, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, cod. proc. pen., del provvedimento decisorio che sia stato adottato, invece, "de plano".

Ancora, con mutata prospettiva rispetto al recente passato, è stata esaminata la tematica della tardiva comunicazione del detto decreto **(Sez. 6, n. 30885 del 24/09/2020, Sabbatini Edward, Rv. 279885)**.

Come noto, l'art. 4, comma 4, del d. lgs. n. 108 del 2017 prevede che il decreto di riconoscimento sia comunicato dalla segreteria del pubblico ministero al difensore dell'indagato. Modalità e termini di tale avviso si ricavano dalle regole dettate dal sistema processuale in relazione allo specifico atto probatorio oggetto della richiesta, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui le norme interne prevedano soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto a sorpresa, senza preavviso,

il decreto di riconoscimento va comunicato al momento in cui l'atto viene compiuto o immediatamente dopo (art. 4, comma 4, secondo inciso).

Evidente che, oltre ad assolvere ad una finalità informativa, la comunicazione sia funzionale alla eventuale impugnazione.

La sentenza in disamina ha quindi affermato che la comunicazione al difensore, avvenuta oltre i termini previsti dall'art. 4 cit., non sia causa di nullità del riconoscimento, ma comporti unicamente il differimento, per un periodo corrispondente, del "dies a quo" del termine di cinque giorni per proporre opposizione innanzi al giudice delle indagini preliminari, come è dato evincere dall'inequivoco tenore letterale dell'art. 13, comma 1, cit.

Ciò sul presupposto logico-argomentativo che si sia in presenza di una violazione formale, priva di effetti pregiudizievoli per l'indagato, al quale non è precluso di proporre l'impugnazione; una violazione che resta priva, altresì, di esiti patologici perché ad essa - in un sistema imperniato sul principio di tassatività delle nullità – non è annessa alcuna sanzione processuale.

Tale statuizione si pone così in consapevole contrasto con la posizione espressa, sempre dalla Sesta Sezione, con sentenza n. 8320 del 31/01/2019, Creo, Rv. 275732.

In tale arresto, si era ritenuto che la tardiva comunicazione integrasse piuttosto una violazione dei diritti difensivi, e che fosse causa di annullamento, siccome produttiva di un duplice effetto negativo. Ciò perchè:

a) non consentirebbe all'indagato ed al suo difensore di proporre tempestiva opposizione al fine di eccepire la presenza di ragioni ostative all'esecuzione degli atti richiesti;

b) neppure sarebbe idonea ad impedire, nell'ipotesi in cui l'accoglimento dell'opposizione fosse tardivamente accolto, la trasmissione dei risultati di prova in tal modo acquisiti sul territorio dello Stato alla richiedente autorità dello Stato di emissione.

Di contro, proprio dalle caratteristiche e finalità del giudizio oppositivo la pronuncia del 2020 trae argomento per supportare la propria divergente opzione ricostruttiva, secondo la quale la tempestività della notifica del decreto di riconoscimento non è condizione della sua legittimità.

Ed invero, per ragioni di coerenza sistematica, il potere di controllo attribuito al giudice delle indagini preliminari non può essere diverso da quello che gli compete quando l'esecuzione dell'OIE abbia ad oggetto atti che non possono essere compiuti dal pubblico ministero, ma che, secondo la legge italiana, presuppongono l'intervento del giudice; e dall'art. 5 del d. lgs. n. 108 del 2017 si desume che l'unico sindacato consentito al giudice è quello relativo alla verifica della insussistenza dei motivi di rifiuto indicati nell'art. 10 del d.lgs. cit., cui deve aggiungersi l'accertamento degli ulteriori criteri fissati per il riconoscimento, così come enunciati dagli artt. 7 (principio di proporzionalità) ed 11 (doppia incriminazione ed ipotesi derogatorie) del d.lgs. cit..

La perimetrazione dei poteri del giudice così operata appare in linea con l'art. 14 della direttiva 41 cit., in forza del quale il sindacato sulle "ragioni di merito" degli atti compiuti è riservato in esclusiva alla giurisdizione dello Stato di emissione, a meno che non vi sia pregiudizio delle "garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di

esecuzione", costituenti il nucleo valoriale che gli Stati membri hanno posto a fondamento della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (v. punto 19 del preambolo della direttiva).

Ed è proprio la previsione di una tutela differenziata innanzi ai due Stati a determinare – per la Corte - l'utilità del ricorso all'opposizione ex art. 13 cit., anche nel caso in cui sia già stata operata la trasmissione delle prove all'autorità giudiziaria straniera.

Difatti, se l'art. 14 della direttiva stabilisce espressamente che lo Stato di emissione "tiene conto del fatto che il riconoscimento o l'esecuzione di un OIE sono stati impugnati con successo, conformemente al proprio diritto nazionale" ciò significa che i rimedi attivabili, rispettivamente, nello Stato di esecuzione e nello Stato di emissione, sono in rapporto di complementarietà; e che, una volta trasmessi allo Stato di emissione, gli atti di indagine ben possono essere impugnati con i mezzi previsti dal relativo ordinamento.

Del resto, l'autonomia dei diversi strumenti di tutela era già stata affermata dalla più volte richiamata Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Rv. 275732 – 02, per la quale il decreto di riconoscimento garantisce il controllo sostanziale in ordine alla legittima esecuzione della c.d. "eurordinanza" ed è suscettibile di rimedi impugnatori per vizi propri e del tutto diversi rispetto a quelli esperibili avverso gli atti di indagine o di assunzione probatoria.

Conclusivamente, e diversamente da quanto ritenuto in precedenza, non si configura in tale contesto alcun diritto dell'indagato ad impedire il compimento dell'atto di indagine richiesto dall'autorità straniera;diritto che, anche nell'architettura del sistema processuale interno, non trova collocazione.

4. Il mandato di arresto europeo.

Nell'anno in corso, varie sono state le decisioni che hanno riguardato il mandato di arresto europeo, a conferma di come questo strumento sia ormai entrato nella pratica quotidiana degli uffici.

Le questioni portate all'attenzione della Corte hanno riguardato anche aspetti molto specifici della procedura, permettendo così a quest'ultima di esprimersi su questioni molto dettagliate, e di affermare interessanti principi al riguardo.

4. 1. Gravi indizi.

Quanto alla valutazione, nella procedura "passiva" dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 17, comma quarto, l. 22 aprile 2005, n. 69, **Sez. F, n. 23952 del 20/08/2020, Katic, Rv. 279542 – 01**, ha affermato che è necessario che lo Stato di emissione specifichi nel mandato le fonti di prova, attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna. Nella fattispecie, così, la S.C. ha annullato il provvedimento della corte d'appello che aveva disposto la consegna, in quanto la richiesta si basava sul mero richiamo ad

indagini tecniche, senza alcuna precisazione sui contenuti di tali risultati probatori a carico dell'indagata.

4. 2. Aspetti procedurali.

La Corte di Giustizia si è occupata di un tema attinente ai presupposti per l'emissione del MAE. Si tratta della pronuncia nella causa C-717/18, X, del 3 marzo 2020, in cui la Grande Sezione della Corte ha dichiarato che nell'applicazione l'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo – il quale esige che, al fine di verificare se il reato per il quale è stato emesso un mandato d'arresto europeo sia punito dallo Stato membro emittente con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà di durata massima non inferiore a tre anni, come definita dalla legge di tale Stato membro -, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve prendere in considerazione la legge di detto Stato membro nella versione applicabile ai fatti che hanno dato luogo al procedimento nell'ambito del quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo, e non nella versione in vigore al momento dell'emissione di tale mandato d'arresto. Tale verifica risulta necessaria in quanto, ai sensi di detta disposizione, l'esecuzione di mandati d'arresto europei emessi per determinati reati puniti con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà di durata massima non inferiore a tre anni non può essere subordinata al controllo della doppia incriminazione del fatto, ossia alla condizione che tali reati siano puniti anche dalla legge dello Stato membro di esecuzione.

Quanto alla Corte di cassazione, numerose sentenze riguardano gli aspetti procedurali per giungere alla decisione sulla consegna, sempre nella procedura "passiva", quando, cioè, è l'A.G. italiana che deve decidere sulla richiesta di consegna proveniente da altro Stato Membro.

Sez. 6, n. 22187 del 23/07/2020, Dragan, Rv. 279600 – 02, ha, innanzi tutto, precisato che è consentita la consegna anche con riguardo ai delitti tentati ove ricorra l'ordinario criterio della doppia incriminazione, recepito dal nostro ordinamento all'art. 7 legge 22 aprile 2005, n. 69.

Secondo **Sez. 6, n. 26214 del 16/09/2020, Poti, Rv. 279611 – 01**, poi, l'omessa allegazione al mandato d'arresto europeo della relazione sui fatti addebitati alla persona di cui è richiesta la consegna, secondo la previsione dell'art. 6, comma 4, lett. a) legge n. 69 del 2005, non costituisce causa ostativa alla decisione di consegna, sempre che lo Stato d'emissione abbia comunque offerto all'autorità giudiziaria italiana tutti gli elementi utili per esercitare il suo controllo.

Nella procedura passiva determinata dall'inserimento del mandato di arresto nello Schengen Information System (SIS), **Sez. F, n. 24593 del 27/08/2020, Donati, Rv. 279544 – 01**, ha affermato che la convalida dell'arresto eseguito ad

iniziativa della polizia giudiziaria a carico della persona ricercata il cui nominativo sia stato inserito nel suddetto sistema può essere disposta anche all'esito di udienza alla quale l'arrestato non abbia potuto o voluto comparire, esaurendosi il controllo giurisdizionale in una verifica meramente cartolare funzionale a verificare che l'arresto non sia stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi consentiti. Il ricorso per cassazione contro il provvedimento che decide sulla consegna, secondo **Sez. F, n. 23953 del 20/08/2020, Fiore, Rv. 279546** – 01, deve essere necessariamente presentato nella cancelleria del giudice che lo ha emesso, non potendo trovare applicazione il disposto dell'art. 582, comma 2, cod. proc. pen. che autorizza il deposito dell'impugnazione anche nella cancelleria di un ufficio giudiziario del diverso luogo in cui il ricorrente eventualmente si trovi, posto che, diversamente, verrebbero vanificate le esigenze di speditezza costituenti la ratio ispiratrice del sottosistema normativo relativo all'istituto in oggetto.

Sempre in tema di procedura passiva da esecuzione del mandato di arresto a seguito di inserimento nel SIS, **Sez. F, n. 23951 del 18/08/2020, Maltese, Rv. 279541 – 01,** ha affermato che l'audizione dell'arrestato da parte del presidente della Corte di appello o di un magistrato da lui delegato esclude la necessità di un nuovo interrogatorio di garanzia "ex" art. 294 cod. proc. pen., il cui espletamento è da ritenere incompatibile con il sistema processuale speciale introdotto dalla legge sopra menzionata, cosicché, in caso di impedimento dell'arrestato a comparire e di sospensione dell'audizione ex art. 294, comma 2, cod. proc. pen., non occorre fissare di nuovo l'interrogatorio una volta cessato l'impedimento.

Nel caso in cui la corte d'appello proroghi, per cause di forza maggiore, il termine per la decisione sulla richiesta di consegna, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 22 aprile 2005 n. 69, **Sez. 6, n. 20739 del 10/07/2020, Gjoka, Rv. 279429 – 01,** ha affermato che la relativa ordinanza non è impugnabile. Nella specie, la proroga era stata decisa per l'acquisizione di copia, tradotta in lingua italiana, della sentenza posta a base della richiesta di consegna, disposta in ragione del ritardo nell'invio della documentazione da parte delle Autorità statuali estere dovuto alla pandemia da Covid-19.

Sul rapporto tra misura cautelare e decisione di consegna**, Sez. 6, n. 21579 del 17/07/2020, Cerutti, Rv. 279300 – 01,** ha ritenuto che la nullità del provvedimento applicativo di una misura cautelare nei confronti del destinatario di una richiesta di consegna o la perdita di efficacia della misura applicatagli non incidono sulla legittimità della decisione favorevole alla consegna stessa, in quanto l'applicazione della misura cautelare non costituisce presupposto necessario del procedimento di cui alla legge 22 aprile 2005, n. 69.

Alcune decisioni riguardano, poi, la ricezione di documentazione integrativa richiesta dalla corte d'appello all'autorità dello Stato emittente ai fini della decisione sulla consegna.

Sull'invio della richiesta, **Sez. 6, n. 18711 del 18/06/2020, PG c. Ali Ali, Rv. 279304 – 01**, ha affermato che la corte di appello che abbia disposto l'acquisizione di documentazione o informazioni integrative dallo Stato membro d'emissione ai sensi degli artt. 6 e 16 della legge 22 aprile 2005, n. 69, è tenuta a verificare che l'inoltro della relativa richiesta venga eseguito con modalità tali da garantire che la stessa pervenga effettivamente all'autorità giudiziaria straniera, non essendo sufficiente l'impiego di mezzi di comunicazione telematica che facciano solo presumere la ricezione di quella richiesta. Nella fattispecie, all'invio della richiesta mediante e-mail alla casella di posta elettronica intestata al giudice richiedente, non era seguita la prova dell'effettiva lettura.

In merito all'autenticità e alla provenienza dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione della documentazione integrativa richiesta, **Sez. 6, n. 21066 del 09/07/2020, Ruffini, Rv. 279279 – 01,** ha ritenuto che le stesse siano garantite dalla sua trasmissione, in via ufficiale, da parte del Ministero della giustizia.

Quando è disposta la consegna all'autorità giudiziaria estera richiedente, **Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 03,** ha affermato che la stessa deve avvenire per l'esecuzione della pena eccedente il periodo di custodia cautelare presofferto in Italia, con la conseguenza che il relativo periodo di privazione della libertà va integralmente detratto, secondo le regole dell'ordinamento interno, dalla durata della pena detentiva da scontare in base alla condanna dello Stato richiedente.

Quanto al concetto di "autorità emittente", **Sez. 6, n. 20571 del 01/07/2020, Emma, Rv. 279280 – 01**, ha ritenuto che sia legittima, nella ricorrenza delle restanti condizioni, l'emissione di un mandato di arresto europeo sulla base di un provvedimento restrittivo della libertà disposto da un'autorità di polizia e successivamente convalidato dal pubblico ministero, costituendo lo stesso una "decisione giudiziaria" ai sensi dell'art.8, paragrafo 1, lett. c), della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 13/06/2002. La fattispecie era relativa a un mandato di arresto europeo emesso dall'Ungheria sulla base di un provvedimento cautelare adottato da un funzionario di polizia e sottoposto al controllo del pubblico ministero in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata al fine di accertare l'assoggettabilità ad impugnazione della suddetta convalida, quale condizione del necessario rispetto dell'art. 5, comma 4, CEDU.

Secondo **Sez. 6, n. 15922 del 21/05/2020, Lucaci, Rv. 278934 - 01**, la nozione di "autorità giudiziaria emittente" comprende anche le autorità di uno Stato membro che, pur non rivestendo la qualifica di organi giurisdizionali, partecipano all'amministrazione della giustizia penale di tale Stato e agiscono in modo

indipendente nell'esercizio delle proprie funzioni, a condizione che sia assicurato il sindacato giurisdizionale sulla decisione relativa all'emissione del mandato. La fattispecie riguardava un mandato di arresto europeo di tipo processuale emesso dall'ufficio del pubblico ministero austriaco, convalidato, prima della sua trasmissione, da un tribunale.

La richiesta di informazioni integrative, trasmessa allo Stato membro di emissione ai sensi dell'art. 16, comma 1, della legge 22 aprile 2005, n. 69, determina un automatico prolungamento del termine entro il quale, a pena di inefficacia della misura cautelare, deve intervenire la decisione sulla richiesta di consegna, senza necessità di adottare un formale provvedimento di proroga**. (Sez. 6, n. 12215 del 4/12/2019, dep. 15/4/2020, Gursoy, Rv. 278754 – 01).**

La tardiva trasmissione delle informazioni di cui all' art. 6, comma 1, della legge 22 aprile 2005, n. 69, non costituisce causa ostativa alla loro valutazione e non impedisce di disporre la successiva consegna, la quale resta preclusa nel solo caso in cui lo Stato di emissione, richiestone, non dia corso alla loro trasmissione. **(Sez. 6, n. 9039 del 04/03/2020, Martin, Rv. 278618-01).**

Sez. 6, n. 4961 del 04/02/2020, F., Rv. 278450 – 01, ha affermato che, ai fini dell'efficacia del provvedimento di convalida dell'arresto emesso dal presidente della corte d'appello ai sensi dell'art. 13, comma secondo, della legge n. 69 del 2005, è sufficiente che pervenga, entro il termine di dieci giorni, la segnalazione della persona nel Sistema Informativo Schengen (S.I.S.) contenente le indicazioni previste dall'art. 6, comma primo, della predetta legge, ad eccezione di quella relativa alla pena minima, non influente sull'applicazione della misura cautelare. (In motivazione, la Corte ha precisato che ai sensi dell'art. 9 della legge 22 aprile 2005, n. 69, le informazioni necessarie per l'adozione di misure cautelari personali sono quelle funzionali alla verifica non della fondatezza della provvisoria contestazione mossa al ricercato dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, ma della sussistenza di cause ostative alla consegna all'estero).

Sez. 6, n. 5111 del 05/02/2020, O., Rv. 278327 – 01, ha ritenuto che, quando il mandato di arresto europeo è emesso per l'esecuzione di una sentenza di condanna per una pluralità di reati, il rispetto del limite minimo di durata della pena (non inferiore a quattro mesi) fissato dall'art. 7, comma 4, legge 22 aprile 2005, n. 69, va accertato avendo riguardo alla pena complessivamente irrogata e non a quella applicata per ogni singolo reato.

Secondo **Sez. 6, n. 5930 dell'11/02/2020, Garbin, Rv. 278330 - 01**, l'invio della documentazione a corredo della richiesta di consegna dall'Autorità straniera alla Corte di appello deve avvenire con la necessaria intermediazione del Ministero della giustizia, organo centrale deputato a garantirne l'ufficialità. Nella fattispecie la Corte ha confermato la decisione con la quale era stata disposta la consegna per l'estero di

un imputato in un caso in cui il Ministero della giustizia aveva inviato una p.e.c. all'Autorità estera per chiedere la trasmissione della documentazione, precisando che la risposta poteva essere inviata direttamente alla cancelleria della Corte di appello e tale Autorità aveva successivamente inoltrato la documentazione richiesta sia al Ministero, sia alla Corte di appello.

Quanto, poi, alla facoltà riconosciuta alla corte d'appello di rinviare la consegna al fine di consentire che la persona richiesta espii in Italia la pena inflitta per un reato diverso da quello oggetto del mandato d'arresto, la stessa implica una valutazione di opportunità che non necessita di particolare motivazione **(Sez. 6 n. 4776 del 30/01/2020, Morad, Rv. 278115 – 01,** in motivazione, la Corte ha precisato che, a differenza del caso di concomitante pendenza di un procedimento penale in Italia ed all'estero, non è configurabile una equivalenza delle esigenze lì dove nei confronti del soggetto richiesto sia già intervenuta sentenza di condanna, la cui esecuzione deve essere in via generale assicurata.

Notevolmente inferiori di numero le pronunce in tema di procedura "attiva".

Sez. 3, n. 10473 del 18/02/2020, Urso, Rv. 278599 – 01, ha affermato che il giudice per le indagini preliminari, a seguito della richiesta del pubblico ministero di emissione di mandato di arresto europeo, non può, d'ufficio, revocare o sostituire la misura cautelare in atto, essendo tenuto soltanto a verificare l'esistenza dei presupposti del provvedimento richiesto, tra cui quello costituito dal domicilio, residenza o dimora dell'imputato o del condannato nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

Sez. 3, n. 13620 del 23/01/2020, Urso, Rv. 279739 - 01, ha poi definito abnorme, in quanto emesso al di fuori di qualsivoglia modello processuale e, perciò, del tutto avulso dal sistema, il provvedimento di rigetto della richiesta di emissione di mandato di arresto europeo per finalità processuali e non esecutive, in quanto il giudice deve limitarsi a verificare c he esista il provvedimento restrittivo e che il destinatario sia presente nel territorio di altro Stato membro dell'U.E. . Anche in questa fattispecie il giudice per le indagini preliminari aveva respinto la richiesta di emissione del m.a.e. sostituendo la misura degli arresti domiciliari con quella del divieto di dimora per l'indagato.

4. 3. Motivi di rifiuto.

Uno dei temi su cui maggiormente si concentra il contenzioso in materia di mandato di arresto europeo è quello dei motivi di rifiuto.

Al riguardo, vale la pena ricordare che mentre la legge di recepimento della decisione quadro 2002/534/GAI, la legge n. 69 del 2005, non conteneva la distinzione tra motivi obbligatori e facoltativi di rifiuto, presente invece nello

strumento normativo europeo, solo molto recentemente, con la legge n. 117 del 2019, lo Stato italiano ha adottato una disciplina in linea, su questo aspetto, con la decisione quadro.

Con tale legge è stato, infatti, introdotto l'art. 4-*bis* nella legge n. 69 del 2005, contenente i motivi facoltativi di rifiuto.

Così, la giurisprudenza del 2020 ha iniziato, almeno in parte, anche a confrontarsi con tale novità legislativa.

In tema di motivo di rifiuto rappresentato dalla residenza in Italia, **Sez. F, n. 24244 del 25/8/2020, Jitariu, Rv. 279543,** occupandosi di un aspetto processuale relativo alla sua introduzione in giudizio, ha ritenuto che è inammissibile il motivo di ricorso con il quale il cittadino di altro Paese membro dell'Unione Europea chieda il riconoscimento dello stabile radicamento nel territorio dello Stato, al fine di scontare la pena in Italia a norma dell'art. 18, comma 1, lett. r), l. 22 aprile 2005, n. 69, se non preceduto dalla corrispondente deduzione dinanzi alla Corte d'appello, poiché solo quest'ultima può svolgere ogni opportuna verifica in proposito, mentre, in sede di legittimità, la cognizione è limitata ai motivi proposti e alle questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, nonché a quelli che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello. In motivazione, poi, affrontando proprio il tema della modifica normativa sopra ricordata, la Corte ha precisato che il principio mantiene la sua validità anche a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 6, comma 5, lett. b) l. 4 ottobre 2019, n. 117 che, nel caso di mandato di arresto europeo emesso per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, ha previsto la facoltatività del rifiuto della consegna del cittadino di Paese membro dell'Unione Europea che sia dimorante o residente in Italia.

Una definizione del concetto di "residenza", ai fini del rifiuto, è stata fornita da **Sez. 6, n. 19389 del 26/6/2020, D., Rv. 279419**, secondo la quale essa presuppone un radicamento reale e non estemporaneo della persona nello Stato, desumibile da una serie di indici rivelatori, quali la legalità della presenza in Italia, l'apprezzabile continuità temporale e stabilità della stessa, la distanza temporale tra quest'ultima e la commissione del reato e la condanna conseguita all'estero, la fissazione in Italia della sede principale e consolidata degli interessi lavorativi, familiari ed affettivi, e il pagamento eventuale di oneri contributivi e fiscali. La fattispecie era relativa ad un ricorso proposto da cittadina extracomunitaria, in cui la Corte, pur avendo in separato procedimento già sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento alla mancata estensione del motivo di rifiuto ai cittadini non appartenenti alla UE, non ha ritenuto rilevante la questione difettando i presupposti della continuativa presenza della ricorrente sul territorio.

In ordine al motivo di rifiuto rappresentato dal rischio che la persona consegnata venga sottoposta a trattamenti inumani e degradanti, non presente

esplicitamente nell'art. 4 della legge n. 69 del 2005, ma desumibile sia dall'art. 1 della decisione quadro, che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dal notissimo caso "Aranyosi e Caldararu", **Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 02**, ha affermato che, qualora lo Stato emittente abbia fornito assicurazioni che la persona interessata non subirà un trattamento inumano e degradante, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione può rifiutarsi di eseguire la richiesta solo quando, sulla base di elementi precisi, riscontri comunque il pericolo che le condizioni di detenzione siano contrarie all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali UE. In motivazione, la Corte ha richiamato i principi sul tema affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Grande Sezione, 15 ottobre 2019, Dorobantu, C – 128/19 e nella sentenza 25 luglio 2018, Generalstaatsanwaltschaft, C-220/18.

Peraltro, secondo **Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355 - 01**, la circostanza che lo spazio disponibile per ciascun detenuto in regime di detenzione cd. chiuso sia temporaneamente di poco inferiore al limite dei tre metri quadri (nella specie mq. 2,83) non comporta il rischio di un trattamento carcerario inumano o degradante, in presenza della concreta operatività di fattori compensativi che rendano le condizioni della detenzione conformi agli standards convenzionali. Si trattava di una fattispecie di regime detentivo del carcere di destinazione contemplante un congruo numero di ore trascorribili quotidianamente all'esterno delle celle, adeguate condizioni di igiene, e, dopo l'espiazione di un quinto della pena, possibilità di accedere al regime di detenzione cd. aperto.

La stessa **Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 01,** si è poi occupata della questione della prescrizione della pena da eseguire, quale motivo obbligatorio di rifiuto della consegna ex art. 18, lett. n), della legge 22 aprile 2005, n. 69, affermando che essa si computa a decorrere dalla esecutività della sentenza di condanna e non invece dalla sua irrevocabilità. Nella fattispecie, la Corte ha individuato il "dies a quo" del termine prescrizionale in quello del passaggio in giudicato della revoca della sospensione condizionale subordinata alla riparazione del danno, successivo alla data di irrevocabilità della sentenza di condanna.

In merito al motivo di rifiuto di cui all'art. 18, lett. p), legge 22 aprile 2005, n. 69, nell'ipotesi di reato commesso da cittadino straniero fuori dal territorio dello Stato richiedente, **Sez. 6, n. 17225 del 04/06/2020, Hughes, Rv. 279025 – 01**, ha ritenuto, in una fattispecie relativa al reato di omicidio, che occorre verificare la procedibilità secondo la legge italiana non con riferimento alla fattispecie concreta "sub iudice", bensì in relazione alla corrispondente ipotesi di reato commesso all'estero da cittadino italiano.

Quanto al motivo di rifiuto fondato sul pericolo che la persona sia sottoposta ad un procedimento in violazione del diritto ad un equo processo, **Sez. 6, n. 15924,**

del 21/05/2020, Mokrzycki, Rv. 278889 – 01, ha affermato che non è sufficiente la mera denuncia da parte del consegnando di gravi carenze sistemiche rilevate nei confronti dello Stato di emissione essendo invece necessario che egli alleghi circostanze specifiche e concrete che possano giustificare anche il mero sospetto del carattere non equo del procedimento. Nella fattispecie, si trattava di richiesta di consegna proveniente dalle autorità giudiziarie polacche, rispetto alla quale il ricorrente aveva genericamente lamentato il difetto di indipendenza e terzietà dell'autorità giudiziaria polacca, senza addurre l'effettiva incidenza negativa di tali carenze rispetto al proprio procedimento.

Sez. 6, n. 15245 del 14/05/2020, Ispas, Rv. 278877 – 01, ha poi affermato, in tema di mandato d'arresto europeo esecutivo, che la persona richiesta in consegna che invochi l'applicazione del motivo di rifiuto facoltativo di cui all'art. 18-*bis*, comma 1, lett. c), legge 22 aprile 2005, n. 69, presta implicitamente il consenso al riconoscimento della sentenza straniera ma ciò non determina il venir meno dell'interesse a dedurre, con ricorso per cassazione, la sussistenza di eventuali fattori ostativi al recepimento del contenuto e all'esecuzione delle statuizioni della sentenza di condanna pronunciata dallo Stato di emissione.

Riguardo, ancora, al motivo ostativo del divieto del "ne bis in idem", previsto dall'art. 18, lett. m), della l. n. 69 del 2005, secondo **Sez. 6, n. 14719 del 07/05/2020, M., Rv. 278849 – 01**, occorre avere riguardo al criterio della identità dei fatti materiali oggetto dei relativi procedimenti, escludendo ogni lettura formalistica relativa all'identità della qualificazione giuridica. In motivazione la Corte, richiamando la decisione della Corte giustizia, Gaetano Mantello, C- 261/09, 16/11/2010, §51, ha sottolineato che il concetto di "stessi fatti" costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione Europea, la cui esegesi non può essere lasciata alla discrezionalità degli stati membri sulla base del rispettivo diritto nazionale, occorrendo invece garantirne un'applicazione uniforme.

Sez. 6, n. 4126 del 29/01/2020, Parpalea, Rv. 278359 – 01, si è invece occupata del rifiuto facoltativo di consegna, ai fini dell'esecuzione della pena, del cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea, previsto dall' art. 18-bis della legge 22 aprile 2005, n. 69, introdotto dalla legge 4 ottobre 2019, n. 117, affermando che esso implica una valutazione discrezionale che tenga conto del legittimo ed effettivo radicamento del soggetto sul territorio nazionale e della possibilità di esecuzione della pena in Italia, senza che abbiano rilievo, al riguardo, generiche esigenze di tutela della sicurezza pubblica, che facciano apparire opportuno l'allontanamento del soggetto. Su tale base, la Corte ha annullato con rinvio la pronuncia della corte di appello la quale aveva disposto la consegna del ricorrente, pur stabilmente residente in Italia, ritenendolo socialmente pericoloso per i suoi precedenti penali.

Anche **Sez. 6, n. 5929 dell'11/02/2020 (dep. 14/02/2020) Rv. 278329 – 01**, si è occupata dell'innovazione legislativa sui motivi facoltativi di rifiuto introdotta dalla legge n. 117 del 2019, affermando che il motivo di rifiuto facoltativo alla consegna previsto dall'art. 18-bis, comma 1, lett. b), legge 22 aprile 2005, n. 69, per i fatti commessi in parte nel territorio dello Stato richiede quantomeno la sussistenza di indagini sul fatto oggetto del mandato di arresto, sintomatiche dell'effettiva volontà della Stato di affermare la propria giurisdizione.

Secondo **Sez. 6, n. 2959 del 22/01/2020, M., Rv. 278197 – 02**, quando la richiesta di consegna riguarda fatti commessi in parte nel territorio dello Stato, o in altro luogo allo stesso assimilato, il motivo facoltativo di rifiuto della consegna, previsto dall'art. 18-bis, comma 1, lett. b) della legge 22 aprile 2005, n. 69, come modificata dalla legge 4 ottobre 2019, n. 117, sussiste solo quando risulti già pendente un procedimento penale per il fatto oggetto del mandato di arresto europeo. In motivazione la Corte ha aggiunto che, in tal caso, il conflitto di giurisdizione tra i due Stati trova la propria soluzione nel meccanismo disciplinato dalla decisione quadro 2009/948/GAI e dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, anche al fine di evitare una violazione del principio del ne bis in idem sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Sempre **Sez. 6, n. 2959 del 22/01/2020, M., Rv. 278197 – 01**, ha precisato che il motivo di rifiuto facoltativo della consegna previsto dall'art. 18-bis, comma 1, lett. b), della legge 22 aprile 2005, n. 69, come modificata dall'art. 6, comma 5, lett. b), della legge 4 ottobre 2019, n. 117, sussiste quando anche solo un frammento della condotta, inteso in senso naturalistico e non connotato dai requisiti di idoneità ed inequivocità previsti per la punibilità del tentativo, si sia verificato in territorio italiano, purchè sia possibile collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella commessa in territorio estero.

Un tema che ricorre spesso nella giurisprudenza è quello attinente al motivo di rifiuto per la mancata previsione, nello Stato di emissione, di limiti massimi della carcerazione preventiva, di cui all'art. 18 lett. e), della legge 22 aprile 2005.

Sez. 6, n. 2739 del 22/01/2020, Boyko, Rv. 278129 – 01, ha affermato che ciò non legittima il rifiuto della consegna quando l'autorità giudiziaria italiana verifichi che l'ordinamento dello Stato richiedente prevede un termine di durata della custodia fino alla sentenza di condanna di primo grado o, in mancanza, meccanismi processuali che assicurino, con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia o alla sua estinzione. Nella fattispecie la Corte ha ritenuto legittima la sentenza di consegna relativa a mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria dell'Ungheria, il cui ordinamento prevede termini di durata massima della custodia cautelare sia nella fase delle indagini preliminari che nel corso del giudizio di primo grado, nonché la possibilità di revoca

della misura ad istanza di parte o di riduzione della sua durata ad iniziativa sia del giudice che del pubblico ministero.

Sez. 6, n. 4534 del 30/01/2020, Cadar, Rv. 278113 – 01, ha, invece, ritenuto che il motivo di rifiuto facoltativo della consegna previsto dall'art. 18-bis, comma 1, lett. c), l. 22 aprile 2005, n. 69 richiede la valutazione in ordine alla meritevolezza dell'interesse del condannato - cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione Europea - ad espiare la pena nel territorio italiano e, pertanto, non può escludersi la ricorrenza del motivo ostativo adducendo la pericolosità sociale del predetto, in quanto tale parametro è del tutto estraneo ai criteri valutativi indicati dalla norma.

Infine, **Sez. 6, n. 620 del 08/01/2020, PG c. Kacorri, Rv. 278120 – 01**, ha affermato che la consegna allo Stato richiedente di un cittadino italiano o residente nello Stato è subordinata alla condizione del rinvio in Italia prevista dall'art. 19, lett. c), della l. 22 aprile 2005, n. 69; pertanto la corte d'appello è tenuta a verificare quale sia la nazionalità e la residenza della persona e, in mancanza di un'espressa diversa richiesta dell'interessato, deve subordinare la consegna alla condizione del rinvio in Italia, salvo restando che, qualora tale condizione non sia contenuta nella sentenza della corte d'appello, deve essere apposta dalla Corte di cassazione, anche in difetto di specifica doglianza.

4. 4. Principio di specialità.

Sul tema del principio di specialità in una situazione di fatto molto particolare si è pronunciata, nell'anno in corso, anche la Corte di Giustizia con la sentenza del 24 settembre 2020 nella causa C-195/20 PPU.

Quanto alla Corte di cassazione, **Sez. 1, n. 26499 del 15/07/2020, Balescu**, ha affermato che legittimamente costituisce causa di revoca di diritto della sospensione condizionale della pena in relazione a condanne inflitte per reati anteriormente commessi, ai sensi dell'art. 168, comma 1, n. 2, cod. pen., la sentenza con cui la corte d'appello ordini che sia eseguita in Italia la pena irrogata con un titolo straniero di condanna in conseguenza dell'accoglimento dell'opposizione del condannato alla richiesta di consegna allo Stato che ha emesso il titolo stante il radicamento del predetto nel territorio nazionale ex art. 18, comma 1, lett. r), della legge 22 aprile 2005, n. 69, non determinandosi alcuna violazione del principio di specialità di cui all'art. 18 del decreto legislativo 7 settembre 2010, n. 161, che trova applicazione soltanto nei casi di consegna del condannato dallo Stato straniero all'Italia e non anche quando egli sia già radicato in Italia e presti il consenso a quivi scontare la pena inflittagli dall'autorità giudiziaria straniera, atteso che in tal modo il medesimo accetta altresì gli effetti che nell'ordinamento interno discendono dal riconoscimento della condanna inflittagli all'estero.

4.5. Consegna successiva.

Infine, in tema di consegna successiva**, Sez. 6, n. 9582 del 05/03/2020, Occhipinti, Rv. 278732 – 01,** ha stabilito che l'autorità italiana che, dopo avere ricevuto in consegna il detenuto a seguito dell'emissione di detto mandato, lo consegni successivamente ad altro Stato membro dell'Unione a norma dell'art. 25 legge n. 69 del 2005, è tenuta ad accertare se il necessario assenso a tale ultima consegna da parte dello Stato che ne ha disposto quella iniziale provenga dall'organo giudiziario competente sulla base delle regole specificamente contemplate dall'art. 28, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI e, qualora si tratti di un ufficio del pubblico ministero, se nel relativo ordinamento sia prevista la possibilità di attivare un controllo successivo, avvalendosi di rimedi impugnatori.

4.6. Brexit.

Nel corso dell'anno la Corte ha anche avuto modo di pronunciarsi sullo spinoso tema della "Brexit", ponendosi il problema della sorte dei mandati di arresto con il Regno Unito.

Sez. 6, n. 28228 del 06/10/2020, Maltese, Rv. 279626 – 01, ha affermato che l'avvio da parte del Regno Unito della procedura per recedere dall'Unione Europea non legittima il rifiuto di un mandato di arresto europeo per la consegna a detto Stato, in quanto, anche a seguito della "brexit", non sussiste il concreto rischio che la persona di cui si chiede la consegna venga privata dei suoi diritti fondamentali, anche in considerazione del fatto che permangono le garanzie derivanti dall'adesione dello stato britannico alla CEDU. In motivazione, la Corte ha comunque precisato che, conformemente a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia dell'U.E. nella decisione del 19 settembre 2018, la mera notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione non sospende l'applicazione, nel Regno Unito, della decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo, che resta pertanto vigente fino al 31 dicembre 2020, data dell'effettivo recesso.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione
Sez. 6, n. 3746 del 18/12/2013, Tuzomay, Rv. 258249
Sez. 6, n. 1677 del 11/12/2019, (dep. 16/01/2020), Kurti, Rv. 278216.
Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, PMT C/Creo, Rv. 275732 – 02
Sez. 6, n. 620 del 08/01/2020, PG c. Kacorri, Rv. 278120 – 01
Sez. 6, n. 8823 del 08/01/2020, Merkaziaj, Rv. 278616 – 02
Sez. 6, n. 2959 del 22/01/2020, M., Rv. 278197 – 01
Sez. 6, n. 2959 del 22/01/2020, M., Rv. 278197 – 02
Sez. 6, n. 2739 del 22/01/2020, Boyko, Rv. 278129 – 01
Sez. 6, n. 3520 del 22/01/2020, Verbrugge, Rv. 277628
Sez. 3, n. 13620 del 23/01/2020, Pmt c. Urso, Rv.
Sez. 6, n. 4126 del 29/01/2020, Parpalea, Rv. 278359 – 01
Sez. 6, n. 4534 del 30/01/2020, Cadar, Rv. 278113 – 01
Sez. 6 n. 4776 del 30/01/2020, Morad, Rv. 278115 – 01
Sez. 6, n. 4961 del 04/02/2020, F., Rv. 278450 – 01
Sez. 6, n. 5111 del 05/02/2020, O., Rv. 278327 – 01
Sez. 1, n. 12706 del 05/02/2020, Poggiagliolmi, Rv. 278704
Sez. 6, n. 5929 dell'11/02/2020 Cc. (dep. 14/02/2020) Rv. 278329 – 01
Sez. 6, n. 5930 dell'11/02/2020, Garbin, Rv. 278330 – 01
Sez. 3, n. 10473 del 18/02/2020, Urso, Rv. 278599 – 01
Sez. 6, n. 7979 del 26/02/2020, Barzoi, Rv. 278355 – 01
Sez. 6, n. 9039 del 04/03/2020, Martin, Rv. 278618-01
Sez. 6, n. 9582 del 05/03/2020, Occhipinti, Rv. 278732 – 01
Sez. 6, n. 11374 del 10/03/2020, Terteryan, Rv. 278718
Sez. 6, n. 12215 del 4/12/2019, dep. 15/4/2020, Gursoy, Rv. 278754 – 01
Sez. 6, n. 14719 del 07/05/2020, M., Rv. 278849 – 01
Sez. 6, n. 15245 del 14/05/2020, Ispas, Rv. 278877 – 01
Sez. 6, n. 15922 del 21/05/2020, PG c. Lucaci, Rv. 278934 – 01
Sez. 6, n. 15924 del 21/05/2020, Mokrzycki, Rv. 278889 – 01
Sez. 6, n. 17835 del 21/05/2020, Korshunov, non massimata
Sez. 6, n. 17225 del 04/06/2020, Hughes, Rv. 279025 – 01
Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 01
Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 02
Sez. 6, n. 18352 del 11/06/2020, M., Rv. 279301 – 03
Sez. 6, n. 18711 del 18/06/2020, PG c. Ali Ali, Rv. 279304 – 01

Sez. 6, n. 19392 del 25/06/2020, Hoxhaj, Rv. 279263
Sez. 6, n. 19389 del 26/6/2020, D., Rv. 279419
Sez. 6, n. 20571 del 01/07/2020, Emma, Rv. 279280 – 01
Sez. 6, n. 24994 dell'08/07/2020, Carlton, Rv. 279603
Sez. 6, n. 21066 del 09/07/2020, Ruffini, Rv. 279279 – 01
Sez. 6, n. 20739 del 10/07/2020, Gjoka, Rv. 279429 – 01
Sez. 1, n. 26499 del 15/07/2020, Balescu, Rv. 279930
Sez. 6, n. 21579 del 17/07/2020, Cerutti, Rv. 279300 – 01
Sez. 1, n. 21984 del 17/07/2020 Cc., Ferrari, Rv. 279454
Sez. 6, n. 22818 del 23/07/2020, Balcan, Rv. 279567S
Sez. 6, n. 22187 del 23/07/2020, Dragan, Rv. 279600 – 02
sez. F, n. 23951 del 18/08/2020, Maltese, Rv. 279541 – 01
sez. F, n. 23952 del 20/08/2020, Katic, Rv. 279542 – 01
Sez. F, n. 23953 del 20/08/2020, Fiore, Rv. 279546 – 01
sez. F, n. 24244 del 25/8/2020, Jitariu, Rv. 279543
sez. F, n. 24593 del 27/08/2020, Donati, Rv. 279544 – 01
Sez. 6, n. 26214 del 16/09/2020, Poti, Rv. 279611 – 01
Sez. 6, n. 30884 del 18/09/2020, Lula Bardh, Rv. 279851-02
Sez. 6, n. 30885 del 24/09/2020, PMT c/Sabbatini Edward, Rv. 279885
Sez. 6, n. 28228 del 06/10/2020, Maltese, Rv. 279626 – 01
Sez. 6, n. 30642 del 22/10/2020, Bianchi, Rv. 27984807/2020, Ruffini, Rv. 279279 – 01
Sez. 6, n. 20739 del 10/07/2020, Gjoka, Rv. 279429 – 01
Sez. 1, n. 26499 del 15/07/2020, Balescu, Rv. 279930
Sez. 6, n. 21579 del 17/07/2020, Cerutti, Rv. 279300 – 01
Sez. 1, n. 21984 del 17/07/2020 Cc., Ferrari, Rv. 279454
Sez. 6, n. 22818 del 23/07/2020, Balcan, Rv. 279567S
Sez. 6, n. 22187 del 23/07/2020, Dragan, Rv. 279600 – 02
sez. F, n. 23951 del 18/08/2020, Maltese, Rv. 279541 – 01
sez. F, n. 23952 del 20/08/2020, Katic, Rv. 279542 – 01
Sez. F, n. 23953 del 20/08/2020, Fiore, Rv. 279546 – 01
sez. F, n. 24244 del 25/8/2020, Jitariu, Rv. 279543
sez. F, n. 24593 del 27/08/2020, Donati, Rv. 279544 – 01
Sez. 6, n. 26214 del 16/09/2020, Poti, Rv. 279611 – 01
Sez. 6, n. 30884 del 18/09/2020, Lula Bardh, Rv. 279851-02
Sez. 6, n. 30885 del 24/09/2020, PMT c/Sabbatini Edward, Rv. 279885
Sez. 6, n. 28228 del 06/10/2020, Maltese, Rv. 279626 – 01
Sez. 6, n. 30642 del 22/10/2020, Bianchi, Rv. 279848

PARTE QUARTA

SPESE DI GIUSTIZIA

SEZIONE I

INDENNITA' DI CUSTODIA

CAPITOLO I

LA COMPETENZA ALLA LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI AL CUSTODE GIUDIZIARIO: CHI E' IL "MAGISTRATO CHE PROCEDE"?

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La questione controversa. - 3. L'ordinanza di rimessione. - 4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo. - 5. La giurisprudenza di legittimità sulla locuzione "magistrato che procede". - 6. Il decreto di archiviazione e la sua natura. - 7. La pronunzia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 4535 del 18/04/2019, dep. 03/02/2020, PMT, Rv. 277580 – 01, hanno affermato il seguente principio di diritto: "La competenza a provvedere, ai sensi dell'art.168 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sulla istanza di liquidazione delle spese di custodia dei beni sequestrati, presentata successivamente all'archiviazione del procedimento, spetta al giudice per le indagini preliminari in veste di giudice dell'esecuzione. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto abnorme l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari con la quale era stata disposta la trasmissione al pubblico ministero, per competenza, della richiesta di liquidazione del compenso suddetto)", risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si registrava sul punto.

2. La questione controversa.

La vicenda trae la sua origine dal ricorso proposto dal Procuratore generale avverso l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari aveva declinato la propria competenza a provvedere sulla richiesta di liquidazione del compenso, avanzata dal custode giudiziario per l'attività di custodia dei beni in sequestro, e restituito gli atti al pubblico ministero, sul presupposto che, ai sensi dell'art. 168, comma 1, del Testo Unico in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n.

115), la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia dovesse ricadere nella sfera di competenza del pubblico ministero quale magistrato procedente al momento della presentazione della domanda, al quale gli atti erano stati restituiti, ai sensi dell'art. 409 comma 1, cod. proc. pen., con il decreto di archiviazione.

3. L'ordinanza di rimessione.

Ad avviso della Quarta sezione, il contrasto giurisprudenziale sussisteva in relazione sia al significato da ascrivere alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168, comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sia all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a provvedere, sia alla ricaduta della decisione sul provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, dichiaratosi incompetente, aveva disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero. Invero, in caso di attribuzione della competenza al giudice per le indagini preliminari il provvedimento restitutorio si sarebbe profilato come abnorme in quanto idoneo a determinare una stasi del procedimento, superabile da parte del pubblico ministero soltanto con il compimento di un atto esorbitante dalla propria competenza e, pertanto, illegittimo; diversamente, in caso di attribuzione della competenza all'ufficio del pubblico ministero, il provvedimento sarebbe stato legittimo ed il ricorso del pubblico ministero inammissibile in quanto proposto nei confronti di un provvedimento inoppugnabile per il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 568 cod. proc. pen.

Il Collegio rimettente evidenziava proprio nella divergenza tra tali epiloghi decisori il fondamento della rimessione alle Sezioni Unite.

4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo.

Prima di procedere all'esame della decisione assunta dalle Sezioni Unite, appare opportuno un sintetico inquadramento della disciplina in materia di spese di giustizia, inizialmente regolamentata dalla legge 1 dicembre 1956 n. 1426, recante norme sui compensi spettanti ai periti, consulenti tecnici, interpreti e traduttori per le operazioni eseguite a richiesta dell'autorità giudiziaria, per poi, sia in ambito civile che penale, essere disciplinata con la legge 8 luglio 1980 n. 319 che, all'art. 11, devolveva la competenza relativa alla liquidazione degli onorari al magistrato che aveva effettuato la nomina. Tale legge veniva poi abrogata (con esclusione dell'art. 4 relativo alle modalità di determinazione degli onorari in base alle vacazioni) ad opera del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia", con il quale il legislatore aveva mirato a sistemare

organicamente, attraverso una attività ricognitiva, una vera e propria stratificazione di norme succedutesi senza una complessiva visione organica.

Nei limiti del ristretto alveo compilativo riconosciuto al Testo unico, si inquadrava l'operazione compiuta dal legislatore che nel formulare l'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002 aveva sostituito, con riferimento all'autorità competente alla liquidazione, il termine "magistrato" a quello di giudice e pubblico ministero.

5. La giurisprudenza di legittimità sulla locuzione "magistrato che procede".

Proprio in relazione al significato da attribuire alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 in caso di istanza di liquidazione dei compensi delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia dei beni sequestrati presentata dopo il provvedimento di archiviazione, si registravano pronunce di legittimità non univoche.

Giova premettere che in epoca di poco antecedente all'approvazione del Testo unico, Sez. U, n. 25161 del 24/04/2002, Fabrizi, Rv. 221660, chiamata a decidere in merito alla individuazione del regime della prescrizione del compenso dovuto al custode di cose sequestrate nell'ambito di un procedimento penale, aveva fornito un criterio di individuazione del magistrato competente a provvedere in ordine alle necessarie incombenze, nelle varie fasi processuali, affermando il principio di diritto secondo il quale "la competenza a deliberare sulla richiesta di anticipazione o liquidazione finale del compenso presentata dal custode di cose sequestrate nell'ambito di procedimento penale appartiene, nella fase successiva alla sentenza irrevocabile, al giudice dell'esecuzione, nella fase delle indagini preliminari al pubblico ministero il quale provvede con decreto motivato, nel corso del giudizio di cognizione, al giudice che ha la disponibilità del procedimento il quale provvede "de plano", dovendosi osservare, in tutti i casi, le forme stabilite per il procedimento di esecuzione a norma dell'art. 666 cod. proc. pen." sul presupposto che, poiché la disposizione dell'art. 265 cod. proc. pen. riproduce esattamente il dettato dell'art. 626 del codice di rito previgente, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che la competenza appartenesse al giudice dell'esecuzione dopo la sentenza irrevocabile ed al giudice avente la disponibilità del procedimento durante la pendenza del giudizio di cognizione, i medesimi criteri - tenuto conto della stretta connessione tra dissequestro e restituzione delle cose sequestrate e pagamento delle spese di custodia (art. 262, 2° comma, c.p.p. e art. 84 disp. att. c.p.p.) - fossero validi anche nella disciplina del nuovo codice di rito.

Con l'approvazione del Testo unico, in merito alla locuzione "magistrato che procede" di cui all'art. 168 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, si formavano due differenti

orientamenti giurisprudenziali, il primo dei quali fondava sul principio di diritto affermato da Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229661, secondo il quale "è competente il P.M. a decidere sulla richiesta di liquidazione del compenso del custode qualora il procedimento si concluda con provvedimento di archiviazione", atteso che "con la richiesta di archiviazione il giudice per le indagini preliminari non viene investito del procedimento ma viene chiamato esclusivamente a svolgere un controllo di legalità sulla determinazione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale", principio, poi, ribadito in più recenti arresti di legittimità nei quali si è affermato che la locuzione "magistrato che procede" è riferibile al magistrato che ha la materiale disponibilità degli atti al momento della richiesta di liquidazione, da individuarsi, dopo l'archiviazione del procedimento e la trasmissione degli atti all'ufficio di procura, nel pubblico ministero (Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274428; Sez. 4, n. 54827 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274276; nonché, in tema di liquidazione di spese relative ad intercettazioni telefoniche, Sez. 4, n. 54826 del 2018; Sez. 4 n. 6657 del 19/01/2017, G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037; Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, Ignoti, Rv. 261765).

In contrapposizione a tale indirizzo, in altre pronunce si è affermato il principio secondo il quale, anche in caso di archiviazione già disposta, la competenza a decidere sulla liquidazione dei compensi al custode appartiene al giudice per le indagini preliminari quale autorità procedente, a nulla rilevando la materiale trasmissione del fascicolo processuale agli archivi della procura (Sez. 5, n. 2924 del 12/11/2013, dep. 2014, Ignoti, Rv. 257939; Sez. 5, n.9222 del 10/02/2006, PM c/ignoti, Rv. 233770; Sez. 4, n. 32314 del 20/01/2005, Trionfo, Rv. 231724; Sez. 4, n. 11195 del 26/01/2005, Paolucci, Rv. 231196), poiché la competenza alla liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia è del giudice dell'esecuzione. Il ragionamento prendeva le mosse da un'operazione di interpretazione logico-sistematica dell'art. 263, comma 6, cod. proc. pen. che, nello stabilire che dopo la sentenza non più soggetta a impugnazione sulla restituzione delle cose sequestrate provvede il giudice dell'esecuzione, dava vita ad una previsione, essa stessa espressione di un principio di carattere generale in base al quale, qualora alla restituzione del bene non abbia provveduto il giudice che procede ed il procedimento sia stato "definito", ossia non esiste più un giudice di cognizione, l'interessato deve rivolgersi al giudice dell'esecuzione (Sez. 1, n. 15997 del 28/2/2014, Villa, Rv. 259912), regola questa "da applicarsi anche al provvedimento di archiviazione, atteso che esso definisce la fase delle indagini preliminari, facendo sì che tutti i poteri conferiti al pubblico ministero ed al giudice per le indagini preliminari passino a quest'ultimo, ma in funzione di giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 665 cod. proc. pen." (Così Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268).

Sul tema, in epoca meno risalente, un importante contributo si rinviene nel principio di diritto affermato da Sez. U, n. 9605/14 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989-01, secondo il quale "alla liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico nominato dal P.M. deve provvedere lo stesso P.M. che ha conferito l'incarico, anche nel caso in cui il procedimento sia passato ad una fase successiva" in considerazione dello stretto vincolo fiduciario che intercorre tra l'autorità giudiziaria che designa e il soggetto designato quale perito o consulente. Nella specie, le Sezioni Unite se da un lato avevano valorizzato la regola di competenza delineata per il perito e il consulente del pubblico ministero contenuta nell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., che rinvia all'osservanza delle disposizioni previste per il perito e, quindi, all'art. 232 cod. proc. pen., il quale stabilisce espressamente che il compenso al perito è liquidato dal giudice che ha disposto la perizia a prescindere dalla fase in cui si trova il procedimento nel momento della richiesta di liquidazione, dall'altro sottolineavano che la regola individuata con riguardo a perito e consulente del P.M., derivando da una speciale disposizione normativa, non avrebbe potuto incidere in alcun modo "sulla regola fissata, in via generale, dall'art. 168 T.U. per il custode e gli altri ausiliari ivi menzionati".

Sul solco tracciato dalla precedente giurisprudenza dominante, in alcune pronunce la Corte ha individuato, nel procedimento conclusosi con l'archiviazione, il "magistrato che procede", indicato all'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, nel giudice per le indagini preliminari, affermando l'abnormità "per la stasi processuale che ne deriva" del "provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, disposta l'archiviazione, rimetta al pubblico ministero la decisione sulla richiesta di liquidazione del compenso spettante al custode giudiziario", così spiegando, per un verso, che l'attribuzione della competenza al giudice per le indagini preliminari nasce dalla circostanza che, in procedimento conclusosi con provvedimento di archiviazione, è proprio questi il giudice dell'esecuzione (Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017, dep. 2018, Ignoti, Rv. 271748) e, dall'altro, che ai fini della competenza é irrilevante la collocazione "fisica" del fascicolo archiviato presso altro ufficio e come, invece, la disponibilità del medesimo sia da ritenersi propria del giudice per le indagini preliminari che ha definito il procedimento accogliendo la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, in ragione della funzione di giudice dell'esecuzione dallo stesso esercitata (Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268).

Con tali decisioni, la Corte si disallineava dall'orientamento ricollegabile alla pronuncia di Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229661, secondo il quale, in caso di procedimento conclusosi con provvedimento di archiviazione e restituzione degli atti alla procura, la competenza alla liquidazione delle spese di custodia "spetta al pubblico ministero quale magistrato che procede, ai sensi dell'art.

168, d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002", in quanto magistrato che ha materialmente la disponibilità degli atti al momento della richiesta di liquidazione dopo l'archiviazione del procedimento (Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, ignoti, Rv. 274428; Sez. 4, n. 6657 del 19/01/2017, G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037; Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, ignoti, Rv. 261765).

Un importante contributo a tale ultimo orientamento è quello di Sez. 4 n. 54827 del 14/09/2018, ignoti, Rv. 274276, secondo cui l'art. 3 d.P.R. n. 115 del 2002, che contiene le definizioni valevoli ai fini della lettura dello strumento normativo, ha posto l'attenzione sulla definizione di "magistrato" (riferibile tanto al giudice che al pubblico ministero) e sul significato della locuzione "che procede", riconoscendo validità al criterio della materiale disponibilità degli atti al momento in cui sorge la necessità di procedere, coincidente, per il caso che ci occupa, con la presentazione dell'istanza di liquidazione.

6. Il decreto di archiviazione e la sua natura.

Nell'alveo della questione interpretativa rimessa al vaglio della Corte è opportuno un breve cenno sulla natura del provvedimento di archiviazione, in relazione alla quale, a differenza di quanto affermato (o meglio auspicato) nel corso dei lavori preparatori, allorchè si era escluso che potesse riproporsi qualsiasi disputa sulla natura del provvedimento di archiviazione "decisamente collocato fuori dall'area della giurisdizionalità" (Rel. prog. prel. c.p.p., pag. 100 in G.U. Serie Generale n. 250 del 24.10.1988), non erano affatto sopiti i dubbi sorti già nella vigenza del codice di procedura penale abrogato.

In dottrina, taluni autori hanno evidenziato quali indici di non giurisdizionalità del provvedimento di archiviazione la forma di decreto, l'inefficacia di giudicato, il difetto di contraddittorio nella fase precedente e in quella successiva alla sua emanazione e, non ultima, la sua collocazione all'interno della fase preprocessuale, così ritenendolo un provvedimento meramente permissivo ed autorizzativo. La critica a tale impostazione proveniva da quanti, al contrario, ritenevano che, quegli stessi indici, non fossero realmente decisivi al fine di attribuire al provvedimento natura amministrativa, esistendo nell'ordinamento processuale decisioni che, pur presentando le medesime caratteristiche della pronuncia di archiviazione, hanno certamente carattere giurisdizionale: nessuno avrebbe potuto dubitare, ad esempio, della giurisdizionalità del decreto penale di condanna, privo della fase del contraddittorio, così come l'assenza di mezzi di impugnazione mai avrebbe indotto ad attribuire natura amministrativa al decreto di rinvio a giudizio. La natura giurisdizionale del decreto di archiviazione sarebbe, dunque, da rinvenirsi sia nella sua provenienza da un organo giurisdizionale, sia nel suo contenuto "di merito",

perfettamente equiparabile alla sentenza istruttoria di proscioglimento in quanto rivolto, come questa, "all'accertamento dell'innocenza di colui nei cui confronti era pervenuta una notitia criminis", sicchè ravvisare nel decreto di archiviazione una decisione amministrativa significherebbe relegarlo a ruolo di "una declaratoria di carattere marginalmente processuale in ragione del non promovimento dell'azione penale", laddove il giudice non autorizza né controlla ma dichiara solo l'infondatezza dell'accusa. Su posizioni intermedie si è attestata quella dottrina secondo la quale dal procedimento di archiviazione traspare il carattere misto del provvedimento del giudice per le indagini preliminari: di natura amministrativa perché emesso in fase preprocessuale, ma anche di natura giurisdizionale in quanto strumento di controllo, anche di merito, dell'attività svolta dal pubblico ministero, connotato, inoltre, da motivazione.

Il tema non ha lasciato indifferente neanche la giurisprudenza di legittimità che in taluni arresti ha affermato che: al provvedimento di archiviazione del giudice per le indagini preliminari non può riconoscersi natura giurisdizionale trattandosi di un atto privo di statuizioni o accertamenti processualmente certi, benché emesso da un giudice (Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919); con il provvedimento di archiviazione "il giudice si pone come garante della legalità, in ordine all'esercizio dell'azione penale, e non come risolutore di un conflitto di interessi" (Sez. 5, n. 6059 del 13/11/1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643); il provvedimento di archiviazione, sebbene non contenga statuizioni o accertamenti processualmente certi, rappresenta un punto fermo del processo, sia esso "procedimento contenzioso o non contenzioso di natura giurisdizionale" (Sez. 3, n. 39191 del 18/06/2014, Ventura, Rv. 260391; Sez. 6, n. 26189 del 4.06.2009, Merenda e altro, Rv. 244553; Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919; Sez. 5, n. 6059 del 13/11/1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643; Sez. 5, n. 1334 del 22.10.1991 dep. 1992, Panicucci, Rv. 189199); a dirimere ogni dubbio sul carattere non giurisdizionale del provvedimento di archiviazione, soccorrono la sua collocazione all'interno della fase preprocessuale e la sua insuscettibilità a "passare in giudicato" sebbene lo stesso sia dotato, in virtù del disposto dell'art. 414 cod. proc. pen., di una limitata efficacia preclusiva (Sez U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004; Sez. 3 n. 3908 del 28/01/2010, S., Rv. 246022; Sez. 5, n. 1344 del 22/10/1991 (dep. 1992).

In merito alla efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità, sollevata con riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 555, comma 2, cod. proc. pen. in relazione all'art. 414 cod. proc. pen. vigente, ,nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione a giudizio nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari, ha assegnato al provvedimento del giudice per le indagini preliminari che autorizza lo svolgimento delle nuove indagini la sostanziale

natura di condizione di procedibilità, con la conseguenza che la richiesta di rinvio a giudizio, formulata dal pubblico ministero dopo l'archiviazione e senza previa autorizzazione alla riapertura delle indagini, determina l'improcedibilità dell'azione penale che dev'essere dichiarata dal giudice competente a decidere sul merito ai sensi degli artt. 129, 425, 469 e 529 cod. proc. pen. Dunque, ad avviso della Corte costituzionale, in difetto del provvedimento autorizzativo del giudice per le indagini preliminari, è precluso al pubblico ministero di espletare nuove indagini e di promuovere l'azione penale (Corte cost. 95/27 e, più di recente, Corte cost. '03/56).

In questa ottica, la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 409 cod. proc. pen., sembrerebbe rispondente alla sola esigenza di lasciare nella disponibilità della parte pubblica quanto necessario ad una rivisitazione della vicenda allorchè si profili la necessità di compiere nuove investigazioni; di conseguenza il decreto di archiviazione, chiudendo la fase del procedimento rappresentata dalle indagini preliminari svolte infruttuosamente dalla pubblica accusa, costituirebbe l'elemento di cesura che segna la fine di un percorso, impedendo la prosecuzione della fase procedimentale, salva la possibilità di una riapertura con l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 414 cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 33057 del 10/07/2007, Gianoglio, Rv. 237581, in tema di efficacia preclusiva del decreto in merito alla "notitia criminis" e non al fatto).

7. La pronunzia delle Sezioni Unite.

In via preliminare, nella risoluzione del conflitto, le Sezioni unite hanno affrontato *ex officio* il tema della ricorribilità del provvedimento impugnato sotto il profilo della "abnormità funzionale".

Richiamata la decisione di Sez. U, n. 25957 del 26 marzo 2009, Toni, Rv. 4 243590, che, sul punto, nel ribadire che è affetto da abnormità non soltanto il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto espressione di un legittimo potere, si esplichi al di fuori dei casi consentiti o delle ipotesi previste o, ancora, al di là di ogni ragionevole limite, ha sottolineato che l'abnormità dell'atto può riguardare tanto il profilo strutturale - se l'atto si pone al di fuori del sistema normativo -, quanto il profilo funzionale - nel caso in cui esso, pur non ponendosi al di fuori del sistema, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo-, il Supremo consesso ha ritenuto tale la situazione sottoposta al suo vaglio, nella quale sia il pubblico ministero che il giudice avevano rifiutato di emettere il richiesto provvedimento liquidatorio, non ritenendo ipotizzabile, nella specie, un conflitto negativo di competenza neppure sotto il profilo dei "casi analoghi" previsti dall'art. 28 cod. proc. pen., in quanto configurabile solo tra organi giurisdizionali e non, anche, in una

situazione di conflittualità tra il pubblico ministero, che è una parte anche se pubblica del processo, e il giudice (Sez. U, n. 9605 del 28 novembre 2013, Seghaier, Rv. 257989).

Nell'articolato percorso motivazionale, le Sezioni unite hanno abbracciato la linea interpretativa che ravvisa nel provvedimento con cui il giudice restituisce al pubblico ministero la richiesta di liquidazione dei compensi un atto abnorme, impugnabile con ricorso per cassazione in assenza di specifici mezzi di gravame per tali tipologie di atti, già seguita da Sez. U, n. 19289 del 25 febbraio 2004, Lustri, Rv. 227355 allorchè, chiamate a pronunciarsi sulla competenza a decidere sulla domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, hanno ritenuto abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari aveva disposto la trasmissione, per competenza, al pubblico ministero di una tale domanda, e condivisa dalla giurisprudenza successiva (Sez. 3, n. 818 del 17/11/2015, Bartone, Rv. 266176; Sez. 4, n. 43885 del 10 luglio 2018, ignoti, Rv. 254268; Sez. 4, n. 54227 del 14 settembre 2018, ignoti, Rv. 274428).

A risoluzione del contrasto rilevato in merito al significato da ascrivere alla locuzione "magistrato che procede" contenuta nell'art. 168., comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, con la decisione adottata, le Sezioni Unite hanno dato risposta al quesito affermando che la competenza sulla istanza di liquidazione delle spese di custodia dei beni sequestrati, presentata successivamente all'archiviazione del procedimento, spetta al giudice per le indagini preliminari in veste di giudice dell'esecuzione.

Il nucleo centrale del ragionamento della Corte valorizza l'attualità delle argomentazioni svolte da Sez. U, n. 25161 del 24/04/2002, Fabrizi, Rv. 221600, che, quanto alla individuazione dell'organo designato a provvedere in prima istanza sulla richiesta del custode concernente l'anticipazione o la liquidazione finale del compenso a lui spettante, avevano osservato che la disposizione dell'art. 265 cod. proc. pen., riproduce esattamente il dettato dell'art. 626 del codice di rito previgente, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che la competenza appartenesse al giudice dell'esecuzione dopo la sentenza irrevocabile ed al giudice avente la disponibilità del procedimento durante la pendenza del giudizio di cognizione (Sez. 1, n. 804 del 05/04/1978, Hagler, Rv. 138723), con la conseguenza che i medesimi criteri - tenuto conto della stretta connessione tra dissequestro e restituzione delle cose sequestrate e pagamento delle spese di custodia - restavano validi anche nella disciplina del nuovo codice di rito, da cui la competenza a decidere del giudice dell'esecuzione.

Partendo dalla premessa che all'individuazione del "magistrato che procede" di cui all'art. 168 del T.U. non può ragionevolmente addivenirsi attraverso la mera collocazione "fisica" del fascicolo, ma che, invece, deve darsi centralità alla materiale

disponibilità del medesimo in ragione della funzione esercitata, le Sezioni unite hanno argomentato che dopo il decreto di archiviazione, l'adozione di tutti i provvedimenti connessi alla sorte delle cose sequestrate ed alla liquidazione dei compensi al custode spetta al giudice, in virtù del principio stabilito dall'art. 263 cod. proc. pen., che prevede, al comma 4, una competenza limitata del pubblico ministero nel caso in cui non vi abbia provveduto nella fase delle indagini preliminari, e riserva, invece, tale competenza espressamente al giudice dell'esecuzione dopo la sentenza non più soggetta ad impugnazione (comma 6), sicchè il "magistrato che procede" va necessariamente identificato nel giudice per le indagini preliminari che, accogliendo la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero, definisce il procedimento.

Proprio sul concetto di procedimento "definito", la Corte ha sottolineato che, seppur vero che l'art. 263 cod. proc. pen. nella sua formulazione non prende in espressa considerazione, nell'ambito del procedimento per la restituzione delle cose sequestrate, il provvedimento di archiviazione, stabilendo, al comma 6, che, dopo la sentenza non più soggetta a impugnazione, sulla restituzione delle cose sequestrate provvede il giudice dell'esecuzione, è anche vero che la previsione, riferita alla sentenza, è, in realtà, l'espressione di un principio di carattere generale in base al quale, qualora alla restituzione del bene non abbia provveduto il giudice che procede ed il procedimento sia stato "definito", ossia non esista più un giudice di cognizione, l'interessato deve rivolgersi al giudice dell'esecuzione (Sez.1, n. 15997 del 28/2/2014, Villa, Rv. 259912).

La regola, pertanto, non può non applicarsi anche al provvedimento di archiviazione che definisce la fase delle indagini preliminari, facendo sì che tutti i poteri conferiti al pubblico ministero ed al giudice per le indagini preliminari passino a quest'ultimo, ma in funzione di giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 665 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 12880 del 19/02/2009, Maniago, Rv. 243046).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 804 del 05/04/1978, Hagler, Rv. 138723
Sez. 5, n. 1334 del 22.10.1991 dep. 1992, Panicucci, Rv. 189199
Sez. 5, n. 6059 del 13/11/1998, dep. 1999, Fortunato, Rv. 212643
Sez. U, n. 9 del 22/03/2000, Finocchiaro, Rv. 216004
Sez. 1, n. 8881 del 10/07/2000, Malcangi, Rv. 216919
Sez. U, n. 25161 del 24/04/2002, Fabrizi, Rv. 221660
Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227355
Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv.229661
Sez. 4, n. 32314 del 20/01/2005, Trionfo, Rv. 231724
Sez. 4, n. 11195 del 26/01/2005, Paolucci, Rv. 231196
Sez. 5, n. 9222 del 10/02/2006, Ignoti, Rv. 233770
Sez. 5, n. 33057 del 10/07/2007, Gianoglio, Rv. 237581
Sez. 1, n. 12880 del 19/02/2009, Maniago, Rv. 243046
Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590
Sez. 6, n. 26189 del 4/06/2009, Merenda, Rv. 244553
Sez. 3, n. 3908 del 28/01/2010, S., Rv. 246022
Sez. 5, n. 2924 del 12/11/2013, dep. 2014, Ignoti, Rv. 257939
Sez. U, n. 9605 del 28/11/2013, Seghaier, Rv. 257989
Sez. 1, n. 15997 del 28/2/2014, Villa, Rv. 259912
Sez. 3, n. 39191 del 18/06/2014, Ventura, Rv. 260391
Sez. 4, n. 2212 del 01/10/2014, dep. 2015, Ignoti, Rv. 261765
Sez. 3, n. 818 del 17/11/2015, Bartone, Rv. 266176
Sez. 4, n. 6657 del 19/01/2017, G.i.p. Trib. Napoli, Rv. 269037
Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti Rv. 254268
Sez. 4, n. 834 del 13/09/2017, dep. 2018, Ignoti, Rv. 271748
Sez. 4, n. 54826 del 14/09/2018, imp. PM, n.m.
Sez. 4, n. 54827 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274276
Sez. 4, n. 54227 del 14/09/2018, Ignoti, Rv. 274428
Sez. 4, n. 43885 del 10/07/2018, Ignoti, Rv. 274268

Sentenze della Corte Costituzionale

Corte cost., sent. n. 27 del 1995
Corte cost., sent. n. 56 del 2003

SEZIONE II

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

CAPITOLO I

POTERI DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN ORDINE ALLA LIQUIDAZIONE DELLE SPESE DELLA PARTE CIVILE AMMESSA AL GRATUITO PATROCINIO

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Ordinanza di rimessione e decisione delle Sezioni Unite. 2. Orientamento maggioritario. 3.1. Orientamento minoritario. 3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale. 4. Orientamento intermedio. 5. Cenni ai passaggi fondamentali della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite. 6. Giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite.

1. Ordinanza di rimessione e decisione delle Sezioni Unite.

In tema di liquidazione, nel giudizio di legittimità, delle spese sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato, Sez. 1, n. 22819 del 28/03/2019, De Falco, ravvisato un contrasto di giurisprudenza, aveva rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione controversa così riassunta dall'Ufficio del Massimario: «Se, nel giudizio di legittimità, la competenza a provvedere in ordine alla liquidazione delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a carico dello Stato, ai sensi dell'art. 541 cod. proc. pen., ed alla emissione del decreto di liquidazione degli onorari e delle spese a beneficio del difensore della predetta parte civile, ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 [«Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia», in breve t.u.s.g.], spetti alla Corte di cassazione ovvero al giudice del rinvio o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato».

Con ordinanza n. 5464 del 26/09/2019 (dep. 2020), Rv. 277760-01, De Falco, le Sezioni Unite, risolvendo il contrasto, hanno affermato che «compete alla Corte di cassazione, ai sensi degli artt. 541 cod. proc. pen. e 110 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, pronunciare condanna generica dell'imputato al pagamento di tali spese in favore dell'Erario, mentre è rimessa al giudice del rinvio, o a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato, la liquidazione delle stesse mediante l'emissione del decreto di pagamento ai sensi degli artt. 82 e 83 del citato d.P.R.».

2. Orientamento maggioritario.

Gli orientamenti che si contendevano il campo erano tre: uno maggioritario, uno minoritario ed uno intermedio. L'orientamento maggioritario negava che la Corte di cassazione, la quale condanni l'imputato soccombente a rifondere all'erario dello Stato, ex art. 100, comma 3, t.u.s.g., le spese di costituzione della parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato, debba altresì liquidare il compenso che lo Stato è onerato di corrispondere al difensore della parte civile medesima. Sotto questo orientamento erano riconducibili due gruppi di pronunce. Ad un primo gruppo appartenevano quelle esplicitamente intese ad affermare che la Corte di cassazione non ha il potere-dovere di liquidare il compenso del difensore.

Rilevano in particolare:

a.1) Sez. 5, n. 8218 del 18/01/2018, Murtas, la quale giudica infondata un'istanza di correzione di errore materiale, promossa dalla parte civile ammessa al patrocinio per non avere una precedente sentenza della S.C. posto a carico dell'erario dello Stato la liquidazione del compenso del difensore in misura eguale alla somma liquidata ex art. 541 cod. proc. pen., motivando nel senso che, «in primo luogo, a norma dell'art. 83 comma 2 DPR n. 115/2002, alla liquidazione dell'onorario e delle spese sostenute dalla parte del giudizio di cassazione ammessa al patrocinio a carico dello Stato non provvede il giudice di legittimità bensì il giudice di rinvio, ovvero quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato […]. Peraltro, la stessa sentenza della Suprema Corte, che condanna l'imputato al pagamento delle spese in favore della parte civile ammessa al beneficio, deve semmai, a norma dell'art. 110 comma 3 d.P.R. 115/2002, disporre il pagamento di tali spese "in favore" dello Stato» (pagamento che la precedente sentenza aveva "implicitamente" disposto, liquidando il "quantum" in dispositivo pur senza indicare "expressis verbis" il soggetto creditore nell'erario dello Stato);

a.2) Sez. 2, n. 43356 del 21/10/2015, Zecca, la quale giudica parzialmente fondata un'analoga istanza (riferita a sentenza che aveva erroneamente condannato l'imputato alla rifusione delle spese alla parte civile), motivando che «il dispositivo e la motivazione della sentenza […] devono essere corretti nel senso che la condanna dei ricorrenti deve essere riferita al versamento delle somme indicate a favore dell'erario e non della parte civile, ai sensi dell'art. 110 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Per quanto riguarda invece la liquidazione dell'onorario al difensore di parte civile la competenza appartiene alla corte d'appello […] ai sensi dell'art. 83 D.P.R. 212/2002».

Ad un secondo gruppo appartenevano le pronunce in cui il principio a termini del quale la Corte di cassazione non ha il potere-dovere di liquidare il compenso del difensore risulta meramente sottinteso, non liquidando esse "anche" il suddetto compenso in uno al regolamento delle spese.

Esse si differenziano, a loro volta, in due ulteriori sotto-gruppi, sotto il profilo della determinazione del "quantum" al cui pagamento l'imputato è condannato:

b.1) uno più cospicuo, composto da pronunce che quantificano le spese in modo secco, sul tacito presupposto dell'applicazione dei pertinenti criteri regolamentari-tabellari, senza cioè i contenimenti e le decurtazioni previsti dal t.u.s.g. per la liquidazione del compenso al difensore [Sez. 2, n. 11647 del 05/02/2019, Ben Said; Sez. 4, n. 29314 del 05/06/2018, Vivanet; Sez. 5, n. 44915 del 27/04/2018, Musumeci; Sez. 2, n. 16054 del 20/03/2018, Natalizio; Sez. 1, n. 21091 del 08/02/2018, Riccio e altri; Sez. 5, n. 11960 del 07/12/2017 (dep. 2018), Ripamonti e altri; Sez. 1, n. 7784 del 27/11/2017 (dep. 2018), Parola; Sez. 2, n. 12856 del 27/01/2017, Viorel; Sez. 1, n. 7308 del 21/12/2016 (dep. 2017), Graziano; Sez. 5, n. 2186 del 14/11/2016 (dep. 2017), Antonucci];

b.2) uno meno cospicuo, composto da pronunce che, invece, quantificano le spese già però computando nella liquidazione ex art. 541 cod. proc. pen. in specie l'abbattimento di un terzo previsto dall'art. 106-bis t.u.s.g. [Sez. 1, n. 10551 del 07/11/2018 (dep. 2019), L.; Sez. 1, n. 46118 del 12/04/2018, Garau A.; Sez. 1, n. 41124 del 10/04/2018, Petrianni] e che, pertanto, si differenziano dalle precedenti ["sub" b.1)] poiché postulano la necessaria coincidenza tra le due liquidazioni imputato-Stato, di cui agli artt. 541 cod. proc. pen. e 100 t.u.s.g., e Stato-difensore di p.c., di cui all'art. 82 t.u.s.g. (salvo, "a monte", porre l'interrogativo circa l'utilità di una seconda liquidazione ad opera del giudice di merito ex art. 83, comma 2, t.u.s.g. meramente ripetitiva della prima).

Avuto riguardo alle pronunce della S.C. che nella quantificazione delle spese già tengono conto degli abbattimenti relativi alla liquidazione in favore del difensore ["sub" b.2)], viepiù emergeva, adottando un punto di vista più generale, un contrasto con quell'avviso secondo cui, invece, «il giudice, quando condanna l'imputato alla refusione delle spese processuali sostenute dalla parte civile, liquida gli onorari spettanti al difensore di quest'ultima senza essere vincolato ai criteri previsti per la liquidazione dei medesimi onorari dalla disciplina del patrocinio a spese dello Stato» (così Sez. 4, n. 42844 del 09/10/2008, Amato, Rv. 241336-01, la quale in motivazione specifica che «nessuna disposizione di legge è rinvenibile nel senso di vincolare la liquidazione in favore del difensore alla misura fissata dal giudice penale in sentenza. Ed anzi […] esiste una disposizione che è di segno opposto, laddove si precisa, con l'art. 82 [t.u.s.g.], che la liquidazione dell'onorario e delle spese in favore del difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato non possono superare i valori medi tariffari […]». Nello stesso senso, poco prima, Sez. 4, n. 26663 del 10/04/2008, Amato, relativa al medesimo difensore ricorrente).

3.1. Orientamento minoritario.

Sul versante opposto rispetto a quello sin qui descritto era attestato un orientamento minoritario, che faceva derivare il dato della competenza della Corte di cassazione (anche) sulla liquidazione del compenso al difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio a spese dello Stato – competenza da esercitarsi direttamente in sentenza (e non con separato provvedimento ex artt. 82, comma 1, e 83, comma 1, t.u.s.g.) – dalla premessa della necessaria coincidenza tra le due liquidazioni nei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di parte civile. Poiché tali due liquidazioni devono coincidere, anche la seconda – afferma segnatamente Sez. 6, n. 46537 del 08/11/2011, F., Rv. 251383-01 (condivisa da Sez. 6, n. 20552 del 06/03/2019, Setti c. Farsane, Rv. 275734-01, e da Sez. 6, n. 15435 del 20/03/2014, C.R.) – non può che «essere contenuta nel dispositivo della sentenza di condanna».

Quanto, specificamente, al giudizio di legittimità, le pronunce successive a Sez. 6, n. 46537 del 2011, si dimostrano tutte sensibili all'esigenza che la Corte di cassazione, affinché possa essere messa nelle condizioni di effettuare "uno acto" le due liquidazioni (coincidenti) nei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di parte civile, debba però disporre di una nota delle spese conforme all'art. 82 t.u.s.g. (ma altresì, è conseguente ritenere, all'art. 106-bis dello stesso testo), giacché altrimenti non può che ritornare operativa la competenza del giudice di cui all'art. 83, comma 2, t.u.s.g. (Sez. 4, n. 20044 del 17/03/2015, S. e altri, Rv. 263866-01, che riprende Sez. 6, n. 3885 del 18/01/2012, Iovine, Rv. 252135-01; Sez. 4, n. 52538 del 09/11/2017, Filareto).

3.2. Riconducibilità all'orientamento minoritario della giurisprudenza della Corte costituzionale.

In una prospettiva ad ampio raggio, all'orientamento minoritario è altresì riconducibile la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in seno alla quale due ordinanze di inammissibilità delle q.l.c. relative all'art. 130 t.u.s.g., la n. 122 del 40 maggio 2016 e la n. 270 del 28 novembre 2012, chiamano in causa, trascorrendo in un "continuum" dalla materia civile a quella penale, Sez. 6, n. 46537 del 2011, cui sembra di potersi dire che prestino adesione, laddove sostengono che le due liquidazioni dei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore di p.c. devono coincidere.

4. Orientamento intermedio.

Tra i due orientamenti maggioritario e minoritario se ne rinveniva uno intermedio, cui ascrivere Sez. 6, n. 6509 del 08/01/2019, Carola, e Sez. 6, n. 51387 del 03/11/2016, Foti c. Errigo, propense, senza sostanziale motivazione, a tenere

indenne la Corte di cassazione, non solo dall'incombente di liquidare il compenso del difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ma altresì da quello di liquidare le spese che l'imputato, in quanto soccombente, deve versare all'erario dello Stato.

In definitiva, tali pronunce,

- processualmente, condividono con l'orientamento maggioritario l'affermazione dell'incompetenza della Corte di cassazione e comunque del "giudice del processo" ad effettuare la liquidazione del compenso del difensore della parte civile vittoriosa ammessa al patrocinio, in rigorosa osservanza, dall'angolo di visuale del giudizio di legittimità, dell'art. 83, comma 2, t.u.s.g.;

- sostanzialmente, però, accedono all'indirizzo minoritario laddove, attraverso una condanna generica ("rectius", generico-condizionata) dell'imputato alla rifusione all'erario dello Stato delle spese di costituzione di parte civile nella misura successivamente liquidanda ex artt. 82 e 83 t.u.s.g., presuppongono che il "quantum" della liquidazione relativa al rapporto imputato-Stato debba coincidere con quello della liquidazione relativa al rapporto Stato-difensore di parte civile, giacché la seconda liquidazione è determinata in funzione delle regole di cui agli artt. 82 e 106-bis t.u.s.g. ed è proprio essa che costituisce l'oggetto della condanna generica nei confronti dell'imputato in favore dell'erario dello Stato.

5. Cenni ai passaggi fondamentali della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite risolvono il conflitto propugnando una soluzione sostanzialmente aderente all'orientamento intermedio, dal momento che la Corte di cassazione (al pari di qualsiasi altro giudice) non è esonerata dal provvedere alla condanna dell'imputato ricorrente al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ma tale condanna è soltanto «generica», con l'effetto che è demandato al giudice di rinvio, o comunque a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato, il compito di liquidare le spese stesse mediante l'emissione del decreto di pagamento. Pertanto, il binomio "condanna generica (di competenza della Corte di cassazione)-decreto di pagamento (di competenza del giudice di merito)", ad un tempo,

- assicura (in ossequio all'avviso che pare informare, come visto, la giurisprudenza costituzionale) la pur "tendenziale" – e quindi "imperfetta" – coincidenza delle due liquidazioni, quella relativa al rapporto imputato-Stato e quella relativa al rapporto Stato-difensore di parte civile;

- ma altresì (in difformità dall'orientamento minoritario) evita di attrarre la liquidazione in sentenza (ragion per cui la Corte di cassazione è sgravata del relativo

incombente), sì da assicurare il massimo ossequio al dettato letterale degli artt. 82 e 83 t.u.s.g., i quali, come noto, prescrivono che la liquidazione sia effettuata – «per il giudizio di cassazione», ad opera del «giudice di rinvio, ovvero [di] quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato» (comma 2 dell'art. 83 cit.) – con separato decreto, oltretutto soggetto a specifici rimedi impugnatori.

La coincidenza delle due liquidazioni nei rapporti imputato-Stato e Stato-difensore è solo tendenziale e non perfetta giacché, come si legge nella motivazione della sentenza, non può «escludersi che le spese processuali gravanti sulla parte civile», alla cui rifusione il condannato è tenuto in forza della soccombenza, «non si esauriscano nell'onorario e nelle spese dovute al difensore», le quali solo costituiscono oggetto della liquidazione di cui agli artt. 82 e 83 t.u.s.g. («basti porre mente» – spiega la Corte – «al contributo unificato […,] che, ai sensi dell'art. 11 [t.u.s.g.] è prenotato a debito […,] come […] anche, secondo la previsione dell'art. 108, le spese forfettizzate per le notificazioni a richiesta d'ufficio, l'imposta di registro […], l'imposta ipotecaria e catastale […]. Inoltre, ai sensi dell'art. 4, se la parte è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, l'erario anticipa le spese relative agli atti chiesti dalla parte privata»).

Talché, in definitiva, «gli importi delle due liquidazioni delle quali qui si tratta» non sono uguali, ma, conservando un certo qual grado di autonomia, è purtuttavia necessario che siano coordinati. Orbene, lo strumento per il tramite del quale ottenere un simile risultato è, come anticipato, la condanna generica dell'imputato alle spese. Questa, infatti,

- da un lato, fornisce "ex ante" la necessaria copertura in sentenza all'obbligo incombente sull'imputato di corrispondere all'erario dello Stato l'onorario e le spese che saranno liquidate dal giudice di merito;

- dall'altro lato, non trascura di considerare che le spese cui l'imputato è complessivamente tenuto possono nondimeno non esaurirsi nei predetti onorario e spese.

Con riferimento al secondo punto, in particolare, si fa carico la Corte di possibili obiezioni incentrate sull'indeterminatezza della statuizione condannatoria, rilevando come, al contrario, nulla osta «alla precisa determinazione delle spese processuali che, oggetto della condanna emessa ai sensi dell'art. 541 cod. proc. pen., non consistono [però] nell'onorario e nelle spese del difensore della parte ammessa al patrocinio pubblico [, poiché essa] compete, ai sensi dell'art. 165 [t.u.s.g.], al funzionario addetto all'ufficio».

6. Giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite.

A mo' di appendice al "decisum" delle Sezioni Unite, viene in linea di conto una pronuncia successiva – **Sez. 5, n. 33103 del 22/09/2020, C., Rv. 279839-01** – intervenuta in relazione all'eventualità che sia l'imputato soccombente che la parte civile vittoriosa siano ammessi al patrocinio a spese dello Stato: "rebus sic stantibus", secondo la Corte, «l'imputato, in caso di condanna al risarcimento del danno in favore della parte civile, non può essere condannato al pagamento delle spese processuali, restando queste a carico dell'erario», mentre «il difensore della parte civile potrà [bensì] ottenere la liquidazione del compenso a lui spettante[,] rivolgendo istanza al giudice competente ai sensi dell'art. 83, comma 2, d.P.R. n. 115 del 2002)».

Si realizza, dunque, un'ipotesi derogatoria alla regola della soccombenza, comportante che la parte soccombente sia condannata a rifondere le spese alla parte vittoriosa, giacché, stante l'ammissione dell'imputato al patrocinio a spese dello Stato, sarebbe ultronea una condanna di questo a pagare le spese a sé medesimo ai sensi degli artt. 541 cod. proc. pen. e 100 t.u.s.g.

Nondimeno, considerato che da una tale soluzione "principale", proprio a mente della sentenza delle Sezioni Unite al cui commento il presente scritto è dedicato, discende, sul piano teorico, l'ulteriore conseguenza dell'"emarginazione" dal procedimento liquidatorio del giudice di rinvio ovvero di quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato, deve essere giocoforza riconosciuta al difensore della parte civile – in guisa da parificarne la posizione rispetto al difensore dell'imputato – la facoltà di presentare apposita istanza all'uno o all'altro per ottenere la liquidazione del compenso spettantegli.

Come mero spunto di riflessione, ci si licenza di osservare che la soluzione proposta da Sez. 5, n. 33103 del 2020, indiscutibilmente intrisa di buon senso e grande attenzione alla pratica giudiziaria, in guisa da supplire all'inerzia del legislatore nel correggere una disciplina foriera di tanti e gravi dubbi interpretativi, nondimeno, sollevando l'imputato dalla condanna alle spese, si espone all'obiezione che, in tal guisa, finisce per incidere anche sui rapporti interni tra il medesimo e lo Stato, in quanto priva quest'ultimo, nella ricorrenza delle ipotesi di legge, di alcun titolo per il recupero dal primo delle spese comunque fatte gravare sulle casse pubbliche.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 5464 del 26/09/2019 (dep. 2020), Rv. 277760-01
Sez. 5, n. 33103 del 22/09/2020, C., Rv. 279839-01
Sez. 1, n. 22819 del 28/03/2019, De Falco
Sez. 6, n. 20552 del 06/03/2019, Setti c. Farsane, Rv. 275734-01
Sez. 2, n. 11647 del 05/02/2019, Ben Said
Sez. 6, n. 6509 del 08/01/2019, Carola
Sez. 1, n. 10551 del 07/11/2018 (dep. 2019), L.
Sez. 4, n. 29314 del 05/06/2018, Vivanet
Sez. 5, n. 44915 del 27/04/2018, Musumeci
Sez. 1, n. 46118 del 12/04/2018, Garau A.
Sez. 1, n. 41124 del 10/04/2018, Petrianni
Sez. 2, n. 16054 del 20/03/2018, Natalizio
Sez. 1, n. 21091 del 08/02/2018, Riccio e altri
Sez. 5, n. 8218 del 18/01/2018, Murtas
Sez. 5, n. 11960 del 07/12/2017 (dep. 2018), Ripamonti e altri
Sez. 1, n. 7784 del 27/11/2017 (dep. 2018), Parola
Sez. 4, n. 52538 del 09/11/2017, Filareto
Sez. 2, n. 12856 del 27/01/2017, Viorel
Sez. 1, n. 7308 del 21/12/2016 (dep. 2017), Graziano
Sez. 5, n. 2186 del 14/11/2016 (dep. 2017), Antonucci
Sez. 6, n. 51387 del 03/11/2016, Foti c. Errigo
Sez. 2, n. 43356 del 21/10/2015, Zecca
Sez. 4, n. 20044 del 17/03/2015, S. e altri, Rv. 263866-01
Sez. 6, n. 15435 del 20/03/2014, C.R.
Sez. 6, n. 3885 del 18/01/2012, Iovine, Rv. 252135-01
Sez. 6, n. 46537 del 08/11/2011, F., Rv. 251383-01
Sez. 4, n. 42844 del 09/10/2008, Amato, Rv. 241336-01
Sez. 4, n. 26663 del 10/04/2008, Amato

Sentenze della Corte costituzionale

Ordinanza n. 122 del 40 maggio 2016
Ordinanza n. 270 del 28 novembre 2012

CAPITOLO II

LA RILEVANZA DELLA FALSITA' O INCOMPLETEZZA DELLE INDICAZIONI CONTENUTE NELLA DICHIARAZIONE PER L'AMMISSIONE AL BENEFICIO DEL PATROCINIO DEI NON ABBIENTI IN CASO DI MANCATO SUPERAMENTO DEL LIMITE DI REDDITO.

(ELENA CARUSILLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione controversa. - 3. L'ordinanza di rimessione. - 4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni. - 5. Il controllo dello status di "non abbiente" da parte del giudice: limiti. - 6. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002: il contrasto sviluppatosi in merito alla norma e la soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Infanti". - 7. Altre ipotesi di revoca: l'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002. - 8. La natura del provvedimento di revoca. - 9. La pronunzia delle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite, con **sentenza n. 14723 del 19/12/2019, dep. 12/05/2020, Pacino, Rv. 278871 - 01,** hanno affermato il seguente principio di diritto: "In tema di patrocinio a spese dello Stato, la falsità o l'incompletezza della dichiarazione sostitutiva di certificazione prevista dall'art. 79, comma 1, lett. c) d.P.R. n. 115 del 2002, non comporta, qualora i redditi effettivi non superino il limite di legge, la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, che può essere disposta solo nelle ipotesi espressamente disciplinate dagli artt. 95 e 112 d.P.R. n. 115 del 2002", risolvendo il contrasto giurisprudenziale che si registrava sul punto.

2. La questione controversa.

La vicenda trae la sua origine dal ricorso proposto avverso il decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari aveva revocato, a seguito di informativa della Guardia di Finanza, il provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato per aver il richiedente indicato, nell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al beneficio, una situazione reddituale non veritiera, sul presupposto che la falsità delle indicazioni rese, in quanto connessa all'ammissibilità della istanza di gratuito patrocinio e non al beneficio del patrocinio in sé considerato, legittima la non ammissione al beneficio, restando irrilevante il dato relativo al *quantum* effettivo del reddito e, dunque, se lo stesso rientri o meno nella soglia prevista dal legislatore per l'ammissione al beneficio.

La Quarta sezione della Corte, investita del ricorso, con ordinanza n. 29284 del 4/06/2019, rimetteva la trattazione del ricorso al supremo consesso rilevando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale di tipo potenziale in merito alla incidenza

di falsità o incompletezze contenute nell'autocertificazione allegata all'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, in termini di inammissibilità della domanda o di revoca in caso di intervenuta ammissione, anche nell'ipotesi di mancato superamento del limite reddituale previsto dalla legge per la fruizione del beneficio.

3. L'ordinanza di rimessione.

Ad avviso del collegio rimettente, il decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari aveva revocato il provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato sul solo rilievo che la situazione reddituale indicata dal ricorrente era risultata non veritiera, era coerente con il principio affermato da Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008, dep. 16/02/2009, Infanti, Rv. 242152 - 01, secondo cui "integrano il delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio", poiché la falsità delle indicazioni contenute nell'autocertificazione deve ritenersi connessa "all'ammissibilità dell'istanza, non a quella del beneficio", cosicchè "solo l'istanza ammissibile genera obbligo del magistrato di decidere nel merito", rimanendo estranee alla valutazione sia la circostanza che il *quantum* finale del reddito del richiedente sia inferiore al limite stabilito dalla legge per l'ammissione al beneficio, sia il fatto che il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 venga o meno accertato. Tanto in un'ottica di valorizzazione dell'obbligo di lealtà nei confronti delle istituzioni da parte del soggetto che aspira a fruire di un istituto strumentale alla realizzazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.

Il Collegio rimettente dichiarava, tuttavia, di discostarsi da tale opzione ermeneutica aderendo al più rigoroso orientamento secondo il quale la revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è consentita solo nei casi tassativamente previsti e cioè ai sensi dell'art. 112 lett. d) del d.P.R. n. 115 del 2002, ove risulti provata la mancanza originaria delle condizioni di reddito, e ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, in caso di condanna, poichè il dato secondo il quale le falsità o le omissioni nella dichiarazione siano condizione di ammissibilità dell'istanza non si desume né dal testo dell'art. 79 del d.P.R. n. 115 del 2002, il quale prevede "la necessità di attestare le condizioni di reddito previste per l'ammissione, con specifica determinazione del reddito complessivo valutabile a tali fini e non delle specifiche tipologie di esso, e la necessità di assumere l'obbligo di comunicare, sino alla fine del processo, le variazioni dei limiti di reddito, se rilevanti", né tantomeno dal testo dell'art. 112, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 115 del 2002 che prevede "la

revoca dell'ammissione in caso di omessa comunicazione di eventuali variazioni dei limiti di reddito e non genericamente di ogni variazione reddituale anche ininfluente, come confermato dal coordinamento con il precedente art. 79".

Il collegio rimettente evidenziava, inoltre, che riconoscere all'autocertificazione la natura di condizione di ammissibilità avrebbe avuto il significato di limitare "l'ambito applicativo di un istituto strumentale alla realizzazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito con un'interpretazione che forza il dato letterale della legge", consentendo la revoca in tutti i casi di falsità o incompletezza anche se non incidenti sui limiti reddituali, a prescindere dalla condanna per il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002.

4. L'evoluzione della disciplina dell'istituto del patrocinio difensivo: cenni.

Ai fini dell'esame delle ragioni del contrasto, le Sezioni unite hanno richiamato il quadro normatvo della disciplina dell'istituto della gratuità del patrocinio difensivo prestato dal professionista quale "ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati afferente alla difesa dei non abbienti".

Inizialmente regolamentata con R.D. n. 3282 del 30 dicembre 1923 quanto ai giudizi civili, commerciali o d'altra giurisdizione contenziosa, agli affari di volontaria giurisdizione e ai giudizi penali, la disciplina subiva una prima modifica con legge 30 luglio 1990, n. 217 in risposta alla necessità di contribuire al riequilibrio della parità delle parti nel nuovo modello processuale di stampo accusatorio.

L'ambito applicativo della legge era, tuttavia, circoscritto ai giudizi penali e civili limitatamente alle ipotesi di esercizio dell'azione per il risarcimento del danno e le restituzioni derivanti da reato, laddove per gli altri procedimenti civili, per le controversie individuali di lavoro e quelle in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie era stata già introdotta una nuova disciplina con legge 11 agosto 1973, n. 53. Per tutti i rimanenti giudizi civili ed amministrativi rimaneva in vigore la normativa di cui al R. D. n. 3282 del 1923.

La regolamentazione della materia, così parcellizzata, rimaneva inalterata finchè con legge 29 marzo 2001, n. 134, il legislatore, rielaborando la legge n. 217 del 1990, procedeva a dettare una disciplina generale sul gratuito patrocinio per tutti i giudizi, penali, civili ed amministrativi.

L'iter legislativo si concludeva con il d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, rubricato "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia", entrato in vigore il 1 luglio 2002, ispirato sia dalla necessità di dare una sistemazione organica alle norme, sia dalla necessità di consentire ai più disagiati di fruire, senza alcun onere economico, di una tutela effettiva in un sistema processuale che non consente l'autodifesa tecnica, nè prevede l'obbligo di retribuzione

dell'attività prestata dal difensore anche se nominato di ufficio. Tanto in un'ottica di salvaguardia dell'interesse economico dello Stato di evitare il dispendio di risorse economiche a favore di soggetti non in possesso dei requisiti di legge.

5. Il controllo dello *status* di "non abbiente" da parte del giudice: limiti.

L'attuale sistema prevede a carico del richiedente un obbligo di corretta indicazione del suo reddito complessivo, senza la necessità di produzione di quel corredo di allegati documentali previsto dall'art. 5, 2° comma, l. n. 217/1990 nella versione antecedente alla modifica apportata dalla legge 29 marzo 2001, n. 134.

In tale ambito, si inquadra il potere di controllo del giudice.

L'art. 96, comma 1, d.P.R. n. 115 del 2002, stabilisce che, verificata l'ammissibilità dell'istanza, il magistrato competente "ammette l'interessato al patrocinio a spese dello Stato se, alla stregua della dichiarazione sostitutiva prevista dall'articolo 79, comma 1, lettera c), ricorrono le condizioni di reddito cui l'ammissione al beneficio è subordinata", formulando un giudizio di fondatezza. Il comma 2, prevede che il giudice possa respingere l'istanza se ritiene che il reddito effettivo del richiedente sia superiore a quello fissato dalla legge per l'ammissibilità al beneficio "tenuto conto del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte", fatta salva la facoltà di trasmettere l'istanza, unitamente alla relativa dichiarazione sostitutiva, alla Guardia di finanza per le necessarie verifiche, senza tuttavia doverne attendere, per decidere, l'esito (comma 3).

Il successivo art. 98 pone a carico del giudice la trasmissione all'ufficio finanziario di copia dell'istanza dell'interessato, delle dichiarazioni e della documentazione allegate, nonché del decreto di ammissione al patrocinio ai fini della verifica dell'esattezza del reddito dichiarato e del controllo di compatibilità dei dati con le risultanze dell'anagrafe tributaria.

Il circoscritto perimetro entro il quale insiste il potere di controllo del giudice determinava il formarsi nella giurisprudenza di legittimità di orientamenti non sempre collimanti.

Un più risalente orientamento escludeva il potere di vaglio del giudice in merito alla ricorrenza di elementi idonei a far ritenere non sussistente la condizione di non abbienza, sul rilievo che "ai fini dell'ammissibilità al gratuito patrocinio l'autocertificazione dell'istante ha valenza probatoria e il giudice non può entrare nel merito della medesima per valutarne l'attendibilità, dovendosi limitare alla verifica dei redditi esposti e concedere in base ad essi il beneficio, il quale potrà essere revocato solo a seguito dell'analisi negativa effettuata dall'intendente di finanza, cui il giudice deve trasmettere copia dell'istanza con l'autocertificazione e la documentazione allegata", (Sez. 1, n. 29006 del 03/06/2003, Musarò, Rv. 225051; Sez. 1, n. 17227 del

27/02/2001, Iacovone, Rv. 218744; Sez. 4, n. 3167 del 14/10/1999, Cafarchio, Rv. 214882).

Nel senso, invece, di riconoscere il potere di controllo del giudice ai fini della verifica della sussistenza di specifici elementi idonei a far ritenere il superamento dei limiti di reddito previsti dalla legge, si è espressa Sez, 4, n. 53356 del 27/09/2016, Tilenni, Rv. 268682, che, pur partendo dalla premessa che il dato formale riportato dal richiedente nell'autocertificazione rappresenta "un significativo dato probatorio", è giunta alla conclusione che esso non esime il giudice dall'obbligo di esaminare, ai fini del giudizio sulla condizione di non abbienza, le prove che confermino o confutino la sostanziale e fattuale situazione reddituale idonea ad incidere sulla predetta condizione, semprechè la valutazione sia svolta "con rigore e con adeguato riferimento ai fatti noti, dai quali risalire con deduzioni logiche ai fatti ignorati, il cui significato deve essere apprezzato senza ricorrere ad affermazioni apodittiche, generiche, sommarie o cumulative", attraverso "gli organi di indagine finanziaria" cui il giudice è tenuto a trasmettere copia dell'istanza con l'autocertificazione e la documentazione allegata.

Più di recente Sez. 4, n. 4628 del 20/09/2017 -dep. 2018-, Tortorella, Rv. 271942, affermando il principio di diritto secondo il quale "in tema di patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 96, comma 2, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il giudice può vagliare l'attendibilità dell'autocertificazione dell'istante relativa alla sussistenza delle condizioni di reddito richieste dalla legge per l'ammissione al beneficio e rigettare l'istanza ove sussistano indizi gravi, precisi e concordanti circa la disponibilità di risorse economiche non compatibili con quelle dichiarate", ha attribuito una incisività ancora maggiore al potere di controllo del giudice sul presupposto che l'art. 96, comma 2, del d.P.R. n. 115 del 2002 non può che essere inteso nel senso di consentire al "giudice di vagliare l'attendibilità dell'autocertificazione, ove si sia in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la sussistenza in capo al richiedente di risorse economiche non compatibili con il contenuto della dichiarazione di percezione di un reddito inferiore al limite per l'ammissione al beneficio" e che i fondati motivi richiesti dalla norma "altro non possono essere che la emersione, per il tramite di indizi, che siano dotati dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, di una situazione reddituale reale diversa, naturalmente *in melius*, rispetto a quella, per così dire, ufficialmente dichiarata". Si è così evidenziato che il concreto esercizio del diritto di difesa non può risolversi in "valutazioni giudiziali superficiali ed approssimative, più intuitive che razionali e frutto di scorciatoie pseudo-decisorie, non già di opzioni di tipo razionale", sul rilievo dell'esistenza di "un sottosistema per la valutazione nel merito dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato" basato su un tendenziale "favor legislativo", sia pure non assoluto, all'ammissione del richiedente al beneficio invocato con la presentazione di un'istanza "strutturata in

maniera non inammissibile, ove si auto-certifichi la sussistenza di un reddito inferiore alla misura prevista dall'art. 76 del d.P.R. n. 115 del 2002". Ancora, si è riconosciuto al giudice il potere di "disattendere l'autocertificazione, ove, con valutazione improntata alla massima serena prudenza" si rilevino quei "fondati motivi" per ritenere non sussistenti le "condizioni di cui agli articoli 76 e 92, tenuto conto delle risultanze del casellario giudiziale, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari, e delle attività economiche eventualmente svolte", fatta salva, comunque, "la possibilità, prima di provvedere, di investire lo specializzato corpo della Guardia di Finanza delle verifiche del caso" ai sensi dell'art. 96, comma 2, ultimo periodo, del d.P.R. n. 115 del 2002.

Da ultimo, il potere del giudice di vagliare l'autocertificazione dell'istante nei limiti della sussistenza di indizi gravi, precisi e concordanti circa la disponibilità di risorse economiche non compatibili con quelle dichiarate è stato ribadito da Sez. 4, n. 36787 del 08/05/2018, Marotta, Rv. 273423.

6. La revoca di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002: il contrasto sviluppatosi in merito alla norma e la soluzione adottata dalle Sezioni Unite "Infanti".

Sulla falsariga di quella dottrina che aveva individuato la *ratio* della norma di cui all'art. 95, già prevista all'art. 5, comma 7, l. n. 217 del 1990, nella versione ritrasposta con alcune modifiche nella legge n. 134 del 2001, nella volontà del legislatore di impedire l'ammissione al c.d. gratuito patrocinio di soggetti non meritevoli per mancanza delle condizioni prescritte, la giurisprudenza aveva affermato che "non qualsiasi imperfetta dichiarazione assume rilevanza ma solo quelle mediante le quali l'interessato attesti, contrariamente al vero, di possedere un reddito inferiore a quello stabilito come limite di ammissibilità al patrocinio o quelle che nascondono mutamenti significativi nelle condizioni reddituali verificatisi nell'anno precedente" (Sez. 5, n. 21194 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207), così discostandosi da quell'orientamento, espresso da Sez. 1, n. 14403 del 25/01/2001, Mollica, Rv. 218932, secondo il quale sussiste sempre e comunque, a carico del richiedente, il dovere di comunicare "nel termine prescritto dal comma 1 lett. c) dell'art. 5 della legge n. 217 del 1990, le eventuali variazioni dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente, indipendentemente dalla circostanza che le dette variazioni reddituali superino il tetto massimo previsto dalla legge e, quindi, indipendentemente dalla entità della variazione dei limiti di reddito, in quanto la valutazione della rilevanza della variazione compete al giudice escludendosi qualsivoglia discrezionalità da parte del soggetto beneficiario".

Nel condividere conclusioni assolutorie dei giudici di merito, la Corte, propendendo a valorizzare l'estraneità al concetto di offesa tipizzato dal legislatore,

sia quanto al contenuto, sia quanto alla portata probatoria, delle false dichiarazioni eventualmente contenute nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, qualora non riflettenti elementi essenziali ai fini di tale valutazione, aveva talora escluso che il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002 fosse integrato da qualsivoglia infedele attestazione, ritenendo rilevanti solo quelle dichiarazioni con cui "l'istante affermi, contrariamente al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dalla legge come soglia di ammissibilità, ovvero neghi o nasconda mutamenti significativi del reddito dell'anno precedente, tali cioè da determinare il superamento di detta soglia" (Sez. 5, n. 16338 del 13/04/2006 , Bevilacqua, Rv. 234124; Sez. 5, n. 2114 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207 Sez. 5, n. 15139 del 22/01/2007, Martorana, Rv 236143, Sez. 4, n. 41306 del 10/10/2007, Bricchetti, Rv. 237732 Sez. 5, n. 5532 del 11/12/2007, Goman, Rv. 239099 Sez. 5, n. 4467 del 20/12/2007, Abrunzo, Rv. 238880; Sez. 5 n. 12019 del 19.08.2008, Gallo, Rv. 239126).

Con decisioni di segno contrario la Corte, già in epoca antecedente al d.P.R. n. 115 del 2002, aveva ritenuto la sussistenza di un onere di comunicazione a carico del richiedente indipendentemente dalla entità della variazione dei limiti di reddito, spettando la valutazione sulla rilevanza del dato soltanto al giudice (Sez. 1 n. 14403 del 25.01.2001, Mollica, 218932), stimando integrato il reato di cui all'art. 5 L. n. 217 del 1990 di falsa attestazione sulla percezione di redditi "anche nel caso in cui il reddito realmente percepito avrebbe ugualmente consentito l'ammissione del soggetto beneficiario al gratuito patrocinio" (Sez. 3 n. 28340 del 20/06/2006, Contino, Rv. 236267), "dal momento che qualsiasi elemento indicativo di reddito, anche inferiore a quello significativo ai fini del superamento della soglia, va dichiarato, onde consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 del citato d.P.R. n. 115 del 2002" (Sez. 5, n. 13309 del 24/01/2008, Marino, Rv. 239387, Sez. 5, n. 13828 del 06/03/2007, Palamara, Sez. 5, n. 37603 del 13/06/2006, Lo Porto). Dunque, secondo tale orientamento giurisprudenziale ai fini della sussistenza del reato nessun rilievo assume il dato relativo al reddito realmente percepito qualora, anche in parte, celato.

Con dissonante pronuncia, in tema di individuazione del bene giuridico tutelato, Sez. 5, n. 697 del 13/04/2006, Bevilacqua, Rv. 234124, nell'affermare il principio di diritto secondo cui "il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, che punisce le falsità o le omissioni nelle dichiarazioni e nelle comunicazioni per l'attestazione delle condizioni di reddito in vista dall'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, è integrato non già da qualsivoglia infedele attestazione ma dalle dichiarazioni con cui l'istante affermi, contrariamente al vero, di avere un reddito inferiore a quello fissato dalla legge come soglia di ammissibilità, ovvero neghi o nasconda mutamenti significativi del reddito dell'anno precedente, tali cioè da determinare il superamento di detta soglia" ha, in motivazione, rimarcato che la norma di cui all'art. 95 d.P.R. n.

115 del 2002 è speciale rispetto alla norma di cui all'art. 483 cod. pen., della quale non rappresenta una mera riproduzione, "avendo natura e finalità diverse e richiedenti un quid pluris sia nelle modalità della condotta che nell'atteggiamento psicologico che deve sorreggerla".

Nel risolvere il contrasto sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità in merito all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, Sez. U., n. 6591 del 27/11/2008 (dep. 2009), Infanti, Rv. 242152, ha affermato il seguente principio: "integrano il delitto di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, le false indicazioni o le omissioni anche parziali dei dati di fatto riportati nella dichiarazione sostitutiva di certificazione o in ogni altra dichiarazione prevista per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dalla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio", valorizzando l'importanza della dichiarazione sostitutiva di autocertificazione di cui all'art. 79, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 115/2002, sul rilievo che la stessa "non ha per sè ad oggetto la sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al patrocinio, bensì i dati da cui l'istante la induce (determina), quale risultato suscettibile di valutazione discrezionale seppur vincolata" da parte del giudice, da cui conseguiva la necessità di una "compiuta ed affidabile informazione del destinatario che, a fronte della complessità del tenore dell'istanza, cui è speculare la valutazione da svolgere, ha urgenza di decidere". Ad avviso del Supremo collegio, sia il valore dichiarativo della istanza che la necessità che le indicazioni nella stessa contenute siano dettagliate, trovano fondamento nel contenuto prescrittivo dell'art. 96, comma 2, d.P.R. n. 115 del 2002, cosicchè, se è vero che il potere di controllo del giudice è limitato all'accertamento della conformità dei dati dichiarati ai requisiti indicati dalla norma e che, invece, sono demandate all'ufficio finanziario sia la verifica dell'esattezza del reddito attestato, sia la compatibilità dei dati indicati con le risultanze dell'anagrafe tributaria, è altrettanto vero che la dichiarazione sostitutiva è connessa "all'ammissibilità dell'istanza e non a quella del beneficio, perché solo l'istanza ammissibile genera l'obbligo del magistrato di decidere nel merito, allo stato".

Il percorso argomentativo seguito dalla sentenza "Infanti" ha trovato costante conferma in quell'indirizzo giurisprudenziale che, escluso ogni rilievo esimente all'errore ai fini della esclusione della responsabilità, rimarca la necessità che il giudice non ometta di valutare la circostanza relativa alla effettiva sussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, potendo essa rivelarsi indicativa della carenza del necessario elemento soggettivo del reato e, dunque, sintomo di una condotta colposa dovuta a un difetto di controllo.

Sotto tale profilo, anche in tempi recenti, si è sottolineato che, qualora il reddito non risulti ostativo alla ammissione, il giudice è tenuto ad un rigoroso riscontro dell'elemento soggettivo del reato posto che, pur essendo sufficiente da parte

dell'agente la mera consapevolezza e volontà della falsità senza che, di contro, assuma rilievo la finalità di conseguire un beneficio che non compete, è, tuttavia, necessaria una rigorosa verifica dell'elemento soggettivo, sul presupposto che lo stesso debba sostanziarsi nella "consapevolezza di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero", da cui la necessità, per la sussistenza del dolo del reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, dell'accertamento "di una presa di posizione volontaristica" da parte dell'agente, espressione di "una qualche adesione all'evento per il caso che esso si verifichi quale conseguenza non voluta della propria condotta"(Sez. 4, n. 215775 del 24/05/2006, Bevilacqua, Rv. 267307).

A tale orientamento si è, da ultimo, allineata, seppure in termini differenti, anche Sez. 4, n. 35969 del 29/05/2019, Arlotta, Rv. 276862, che ha affermato il principio di diritto secondo cui "in tema di patrocinio a spese dello Stato, nel caso di istanza che contenga falsità od omissioni, l'effettiva insussistenza delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, seppure non è necessaria per l'integrazione dell'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 95, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, può, tuttavia, assumere rilievo con riguardo all'elemento soggettivo dell'illecito, quale sintomo del dolo", potendo il dato alterato fare da discrimine tra ammissione ed esclusione del beneficio ed integrare un evidente sintomo del dolo. Si colgono nelle pronunce dei giudici di legittimità quelle perplessità, già rimarcate dalla dottrina, che la sentenza "Infanti" determinava allorchè, nel ritenere integrata la fattispecie delittuosa di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 115 del 2002 in qualunque caso di omessa dichiarazione di titolarità di beni immobili e mobili registrati, seppur non indicativi di un elevato tenore di vita e comunque adeguati alle condizioni economiche di chi percepisce un reddito non superiore a quello richiesto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, sembrava sottendere la reale motivazione della decisione nell'esigenza di moralizzazione dei cittadini richiedenti il beneficio, cosicchè qualsiasi omissione nella indicazione della titolarità di beni, anche se - in una prospettiva *ex ante* - ininfluente sulla decisione del giudice, finiva col rappresentare una violazione del dovere di lealtà del singolo verso le istituzioni.

7. Altre ipotesi di revoca: l'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002.

In merito alle altre ipotesi di revoca individuate dall'art. 112, comma 1, d.P.R. n. 115 del 2002, nelle quali il giudice, pur in assenza di una condotta illecita dell'istante, può revocare il decreto di ammissione al beneficio per omessa comunicazione delle variazioni di reddito, le Sezioni unite, nel corpo della motivazione, hanno richiamato la decisione di Sez. 4, n. 43593 del 07/10/2014, De Angelis, Rv. 260308 che, affermato il principio di diritto secondo cui "l'omessa comunicazione, anche parziale, delle variazioni reddituali comporta la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese

dello Stato, anche se tali variazioni siano occasionali e non comportino il venir meno delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio", ha sottolineato la duplicità dei profili sottoposti al vaglio del magistrato nel procedimento di ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato: quello dell'ammissibilità o meno della domanda e della revoca del provvedimento di ammissione, eventualmente già disposta, per insussistenza dei requisiti al momento di proposizione della stessa, e quello della revoca del beneficio già concesso, prevista dall'art. 112 d. P.R. n. 115 del 2002, lett. a) per omessa comunicazione di variazioni, nei termini di cui all'art. 79, comma 1, lett. d). Il pregio della decisione della Quarta sezione si rinviene nella circostanza che, attraverso la lettura sistematica delle due norme, i giudici di legittimità hanno evitato l'*impasse* rappresentato dalla contraddizione di un sistema che prevede, da un lato, la revoca del beneficio per omessa comunicazione delle variazioni reddituali intervenute, seppur irrilevanti ai fini del superamento delle condizioni di ammissibilità, ma che, dall'altro, consente il mantenimento del beneficio nei confronti di quanti, sin dall'origine hanno reso dichiarazioni false o incomplete, sottolineando l'obbligo a carico del beneficiario di comunicare, sempre e comunque, ogni mutamento reddituale e, dunque, anche quelli occasionali e che non comportino il venir meno delle condizioni di reddito per l'ammissione al beneficio, sì da rendere noti all'autorità destinataria della dichiarazione tutti i dati suscettibili di valutazione discrezionale, in "adempimento di un obbligo di lealtà del singolo verso le istituzioni" rispondente all'esigenza di "consentire agli organi competenti di effettuare le valutazioni previste dagli artt. 96 e 98 del d.P.R. n. 115 del 2002" attraverso una visuale completa della situazione reddituale con esclusione di qualsiasi autonoma valutazione e discrezionalità da parte del beneficiario quanto alla scelta *sul se* e *sul cosa* comunicare.

Un'ulteriore ipotesi di revoca dell'ammissione alla quale il magistrato può procedere all'esito delle integrazioni richieste ai sensi dell'articolo 96, commi 2 e 3 del d.P.R. n. 115 del 2002, è prevista dall'art. 112, comma 2, allorchè vi siano fondati motivi per ritenere che l'interessato non versi più nelle condizioni di legge di cui agli artt. 76 e 92, valutate le risultanze del casellario giudiziale, del tenore di vita, delle condizioni personali e familiari e delle attività economiche eventualmente svolte.

Proprio in relazione alla individuazione dei presupposti per la revoca ex art. 112, comma 2, Sez. 4, n. 18945 del 27/03/2019, Naccarella, Rv. 276462, secondo cui "in tema di patrocinio a spese dello Stato, qualora all'esito delle informazioni richieste alla Guardia di Finanza risultino non veritiere le condizioni reddituali indicate nell'istanza, ai fini della revoca d'ufficio del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è necessario che il giudice ritenga sussistenti elementi dai quali possa desumersi il superamento dei limiti di reddito previsti dalla legge", ha evidenziato come il sistema, se da un lato prevede che la falsità o l'omessa indicazione anche

parziale dei dati previsti nella dichiarazione sostitutiva di certificazione necessaria per l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato integrano il reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, cui consegue la revoca prevista dal comma 2, dall'altro non contempla alcuna automaticità della revoca del patrocinio a spese dello Stato a fronte di una discrasia tra reddito dichiarato e reddito accertato, prevedendo che soltanto nel caso in cui, a seguito della verifica dell'esattezza dell'ammontare del reddito attestato e della compatibilità dei dati indicati con le risultanze dell'anagrafe tributaria, risulti che il beneficio è stato erroneamente concesso, l'ufficio finanziario richiederà il provvedimento di revoca. In linea, Sez. 4, n. 17225 del 08/01/2019, Spada, Rv. 275715, ha rimarcato la diversità dei presupposti che sorreggono la revoca ex art. 112, comma 2, d.P.R. n. 115 del 2002 rispetto a quelli di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, affermando il principio di diritto secondo il quale "in tema di patrocinio a spese dello Stato, ai fini del provvedimento di modifica o revoca d'ufficio del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, all'esito delle informazioni richieste alla Guardia di Finanza, emesso ai sensi del comma 2 dell'art. 112, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 è sufficiente che risultino non veritiere le condizioni reddituali indicate nell'istanza e che sussistano presunzioni gravi, precise e concordanti che consentano di ritenere il superamento dei limiti di reddito".

In senso opposto, seppur in epoca più risalente, Sez. 4, n. 6416 del 6/12/2011, Fersini, ravvisava uno stretto collegamento tra l'esercizio del potere di revoca del giudice e la verifica delle complessive condizioni reddituali dell'interessato, tale da rendere sufficiente per la revoca d'ufficio anche il solo "quadro riduttivo, distorto e fallace" dichiarato dal richiedente.

In tale solco si poneva Sez. 4, n. 19611 del 14/03/2012, Napoli, affermando la legittimità della revoca (in autotutela) del beneficio disposto dal giudice nell'ipotesi di dichiarazione dell'interessato circa la propria posizione reddituale, risultata mendace all'esito dei controlli, anche nel caso di reddito inferiore al limite previsto per l'ammissione al beneficio, sul rilievo che la previsione della revoca a seguito di condanna, prevista all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, è da intendersi ulteriore conseguenza, in uno con il recupero a carico del responsabile delle spese corrisposte dallo Stato, della condanna. Ad avviso della Quarta sezione, dal disposto normativo non può derivare la conclusione che il giudice non sia legittimato alla revoca prima della condanna una volta preso atto del mendacio a seguito delle verifiche effettuate dall'ufficio finanziario. Si tratta, invero, di una norma di chiusura del sistema per l'ipotesi in cui sia stato concesso il beneficio in relazione ad un'istanza "ab origine" inammissibile. Secondo i giudici, infatti, laddove non si accedesse a tale soluzione, si perverrebbe al paradosso per cui la revoca sarebbe consentita, ai sensi dell'art. 112, comma 1, lett. a), in presenza di una omessa comunicazione della variazione di

reddito, pur ininfluente rispetto al superamento del tetto reddituale e non anche, sebbene anch'essa ininfluente, nell'ipotesi di originaria mendace dichiarazione.

Da ultimo, Sez. 4, n. 5090 del 15/01/2019, Tarasco nel ribadire il principio, ha precisato che, ove il giudice intenda revocare l'ammissione al beneficio, dovrà accertare, *incidenter tantum*, l'astratta configurabilità nella fattispecie *sub iudice* del reato di cui all'art. 95 d.P.R. n. 115 del 2002, nei termini indicati dalla sentenza "Infanti".

8. La natura del provvedimento di revoca.

Quanto al profilo della natura del provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, Sez. U. n. 36168 del 10/09/2004, Pangallo, Rv. 228666, nel dare risposta al quesito concernente l'esistenza o meno del potere del giudice di revocare d'ufficio -in assenza della richiesta dell'Ufficio finanziario- l'ammissione al gratuito patrocinio, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 112 d.P.R. n. 115 del 2002, ha affermato il principio di diritto secondo cui "il provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, previsto dall'art. 112 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), è adottato di ufficio dal giudice solo nei casi di cd. "revoca formale" indicati dalle lettere a), b) e c) del comma 1, mentre nel caso di cui alla successiva lettera d), concernente la mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni di reddito stabilite dalla legge, non può essere disposto senza la tempestiva richiesta dell'ufficio finanziario competente, al quale soltanto è attribuito il potere-dovere di persistente verifica e controllo della sussistenza di tali condizioni, interdetto al giudice dopo l'assunzione del provvedimento di ammissione".

La sentenza "Pangallo", sulla falsariga di quanto affermato da Sez. U. n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227356, ha ribadito la natura giurisdizionale del provvedimento di ammissione del patrocinio a spese dello Stato "avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza di un diritto, peraltro dotato di fondamento costituzionale" e, pertanto, sottoposto al "regime proprio degli atti di giurisdizione, quale regolato dalla specifica disciplina in materia", così discostandosi da quell'orientamento giurisprudenziale che, diversamente, attribuiva al provvedimento di revoca del beneficio del patrocinio a spese dello Stato natura amministrativa (Sez. 3, n. 2950 del 29/11/2001 (dep. 2002), Di Stefano, Rv.221061; Sez. 2, n. 25671 del 13/06/2002 (dep. 2003), Ghidini Rv. 226312) sul presupposto dell'esistenza di "un generale potere di revoca d'ufficio del giudice in quanto espressione della potestà di autotutela della pubblica amministrazione" e che riteneva "irragionevole e contrario ai criteri di buona organizzazione dell'amministrazione" non consentire al medesimo organo di revocare o modificare il provvedimento emesso, imponendogli di

attendere la preventiva richiesta dell'amministrazione finanziaria, dal momento che la revoca conseguiva alla mancanza del presupposto "base" per poter beneficiare del patrocinio gratuito, ossia la non abbienza, e che, pertanto, non determinava alcuna lesione al diritto di difesa. Le Sezioni unite, dunque, avallavano quel diverso orientamento giurisprudenziale secondo cui i provvedimenti che il giudice può essere chiamato ad emettere in ordine al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti sono sottoposti al "regime proprio degli atti di giurisdizione" (Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214694). Ad avviso del Supremo consesso, la stessa *littera legis*, in materia di gratuito patrocinio, nel conferire al giudice procedente il potere di revocare d'ufficio il beneficio già concesso solo nelle ipotesi riconducibili all'art. 112, comma 1, lett. a), b), c) ed al comma 2, e con l'esigere "invece, nelle ulteriori ipotesi, la richiesta dell'Ufficio finanziario, al quale è d'altronde affidato il compito di verificare le condizioni di reddito dell'interessato", risponde ad una precisa scelta: da un lato, quella di attribuire al giudice il controllo "nel merito" sul complesso *iter* che si conclude con il provvedimento di ammissione o di rigetto, riconoscendogli il potere di revoca *ex officio* e, dall'altro, quella di affidare all'Ufficio finanziario l'onere di chiedere la revoca, in qualsiasi momento, qualora risulti provata la mancanza dei requisiti reddituali per godere del beneficio, unico modo, questo, per attribuire un senso logico alla previsione di cui all'art. 112, comma 2, in cui si afferma che "il magistrato può disporre la revoca dell'ammissione anche all'esito delle integrazioni richieste ai sensi dell'art. 96, commi 2 e 3".

9. La pronunzia delle Sezioni Unite.

Con la decisione assunta, le Sezioni Unite nel risolvere il contrasto il contrasto giurisprudenziale sottoposto al loro vaglio, hanno aderito a quell'orientamento secondo la quale la revoca può essere disposta solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Il Supremo consesso ha ravvisato nell'orientamento giurisprudenziale che ha focalizzato la sua attenzione sulla fattispecie di cui all'art. 95 d.P.R. 115 del 2002 e sull'inciso di Sez. Un, n. 6591 del 27/11/2008, Infanti, Rv. 242152, secondo il quale la falsità delle indicazioni contenute nell'autocertificazione deve ritenersi connessa "all'ammissibilità dell'istanza e non al beneficio" cosicchè "solo l'istanza ammissibile genera l'obbligo del magistrato di decidere nel merito", un limite rappresentato, *in primis,* dalla lettura rigorosa delle norme del d.P.R. n. 115 del 2002 che prevedono il potere di revoca del provvedimento di ammissione al patrocinio a spese dello Stato solo ai sensi dell'art. 112 lett. d), ove risulti provata la mancanza originaria delle condizioni di reddito, e ai sensi dell'art. 95, in caso di condanna e, *in secundis,* dalla circostanza che nessuna norma del sistema vigente contempla la revoca del

patrocinio a spese dello Stato nel caso in cui il "non dichiarato" non vada ad incidere sulla soglia prevista dal d.P.R. n. 115 del 2002 per l'ammissione al beneficio.

Ad avviso delle Sezioni Unite, la soluzione adottata è coerente con la *ratio* dell'istituto del gratuito patrocinio che rinviene il suo fondamento nella tutela del diritto inviolabile alla difesa per la persona sprovvista di mezzi economici, attribuendo all'indagato, all'imputato o al condannato ammessi al gratuito patrocinio la facoltà di scelta di un difensore di fiducia (iscritto all'albo specifico), senza alcun onere economico.

La Corte, infatti, ha precisato che il legislatore nel regolamentare la materia ha individuato come norme di riferimento interno sia l'art. 24 Cost., che sancisce il diritto alla difesa e all'accesso alla giustizia anche per i non abbienti, sia l'art. 111 Cost. che ha conferito al principio dell'equo processo rango costituzionale, laddove, a livello internazionale, il riferimento è all'art. 6 CEDU che, nel consacrare il diritto all'equo processo nei giudizi civili e penali richiede, quale presupposto indefettibile per un effettivo godimento di tale diritto, la garanzia della "parità delle armi", ovvero la possibilità per ciascuna parte in causa di stare in giudizio in condizioni che non la costringano a una posizione di sostanziale svantaggio rispetto all'altra, in ragione della complessità del caso che può profilarsi non solo da un punto di vista strettamente giuridico, ma anche da un punto di vista fattuale, ovvero come difficoltà che la parte ha a rappresentare i propri interessi. Tanto non senza sottolineare che, a fronte di comportamenti non del tutto trasparenti ed affidabili da parte dell'istante, l'esigenza di recuperare le somme corrisposte dallo Stato è garantita dalla previsione, con effetto retroattivo, della revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato quale conseguenza dell'intervenuta condanna in sede penale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 4, n. 3167 del 14/10/1999, Cafarchio, Rv. 214882
Sez. U, n. 25 del 24/11/1999, Di Dona, Rv. 214694
Sez. 1, n. 14403 del 25/01/2001, Mollica, Rv. 218932
Sez. 1, n. 17227 del 27/02/2001, Iacovone, Rv. 218744
Sez. 3, n. 2950 del 29/11/2001, dep. 2002, Di Stefano, Rv. 221061
Sez. 2, n. 25671 del 13/06/2002, dep. 2003, Ghidini, Rv. 226312
Sez. 1, n. 29006 del 03/06/2003, Musarò, Rv. 225051
Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustri, Rv. 227356
Sez. U, n. 36168 del 10/09/2004, Pangallo, Rv. 228666
Sez. 5, n. 16338 del 13/04/2006, Bevilacqua, Rv. 234124
Sez. 5, n. 2114 del 11/05/2006, Salvaggio, Rv. 234207
Sez. 5, n. 37603 del 13/06/2006, Lo Porto
Sez. 3 n. 28340 del 20/06/2006, Contino, Rv. 236267
Sez. 5, n. 15139 del 22/01/2007, Martorana, Rv. 236143
Sez. 5, n. 13828 del 06/03/2007, Palamara
Sez. 4, n. 41306 del 10/10/2007, Bricchetti, Rv. 237732
Sez. 5, n. 5532 del 11/12/2007, Goman, Rv. 239099
Sez. 5, n. 4467 del 20/12/2007, Abrunzo, Rv. 238880
Sez. 5, n. 13309 del 24/01/2008, Marino, Rv. 239387
Sez. 5 n. 12019 del 19/08/2008, Gallo, Rv. 239126
Sez. U, n. 6591 del 27/11/2008, dep. 2009, Infanti, Rv. 242152
Sez. 4, n. 19611 del 14/03/2012, Napoli
Sez. 4, n. 43593 del 07/10/2014, De Angelis, Rv. 260308
Sez. 4, n. 21577 del 24/05/2016, Bevilacqua, Rv. 267307
Sez, 4, n. 53356 del 27/09/2016, Tilenni, Rv. 268682
Sez. 4, n. 4628 del 20/09/2017 - dep. 2018-, Tortorella, Rv. 271942
Sez. 4, n. 17225 del 08/01/2019, Spada, Rv. 275715
Sez. 4, n. 5090 del 15/01/2019, Tarasco
Sez. 4, n. 18945 del 27/03/2019, Naccarella, Rv. 276462
Sez. 4, n. 35969 del 29/05/2019, Arlotta, Rv. 276862

PARTE QUINTA

LEGISLAZIONE EMERGENZIALE

SEZIONE I

DISCIPLINA IN TEMA DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA EMERGENZIALE INTRODOTTA PER FRONTEGGIARE LA PANDEMIA DA COVID-19.

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La disciplina in tema di sospensione della prescrizione. - 3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo alla sospensione della prescrizione. - 4. Le prime pronunce della Cassazione. - 4.1. L'orientamento maggioritario e la valorizzazione dell'art.159 cod. pen. - 5. La sentenza della Corte costituzionale. - 6. La sospensione della prescrizione nel giudizio in Cassazione. - 6.1. Le ragioni della rimessione della questione alle Sezioni Unite. - 6.2. La tesi restrittiva. - 7. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. - 8. Le modalità di computo della sospensione della prescrizione ex. art.83, comma 4 e 9.

1. Premessa.

L'anno 2020 si è contraddistinto, anche nel settore della giurisdizione penale, per gli effetti prodotti dalla pandemia da Covid-19, che ha imposto profondi e significativi interventi d'urgenza.

Le misure emergenziali, che hanno imposto di limitare al massimo i movimenti ed i contatti tra le persone, hanno, necessariamente comportato una radicale rimodulazione degli ordinari schemi processuali, fondati sui principi dell'oralità, del contraddittorio e della presenza delle parti.

Nel corso dei messi, pertanto, si è assistito a plurimi interventi mediante i quali il Legislatore, a seconda della fase pandemica e della minore o maggiore intensità della stessa, è intervenuto con misure che hanno diversamente graduato la possibilità e le modalità di celebrare i processi.

In concomitanza con la prima fase emergenziale - verificatasi all'esordio della pandemia, nella primavera del 2020 - il Legislatore ha sostanzialmente imposto la sospensione di tutta l'attività giurisdizionale, con la sola eccezione di alcune ben delimitate categorie di procedimenti.

Diverso l'approccio seguito nell'autunno, allorquando, nonostante la pandemia avesse ripreso ampiamente vigore, si è seguita una diverso via, fondata non sull'interruzione dell'attività giurisdizionale, bensì sul ricorso generalizzato a modalità di trattazione basate essenzialmente su forme di contradditorio cartolare, nonché sulla celebrazione delle udienze da remoto, in modo tale da perseguire l'esigenza del distanziamento sociale senza gravare eccessivamente sulla celerità della risposta giudiziaria.

In estrema sintesi, pertanto, può affermarsi che la disciplina emergenziale si è mossa secondo logiche diverse tra la prima e la seconda fase epidemica, mediante una diversa modulazione di strumenti che, in un primo momento, hanno privilegiato il "blocco" dell'attività, mentre nella seconda fase hanno perseguito la prosecuzione con modalità alternative rispetto a quelle ordinarie.

Accanto alla disciplina della trattazione dei procedimenti, sono state introdotte norme specifiche in materia di sospensione della prescrizione e dei termini delle misure cautelari.

In particolare, la disciplina della prescrizione è quella che ha immediatamente destato la maggior attenzione della giurisprudenza, tant'è che nel volgere di pochi mesi sono stati chiamata a pronunciarsi sia la Corte costituzionale che le Sezioni unite, a riprova dell'obiettiva complessità delle problematiche collegate alla sospensione della prescrizione.

2. La disciplina in tema di sospensione della prescrizione.

Con riguardo al periodo intercorrente tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020, la prescrizione è stata oggetto di plurimi interventi normativi. La norma di riferimento, invero, è quella che è stata introdotta all'art.83, d.l. 17 marzo 2020, n.18, che prevedeva che "le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020".

Nelle more della conversione è intervenuto l'art.36 del d.l. 8 aprile 2020 n.23, che ha ulteriormente ampliato il periodo temporale di sospensione dell'attività ordinaria, prevedendo che «Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020. Conseguentemente il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 del predetto articolo è fissato al 12 maggio 2020».

Il termine finale dell'emergenza è rimasto inizialmente fissato al 30 giugno 2020, fin quanto - con il d.l. n.28 del 2020, coevo alla legge n.27 del 2020 (di conversione del d.l. n.18 del 2020) - si è previsto che la data del 30 giugno 2020, ovunque indicata nell'art.83, l.n. 27 del 2020, dovesse intendersi sostituita con quella del 31 luglio 2020 (art.3, lett. i, d.l. n.28 del 2020), con la legge di conversione del d.l. n.28 del 2020 si è

avuto un vero e proprio passo indietro, evidentemente dettato dal favorevole evolversi della situazione sanitaria, essendo stato abrogato l'art.3, lett. 1) e, pertanto, il termine del periodo emergenziale è stato nuovamente - e definitivamente - riportato alla data del 30 giugno 2020, in luogo di quella del 31 luglio.

Per quanto concerne la disciplina della prescrizione, l'art.83 contempla plurime disposizioni rilevanti:

- comma 1 « Dal 9 marzo 2020 al 11 maggio 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 11 maggio 2020»

- comma 2 « Dal 9 marzo 2020 al 11 maggio 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali ….»

- comma 3-bis (introdotto in sede di conversione) «Nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020, il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020»

- comma 4 «Nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale»;

- comma 7, lett.g) ha previsto la possibilità per i capi degli uffici giudiziari di estendere la disciplina emergenziale fino al 30 giugno 2020, con conseguente rinvio dei procedimenti a data successiva, con le eccezioni indicate al comma 3;

- comma 9 «Nei procedimenti penali il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303, 308, 309, comma 9, 311, commi 5 e 5-bis, e 324, comma 7, del codice di procedura penale e agli articoli 24, comma 2, e 27, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 rimangono sospesi per il tempo in cui il procedimento è rinviato ai sensi del comma 7, lettera g), e, in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020»

- comma 12-ter (introdotto in sede di conversione) che disciplina la trattazione non partecipata delle udienze in Corte di Cassazione salvo che intervenga la richiesta di trattazione orale, nel qual caso «Se la richiesta è formulata dal difensore del ricorrente, i termini di prescrizione e di custodia cautelare sono sospesi per il tempo in cui il procedimento è rinviato»

La mera elencazione delle disposizioni che - direttamente o indirettamente - vanno ad incidere sulla disciplina della sospensione della prescrizione rende evidente la complessità della materia.

Le questioni interpretative che hanno riguardato la disciplina della sospensione della prescrizione concernono in primo luogo la legittimità costituzionale della norma, nella misura in cui determina un "allungamento" del termine di prescrizione con riguardo a reati commessi prima della sua entrata in vigore; ulteriore questione è

quella concernente le modalità di computo della sospensione della prescrizione, sia con riguardo alla disciplina generale di cui all'art.83, commi 4 e 9, d.l. n.18 del 2020, sia in relazione alla particolare previsione concernente i giudizi dinanzi alla Corte di cassazione (comma 3-bis).

3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo alla sospensione della prescrizione.

Fin dai primi commenti emersi a seguito della pubblicazione del d.l. n.18 del 2020, si è posta la questione della legittimità costituzionale della disciplina della sospensione della prescrizione, essendosi ravvisata una possibile violazione dell'art.25 Cost.

La Corte costituzionale è stata investita della questione da plurime ordinanze emesse da giudici di merito, con le quali si è, con argomentazioni similari, sollevata la problematica concernente la legittimità di una normativa che applica a fatti pregressi un regime della sospensione più gravoso rispetto a quello ordinario ed in vigore all'epoca di commissione del fatto.

Le prime ordinanze di rimessione sono state pronunciate dal Tribunale di Spoleto, in data 27/5/2020, che censura la contrarietà dell'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020 all'art.25, comma 2, Cost., nonché all'art.117, comma 1, Cost. in relazione all'art.7 CEDU.

Nelle suddette ordinanze si ribadisce la natura sostanziale della prescrizione, per farne discendere l'applicabilità del principio della irretroattività della norma meno favorevole, sul presupposto che l'art.83, comma 4, prevedendo un ampliamento del termine di prescrizione, incide negativamente sul regime della causa estintiva con riferimento a fatti pregressi all'introduzione della nuova causa di sospensione del processo.

In particolare, il Tribunale di Spoleto esclude anche che la questione possa essere risolta facendo leva sull'art.159, comma 1, cod.pen., nella parte in cui prevede che il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento del processo è imposta da una particolare disposizione di legge. Si afferma, infatti, che il rinvio contenuto nell'incipit dell'art.159 cod.pen. a particolari disposizioni di legge che prevedono ipotesi di sospensione costituisce un "rinvio in bianco" che «può valere unicamente per leggi extracodicistiche preesistenti al codice penale, ovvero successive ma entrate in vigore prima della commissione del fatto-reato di cui si occupa il processo penale».

Anche il Tribunale di Siena, con due ordinanze del 21 maggio 2020, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riguardo al profilo del contrasto dell'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020 con il principio di irretroattività della norma

penale sfavorevole. A tale argomento, il Tribunale di Siena ne aggiunge un'ulteriore, confutando che l'art.83, commi 1 e 4, d.l. n.18 del 2020 abbiano previsto un'ipotesi speciale di sospensione del procedimento con conseguente sospensione della prescrizione, secondo la regola generale già contemplata dall'art.159 cod.pen.; si assume, infatti, che l'art.83, comma 1, ha previsto il mero rinvio delle udienze fissate nel periodo emergenziale e non già la sospensione del procedimento. Il Tribunale di Siena afferma, infatti, che la tesi che sostiene l'inquadramento della disciplina nell'ambito della sospensione del processo postulerebbe che, ai sensi dell'art. 159, comma 1, cod.pen., ogni rinvio d'ufficio rappresenti un "caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale…è imposta da una particolare disposizione di legge", finendo per equiparare la nozione di "rinvio di udienza" a quella di "sospensione del procedimento", ascrivendo ad entrambe il medesimo effetto in punto di sospensione del corso della prescrizione, da ritenersi così prodotto ogni volta che il giudice disponga un rinvio di udienza.

Infine, nella suddetta ordinanza si afferma che la legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, non potrebbe trarsi dal carattere "emergenziale", "eccezionale" o "necessitato" della legislazione cui la norma appartiene. A tal fine, infatti, si richiama il principio in precedenza affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza "Taricco", secondo cui il principio di irretroattività della legge penale esprime "un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali (…) non abbiano in nessun caso portata retroattiva".

Con ordinanza del 18 giugno 2020, anche il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, riferita non solo all'art.83, comma 4, ma anche all'art.83, comma 9, del d.l. n.18 del 2020.

Per quanto concerne il primo aspetto, il Tribunale di Roma ha sostanzialmente riproposto la problematica concernente l'irretroattività di una disciplina sfavorevole che va ad incidere sull'istituto sostanziale della prescrizione, affermando che per superare il dubbio di costituzionalità, senza rimettere in discussione la natura sostanziale della prescrizione, l'unica via sarebbe quella di ritenere che l'art.159, comma primo, cod. pen., contenga un rinvio mobile alle ipotesi di sospensione del processo previste da norme di natura processuale.

L'altro innovativo profilo di possibile illegittimità costituzionale sollevato dal Tribunale di Roma attiene alla disciplina della sospensione conseguente al combinato disposto del comma 7, lett. g) e del comma 9 dell'art.83. Sulla base di tali previsioni, il Legislatore ha rimesso ai capi dei singoli uffici giudiziari di prevedere - in considerazioni delle specifiche esigenze di contenimento della pandemia su base territoriale - di prevedere un ulteriore periodo di differimento delle udienze, dal 12 maggio al 30 giugno 2020, con conseguente sospensione della prescrizione.

Rileva il Tribunale di Roma che tale disciplina pone un ulteriore dubbio di incostituzionalità, nella parte in cui prevede una causa di sospensione della prescrizione derivante da un provvedimento giudiziario autorizzato da un provvedimento organizzativo del capo dell'ufficio, in tal modo si sarebbe introdotta una previsione lesiva del principio di tassatività e legata ad un inevitabile tasso di discrezionalità, dipendente dalle valutazioni dei singoli capi degli uffici giudiziari.

La soluzione normativa delineata ai commi 7, lett.g) e 9 dell'art.83, d.l. n.18 del 2020, comporterebbe una lesione del principio della riserva di legge, nella misura in cui demanda l'individuazione dei presupposti per la sospensione della prescrizione ad un provvedimento organizzativo.

Il Tribunale di Crotone, con ordinanza del 19 giugno 2020, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020, per violazione degli artt.25, secondo comma e 117 Cost, in relazione all'art.7 CEDU. Nella parte motiva, il Tribunale argomenta in ordine alla consolidata giurisprudenza costituzionale che qualifica la prescrizione quale istituto sostanziale e, quindi, soggetto al divieto di retroattività delle norme sfavorevoli, pur sottolineando come l'esigenza di sospendere la prescrizione deriva direttamente dall'impossibilità, indotta da un fattore esterno qual è la pandemia, di celebrare i processi.

In sostanza, quindi, si condivide la *ratio* sottesa all'introduzione dell'art.83, comma 4, pur ritenendosi che il superamento del dubbio di costituzionalità richiedere necessariamente l'intervento chiarificatore della Consulta in ordine alla portata dell'art.159 cod. pen. che, pertanto, viene individuato come la norma che potrebbe consentire di far salva l'efficacia della sospensione conseguente all'emergenza pandemica. Nell'ordinanza, inoltre, vengono analiticamente richiamati i plurimi interventi emergenziali che, nel corso degli anni, sono stati adottati in occasione di eventi - naturali o di altro genere - che hanno impedito l'ordinaria celebrazione dei procedimenti penali, evidenziando come in relazione a tali norme, parimenti emergenziali, non sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale.

Le ordinanze di rimessione sopra richiamate partono tutte dal principio secondo cui la prescrizione è un istituto di diritto sostanziale, come riconosciuto in plurime ed anche recenti sentenze della Corte costituzionale.

L'osservazione è corretta, atteso che in tutti i casi in cui si è prospettato un dubbio di legittimità costituzionale coinvolgente la natura della prescrizione, la Consulta ha ribadito che l'istituto ha natura sostanziale e non processuale, il che determina in primo luogo l'applicazione del principio della riserva di legge ex art.25 Cost.

Riassumendo in estrema sintesi le principali sentenze della Consulta sul tema, emerge chiaramente come l'orientamento volto a privilegiare la natura sostanziale

della prescrizione sia ampiamente consolidato ed ha trovato applicazione con riguardo a plurimi aspetti controversi.

Già con la sentenza n.393 del 2006, la Corte costituzionale ebbe ad affermare l'applicabilità alla prescrizione del principio di retroattività della legge penale più favorevole (con riguardo alla disciplina della l.n. 251 del 2005, c.d. "ex Cirielli" che escludeva che i nuovi termini della prescrizione si applicassero, ove più favorevoli, ai processi pendenti in primo grado e per i quali vi era stata l'apertura del dibattimento). La Consulta precisava che l'applicazione della disciplina più favorevole si giustifica in ragione della natura sostanziale della prescrizione, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva».

Il principio è stato successivamente ribadito da Corte cost., sent. n. 324 del 2008, nella quale si legge che la prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, è soggetta alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen. che prevede la regola generale della retroattività della norma più favorevole, in quanto il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva.

La natura sostanziale della prescrizione non è stata valorizzata dalla Corte costituzionale solo per ritenere applicabile la legge sopravvenuta più favorevole ai fatti pregressi, ma anche per affermare l'opposto principio della irretroattività della legge sfavorevole.

La problematica è stata ampiamente affrontata nella sentenza n.115 del 2018 relativa alla disciplina dell'interruzione del corso della prescrizione, nell'ambito della c.d. vicenda "Taricco". In particolare, la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzione dell'obbligo di disapplicare gli artt.160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod.pen. allorquando la disciplina in tema di interruzione della prescrizione comporti la sistematica impunità delle frodi in materia di IVA. La conformazione al principio affermato in materia dalla Corte di giustizia UE, nella misura in cui imponeva al giudice italiano la disapplicazione della disciplina della prescrizione con l'effetto di determinare un allungamento dei termini, si poneva evidentemente in frizione con plurimi principi costituzionali, primo tra i quali quello della irretroattività della norma meno favorevole.

La Consulta ha affrontato la questione partendo dal presupposto secondo cui « Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto

all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile».

Il principio affermato nel caso "Taricco", tuttavia, risente fortemente della specificità di quella questione, lì dove oggetto della censura di incostituzionalità era la disapplicazione di una norma sostanziale, senza alcun intervento normativo e, soprattutto, nell'impossibilità di ancorare il trattamento *in pejus* ad un preesistente istituto sostanziale.

Invero, non mancano pronunce della Corte costituzionale che danno atto di come la prescrizione, salvo restando la natura di istituto sostanziale, rifletta i propri effetti anche in ambito processuale.

In particolare, secondo Corte cost., sent.n.143 del 2014 la prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale, sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale - concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.).

Analogo accostamento è contenuto anche in Corte cost., sent. n.265 del 2017 lì dove si ribadisce che la prescrizione rileva in ambito processuale essenzialmente quale argine posto a tutela della ragionevole durata del processo.

4. Le prime pronunce della Cassazione.

Rispetto alla paventata illegittimità costituzionale dell'art.83, d.l. n.18 del 2020, la giurisprudenza della Cassazione si è fin da subito pronunciata in termini negativi, ritenendo - sia pur con argomentazioni notevolmente difformi - che la sospensione della prescrizione, conseguente all'evento pandemico, non si ponesse in contrasto con il principio di irretroattività delle norme penali sostanziali.

La prima pronuncia che ha affrontato ampiamente la questione, è stata quella resa da **Sez.3, n.21367 del 2/7/2020, De Marco, Rv.279296-01**, che ha sviluppato un percorso interpretativo basato sulla eccezionalità dell'emergenza pandemica e sulla necessità di disporre il blocco dell'attività giurisdizionale, ritenendo che la tutela della salute costituisca un bene primario che, nel caso di specie, può prevalere rispetto al principio dell'irretroattività delle norme penali sfavorevoli.

La Terza Sezione procede all'esame della questione prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, consolidata nel ritenere che la prescrizione ed il regime che ne disciplina le vicende ha natura sostanziale e, quindi, soggiace al principio di irretroattività di cui all'art.25, comma 2, Cost.

Ciò ha indotto a tentare un diverso approccio alla problematica, valutando la possibilità di operare un bilanciamento tra interessi e garanzie, tutte di livello costituzionale, che vengono in esame nella fattispecie in questione.

Nel far ciò, il riferimento fondamentale è stato individuato nella sentenza sul caso "Ilva" (sent.n.85 del 2013) con la quale la Corte costituzionale ha affermato che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

Facendo leva sulla possibilità di contemperare contrapposti diritti costituzionali, la Terza Sezione ha ripercorso gli interventi emergenziali che si sono susseguiti nella scorsa primavera, sottolineando come «L'epidemia che ha colpito il paese è un fatto *extra ordinem* che ha reso necessaria l'adozione di molto drastiche misure di limitazione dei movimenti fisici delle persone, allo scopo di evitare la diffusione del contagio. Proprio la natura di quello specifico fattore scatenante (il virus), ha imposto misure sempre più limitative dei diritti delle persone, della libertà di movimento, dell'iniziativa economica, sicché la sospensione pressoché totale dell'attività giudiziaria, che evidentemente non poteva essere esercitata stante il divieto quasi assoluto di movimento delle persone, era misura emergenziale finalizzata allo scopo di prevenire la diffusione del contagio. L'interpretazione secondo le ordinarie categorie giuridiche è messa in crisi dal fatto *extra ordinem*. La necessità di fronteggiare la diffusione del contagio, da cui dipende la salvaguardia di diritti, la vita e la salute, che preesistono e senza i quali neppure si può discutere di regole processuali e di diritti degli imputati nel processo, ha messo in chiaro il potenziale conflitto con altri diritti di pari rango la cui composizione non può prescindere dalla natura dell'intervento legislativo destinato ad operare in un contesto specifico e di durata temporanea».

A fronte di tale stato emergenziale, l'aver previsto la sospensione della prescrizione risponde ad un'esigenza indotta da un fattore esogeno, generalizzato e temporaneo, ma ampiamente giustificato dalla necessità di salvaguardare la salute pubblica.

In tale contesto, si è affermato che la sospensione della prescrizione prevista dall'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020, determina una limitazione/compressione dell'art.25, comma 2, Cost, da valutarsi nel bilanciamento con altri principi di rango costituzionale (diritto alla vita e alla salute), che consente di ritenere la flessione del principio di irretroattività della legge sfavorevole non costituzionalmente illegittima.

Prosegue la Corte dando atto del principio affermato dalla Corte costituzionale, da ultimo nella sent. n.32 del 2020, secondo cui il principio di irretroattività della

legge penale sfavorevole non tollera deroghe, ma tale affermazione è contenuta con riferimento a quelle previsioni che sono frutto di "possibili abusi da parte del potere legislativo".

Tale evenienza non ricorre sicuramente nel caso di specie, nel quale la specificità del fatto generatore della situazione di emergenza comporta che la norma di sfavore non è certamente frutto di un abuso del potere legislativo, bensì è manifestazione dell'esigenza di fronteggiare un rischio per la salute che ha comportato anche altre rilevanti compressioni di libertà costituzionalmente tutelate (prima fra tutte la libertà di movimento), sia pur per un periodo limitato e circoscritto.

In definitiva, il ragionamento seguito dalla Terza Sezione si fonda sul presupposto della possibilità di operare dei bilanciamenti tra diritti costituzionalmente rilevanti e nel ritenere che, a fronte di un'emergenza epidemiologica di origine naturale, anche il principio dell'irretroattività delle norme penali sfavorevoli può subire una limitazione, tanto più ove questa è assolutamente circoscritta e predeterminata nel tempo.

La sentenza in esame prende espressamente posizione anche con riferimento alla possibilità di ricondurre la previsione dell'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020 nell'alveo delle ipotesi di sospensione della prescrizione disciplinate in via generale dall'art.159 cod. pen.

Tale soluzione, tuttavia, viene esclusa dalla Terza Sezione secondo la quale non si può «semplicisticamente concludere che il legislatore abbia introdotto una nuova causa di sospensione tra le tante». Si afferma, infatti, che la collocazione della sospensione della prescrizione ex art.83, comma 4, nell'ambito delle ipotesi generali disciplinate dall'art.159 cod. pen. «pone una serie di dubbi interpretativi che non risolvono il possibile contrasto con l'irretroattività della legge sfavorevole: se la disciplina della prescrizione, ivi compresa la sua sospensione e interruzione, è norma sostanziale che trova copertura nell'art. 25 Cost., comma 2 che stabilisce il principio di irretroattività della legge sfavorevole, come ha sancito a chiare lettere la Corte costituzionale nella nota sentenza sull'*affaire* Taricco, allora anche il richiamo che l'art. 159 c.p. fa alla disposizione di legge (art. 83 nel nostro caso) che stabilisce la sospensione del procedimento, richiede che la norma (richiamata) che sospende il procedimento sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Rispetto alla soluzione recepita dalla Terza Sezione, pare meritevole di approfondimento l'aspetto concernente l'aver posto in comparazione il diritto alla salute con il principio di irretroattività, in tal modo dando per implicito che la tutela del primo non sarebbe stata possibile senza il sacrificio del secondo.

Invero, si tratta di una soluzione che potrebbe risultare problematica, atteso che i due profili oggetto di bilanciamento non sembrano essere necessariamente in conflitto tra di loro. Il diritto alla salute ben poteva essere tutelato anche prevedendo

semplicemente il differimento delle udienze e non anche la sospensione della prescrizione, senza che ciò avrebbe minimamente leso alcun diritto costituzionalmente garantito. È pur vero che, in assenza della previsione di cui all'art.83, comma 4, sarebbe stato pregiudicato l'interesse dello Stato al perseguimento dei reati, ma tale interesse non assurge al medesimo grado di rilevanza costituzionale che, invece, pacificamente spetta alla tutela della vita e della salute.

Al contempo, rispetto all'interesse alla persecuzione dei reati non pare in alcun modo contestabile la prevalenza del principio di irretroattività, di cui all'art.25, comma 2, Cost.

In definitiva, il ragionamento su cui si fonda la tesi della Terza Sezione presuppone un inscindibile collegamento tra la tutela della salute, il differimento delle udienze e la sospensione della prescrizione, per farne discendere la prevalenza del primo sul principio di irretroattività.

In tal modo, tuttavia, si omette di considerare che il diritto alla salute prescinde dalla sorte dei procedimenti rinviati, sicché pare fondato dubitare della necessità di porre in comparazione diritti e principi che non vengono direttamente in conflitto tra di loro.

In conclusione, si potrebbe sostenere - in difformità a quanto evidenziato dalla Terza Sezione - che il Legislatore, a fronte dell'emergenza pandemica, ben avrebbe potuto salvaguardare tanto il diritto alla salute che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, sacrificando l'efficienza dell'attività repressiva dei reati, essendo questo l'interesse dotato di un rilievo costituzionale recessivo rispetto agli altri valori in gioco.

4.1. L'orientamento maggioritario e la valorizzazione dell'art. 159 cod. pen.

La tesi sostenuta dalla Terza Sezione, pur cogliendo l'eccezionalità della situazione creatasi per effetto della pandemia, presuppone un'operazione non agevole di bilanciamento tra diritti costituzionalmente rilevanti, il che presupporrebbe la possibilità di ritenere che il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole rientri tra quelli suscettibili di una valutazione comparativa.

A tal proposito, è stato evidenziato come l'argomento fondato sul carattere naturalistico dell'emergenza sanitaria, che ha dato luogo alla previsione di una norma sfavorevole in tema di prescrizione, non costituisce di per sé un elemento dirimente in favore della possibilità di derogare alla regola della irretroattività. È stato sottolineato, infatti, come è la stessa CEDU che, all'art.15, comma 2, esclude che il principio di irretroattività (desumibile dall'art.7 della CEDU) possa subire deroghe pur a fronte di eventi di straordinaria natura ed attinenti alla tutela del bene pubblico. La norma, infatti, non consente deroghe alla previsione di cui all'art.7, neppure in

caso di guerra o di "altre pubbliche calamità che minacciano la vita della nazione" (art.15, comma 1).

La giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione ha ritenuto che il superamento del dubbio di legittimità costituzionale della disciplina in tema di sospensione della prescrizione, potesse conseguire non già al bilanciamento tra diritti costituzionali, bensì all'applicazione della regola generale dettata dall'art.159, cod.pen., lì dove stabilisce che le ipotesi di sospensione del processo comportano la corrispondente sospensione del termine di prescrizione.

Tale soluzione è stata recepita, in primo luogo, nelle sentenze rese da **Sez.5, n. 25222 del 14/7/2020, Lungaro, Rv. 279596-01** nonché da **Sez.3, n.25433 del 23/07/2020, Turra, Rv. 279866 - 01**.

In particolare, nella citata sentenza della Quinta Sezione, si dà atto di come il comma 4 collega la sospensione della prescrizione alla sospensione dei termini processuali, di cui al comma 2, aggiungendo che la disciplina va letta congiuntamente alla previsione contenuta al comma 1, lì dove si stabilisce il rinvio di tutte le udienze ricadenti nel periodo emergenziale.

Si afferma, pertanto, che «l'esame dell'effetto combinato delle discipline dettate dai commi 1 e 2 dell'art. 83 cit. mette in luce come esse diano corpo a un caso di sospensione del procedimento o del processo: il rinvio d'ufficio di tutte le udienze e la sospensione di tutti i termini (con le eccezioni stabilite dal comma 3) convergono nell'attribuire alla situazione processuale determinata dalle previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 83 cit. i connotati della sospensione del procedimento o del processo a norma del primo comma dell'art. 159 cod. pen.».

Aggiunge la quinta sezione che proprio la sicura riconducibilità del dettato dell'art.83, commi 1 e 2, nell'ambito della sospensione del processo fanno sì che la sospensione della prescrizione, in quanto prevista in generale dall'art.159 cod.pen. è un effetto che «sarebbe conseguito anche in assenza di una specifica disposizione come quella prevista dal comma 4 dell'art. 83 cit., introdotta dal legislatore assecondando una tendenza già emersa, come si vedrà, in analoghi provvedimenti legislativi finalizzati a fronteggiare situazioni gravemente emergenziali».

La conseguenza diretta della riconduzione della disciplina speciale nell'ambito della previsione generale di cui all'art.159 cod. pen. è il superamento del dubbio di legittimità costituzionale per violazione dell'art.25 Cost., proprio perché l'effetto sospensivo non è conseguenza di una norma sopravvenuta, bensì di una previsione preesistente (l'art.159 cod. pen.) il che esclude la violazione del principio di irretroattività.

A tal proposito, inoltre, sono richiamati i plurimi interventi normativi, adottati non solo in concomitanza con situazione emergenziali, ma anche a seguito di condoni o modifiche procedurali che hanno comportato la necessità di un

differimento del processo, a seguito dei quali è stata prevista la sospensione della prescrizione, senza che sorgesse alcun dubbio in ordine alla legittimità costituzionale.

Viene sottolineato, in particolare, «il ruolo rivestito dalla singola disciplina legislativa che prevede la sospensione del processo (e, esplicitamente o meno, del corso della prescrizione) rispetto alla previsione generale di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen.: la prima, invero, è chiamata solo ad individuare il presupposto - a sua volta collegato a una specifica situazione di fatto (la sospensione imposta da un evento sismico o dalla pandemia) o di diritto (la sospensione collegata all'accessibilità a una procedura di condono o alla richiesta ex art. 5 della legge n. 134 del 2003) - che rende applicabile la fattispecie generale prevista dall'art. 159, primo comma, cod. pen.

La previsione legale della sospensione del processo e, ricorrendone le condizioni prima richiamate, del corso della prescrizione si limita ad attribuire alla situazione presa in considerazione la qualifica delineata dal primo comma dell'art. 159 cod. pen., la cui portata normativa, tuttavia, resta del tutto immutata rispetto al contingente intervento legislativo introduttivo di una fattispecie di sospensione obbligatoria del processo idonea a fungere da presupposto della norma codicistica. Fermo restando che, come già osservato, non viene in rilievo l'introduzione di una "nuova" figura di sospensione del corso della prescrizione o la modifica sfavorevole di una figura codicistica, la previsione legislativa, successiva al fatto-reato, di una fattispecie di sospensione obbligatoria del processo rende dunque applicabile, in relazione alla situazione fattuale o giuridica individuata dalla legge, la norma generale dettata dall'art. 159, primo comma, cod. pen.».

Infine, la sentenza sottolinea come solo per il caso dell'interruzione della prescrizione è previsto un termine massimo per l'aumento del periodo necessario a prescrivere il reato, mentre analogo limite non riguarda anche la sospensione. Ne consegue che, ferma restando l'individuazione del termine di prescrizione, la sua concreta decorrenza è sempre correlata all'intervento o meno, nello svolgimento del singolo processo, di una o più cause di sospensione e alla loro durata, ivi compresa l'eventuale sospensione *ex lege* del processo. Quanto detto comporta che «l'incidenza in concreto delle sospensioni del processo e, quindi, del corso della prescrizione sul termine di perfezionamento della fattispecie estintiva rappresenta un effetto - previsto dalla richiamata norma codicistica - dell'andamento del processo stesso nel singolo caso e in nessun modo compromette la libera autodeterminazione della persona, che costituisce il nucleo centrale della ratio del principio di irretroattività e della tutela da esso garantita».

In conclusione, con la pronuncia in esame è stata ritenuta la manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale relativi all'ipotesi di sospensione della prescrizione contemplata all'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020.

5. La sentenza della Corte costituzionale.

La questione di legittimità costituzionale della disciplina della sospensione della prescrizione è stata definitivamente risolta dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n.278 del 2020, l'ha ritenuta manifestamente infondate.

La Consulta ha condivo l'orientamento emerso in sede di legittimità e volto a ricondurre la sospensione della prescrizione disciplinata dall'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020, nell'alveo della sospensione del processo ex art.159, cod.proc.pen., ritenendo che le pronunce che si erano in tal senso espresse costituiscano il "diritto vivente" formatosi sulla tematica.

Nella sentenza in esame, è stato ribadito che la prescrizione è un istituto di natura sostanziale, in quanto tale soggetto al principio di legalità di cui all'art.25 Cost.

Ciò comporta che, in primo luogo, innanzitutto soggiace al divieto di irretroattività la definizione del tempo di prescrizione dei reati, che coglie il profilo strettamente sostanziale. Ma tale aspetto non l'esaurisce la tutela costituzionale, in quanto la prescrizione si colloca nel processo e può risentire indirettamente delle vicende e di singoli atti di quest'ultimo nella misura in cui sono previste e disciplinate l'interruzione e la sospensione del decorso del tempo di prescrizione dei reati alle condizioni e nei limiti di legge (artt. 159 e 160 cod. pen.); sicché non è mai prevedibile *ex ante* l'esatto termine finale in cui si compie e opera la prescrizione, termine che può essere raggiunto in un arco temporale variabile e dipendente da fattori plurimi e in concreto non predeterminabili.

Partendo da tale premessa, la Corte ha affermato che «La garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che - avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità - da una parte, non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbìtri del legislatore, la quale rappresenta un "valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali" (sentenze n. 32 del 2020, n. 236 del 2011 e n. 394 del 2006)».

Quest'ultima affermazione va a confutare la diversa soluzione recepita da **Sez.3, n.21367 del 2/7/2020, De Marco, Rv.279296-01**, secondo cui il principio di irretroattività della norma penale andava bilanciato con il preminente diritto alla tutela della salute pubblica.

La Consulta si è poi premurata di precisare che il principio di irretroattività si applica non solo alla determinazione della durata della prescrizione, ma «coinvolge anche la disciplina della decorrenza, della sospensione e dell'interruzione della prescrizione stessa perché essa, nelle sue varie articolazioni, concorre - come già

rilevato - a determinare la durata del tempo il cui decorso estingue il reato per prescrizione. Si tratta di vicende processuali che incidono sulla complessiva durata del tempo di prescrizione dei reati».

L'affermazione costituisce un presupposto essenziale, posto che tra le censure di illegittimità costituzionale si sosteneva anche che la disciplina emergenziale avrebbe violato l'art.25 Cost. nella misura in cui introduceva una nuova causa di sospensione della prescrizione, consentendone l'applicazione a fatti di reato antecedenti.

La Corte costituzionale non ha condiviso tale assunto, ritenendo che la disciplina di cui all'art.83, d.l. n.18 del 2020, non ha affatto introdotto una nuova ipotesi di sospensione della prescrizione, in quanto la normativa in questione non ha fatto altro che integrare la previsione generale già contenuta all'art.159 cod.pen.

Si afferma in sentenza che l'art.159 cod.pen. «ha una funzione di cerniera perché contiene, da una parte, una causa generale di sospensione - secondo cui "[i]l corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale […] è imposta da una particolare disposizione di legge" - e dall'altra, una catalogazione di altri "casi" particolari».

L'art.159 cod.pen., pertanto, ha proprio la funzione di stabilire il principio generale per cui la prescrizione rimane sospesa in corrispondenza di determinati impedimenti allo svolgimento del giudizio e nel far ciò «rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare - come si dirà infra al punto 14 - il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.).

Essa afferma che la stasi ex lege del procedimento o del processo penale determina anche, in simmetria e di norma, una parentesi nel decorso del tempo di prescrizione dei reati. Pur non potendo escludersi che vi siano, in particolare, cause di sospensione del processo che non comportano la sospensione anche del termine prescrizionale, si ha in generale che, se il processo ha una stasi, le conseguenze investono tutte le parti: la pubblica accusa, la persona offesa costituita parte civile e l'imputato. Come l'azione penale e la pretesa risarcitoria hanno un temporaneo arresto, così anche, per preservare l'equilibrio della tutela dei valori in gioco, è sospeso il termine di prescrizione del reato per l'indagato o l'imputato».

Del resto, precisa la Consulta, la riconduzione nell'alveo dell'art.159 cod.pen. di ipotesi di sospensione individuate a fronte dell'emersione di determinati eventi impeditivi dello svolgimento del processo, non lascia l'imputato privo di qualsivoglia garanzia, in quanto permane «in ogni caso, da una parte, la garanzia della riserva alla legge della previsione delle ipotesi di sospensione del procedimento o del processo (ex art. 111, primo comma, Cost.), dall'altra parte, quanto alla ricaduta sul decorso

del tempo di prescrizione dei reati, la garanzia della loro applicabilità per l'avvenire a partire dall'entrata in vigore della norma che tale sospensione preveda (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale); ossia una nuova causa di sospensione - riconducibile alla causa generale di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. e quindi applicabile anche a condotte pregresse - non può decorrere da una data antecedente alla legge che la prevede».

In buona sostanza, la previsione generica contenuta all'art.159 cod.pen. viene ad essere integrata dalla norma di legge che individua in concreto qual è il fattore che impedisce il regolare svolgimento del processo e disciplina la durata della sospensione. Rispetto a tale norma "integrativa" dell'art.159 cod.pen., non «può temersi che, nella sostanza, al di là del rispetto formale del principio di legalità, pur così integrato, il rinvio aperto a ogni "particolare disposizione di legge", che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale, possa costituire una falla, nel senso di una possibile illimitata dilatazione del tempo complessivo di prescrizione del reato in ragione dell'applicazione di ogni disposizione che preveda la sospensione del procedimento o del processo penale. Infatti, il rispetto del principio di legalità - nella misura in cui è predeterminata la regola che vuole che alla sospensione del procedimento o del processo penale in forza di una "particolare disposizione di legge" si associ anche la sospensione del decorso del tempo di prescrizione del reato - non esclude, ma anzi si coniuga - come già rilevato - alla possibile verifica di conformità sia al canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), sia al principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.), a confronto dei quali sarà sempre possibile il sindacato di legittimità costituzionale della stessa sospensione dei procedimenti e dei processi penali, nonché, più specificamente, della conseguente sospensione del termine di prescrizione.

Nella fattispecie in esame, del resto, non vengono sollevati dubbi di legittimità costituzionale da parte dei giudici rimettenti sotto questo profilo, ma non può non osservarsi, da una parte, che la breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo e, dall'altra parte, che, sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva (art. 32, primo comma, Cost.) per contenere il rischio di contagio da COVID-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria».

In conclusione, la Consulta ha da un lato ricondotto la sospensione del procedimento disciplinata dall'art.83, d.l. n.18 del 2020, nell'alveo della previgente norma contenuta all'art.159 cod.pen. che già prevede la sospensione della prescrizione, al contempo, ha precisato che il potere legislativo è stato correttamente

impiegato - in maniera proporzionata rispetto all'emergenza in atto - senza che possa individuarsi alcun abuso lesivo di principio costituzionali.

6. La sospensione della prescrizione nel giudizio in Cassazione.

L'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020 contiene una disciplina generale, applicabile a qualsivoglia procedimento penale, che ha previsto la sospensione del termine di prescrizione in concomitanza con il periodo in cui, a causa della pandemia, è stata disposta la sospensione dei procedimenti penali.

Per i soli giudizi pendenti dinanzi la Corte di Cassazione, l'art.83, comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020, ha introdotto una diversa regolamentazione, stabilendo che «Nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020, il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020».

La norma, fin dai primi commenti, è apparsa di non agevole interpretazione, lì dove poneva quale condizione per il prolungamento della sospensione della prescrizione fino al 31 dicembre 2020 due requisiti: la pendenza del procedimento ed il fatto che lo stesso fosse pervenuto tra il 9 marzo ed il 30 giugno.

Ci si è interrogati, pertanto, se i due requisiti fossero richiesti alternativamente o congiuntamente.

È di tutta evidenza che, recependo la tesi secondo cui la sospensione "allargata" si dovesse applicare a tutti i procedimenti pendenti in Cassazione, a prescindere dall'epoca di iscrizione, ne sarebbe conseguito una considerevole espansione dei procedimenti sottratti al rischio di prescrizione. Al contempo, tale soluzione comporterebbe una ineludibile frizione con il dato letterale della norma, oltre che un più marcato sacrificio degli interessi delle parti alla celere definizione dei procedimenti.

6.1. Le ragioni della rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite sono state investite della problematica concernente la corretta interpretazione dell'art.83, comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020 su sollecitazione dell'ufficio spoglio della Prima Sezione e non già per effetto di un contrasto giurisprudenziale insorto sul punto, posto che - la tempistica con cui la questione è emersa - non ha consentito alle singole sezioni di pronunciarsi sul tema, dando luogo al formarsi di orientamenti giurisprudenziali contrapposti (tant'è che al momento della rimessione alle Sezioni unite risultava una sola informazione provvisoria sulla questione in esame).

L'Ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi della Prima Sezione ha rilevato come l'art.83, comma 3-bis, dovesse essere letto nel senso che per i procedimenti pendenti in Cassazione, il termine di prescrizione risulterebbe sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2020.

A tale conclusione si giunge sostenendo che la norma in questione, lì dove prevede un regime peculiare per la prescrizione dei procedimenti pendenti in Cassazione, non abbia inteso limitarne gli effetti ai soli procedimenti pervenuti alla Cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, essendo tale interpretazione contraria alla *ratio legis* .

Si assume che «l'interpretazione in termini di endiadi del duplice riferimento alla pendenza e alla ricezione in Cancelleria sembrerebbe escludere poco ragionevolmente dall'area applicativa della sospensione quei procedimenti che, al pari di quelli pervenuti nel periodo più volte indicato, non hanno potuto essere trattati in forza della sessa situazione emergenziale che giustifica la sospensione del termine per gli altri».

Nella nota dell'Ufficio spoglio si prospettava, pertanto, la possibilità di interpretare il riferimento normativo alla data in cui i procedimenti sono pervenuti «come completamento e integrazione del riferimento ai pendenti, che evoca una categoria ampia, e non come aggiunta limitativa».

L'esigenza dell'intervento nomofilattico delle Sezioni unite è sollecitato in considerazione della diversa interpretazione proposta da **Sez.5, n. 25222 del 14/7/2020, Lungaro, Rv. 279596-01** che ha recepito una diversa e più restrittiva interpretazione. Secondo quest'ultima pronuncia, infatti, la sospensione della prescrizione prevista dall'art.83, comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020, si applica solo nel caso in cui ricorrano congiuntamente i requisiti dell'essere il ricorso pervenuto alla Cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020 e dall'essere pendente nel medesimo periodo.

Recependo la soluzione proposta dall'Ufficio spoglio, invece, la prescrizione sarebbe sospesa a far data dal 9 marzo (inizio del periodo emergenziale) fino alla celebrazione dell'udienza e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2020.

L'Ufficio spoglio della Prima Sezione ha segnalato come la norma in esame prende atto delle conseguenze derivanti dall'impossibilità di trattare gran parte dei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione, introducendo una previsione volta ad ampliare il periodo di sospensione della prescrizione.

Risulterebbe contrastante con tale *ratio* un'interpretazione restrittiva dell'art.83, comma 3-bis, che ne riduca l'ambito applicativo ad un numero ridotto di ricorsi e, cioè, solo a quelli pervenuti nel periodo dell'emergenza sanitaria.

L'individuazione della *ratio* sottesa alla previsione del regime della sospensione della prescrizione non pare confutabile, salvo restando che le modalità con le quali la

finalità è stata perseguita sembrerebbero non consentire di per sé di fungere da parametro interpretativo certo.

In buona sostanza, non è contestabile che il Legislatore abbia inteso prevede un regime di "favore" per la Corte di Cassazione, ma la concreta modulazione di tale regime non implica necessariamente il recepimento della soluzione che amplia al massimo le ipotesi di sospensione della prescrizione.

A tal fine, pare opportuno segnalare come la previsione dell'art.83, comma 3-bis, risponde alla *ratio* di contemperare gli effetti dell'emergenza sanitaria con la sterilizzazione temporanea degli effetti della prescrizione anche se interpretata nel senso più restrittivo.

Si potrebbe ipotizzare, infatti, che il comma 3-bis ha previsto la sospensione lunga - fino al 31 dicembre 2020 - per i soli ricorsi iscritti nel periodo dell'emergenza, al fine di consentire alla Cassazione di trattare prioritariamente i giudizi, già pendenti e quindi, maggiormente a rischio di prescrizione, posticipando la trattazione di quelli iscritti in epoca successiva.

A tal riguardo, peraltro, è significativo il fatto che la sospensione della prescrizione prevista dall'art.83, comma 3-bis, non è collegata all'impedimento nella trattazione, bensì al solo fatto che il ricorso è pervenuto nel periodo emergenziale; ciò dovrebbe ulteriormente indurre a ritenere che la funzione dell'art.83, coma 3-bis, è strettamente collegata alla ripresa dell'ordinaria funzionalità della Corte, consentendo una programmazione delle prossime udienze mediante la fissazione dei procedimenti più risalenti nel tempo e la posticipazione di quelli pervenuti nel periodo emergenziale e che, in assenza della sospensione della prescrizione, risulterebbero altrimenti esposti al rischio di estinzione.

6.2. La tesi restrittiva.

La previsione contenuta al comma 3-bis è stata oggetto di approfondimento fin dalla relazione n.46/20 di questo Ufficio, essendosi immediatamente posto il dubbio sul contenuto precettivo della norma.

L'art.83, comma 3-bis, stabilisce che, nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020, il decorso del termine di prescrizione è sospeso fino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2020.

La norma pare dettata dalla consapevolezza che i termini di prescrizione, relativi ai procedimenti penali che giungono al terzo grado di giudizio, sono prossimi a spirare; al contempo, la ripresa dell'ordinaria attività della Corte risentirà sicuramente della sospensione pregressa, sicchè sarà necessario disporre di un lasso temporale

adeguato al fine di calendarizzare i processi rinviati e quelli pervenuti tra il 9 marzo ed il 30 giugno.

Se la norma persegue chiaramente la ratio di agevolare la Corte nel momento del ritorno alla "normalità", meno chiaro è l'ambito applicativo della disposizione.

In particolare, il comma 3-bis pare introdurre un duplice ordine di requisiti, lì dove fa riferimento ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo tra il 9 marzo ed il 30 giugno 2020.

L'utilizzo della congiunzione "e" dovrebbe indurre a ritenere che la norma richieda la contestuale sussistenza di entrambi i requisiti. Tuttavia, non è agevole individuare il significato di tale duplice ordine di presupposti cui la norma subordina l'ampliamento del periodo di prescrizione.

7. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Con decisione adottata all'udienza del 26 novembre 2020, di cui allo stato è nota la sola informazione provvisoria, le Sezioni unite hanno risolto il dubbio interpretativo sorto in ordine alla portata dell'art.82, comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020, optando per la tesi restrittiva.

Le Sezioni unite, infatti, hanno affermato che la sospensione della prescrizione di cui all'art. 83 comma 3-bis, d.l. n.18 del 2020, conv. in 1. n. 27 del 2020 opera esclusivamente con riferimento ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione che siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020.

Occorre aggiungere che l'interpretazione, favorevole alla valorizzazione dell'inequivoco dato letterale della norma, era stata *medio tempore* recepita da plurime pronunce delle sezioni semplici che a più riprese si erano espresse nel senso della necessaria compresenza del doppio requisito della "pendenza" e dell'essere il ricorso pervenuto nel periodo emergenziale.

In tal senso, in particolare, si era chiaramente espressa **Sez.5, n.25222 del 14/7/2020, Lungaro, Rv. 279506-01**, evidenziando che «Ai fini dell'integrazione della fattispecie sospensiva, i due requisiti indicati devono sussistere contestualmente: la norma, dunque, trova applicazione per i procedimenti pervenuti alla Corte di cassazione nel periodo indicato e pendenti (ossia non definiti) nel medesimo arco temporale. Una diversa interpretazione volta a ritenere applicabile la causa di sospensione in presenza alternativamente di uno dei due requisiti collide, innanzitutto, con il dato letterale (e, segnatamente, con la congiunzione "e" utilizzata dalla legge), univoco nel richiedere congiuntamente la sussistenza di entrambi. D'altra parte, l'interpretazione qui non condivisa renderebbe applicabile la sospensione ai procedimenti "pendenti" nel periodo indicato, anche se pervenuti anteriormente ad

esso, il che, però, priverebbe di alcun senso l'individuazione dell'arco temporale indicato e, in particolare, la fissazione del dies a quo. Del resto, anche la previsione dell'ulteriore causa di sospensione di seguito esaminata (comma 12-ter dell'art. 83 cit.) sarebbe del tutto superflua se si accedesse all'interpretazione qui non condivisa».

La medesima soluzione era stata recepita anche dal **Sez.3, n.25808 del 3/07/2020, Pianeta, 279891-01** secondo cui « va in primo luogo esclusa l'applicabilità nella specie del comma 3 bis dell'art. 83 del d.l. n. come convertito in l. laddove si stabilisce che, nei procedimenti pendenti alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020. Infatti, essendo richiesto in particolare, ai fini della sospensione, il requisito, che va ad aggiungersi (in forza della congiunzione "e") a quello della pendenza, della "pervenienza" presso la cancelleria della Corte tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020, va considerato che nella specie il procedimento è invece pervenuto, anteriormente, in data 26 febbraio 2020.

Del resto, che l'espressione complessiva utilizzata dal legislatore non si risolva in una mera endiadi, ma manifesti la necessità che il procedimento sia caratterizzato da entrambi i requisiti della pendenza e della "pervenienza" , è conclusione che non si appoggia solo al dato letterale, di per sé inequivoco, ma trova conforto in ulteriori indici, tra cui : il fatto che, appartenendo il comma ad una norma, quale l'art.83, d.l. n.18 del 2020, che contiene la disciplina generale del regime emergenziale applicabile a qualsivoglia procedimento, il riferimento ai giudizi "pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione", è finalizzato essenzialmente solo a distinguere il campo di applicabilità da quello dei procedimenti pendenti in fase di merito, sì che l'ulteriore requisito della pervenienza non può che assumere un proprio rilievo autonomo; il fatto, inoltre, che una diversa lettura, estensiva, che interpretasse la locuzione come mera endiadi si risolverebbe in una evidente interpretatio abrogans di tale ulteriore e, appunto, autonomo requisito».

La sentenza, pertanto, fondava la propria conclusione non solo sul dato normativo, ma offriva anche una spiegazione del significato che assume, all'interno del complessivo dettato dell'art.83, d.l. n.18 del 2020, l'aver fatto riferimento (al comma 3-bis) ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione, chiarendo come tale locuzione sia essenziale per distinguere la disciplina derogatoria relativa al giudizio di legittimità rispetto a quella generale.

Le due pronunce, pertanto, offrono una soluzione conforme al problema e, peraltro, la sentenza della terza sezione si fa carico anche di attribuire un preciso portato normativo al riferimento alla "pendenza" del giudizio in sede di legittimità (in senso conforme, si veda anche **Sez.5, n.26217 del 13/7/2020, G.; Rv. 279598-01**, **Sez.5, n.29959 del 15/9/2020, Bugini, Rv.279746 - 01**).

8. Le modalità di computo della sospensione della prescrizione ex art.83, comma 4 e 9.

All'esito della decisione assunta dalle Sezioni unite può affermarsi che il regime di favore previsto per la sospensione della prescrizione nei giudizi di legittimità è destinato ad avere un ambito applicativo limitato, potendone beneficiare i soli procedimenti iscritti tra il 9 marzo ed il 30 giugno.

Ciò comporta che, per tutti i restanti procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione, nonché per i procedimenti pendenti in fase di merito, trova applicazione il regime generale della sospensione della prescrizione, previsto dall'art.83, comma 4 e 9, del d.l. n.18 del 2020.

Invero, si rileva come l'art.83, comma 4, fa dipendere la sospensione della prescrizione dalla sospensione dei termini ai sensi del comma 2, mentre non contiene un diretto richiamo al comma 1, che disciplina il rinvio delle udienze fissate nel periodo di sospensione dell'attività giudiziaria.

Tale apparente incongruenza non impedisce una lettura logico-sistematica, ove si ritenga applicabile la regola generale dettata dall'art.159 cod. pen., lì dove stabilisce che «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge». Accedendo alla tesi - avallata anche da Corte cost., n.278 del 2020 - secondo cui l'art.83, comma 1, individua un caso di sospensione del processo penale *ex lege*, dovrebbe allora ritenersi che la sospensione della prescrizione trovi applicazione, con riguardo ai casi in cui l'udienza ricada nel periodo in cui è previsto il rinvio d'ufficio, sulla base della regola generale dell'art.159 cod. pen.

È utile a rimarcare, peraltro, come la stessa sentenza della Corte cost., n.278 del 2020, abbia chiarito come l'art.83, comma 4, d.l. n.18 del 2020 - pur descrivendo un'ipotesi specifica di "sospensione della prescrizione" conseguente alla sospensione del processo - non è "ridondante" rispetto al principio generale di cui all'art.159 cod.pen., in quanto la «previsione del comma 4 del censurato art. 83, secondo cui è sospeso anche il corso della prescrizione in ragione della sospensione del procedimento o del processo penale, non è inutile perché fissa, in modo espresso e quindi in termini maggiormente chiari, compatibili con il rispetto del principio di eguaglianza, la collocazione della disposizione nell'alveo della causa generale di sospensione contenuta nell'art. 159, primo comma, cod. pen.».

Quanto detto comporta che la disciplina della sospensione della prescrizione, contenuta al comma 4 dell'art. 83, si fonda sul presupposto della "stasi" dell'attività giurisdizionale, derivante dal necessario rinvio d'ufficio dei procedimenti con udienza ricadente nel periodo emergenziale (**Sez.3, n.31513 del 29/9/2020, Ciorra,**

Rv.279946-02) , nonché nella sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti, sicché occorre che vi sia un atto al quale sia collegato un termine.

Individuati i presupposti affinchè la sospensione operi, si è posto il problema di verificare i rapporti tra le due ipotesi di sospensione disciplinate rispettivamentei al comma 4 e 9, il primo relativo alla prima fase emergenziale, il secondo concernente l'eventualità che - nel periodo 12 maggio/30 giugno - siano stati adottati provvedimenti, da parte dei capi degli uffici, che hanno imposto la sospensione dei procedimenti.

Sempre sulla scorta dell'informazione provvisoria, pare corretto affermare che le Sezioni unite hanno dato alla complessa normativa un'interpretazione letterale e tesa a limitare gli effetti della sospensione della prescrizione.

Si è affermato, infatti, che «Il corso della prescrizione è rimasto sospeso ex lege, ai sensi dei commi 1, 2 e 4 del citato art. 83, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, nei procedimenti nei quali nel suddetto periodo era stata originariamente fissata udienza e questa sia stata rinviata ad una data successiva al termine del medesimo. Analogamente, ai sensi del successivo comma 9 dello stesso art. 83, la prescrizione è rimasta sospesa dal 12 maggio al 30 giugno 2020 nei procedimenti in cui in tale periodo era stata fissata udienza e ne è stato disposto il rinvio a data successiva al termine del medesimo in esecuzione del provvedimento emesso dal capo dell'ufficio giudiziario ai sensi dell'art. 83, comma 7 lett. g). Nel caso in cui il provvedimento ex art. 83, comma 7, lett. g) del citato decreto legge sia stato adottato successivamente al 12 maggio 2020, la sospensione decorre dalla data della sua adozione».

In buona sostanza, quindi, si sono individuati due distinti periodi di sospensione della prescrizione, precisando che, con riguardo a ciascun procedimento, la sospensione opera solo se questo si fosse dovuto effettivamente trattare in concomitanza con i predetti periodi emergenziali (9/11 maggio o 12 maggio/30 giugno).

Tale soluzione era stata già recepita da Sez.5, n.26217 del 13/7/2020, G., Rv. 279598-03, secondo cui « In tema di disciplina della prescrizione a seguito dell'emergenza pandemica, per i procedimenti con udienza fissata nel periodo 9 marzo-11 maggio 2020, la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 83, comma 4, del d.l. 18 marzo 2020 opera dalla data dell'udienza di cui è stato disposto il rinvio fino all'11 maggio 2020, mentre, per i procedimenti la cui udienza era fissata nel periodo 12 maggio-30 giugno 2020 (cd. "seconda fase" dell'emergenza) e rinviati a data successiva, ai sensi del comma 7, lett. g), art. cit., la prescrizione rimane sospesa, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.l. 18 marzo 2020, dalla data di detta udienza fino al 30 giugno 2020» (in senso conforme: Sez.5, n.29959 del 15/9/2020, Bugini, Rv.279746-01, Sez.5, n.29967 del 15/9/2020, La Vigna; Sez.5, n.28558 del

14/7/2020, Cafagna, Sez.5, n.26215 del 13/7/2020, Aloi, Rv.279766-02; Sez.5, n,25944 del 9/7/2020, Paciletti, Rv. 279496-02; Sez.5, n.30434 del 13/07/2020, Innocenti).

Ne consegue che la sospensione della prescrizione non opera in maniera generalizzata con riguardo a tutti i procedimenti, occorrendo che vi sia stato l'effettivo e specifico impedimento alla trattazione.

Ma non solo, le Sezioni Unite hanno, altresì, precisato che i due periodi di sospensione suindicati si sommano in riferimento al medesimo procedimento esclusivamente nell'ipotesi in cui l'udienza, originariamente fissata nel primo periodo di sospensione obbligatoria, sia stata rinviata a data compresa nel secondo periodo e, quindi, ulteriormente rinviata in esecuzione del provvedimento del capo dell'ufficio.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

Sez.3, n.31513 del 29/9/2020, Ciorra, Rv.279946-02
Sez.5, n.29967 del 15/9/2020, La Vigna
Sez.5, n.29959 del 15/9/2020, Bugini, Rv.279746 - 01
Sez.3, n.25433 del 23/07/2020, Turra, Rv. 279866 - 01
Sez.5, n.28558 del 14/7/2020, Cafagna
Sez.5, n.25222 del 14/7/2020, Lungaro, Rv. 279596-01
Sez.5, n.30434 del 13/07/2020, Innocenti
Sez.5, n.26217 del 13/7/2020, G., Rv. 279598
Sez.5, n.26215 del 13/7/2020, Aloi, Rv.279766-02
Sez.5, n.25944 del 9/7/2020, Paciletti, Rv. 279496-02
Sez.3, n.25808 del 3/07/2020, Pianeta, 279891-01
Sez.3, n.21367 del 2/7/2020, De Marco, Rv.279296-01

Sentenze della Corte Costituzionale

Corte cost., n.278 del 2020
Corte cost., n.115 del 2018
Corte cost., sent. n.265 del 2017
Corte cost., sent.n.143 del 2014
Corte cost., sent. n. 324 del 2008