

Numero 3 - 2017

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) - MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) - PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) - MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) - ALESSANDRO D'ANDREA (*Segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) - COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) - BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) - PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) - ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) - FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) - NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) - ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) - LOREDANA MICCICHÉ (*consigliere della Corte di cassazione*) - CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) - ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) - ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) - CESARE PARODI (*Procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica di Torino*) - GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) - RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) - PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) - GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) - UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) - PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - LUCA VARRONE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) - ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 3°

(settembre-dicembre 2017)

Gli Autori.....	5
-----------------	---

CIVILE

Antonio MONDINI, <i>L'attuazione coattiva della consegna dei figli e l'art. 614 bis, c.p.c.</i>	6
Emanuele QUADRACCIA, <i>Frazionamento del credito (nei rapporti di durata) e abuso del processo: un discorso più che mai aperto. Il punto a seguito di Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091.</i>	20
Giulio FORTUNATO, <i>Frazionamento oggettivo del credito ed espromissione: spunti problematici a margine di C. Appello Napoli n. 217 del 2017</i>	25
Luca CAPUTO, <i>Immissioni sonore: tutela cautelare del diritto di proprietà in ragione del diritto all'abitazione e al rispetto della vita familiare (commento all'ordinanza del Tribunale di Napoli, Nona Sezione Civile, del 22.06.2017, Est. Di Tonto)</i>	49
Stefano BARBIANI, <i>Le procedure fallimentari, tra la riforma del 2015 e quella proposta dalla "Commissione Rordorf"</i>	63
Stefano AGOSTA, <i>Dimensione umana e falsi miti in tema di surrogazione di maternità</i>	68
Vincenzo LOCANE, <i>Il futuro della magistratura onoraria</i>	72

TRIBUTARIO

Carlo Maria GRILLO, <i>La giustizia tributaria: questa sconosciuta</i>	76
--	----

PENALE

Alessandro CENTONZE, <i>La confisca di prevenzione e l'immanente pericolosità della res confiscata dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e gli interventi chiarificatori delle sezioni unite</i> ..	81
Alberto ROMEO, <i>L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Prime riflessioni (critiche) sulla nuova causa estintiva del reato introdotta dalla c.d. Riforma Orlando.</i>	101
Gianpaolo MOCETTI, <i>La lettura in ottica precauzionale delle misure di prevenzione: contesto sistematico e possibili effetti di natura penale</i>	124
Antonio LEPRE, <i>Brevi considerazioni sul cd. patteggiamento in appello</i>	135
Maria Tiziana BALDUINI, <i>Il progetto di legge di riforma della diffamazione a mezzo stampa</i>	138

EUROPA

Andrea VENEGONI, <i>Perché lo studio del diritto penale dell'Unione Europea? (Scheda 1)</i>	148
<i>La nascita della potestà sanzionatoria della Comunità Europea: la Corte di Giustizia ed il caso del mais greco (Scheda 2)</i>	150
<i>L'Unione Europea ed il terzo pilastro (Scheda 3)</i>	152
<i>Il Corpus iuris, la lotta alle frodi sul versante amministrativo e l'OLAF (Scheda 4)</i>	156
<i>La Corte di Giustizia gioca di nuovo un ruolo nella creazione del diritto penale europeo: il caso Pupino (Scheda 5)</i>	158
<i>La Corte di Giustizia gioca di nuovo un ruolo nella creazione del diritto penale europeo: il caso della protezione ambientale (Scheda 6)</i>	160
<i>Il Trattato di Lisbona (Scheda 7)</i>	162
<i>L'art 325 TFUE e il caso Taricco (Scheda 8)</i>	165
<i>L'ordine di indagine europeo (Scheda 9)</i>	168
<i>La Procura Europea (EPPO) (Scheda 10)</i>	171

PUBBLICO

Paolo SPAZIANI, <i>Le fonti del diritto nel sistema dei raccordi dell'ordinamento statale con gli altri ordinamenti</i>	176
Massimo PALAZZO, <i>La prassi notarile tra le fonti del diritto vivente?</i>	204
Edmondo CACACE, <i>Appunti sulla (in)costituzionalità del potere dei Prefetti in materia di rilascio dei beni immobili illecitamente occupati</i>	214
Corrado MISTRI, <i>La questione di legittimità costituzionale dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo dinanzi al giudice amministrativo alla luce della giurisprudenza CEDU</i>	221

Gli Autori

Stefano AGOSTA, *professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina*

Maria Tiziana BALDUINI, *giudice del Tribunale di Roma*

Stefano BARBIANI, *avvocato del Foro di Rimini. Collaboratore della cattedra di Diritto fallimentare, Università di Bologna*

Edmondo CACACE, *giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Luca CAPUTO, *giudice del tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Giulio FORTUNATO, *magistrato ordinario in tirocinio*

Carlo Maria GRILLO, *presidente della Commissione tributaria provinciale di Roma. Vice presidente Unione giudici tributari*

Antonio LEPRE, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*

Vincenzo LOCANE, *giudice di pace di Massa Carrara*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Procura generale della Corte di cassazione*

Gianpaolo MOCETTI, *magistrato ordinario in tirocinio*

Antonio MONDINI, *consigliere della Corte di cassazione*

Massimo PALAZZO, *notaio in Pontassieve e Presidente della Fondazione Italiana del Notariato*

Emanuele QUADRACCIA, *giudice del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto*

Alberto ROMEO, *giudice del Tribunale di Palmi*

Paolo SPAZIANI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione*

Andrea VENEGONI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

ANTONIO MONDINI

L'attuazione coattiva della consegna dei figli e l'art. 614 bis, c.p.c.

I. Il tema della attuazione coattiva della consegna dei figli si pone allorché occorre garantire il diritto al mantenimento di uno stabile rapporto dei figli con ciascuno dei genitori tra loro in conflitto.

Il quadro delle posizioni giuridiche coinvolte è costituito dalla legittima aspettativa dei figli alla bigenitorialità (art. 337 ter, c.c.), dalla “responsabilità” dei genitori, in forza della quale ciascuno di essi è tenuto a contribuire alla cura dell'interesse dei minori, e quindi anche a consegnarli all'altro genitore perché possano stare insieme a lui e, viceversa, a ricevere i figli per relazionarsi con loro (¹), dal diritto di ciascun genitore di visitare e di frequentare i figli e dal contrapposto obbligo dell'altro genitore di collaborare perché ciò avvenga.

II. Il diritto del genitore alla consegna del minore è connotato da due tratti di particolare rilievo con riferimento alla relativa attuazione coattiva: si tratta di un diritto strettamente legato ad interessi personali del minore che devono essere preservati, per quanto possibile, da ogni forzatura e da ogni forma di costringimento e di un diritto suscettivo di essere leso attraverso

¹ Il termine “responsabilità” è stato introdotto dal d.lgs. 154/2013 che ha riscritto gli articoli art. 315 e ss. del codice civile; il termine in precedenza utilizzato -“potestà”-, legato, in origine, ad un modello di famiglia come struttura gerarchizzata, e descrittivo di un potere del genitore sul figlio, aveva poi, dopo il tramonto di quel modello, già con la riforma del diritto di famiglia del 1975 (e, almeno per la dottrina più avvertita e sensibile, anche prima), assunto il diverso significato di “funzione” cioè di situazione giuridica soggettiva attiva, ad esercizio non libero (nell'an) né arbitrario (nel quomodo) ma necessitato e discrezionale, teso a soddisfare non l'interesse proprio del (titolare ossia del) genitore ma l'interesse del figlio (Sul punto, v., Corte Cost. 27 marzo 1992, n. 132, in Giur. cost., 1992, 1108, ove si dice che la potestà dei genitori è riconosciuta dall'art. 30 della Costituzione non come loro libertà ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione e il suo limite. Sulla potestà in generale, v. per tutti, BIGLIAZZI GERI, Osservazioni minime su “poteri privati” e interessi legittimi, in Riv. giur. lav. e prev. soc., 1983, I, 259 ss., spec. 291 ss.). La nuova formula legislativa, conforme alla disposizione di cui all'art. 2, n. 7, del Regolamento CE n. 2201/2003 relativo al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale (“i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita”) ed ispirata ai principi di diritto europeo della famiglia, elaborati tra il 2004 e il 2005, dalla Commissione sul diritto di famiglia europeo, in <http://ceflonline.net/principles>, rispecchia ed evidenzia la sopradetta modifica di significato della potestà (AMBROSINI, Dalla potestà alla responsabilità: la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale, in Dir. fam.e pers., 2105, 687; BELLELLI I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa, in Bianca (a cura di), La riforma della filiazione, Padova, 2015, 141 ss.).

comportamenti molto differenziati, reiterabili e soprattutto, spesso, concretamente, se anche non astrattamente, infungibili ⁽²⁾.

A causa dei due tratti appena evidenziati, le forme dell'esecuzione diretta, ivi comprese, segnatamente, quelle "in via breve" ⁽³⁾, si rivelano inadatte e in certi casi del tutto inutilizzabili:

2 Dal rifiuto di consegna *tout court*, alla mancanza di collaborazione o alla frapposizione di ostacoli per la consegna, a condotte tendenti a creare nel minore resistenze psicologiche rispetto alla consegna o ad impedire o non agevolare la rimozione di simili resistenze. Qualche esempio: genitore che viola il dovere di favorire il rapporto del figlio con l'altro genitore o che ostacola gli incontri tra l'altro genitore e il figlio, sino a recidere ogni legame tra gli stessi (Cass.pen., Sez. VI., 5 marzo 2009, n. 27995); genitore che consente al figlio di non andare a scuola nei giorni in cui l'altro genitore deve andarlo a prendere; genitore che non iscrive il figlio ad un centro estivo dove è previsto che il padre possa averlo vicino a sé nel periodo di vacanza (Trib. Firenze, 10 novembre 2011, in *Danno e resp.*, 2012, 781).

L'obbligo di consegna del minore per i fine settimana o per alcuni giorni la settimana o per alcune ore in determinati giorni, è, in astratto, fungibile e quindi attuabile con le forme dell'esecuzione diretta; in concreto, tuttavia, dati i tempi necessari all'azione esecutiva e data la periodicità e la frequenza della prestazione dovuta, non sempre è fungibile in concreto; l'obbligo di fare il possibile per agevolare il recupero del rapporto psicologico corretto del minore riguardo all'altro genitore, è infungibile anche in astratto; tutti gli obblighi negativi la cui inosservanza possa interferire con la consegna del minore così come l'obbligo di prendere il minore in consegna, sono infungibili anche in astratto.

Un'ipotesi di infungibilità in concreto è poi quella che si determina quando il minore manifesta una volontà contraria a relazionarsi con il genitore che ne chiede la consegna. In quest'ipotesi, risalente giurisprudenza ha talvolta ritenuto che il giudice dell'esecuzione potesse sospendere l'esecuzione e rimettere gli atti al giudice della cognizione (Pret. Parma 3 aprile 1984, in *Dir. Fam.*, 1984, 671) o rifiutare *tout court* l'esecuzione (Pretura di Palermo 16 aprile 1987, in *Dir. Fam.*, 1988, 1057; Pretura Nardò 18 agosto 1981, in *Giur merito*, 1982, I, 1145, con nota di MEZZANOTTE). La soluzione è condivisibilmente criticata da GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2008, 2, 883, quale "indebita sovrapposizione funzionale tra fase cognitiva e fase esecutiva [dovendosi in tale ipotesi, ricorrere non al giudice dell'esecuzione ma al giudice del merito per] ottenere la revoca o modifica dei provvedimenti di affidamento".

3 L'esecuzione "in via breve", di matrice giurisprudenziale (Pret. Roma, 5 agosto 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 302; Pret. Milano, 8 agosto 1986, in *Giur.it.*, 1989, I, 2, 184; Pret. Roma, 16 dicembre 1987, in *Foro it.*, 1990, I, 1392; Pret. Casoria, 13 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 2665; Pret. Padova, 20 novembre 1995, in *Fam. e dir.*, 1996, III, 269; Trib. Min. Perugia, 13 giugno 1997, in *Rass. Giur. Umbra*, 1998, 17; Trib. Catania Paternò, 27 maggio 2004), ha luogo a mezzo dell'ufficiale giudiziario o della forza pubblica, secondo modalità e sotto il controllo del giudice della cognizione.

L'impiego di queste forme ha ricevuto riconoscimento legislativo dapprima con il comma 10 dell'art. 6 L. div. e poi, dopo l'abrogazione di questo ad opera dell'art. 98, comma 1, lett. d), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, con il comma 2 dell'art. 337 ter, c.c., (introdotto dallo stesso d.lgs. 154) che attribuisce l'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole al giudice del merito.

In base al Regolamento CE 2201/2003, le forme nazionali devono essere seguite anche da parte del Dipartimento per la Giustizia minorile del Ministero della Giustizia, quale Autorità centrale, laddove occorre dare esecuzione in Italia a provvedimenti di altri Paesi dell'Unione (sul punto e per riferimenti generali sul Reg. 2201/2003, v. LUPOLI, *La giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale*, in Lupoi (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio*, Tomo II, Santarcangelo di Romagna, 2015, 49 ss).

In precedenza, parte minoritaria della dottrina aveva ipotizzato il ricorso alle forme del procedimento per consegna ex artt. 605 ss., c.p.c. (CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile, Processo di esecuzione*, Padova, 1932, I, 36 ss.; ripreso da FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori. Contributo alla teoria dell'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1991, 203); la tesi era stata criticata sia per l'impossibilità di equiparare il minore alla cosa mobile o immobile a cui si riferisce l'art. 2930 c.c. sia perché il procedimento per consegna si svolge senza la direzione dell'organo giudiziario.

Altro orientamento aveva ritenuto applicabili le forme dell'esecuzione forzata per obblighi di fare, ex artt. 612 ss. c.p.c., (in questo senso, ad es., LUISO, voce *Esecuzione forzata*. II) *Esecuzione forza in forma specifica*, cit., 4; MINNECI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori*, DFP, 1995, 770-788; A. FINOCCHIARO in A. Finocchiaro-M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1988, 518). L'orientamento era stato criticato sia perché affidava l'esecuzione a soggetti -il giudice dell'esecuzione e l'ufficiale giudiziario- carenti dell'esperienza a trattare di vicende concernenti (non cose ma persone e per di più) minori (VACCARELLA,

esse implicano inevitabilmente l'assoggettamento del minore ad atti di coartazione posti in essere da parte di terzi estranei (ufficiale giudiziario o forze dell'ordine), connessi alla necessità del passaggio da un genitore all'altro, incidenti sulla tranquillità dei minori stessi e, nei casi estremi, produttivi di effetti psicologicamente traumatici⁴); esse sono inutilizzabili per obblighi infungibili.

Da qui la necessità di ricercare un meccanismo diverso, adatto ai tratti caratterizzanti l'obbligo da attuare, effettivo.

III. Questo meccanismo è costituito dalle misure di attuazione indiretta ossia da misure che non si concretizzano (come quelle di esecuzione diretta) nella sostituzione di un terzo all'obbligato, per il compimento della condotta dovuta, ma si sostanziano nella prospettazione, rivolta all'obbligato, di una conseguenza negativa per l'ipotesi in cui questi non tenga la condotta dovuta.

Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 309; CONSALES, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. esec. forz.*, 2002, 493), tanto che -si era detto- "applicare le regole relative agli artt. 612 ss. significherebbe immettere la prole in un ingranaggio sordo, lento ed aleatorio" (SACCHETTI, *Problemi e prospettive fra giurisdizione e amministrazione negli interventi giudiziari a protezione dei minori*, in *RTPC*, 1985, 781.), sia perché "l'obbligo di consegnare un minore comporta un'attività in sé semplicissima e, in relazione alle modalità della quale, non si vede su cosa dovrebbe dunque esplicarsi la discrezionalità del giudice" (FORNACIARI, op. cit., 214).

La Corte di Cassazione, con la sentenza 7 ottobre 2010, n. 5374, in *Foro it.*, 1980, I, 2707, aveva affermato che se l'obbligo di consegna era imposto da un provvedimento definitivo del Giudice minorile o da un provvedimento di giurisdizione volontaria, che, pur inidoneo al giudicato, era destinato a regolare la situazione in modo "tendenzialmente stabile", dovevano essere seguite le forme di cui agli artt. 612 ss. c.p.c., mentre se l'obbligo era imposto da un provvedimento interinale o cautelare (quale, ad esempio, quello adottato dal presidente del tribunale ex art. 708 c.p.c. o ex art. 4 legge div.), dovevano essere seguite le forme dell'esecuzione "in via breve" (Nello stesso, Cass. 19 febbraio 1981, n. 1014, in *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare*, n. 9; Cass. 11 novembre 1982, n. 5946, in *Dir. fam.* 1983; Cass. 15 dicembre 1982 n. 6912, in *Giust. civ.*, 1983, I, 792).

Sulle posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina riguardo all'attuazione degli obblighi relativi all'affidamento, v. CANAVESE, *L'esecuzione dei provvedimenti concernenti la persona del minore*, in Lenti (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti V, Milano, 2012, 197 ss.

4 Va in proposito ricordato che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sentenza 29 gennaio 2013, in *Foro it.*, 2013, IV, 361, ha sottolineato che le autorità nazionali, nell'attuare l'obbligo loro imposto dall'art. 8 della Convenzione di adottare misure idonee a garantire il diritto alla bigenitorialità e a riavvicinare il genitore ed il figlio non convivente, possono ricorrere alla coercizione solo in modo limitato poiché "esse devono tener conto degli interessi, nonché dei diritti e delle libertà di dette persone ed in particolare dell'interesse superiore del minore e dei diritti conferiti al medesimo dall'art. 8 della Convenzione (Voleský c. Repubblica ceca, n. 63267/00, § 118, 29 giugno 2004)" e, "come costantemente sancito dalla giurisprudenza della corte, è necessaria grande prudenza prima di ricorrere alla coercizione in una materia così delicata (Reigado Ramos c. Portogallo, n. 73229/01, § 53, 22 novembre 2005) e l'art. 8 della convenzione non autorizza i genitori a far adottare misure pregiudizievoli per la salute e lo sviluppo del minore (Elsholz c. Germania [GC], 25735/94, §§ 49-50, Cedu 2000, VIII)"; e vanno altresì richiamate le pronunce 2 novembre 2010, *Piazzi c/Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n. 187, e 30 giugno 2005, *Bove c/Italia*, in <https://www.giustizia.it>, in cui la Corte Europea ha escluso che lo Stato potesse essere chiamato a rispondere di violazione dell'art. 8 della Convenzione per il fatto che le autorità nazionali non avevano adottato strumenti di esecuzione diretta volti a consentire gli incontri protetti tra il ricorrente e il figlio, contro la volontà di quest'ultimo, sottolineando che l'esecuzione coattiva sarebbe stata in tal caso contraria all'interesse del minore, di fronte al quale il diritto del genitore è subvalente.

Le misure in esame sono, in altri termini, meccanismi di coercizione psicologica, finalizzati a ch  l'obbligato adempia personalmente.

Le misure in esame presentano evidente utilit  su tre piani distinti:

-quello della effettivit  perch  esse, irrogate con il provvedimento costitutivo ⁽⁵⁾ dell'obbligo di consegna o degli obblighi collegati e strumentali a quello di consegna, operano *ex ante* rispetto alla relativa violazione e sono tendenzialmente in grado di prevenirla;

-quello della universale utilizzabilit  per ogni obbligo, fungibile o non;

-quello, infine, della assenza di profili di costringimento fisico e psichico a carico del minore, da parte di terzi estranei.

Le misure coercitive presentano per  un limite: la loro efficacia   inversamente proporzionale alla capacit  di resistenza del destinatario.

Avendo riguardo alle misure coercitive pecuniarie ⁽⁶⁾, l'efficacia dipende dalla consistenza del patrimonio dell'obbligato: le misure non sono efficaci di fronte ad un soggetto privo di patrimonio aggredibile ⁽⁷⁾.

Non   trascurabile, inoltre, un fattore, che pur non essendo un limite intrinseco delle misure coercitive, pu  tuttavia costituire un elemento di interferenza rispetto al loro concreto funzionamento: quando le condotte tramite le quali l'obbligato pu  rendersi inadempiente sono molto variegate, come   appunto il caso delle condotte violative dell'obbligo di consegna dei figli,   difficoltoso definire il presupposto applicativo dell'*astreinte* in modo appropriato; la definizione pu  risultare troppo "stretta" con la conseguenza che l'obbligato pu  riuscire ad eludere la misura tenendo condotte anche solo minimamente diverse da quelle individuate dal giudice; n  una definizione in termini ampi   sempre una soluzione perch  essa pu  dare al "creditore" margini

5 . Per la natura "costitutivo-condannatoria" dei provvedimenti con i quali la misura di attuazione indiretta pu  essere concessa, v. infra paragrafo VI.1.

6 Nel nostro ordinamento, salvo che nel caso previsto dall'art. 12 sexies della Legge sul divorzio (secondo cui "al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale"), non sono previste misure coercitive detentive o suscettive di conversione in misure detentive.

7 In astratto, neppure sono efficaci nei confronti di un soggetto dotato di un patrimonio tale da disinteressarsi delle conseguenze della trasgressione. In concreto, tuttavia, questo limite di efficacia sfuma: esso, legato non, come il primo, ad una inadeguatezza strutturale della misura coercitiva rispetto ad una situazione obiettiva ma ad una inadeguatezza dovuta alla insufficiente liquidazione dell'ammontare di base della misura rispetto alle capacit  economiche dell'obbligato,   destinato sempre a venir meno allorch , con l'accumularsi degli importi dovuti per ogni singola trasgressione, verr  raggiunta una soglia oltre la quale l'obbligato non potr  pi  disinteressarsi delle conseguenze della violazione.

eccessivi nella selezione dei presupposti applicativi della “penalità”; vi sono quindi rischi di ineffettività e di ulteriore contenzioso.

IV. Nella cornice di cui sopra si colloca la previsione dell'art. 614 bis, c.p.c. a mente della quale il giudice, con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento⁽⁸⁾.

L'applicabilità della norma riguardo all'obbligo di consegna dei figli e agli obblighi ad esso collegati, è incontrovertibile in giurisprudenza ed è affermata dalla dottrina maggioritaria⁽⁹⁾.

8 Il testo dell'articolo, introdotto con L. 18.06.2009, n. 69, modificato per effetto dell'art. 13, D.L. 27.06.2015, n. 83, rubricato “Misure di coercizione indiretta”, è il seguente: “Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409. Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”.

La norma viene qui presa in esame solo per quanto rileva riguardo all'attuazione dell'obbligo di consegna del minore e degli obblighi ad esso collegati.

Per riferimenti generali, limitando i richiami a monografie e manualistica, v. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2012, 1095; TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette*, Trento, 2012, 260 ss.; CHIARLONI, *Le nuove misure coercitive previste dall'art. 614 bis c.p.c.*, in Libro dell'anno del diritto Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 2012, 708; PICARDI, *Codice di procedura civile. Commentario, sub art. 614 bis*, 5a ed., Milano, 2010; CARRATTA, in Mandrioli-Carratta, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 97; CHIZZINI, *Commento all'art. 614 bis*, in Balena-Chizzini-Caponi-Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/09*, Torino, 2009; DELLE DONNE, in AA.VV., *L'esecuzione processuale indiretta*, a cura di Capponi, Milano, 2011, 145 ss.; MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, 123 ss.

9 A titolo di esempio, v., in giurisprudenza, Trib. Salerno, 22 dicembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 931; Trib. Firenze, ord. 10 novembre 2011, in *Danno e resp.*, 2012, 781 ss.; Trib. Roma, 10 giugno 2011, in *Dir. fam.*, 2012, p. 298 ss.; Trib. Minoreni Trieste, 23 agosto 2013, in *Nuova giur. civ. comm.* 2012, 41; Trib. Roma 10 maggio 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 2100; Trib. Roma, sez. I, 27 giugno 2014, in www.personaedanno.it; Trib. Roma, ord. 8 settembre 2016, giud. Velletti, M.R. c. A.P., inedita. In dottrina, TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e dir.*, 2010, 1057 ss.; PALADINI, *Rapporti tra il giudice della separazione, giudice tutelare e tribunale per i minorenni*, in *Fam. pers. Succ.*, 2011, 346; DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle “astreintes”*, in *Corr. del merito*, 2009, 1184; AMRAM, *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 ter e 614 bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.* 2012, 783; MORANI, *Ancora sull'attuazione coattiva dei provvedimenti giurisdizionali (del T.o. e del T.m.) relativi alla prole minorenni: effetti delle nuove norme di cui agli artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in *Dir. fam e person.*, 2013, 763; CANAVESE, *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giur.it.*, 2014, 2351; MONDINI, op. cit., 44 ss.; FICCARELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti relativi ai minori: l'esperienza italiana e francese a confronto*, in *Fam e dir.*, 2016, 83 ss., spec. 103.

La tesi minoritaria, negativa, argomenta dal preteso rapporto di genere a specie tra la previsione della misura di cui all' art. 614 bis e la previsione delle misure di cui all'art. 709 ter, c.p.c. (¹⁰): in forza di tale rapporto, queste ultime sarebbero le uniche applicabili (¹¹).

La tesi sopradetta presuppone che l'ammonimento, il risarcimento, la sanzione amministrativa, stabiliti dalla norma relativa alle liti tra genitori appartengano al novero delle coercitive.

In realtà non è così.

L'ammonimento è una diffida a non ripetere o a non perpetuare condotte contrarie agli obblighi genitoriali; è una misura (come le coercitive) rivolta al futuro (¹²) ed è certamente annoverabile tra le misure compulsorie ma non è annoverabile tra le misure coercitive perché manca dell'elemento che caratterizza queste ultime rispetto alle prime, ossia la sanzione. Né appare fondatamente teorizzabile che, con riguardo agli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento, si applichi solo l'ammonimento: non può dirsi infatti che fra le misure compulsorie, l'ammonimento sia misura speciale rispetto all'*astreinte* ex art. 614 bis, c.p.c., valendo specificamente per gli obblighi suddetti a fronte della valenza generale della seconda misura, dato che la regola speciale è quella che disciplina alcune fattispecie, comprese in un dato ambito, in modo diverso da come la regola generale disciplina tutte le altre fattispecie, mentre l'ammonimento non è regola diversa dalla pronuncia ex art. 614 bis, c.p.c. ma è, per così dire, il nucleo di quest'ultima che, a propria volta, è quella stessa regola con l'aggiunta della minaccia di una sanzione; sotto altro profilo, poi, la teoria ipotizzata verrebbe a privare alcuni interessi "sensibili" (del minore e del genitore) di quella tutela esecutiva (indiretta) che sarebbe invece riconosciuta ad interessi (quali ad esempio quelli meramente economici per i cui detta tutela è

10 La disposizione stabilisce che il giudice, chiamato a decidere di controversie tra i genitori relative all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità di affidamento dei figli, adotta i provvedimenti opportuni e, in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, può ammonire il genitore inadempiente (art. 709 ter, 2° c., n. 1), disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore (art. 709 ter, 2° c., n. 2) o dell'altro genitore (art. 709 ter, 2° c., n. 3), condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa in favore della Cassa per le ammende (art. 709 ter, 2° c., n. 4).

11 CHIZZINI, *Commento all'art 614-bis c.p.c.*, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, *La riforma della giustizia civile*, cit., 165; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. Proc.*, 2009, 1557; VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.* 2010, 931, che ravvisa la misura speciale nella condanna al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende; SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive inderette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. Fam.*, 2010, 910 ss.

12 Lo si ricava dalla lettera dell'articolo 709 ter c.p.c., stando alla quale esso è riferito non ad atti che "abbiano arrecato", ma che "arrechino" pregiudizio al minore, non ad atti che "abbiano ostacolato" ma ad atti che "ostacolano" il corretto svolgimento delle modalità di affidamento.

riconosciuta dall'art. 614 c.p.c. o da altre disposizioni settoriali)⁽¹³⁾ dotati di minore rilievo, in contrasto con ogni principio di ragionevolezza ed effettività della tutela (artt. 3 e 24 Cost.).

I provvedimenti di cui ai numeri 2 e 3 del secondo comma dell'art.709 ter c.p.c., hanno funzione essenzialmente risarcitoria⁽¹⁴⁾ forse anche con accenti punitivi⁽¹⁵⁾, ma non hanno, intrinsecamente, una funzione coercitiva⁽¹⁶⁾ posto che a differenza delle misure coercitive, segnatamente di quella di cui all'art. 614 bis, hanno «*diversa collocazione cronologica rispetto all'illecito: la condanna pecuniaria dell'art. 614 bis c.p.c. ... guarda al futuro e diviene esigibile se, nel futuro appunto, ci sia una violazione; le condanne*

13 Si pensi alle disposizioni di cui agli art. 124 e 131 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n.30 (codice della proprietà industriale) o all'art. 156 della Legge 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. Legge sul diritto d'autore), che assicurano la tutela esecutiva indiretta per le inibitorie relative a diritti di privativa industriale o intellettuale.

14 Per una qualificazione come mezzi risarcitori, v., a titolo di esempio, in giurisprudenza, Trib. Firenze, ord. 7 maggio 2012, *Foro it.*, 2012, I, 1941; Trib. Catanzaro 23 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Varese 7 maggio 2010, *www.leggiditalia.it*; in dottrina, SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 227; FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/06*, in *Fam. persone e successioni*, 2007, 590; ROSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile a cura di Briguglio-Capponi*, Padova, 2007, I, 407 ss.; GRECO, *Affido condiviso (l. 54/06) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2006, 1178; MONDINI, op. cit., 49 s.; nello stesso senso, RONCO, *L'art. 614 bis c.p.c. e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur. it.*, 2014, 761, al quale si deve il virgolettato di cui subito nel testo.

15 La Corte di Cassazione, con l'ordinanza della sezione I civile, in data 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, 2016, I, 1973, con cui è stata rimessa all'esame del Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione della non riconoscibilità, per contrarietà con l'ordine pubblico, della sentenza straniera di condanna al pagamento di danni punitivi, ha affermato (punto 8 della motivazione) che l'art. 709 ter c.p.c. è norma che, «*nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, [dà a] il giudice il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive*». In precedenza, la figura dei danni punitivi era stata evocata riguardo alle condanne in esame da Trib. Novara 21 luglio 2011, *Foro it.*, *Rep.* 2012, voce *Responsabilità civile*, n. 231, e *Famiglia e dir.*, 2012, 612, con nota di DE SALVO; Trib. Messina 5 aprile 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 1689; Trib. Pisa, ord. 20 dicembre 2006, *Foro it.*, *Rep.* 2007, voce *Separazione di coniugi*, n. 150; *Famiglia e dir.*, 2007, 1051; Trib. Verona 11 febbraio 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 710, e, in dottrina, PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, nota a Trib. Messina 8 ottobre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 409; PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreintes*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 853 ss.; ZINGALES, *Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronuncia della Suprema corte*, nota a Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Dir. famiglia*, 2011, 656; LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia*, in *Famiglia e dir.*, 2008, 71; DANOVÌ, *I provvedimenti riguardanti i figli: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia trattato diretto da Bonilini-Cattaneo*, continuato da Bonilini, Torino, 2007, 1108; D'ANGELO, *Il risarcimento dei danni come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia e dir.*, 2006, 1408.

16 L'efficacia coercitiva delle misure in esame è solo un riflesso della funzione risarcitoria o sanzionatoria loro propria; si tratta, in altri termini, di un'efficacia, che sta nella previsione astratta della norma (RONCO, op. cit. 761). Non sono quindi condivisibili le tesi che attribuiscono alle misure in esame una funzione coercitiva (v. sopra nota 10) o una funzione «mista» tra risarcitoria, sanzionatoria e coercitiva. (così, in giurisprudenza, Trib. Messina 5 aprile 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 1689, (il risarcimento «non ha natura compensativa ma costituisce una sanzione coercitiva, volta ad indurre il responsabile a recedere dall'illecito»); Trib. Reggio Emilia 27 marzo 2008, in *Famiglia e dir.*, 2008, 1023; Trib. Pisa, ord. 20 dicembre 2006, in *Famiglia e dir.*, 2007, 1051; Trib. Modena 7 aprile 2006, in *Giur. Merito*, 2007, 2527; in dottrina, FAROLFI, *L'art. 709 ter sanzione civile con finalità punitiva?*, in *Famiglia e dir.*, 2009, 619; FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, id., 2008, 1026, nota a Trib. Reggio Emilia 27 marzo 2008, cit.

pecuniarie dell'art. 709 ter c.p.c. postulano una violazione già verificatasi e che, appunto in quanto accertata, giustifica le condanne stesse».

La condanna in favore della Cassa delle Ammende, infine, ha natura sanzionatoria di gravi inadempienze o di atti già commessi e di ostacoli già frapposti, ha, dunque, anch'essa, riguardo al passato; non ha natura coercitiva.

In base a quanto precede, l'orientamento dottrinale minoritario va disatteso e va, per converso, ribadita la tesi opposta: l'applicazione dell'art. 614 bis per obblighi relativi all'affidamento dei figli e, segnatamente, per l'obbligo di consegna e per quelli collegati, non è preclusa dall'applicazione dell'art. 709 ter, 2° comma.

Merita aggiungere che i provvedimenti ex art. 614 bis e i provvedimenti ex art. 709 ter, stante la loro diversa natura e funzione, possono anzi concorrere ed essere cumulati ⁽¹⁷⁾.

V. Ciò detto sull'utilizzabilità dell'art. 614 bis per obblighi di affidamento, merita evidenziarne il rilievo come imprescindibile strumento attuativo della Costituzione e della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali.

Dal primo punto di vista, la norma attua il disposto dell'art. 24 e dell'art. 111 della Carta: senza di essa, il soddisfacimento dell'interesse del minore e di ciascuno dei genitori, al quale si correlano gli obblighi sopradetti, sarebbe privo della forma di tutela esecutiva più adeguata e, in certi casi, unica ⁽¹⁸⁾; il processo di famiglia non potrebbe dirsi davvero “giusto” ⁽¹⁹⁾.

Dal secondo punto di vista, l'art. 614 bis attua le prescrizioni dell'art.13 della Convenzione Europea che sancisce il principio di effettività della tutela giurisdizionale ⁽²⁰⁾, divenuto un'esigenza propria anche dell'ordinamento europeo quale principio generale di diritto comunitario, tratto dalla «tradizione costituzionale dei

17 In senso contrario GRAZIOSI, *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 247 il quale, a causa di una non chiara distinzione concettuale tra funzione coercitiva e funzione sanzionatoria, ritiene che la misura di cui all'art. 614 bis e quelle di cui all'art. 709 ter possano applicarsi entrambe agli obblighi familiari e tuttavia solo alternativamente e non congiuntamente nel senso che “la stessa violazione dei provvedimenti relativi all'affidamento può essere punita o in forza della sanzione erogata ex ante ai sensi dell'art. 614 bis o in forza di una sanzione erogata ex post ai sensi dell'art. 709 ter”.

18 La tutela esecutiva, se limitata alle forme dell'esecuzione diretta, è, per le ragioni evidenziate nel testo, inadeguata e, a fronte di prestazioni infungibili, inutilizzabile. La tutela risarcitoria, già per il fatto di operare ex post, non può essere considerata sufficiente. Su quest'ultimo punto, v. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.

19 Giusto è infatti il processo che dà, oltre a determinate garanzie formali sul piano della tutela dichiarativa, strumenti esecutivi adeguati alla peculiarità di ogni interesse. In generale, sul rilievo dell'*astreinte* nella cornice del principio del giusto processo v. MARAZIA, *Astreintes e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forzata*, 2004, 334 ss., e, in giurisprudenza, Trib. Varese, ord. 17 febbraio 2011, in *www.dejure.it*: “La norma [contenuta nell' art 614-bis. cp.c., tende a realizzare l'effettività del “giusto processo” che tale non sarebbe ove la pronuncia restasse lettera morta, ineseguita”; Tribunale di Pisa, ord. 14 marzo 2011, est. Sammarco, inedita, secondo cui la norma ha “chiara finalità attuativa dei principi del giusto processo”.

20 L'art. 13 stabilisce che ad ogni persona che abbia subito la violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione deve essere assicurato dagli Stati membri “un rimedio effettivo davanti ad una autorità nazionale”.

paesi aderenti»⁽²¹⁾; la norma attua le prescrizioni dell'art. 6 della Convenzione, avendo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo chiarito che la *"esecuzione delle decisioni deve essere riguardata come parte integrante del processo agli effetti dell'art. 6"*, giacché il diritto di ogni persona a vedere esaminata la propria causa da un giudice, sancito dall'articolo in esame, *"sarebbe illusorio se il sistema legale interno di uno degli Stati contraenti consentisse che una decisione giudiziale, definitiva, esecutiva rimanesse inattuata a detrimento di una parte"*⁽²²⁾; attua, infine ed in particolare, le prescrizioni dell'art. 8 della Convenzione⁽²³⁾ le quali, sebbene essenzialmente volte a proteggere la libertà individuale dalle ingerenze statali, hanno, nell'interpretazione datane dalla Corte, una portata non solo inibitoria ma anche positiva, imponendo all'Autorità interna, obblighi finalizzati *"ad un effettivo rispetto della vita privata e familiare"* e che *"possono implicare ... la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti"* affinché, in materia di rispetto della vita privata e familiare, siano assicurati i legittimi diritti degli interessati nonché il rispetto delle decisioni giudiziarie⁽²⁴⁾.

VI. L'art. 614 bis, c.p.c., laddove riferito all'obbligo di consegna dei minori e agli obblighi strumentali, pone alcune questioni applicative:

-la norma prevede che la misura può essere applicata su *"richiesta"* di parte e si tratta di stabilire se questo valga anche nella materia che occupa;

21 Così Corte giust. 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, in *Foro it., Rep. 2007*, voce *Unione europea*, n. 1421.

22 Corte eur. diritti dell'uomo 28 luglio 1999, Soc. Immobiliare Saffi c. Italia, in *Foro it., Rep. 1999*, voce *Diritti politici e civili*, n. 66; in precedenza, Corte eur. diritti dell'uomo 19 marzo 1997, Hornsby c. Grecia, in www.echr.coe.int, esaminata in dettaglio in GUINCHARD-BANDRAC-LAGARDE-DOUCHY, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Parigi, 2001, 576 ss.; negli stessi termini Corte eur. diritti dell'uomo 27 agosto 1991, Philis c. Grecia, www.echr.coe.int; v. altresì Corte eur. diritti dell'uomo 13 luglio 2006, SC Magna Holding c. Romania, www.echr.coe.int, nella quale la Corte ha precisato che spetta a ciascuno Stato di dotarsi di strumenti idonei per garantire l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai tribunali e non alla Corte stessa di imporre in astratto strumenti definiti di esecuzione, fermo restando che «le autorità nazionali devono adottare misure adeguate e sufficienti allo scopo».

23 L'art. 8 sancisce che *"ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza"* e che *"non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che si tratti di ingerenza prevista dalla legge e che costituisca misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute, della morale o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"*.

24 V. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 2 novembre 2010, Piazzi c/Italia, in *Foro it., Rep. 2011*, voce *Diritti politici e civili*, n. 187: la Corte, adita dal ricorrente a cui non era stato assicurato il diritto ad incontrare il figlio con le modalità precisate da un decreto del Tribunale dei Minorenni, ha affermato che lo Stato deve compiere ogni sforzo adeguato e sufficiente per l'attuazione della pronuncia giurisdizionale volta a ricongiungere il padre e il figlio, di fronte alla resistenza di quest'ultimo alimentata dalla madre; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 29 gennaio 2013, L. c/ Italia, in *Foro it., 2013, IV*, 349: la Corte, adita dal padre a cui era di fatto impedito di esercitare in modo continuativo il diritto di visita della figlia per gli ostacoli frapposti dalla madre ed anche dalla figlia stessa, ha stabilito che le autorità nazionali non possono limitarsi a reiterare i propri provvedimenti e neppure a prescrivere l'intervento dei servizi sociali per avere informazioni o delegando loro una generica funzione di controllo, ma devono garantire effettivamente il diritto di visita del genitore *"con la sollecita adozione di misure, eventualmente anche coercitive, adeguate alla vicenda di riferimento"*. Nello stesso senso, su analoghe fattispecie, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 30 giugno 2005, Bove c/Italia, cit.; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 16 settembre 2016, Giorgioni c/ Italia, in www.questionegiustizia.it.

-la norma prevede che la misura coercitiva possa essere comminata “con il provvedimento di condanna” e si tratta di precisare il significato di questa espressione in riferimento ai provvedimenti che impongono gli obblighi di cui sopra;

-*l'astreinte*, per la sua minore incidenza sul figlio, deve sempre essere preferita alle forme dell'esecuzione diretta⁽²⁵⁾, e si tratta di precisare come la priorità possa essere assicurata laddove il genitore agisca immediatamente per l'attuazione dell'obbligo in via diretta.

VI.1 Per quanto concerne la prima questione, una lettura della norma che non si fermi al dato letterale in sé considerato ma sia doverosamente orientata al principio del *favor minoris*, riconosciuto dalla Costituzione (artt. 2, 29 e 30, 1° comma), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in part., art. 14, 3° comma, e art. 24, a cui va correlato l'art. 8), dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176) e dalla Convenzione europea di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (resa esecutiva in Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77), induce a concludere che nella materia degli obblighi connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale, l'*astreinte* può essere disposta d'ufficio a maggior garanzia dell'interesse del figlio e, in quanto collegato a questo, dell'interesse del genitore a cui spetta pretendere il rispetto di quegli obblighi⁽²⁶⁾.

Nella cornice di questa lettura, si inquadra l'osservazione per cui l'*astreinte* è una pronuncia accessoria e laddove la pronuncia principale sia emanabile anche d'ufficio, come è nel caso delle pronunce sull'affidamento (art. 337 ter c.c. e art. 6 l. div.) e, almeno stando all'opinione dominante, nel caso dell'art. 709 ter c.p.c.⁽²⁷⁾, è da ritenere che pure l'*astreinte* sia soggetta allo stesso regime⁽²⁸⁾.

25 Ciò anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea citata alla nota 4.

26 Di questo avviso è il Tribunale di Roma, sentenza 27 giugno 2014, in www.personaedanno.it, che ribadisce la pronuncia dello stesso Tribunale 6 luglio 2012, in www.dejure.it, nella quale si legge: “La tutela dei diritti fondamentali, anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la personalità, e l'impegno pubblico a rimuovere ogni ostacolo allo sviluppo della personalità stessa, sono previsioni che si indirizzano indubitabilmente anche al minore (v. Corte Cost sent. n. 185 del 1986). In particolare, deve considerarsi diritto inviolabile dell'uomo (anche se ancora in formazione come nel caso di minori), nella famiglia (intesa come luogo principe ove si forma la sua personalità), ricevere affetto, cura ed educazione da entrambi i genitori. Il diritto alla bigenitorialità, in tale lettura, costituisce un diritto inviolabile e, contemporaneamente, un dovere di solidarietà sociale, sanciti dalla Costituzione. I diritti della personalità sono così intesi, quindi, anche come modalità di relazione in cui si misura la riuscita del compito educativo, atto a strutturare una personalità ben formata. Ciò consente al giudice di adottare, anche d'ufficio, tutte le misure necessarie a garantire i diritti fondamentali dei minori, in particolare il diritto alla bigenitorialità”.

27 L'opinione è sostenuta muovendo o dalla finalità prevalentemente (se non esclusivamente) punitiva delle misure previste dalla norma in esame o dalla considerazione dell'accessorietà dei provvedimenti ex art. 709 ter rispetto ai provvedimenti di affidamento della prole che possono essere adottati anche d'ufficio. In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 23 gennaio 2015, n. 3203, in *Danno e resp.*, 2016, 409; Trib. Varese 5 luglio 2012, in *Fam e dir.*, 2013, 373; Trib. Modena, 20

La pronuncia d'ufficio non potrà comunque essere emessa senza che sia stato garantito un adeguato spazio per l'ineludibile (art.111, 2° comma, Cost.) esercizio del contraddittorio.

Riguardo alla possibilità che la stessa sia adottata per la prima volta in sede di appello o di reclamo o dalla Corte di Cassazione, la sopradetta esigenza di massimizzare l'interesse del minore e quello genitoriale ad esso collegato, induce a concludere in senso affermativo pur a fronte del fatto che la soluzione incide sulle possibilità difensive del genitore obbligato.

VI.2 Per quanto concerne la seconda delle questioni sopra indicate (ossia il significato dell'espressione normativa “*con il provvedimento di condanna*”), si osserva che il termine “*provvedimento*” comprende tutte le forme degli atti del giudice (art. 131 c.p.c.) e che il termine “*condanna*” deve essere inteso come riferito ad ogni statuizione che, insieme, crei l'obbligo di consegna e ne imponga il rispetto, ossia ad ogni pronuncia di contenuto “costitutivo-condannatorio”.

L'*astreinte* può quindi essere disposta così in un decreto (quale quello ex art. 710 c.p.c. o quello ex art. 9 l. div.) come in un'ordinanza (quale quella presidenziale ex art. 708 c.p.c. o ex art. 4 l. div., quella adottata ex art. 333 c.c. per limitare la responsabilità del genitore che si sia reso inadempiente ad obblighi di consegna precedentemente stabiliti, quella emessa ex art. 709 ter, comma 2, n. 1, c.p.c. “in caso di gravi inadempienze o di atti che ... ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”) come in una sentenza (di separazione o divorzio) ⁽²⁹⁾; è indifferente che i

gennaio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 600; Trib. Torino, 15 giugno 2009; Trib. Napoli 30 aprile 2008, in *Fam. e min.* 2008, I, 1024; in dottrina, BARBAZZA, *L'art. 709 ter c.p.c.: “danni e responsabilità nella crisi delle relazioni familiari: forme di tutela e rimedi processuali*, in *Il diritto vivente*, 2016, fasc. 3, 50 ss.; PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli*, cit. 858; DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. Proc.* 2008, 603, e *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini - Cattaneo, II ed., I, *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Torino, 2007, p. 1084; CANAVESE, *Evoluzioni giurisprudenziali sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, 2350; VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso col le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e danno*. 2010, 931 ss.; GRAZIOSI, *Diritto processuale di famiglia*, 249 s.

28 Riconosciuto che in materia di obblighi di consegna del minore e di obblighi collegali, il giudice può procedere d'ufficio, restano assorbite le questioni -che si pongono invece in generale riguardo all'applicazione dell'art. 614 bis, c.p.c.- della natura della “*richiesta*”, come vera e propria “*domanda*”, soggetta al regime processuale delle domande, o come mera “*istanza*” (questione a cui è sottesa quella della esistenza o non di un vero e proprio diritto alla misura prevista dall' art. 614 bis, c.p.c.). Su tutto questo, v. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Milano, 2014, spec. 107 ss.

29 Trib. Roma, 10 maggio 2013, in *Giur. Merito*, 2013, 2100: “In presenza di una elevata conflittualità di coppia, il comportamento non collaborativo di entrambi i genitori integra inosservanza di un obbligo di fare infungibile, tale da legittimare l'applicazione delle misure di cui all'art. 614 bis c.p.c., qualora risponda a finalità protettive del minore, sia nella fase istruttoria che nella fase decisoria del giudizio”.

provvedimenti utilizzino il lemma “condanna”⁽³⁰⁾, essendo invece unicamente rilevante che essi dispongano sull' affidamento e sulla consegna del minore da un genitore all'altro⁽³¹⁾.

La necessità di intendere il termine “condanna” come sopra deriva dalla considerazione per cui altrimenti l'*astreinte* non potrebbe essere mai emessa: essa, non essendo “un bene della vita” che esiste fuori e prima del processo ma uno strumento processuale finalizzato ad assicurare effettività alla condanna principale, non può formare oggetto di un procedimento a sé ma può solo essere (chiesta e) concessa contestualmente alla -o, come dice la norma, “con” la condanna principale,⁽³²⁾; qualsiasi provvedimento successivo al primo -di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio o ex art. 709 ter. c.p.c.⁽³³⁾ o di limitazione della responsabilità genitoriale ex art. 333 c.c.- non potrebbe veicolare l'*astreinte* per l'obbligo originario ma semmai unicamente per l'obbligo nuovo, posto con quegli stessi provvedimenti in sostituzione del primo.

In questo contesto si inserisce l'osservazione per cui la pronuncia della misura coercitiva in assenza di (un'obbligo e di) un pregresso inadempimento, “*male non fa*” perché, se l'obbligato non viola la prescrizione, allora la *astreinte* non troverà applicazione, “*se invece l'obbligato cadrà*

30 Per questa puntualizzazione, RONCO, *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur.it.*, 2014, 760, il quale fa l'esempio di una sentenza di scioglimento del matrimonio ove si affermi che il figlio dovrà stare con la madre dalla domenica sera al sabato mattina e con il padre dal sabato mattina alla domenica sera, sentenza nella quale “*va individuato un quadruplici ordine (e, dunque, una quadruplici condanna): al padre di prendere con sé il figlio il venerdì sera e di renderlo alla madre la domenica sera; alla madre di prendere con sé il figlio la domenica sera e di renderlo al padre la domenica mattina*”.

31 Non è quindi condivisibile la pronuncia del Tribunale di Salerno, sez. I, 20 luglio 2011, n. 1537, in *www.dejure.it*. che ha ritenuto inapplicabili “*i provvedimenti*” ex art. 614 bis nella sentenza di separazione “*siccome previsti dalla norma per una sentenza di condanna, laddove le prescrizioni imposte ad un coniuge in sede di separazione non rivelano tale profilo*”.

32 Per l'approfondimento di questo punto si rinvia a MONDINI, op. cit., 107 ss. Conforme nelle conclusioni, RONCO, op. cit., 760, secondo cui la misura coercitiva richiesta sul presupposto dell'accertamento della violazione dell'obbligo già oggetto della condanna, sarebbe “*impronunciabile*” in quanto il primo *petitum* (l'accertamento) “*sarebbe probabilmente sguarnito di un sufficiente interesse ad agire, visto che l'avente diritto è già munito della precedente condanna; e, se il primo petitum fosse inammissibile, diventerebbe inammissibile anche la misura coercitiva che ad esso dovrebbe connettersi*”.

Trascura il dato normativo e quanto vi è sotteso l'ordinanza 27 aprile 2015, n. 2581, in *www.dejure.it*, con cui il Presidente del Tribunale di Chieti, dopo avere adottato i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse della prole e dei coniugi, “*pone la mancata esecuzione dei predetti provvedimenti sotto le comminatorie penali qualora ricorressero i presupposti di cui all'art. 388 del c.p. e ... sotto le sanzioni civili di cui all'art. 614 del c.p.c. da stabilire a richiesta della parte interessata*”, così rinviando ad un procedimento e ad un provvedimento successivi la concreta emanazione dell'*astreinte*.

33 Sulla possibilità di modifica dei provvedimenti in vigore attraverso una pronuncia ex art. 709 ter, v. Trib. Ascoli Piceno, 18 maggio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006; Trib. Bologna, 19 giugno 2007 e 14 luglio 2008; Trib. Napoli, 11 agosto 2007; Trib. Bologna, 12 ottobre 2007; Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007; Trib. Genova, 4 dicembre 2007; Trib. Varese, 7 maggio 2010, ricordate da BARDAZZA, op. cit., 51. nota 92.

nell'inadempimento, si avrà retrospettivamente la conferma che ben si è fatto a pronunciare l'astreinte"⁽³⁴⁾.

Tenuto conto di quanto sopra e della preminente esigenza di tutelare il diritto del minore ad avere stabili rapporti con i genitori tra loro in conflitto, non è condivisibile l'ordinanza 26 settembre 2012, con cui il Tribunale per i minorenni di Genova ⁽³⁵⁾, in relazione ad un provvedimento sull'affidamento del minore con obblighi per entrambi i genitori, ha ritenuto "*iniquo*" disporre l'*astreinte* a carico del genitore che non aveva ancora violato alcuna disposizione e che sino a quel momento aveva tenuto un comportamento di buona fede, in assenza di elementi che facessero presumere suoi futuri inadempimenti.

VI.3 Quanto infine alla garanzia della precedenza dell'*astreinte* sull'esecuzione diretta, in modo da evitare al minore coartazioni destabilizzanti dovute all'intervento di terzi estranei per la relativa consegna da un genitore all'altro, può ipotizzarsi che il giudice del merito, richiesto di disporre in ordine all'esecuzione, in presenza di un titolo che preveda anche un'*astreinte*, debba negare l'esecuzione richiestagli imponendo all'istante di mettere prima in esecuzione la condanna coercitiva ovvero possa accedere all'istanza solo se il genitore allegghi di aver già proceduto a mettere in esecuzione l'*astreinte* e di continuare a non vedere soddisfatto il proprio diritto alla consegna del figlio.

VII. Resta da dire dell'obbligo di prendere in consegna il figlio e di tenerlo con sé.

Le forme dell'attuazione in via diretta evidentemente non possono valere.

Considerato poi che si tratta di un obbligo funzionale allo scopo di garantire al minore attenzioni e cura da parte del genitore, anche l'applicazione dell'art. 614 bis, c.p.c. è di regola inutile e potenzialmente dannosa perché forza il genitore ad un comportamento che invece presuppone disponibilità e spontaneità: prendere con sé il figlio sotto la minaccia del pagamento di una somma è distonico rispetto ad un rapporto che deve essere anche affettivo.

Un residuale spazio è tuttavia individuabile ove la misura, eventualmente affiancata all'ammonimento ex art. 709 ter, comma 2, numero 1, venga disposta con il provvedimento che stabilisca un percorso guidato e assistito di avvicinamento del genitore al figlio, tendente a richiamare il primo al rispetto della propria responsabilità verso il secondo. Così, ad esempio, una condanna coercitiva può accompagnare l'obbligo imposto al padre o alla madre di prendere con sé

34 I virgolettati sono di RONCO, op. cit., 760 s.

35 In *Nuova giur figure*, 2012, 3, 44.

il figlio per partecipare, assieme, ad un'iniziativa condotta, nell'ambito di uno dei predetti percorsi, da assistenti sociali o psicologi.

EMANUELE QUADRACCIA

Frazionamento del credito (nei rapporti di durata) e abuso del processo: un discorso più che mai aperto. Il punto a seguito di Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091.

Le Sezioni Unite, su impulso della sezione lavoro (ord. 25 gennaio 2016, n. 1251), sono tornate a pronunciarsi, a quasi due lustri dalla fondamentale Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, sul divieto di frazionamento del credito, (ri)tratteggiandone i profili applicativi.

Va da subito precisato che non ci troviamo dinanzi ad un *revirement* del Supremo Collegio, bensì, più semplicemente, ad una specificazione - o, per maggior precisione, ad una mitigazione - di un principio di diritto in precedenza enunciato.

Difatti, la decisione del 2007 (così come anche la successiva Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 26961), faceva riferimento al diverso caso del frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario, ritenendo tale prassi contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.³⁶.

Il tema sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite era quello - abbastanza ricorrente - della legittimità della condotta del creditore che proponga diversi e distinti decreti ingiuntivi per il recupero parcellizzato di un medesimo credito (nella specie si trattava di azioni separate per diverse fatture). La Suprema Corte, nell'occasione, aveva affermato l'illegittimità di una condotta siffatta, la quale, traducendosi in una violazione del canone ermeneutico sancito dall'art. 1375 c.c. (la cui portata espansiva giunge a permeare anche l'eventuale fase giudiziale per ottenere l'adempimento), si risolve, in abuso del processo. Tale frammentazione incide, infatti, pregiudicandola, sulla posizione del debitore. E ciò tanto sotto il profilo del prolungamento del vincolo (ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo *pro quota*, con riserva di azione per il residuo), quanto per il diverso aspetto dell'aggravio di spese cui dovrebbe sottostare,

³⁶ Cfr., per un'approfondita disamina delle questioni affrontate da Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514 ss.; CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, *ibidem*.

a fronte della moltiplicazione di (contestuali) iniziative giudiziarie. In aggiunta, avevano evidenziato i giudici di legittimità, la disarticolazione dell'unità sostanziale del rapporto, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso: la proliferazione dei giudizi, oltre ad essere fonte di giudicati (potenzialmente) contraddittori, si pone altresì in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 113 della Costituzione.

La domanda abusiva va dunque dichiarata inammissibile (o, secondo altra impostazione, improponibile) per "abuso del processo"³⁷.

Il tema che oggi viene in discussione è parzialmente - ma, al contempo, sensibilmente - diverso: viene rimessa alle Sezioni Unite la questione avente ad oggetto la possibilità di agire separatamente nel caso in cui si facciano valere più crediti derivanti da un unico rapporto obbligatorio di durata (nella specie, un unico contratto di lavoro)³⁸.

La sezione rimettente, non condividendo, invero, l'orientamento di Cass. civ., 10 maggio 2013, n. 11256 e 3 dicembre 2013, n. 27064, secondo il quale il principio della infrazionabilità del credito espresso da Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, trova applicazione anche nel caso di più crediti distinti ma relativi allo stesso rapporto di durata, pone all'esame delle Sezioni Unite i seguenti quesiti:

a) se debbono essere dedotti in un unico giudizio tutti i crediti derivanti da un unico rapporto di durata e, in particolare, se il lavoratore è tenuto a far valere in un unico processo tutte le pretese creditorie maturate nel corso del rapporto di lavoro cessato;

b) se la proposizione di più domande per crediti diversi ma relative ad un unico rapporto comporta l'improponibilità di quelle successive alla prima.

Il Giudice nomofilattico, con le sentenze gemelle nn. 4090 e 4091 in rassegna, nel rispondere negativamente ai quesiti sopra enucleati, ha stabilito che le domande su distinti diritti di credito, anche se relative ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere

³⁷ Propende per l'inammissibilità la giurisprudenza maggioritaria, anche amministrativa: v., di recente, Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2017, n. 5677; nonché, Cass. civ., sez. un., 15 maggio 2015, n. 9936; Cons. St., sez. V, 30 novembre 2012, n. 6110; alla tesi dell'improponibilità aderisce, di rimando, Cass. civ., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 21318.

³⁸ Per i primi commenti alle sentenze in rassegna, v., MAURA, *Diritti di credito diversi? Se relativi allo stesso rapporto possono essere fatti valere separatamente*, in *Diritto & Giustizia*, 31, 2017, 7; ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti di credito relativi ad un medesimo rapporto di durata*, in www.judicium.it; TRONCONE, *Note minime sul frazionamento del credito a seguito di Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, ibidem*.

proposte in separati processi. Se tali diritti di credito sono inscrivibili nello stesso ambito oggettivo di un possibile giudicato o fondati sul medesimo fatto costitutivo, sì da non poter essere accertati separatamente senza duplicare l'attività istruttoria, le relative domande, viene chiarito, possono essere proposte in giudizi separati solo se il creditore ha un interesse oggettivo ad una tutela processuale frazionata.

Le argomentazioni utilizzate al fine di giungere a tale conclusione possono essere così sintetizzate: (I) il sistema processuale vigente contempla la possibilità, per il creditore, di agire in tempi e con riti differenti per il recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto obbligatorio complesso (artt. 31, 34, 40 e 104 c.p.c.); (II) manca, nell'ordinamento, una specifica norma che contempra la «grave sanzione» della improponibilità della domanda per il creditore che abbia in precedenza agito per il recupero di altro credito, sia pure riguardante lo stesso rapporto di durata; (III) diversamente opinando, risulterebbe particolarmente gravosa la posizione del creditore, il quale sarebbe costretto ad avanzare tutte le pretese creditorie derivanti da un medesimo rapporto in uno stesso processo; (IV) ciò priverebbe altresì il creditore di usufruire dei riti "accelerati" (*i.e.* ricorso monitorio e procedimento sommario di cognizione) previsti dal legislatore in relazione a talune pretese creditorie; (V) l'onere di agire contestualmente per crediti distinti - che potrebbero avere diversa natura, essere fondati su presupposti in fatto ed in diritto non perfettamente sovrapponibili, ovvero essere soggetti a regimi differenti (in termini di prova, di prescrizione, ecc.) - potrebbe, infine, ritardare di molto la possibilità di soddisfazione del creditore, traducendosi - non in un alleggerimento bensì - in un allungamento dei tempi del processo, il quale finirebbe per divenire un «*contenitore eterogeneo smarrendo ogni duttilità, in violazione del principio di economia processuale, inteso come principio di proporzionalità nell'uso della giurisdizione*», con conseguente pregiudizio per la speditezza dei traffici.

Osserva, da ultimo, il Suprema Consesso che non si deve valutare caso per caso l'esperibilità di processi distinti bilanciando i confliggenti interessi delle parti, né si tratta di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare, sotto il profilo psicologico, i comportamenti processuali del creditore agente. Si tratta invece di appurare, come poc'anzi accennato, se «*il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito*

oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo» (cfr., par. 4, penultimo periodo).

Volendo tracciare delle brevi considerazioni conclusive, non può non rilevarsi come il tema dell'abuso del diritto abbia dato vita, negli ultimi anni, nell'area del diritto civile, ad un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale³⁹. Più specificamente, soffermandoci su quella singolare tipologia di abuso che attiene allo strumento processuale e che, non a caso, è quindi denominata "abuso del processo", deve evidenziarsi come la giurisprudenza di legittimità - in un caso in cui il creditore (nella specie si trattava di un *pool* di avvocati incaricati dalla regione Calabria della definizione transattiva di una pluralità di situazioni debitorie di alcuni enti locali) ha agito in via monitoria per la parte di credito certa, liquida ed esigibile ed abbia (successivamente) fatto ricorso al rito sommario di cognizione per l'altra parte di credito da accertare e liquidare - abbia rimarcato che la condotta abusiva viene in essere (solo) allorquando «*la parte pone in essere un atto processuale non per perseguire lo scopo proprio dell'atto, ma - sviando l'atto dalla sua causa tipica - per perseguire uno scopo diverso da quello per cui l'atto è funzionalmente previsto dalla legge, dando luogo - per questo ad una violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, che è tenuta ad osservare*»⁴⁰.

Il concetto stesso di abuso del processo, perlomeno per quel che concerne i suoi confini ed i suoi limiti, sta allora conoscendo una fase di rimeditazione in chiave evolutiva.

Così, se verso una interpretazione funzionale dello strumentario processuale volta ad evitare lo spreco di attività giurisdizionale ed il rischio di decisioni contrastanti sembra propendere la fondamentale pronuncia sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale (Cass. civ., sez. un.,

³⁹ Cfr., *ex aliis*, SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 1, 5 ss.; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311 ss.; DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 834 ss.; MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, 352 ss.; PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro It.*, 2010, I, 95 ss.; MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1577 ss..

⁴⁰ Cass. civ., sez. II, 7 novembre 2016, n. 22574, con nota di BRUNIALTI, in *Foro It.*, 2017, I, 201 ss.. Sull'abuso del processo in generale, di recente, v., FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 593 ss.; in particolare, sulla questione del frazionamento del credito, CARIGLIA, *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2016, 1124 ss..

12 dicembre 2014, n. 26242)⁴¹, in una prospettiva di ancor maggiore elasticità nella valutazione delle condotte sospettate di abusività si collocano le sentenze gemelle del febbraio 2017, nn. 4090 e 4091 in commento.

Tutto ciò a riprova della velleità, nella incessante produzione giurisprudenziale, di una tassonomia giuridica dell'abuso del mezzo processuale.

Il confronto dialettico si divide pertanto tra chi invoca, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c., un vaglio giurisdizionale sulla «*meritevolezza della tutela richiesta*»⁴², e chi, da altro versante, ritiene che per evitare abusi e comportamenti scorretti siano sufficienti le disposizioni di cui agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., senza che si avverta il bisogno di demandare alla giurisprudenza, specie se di ultima istanza, l'introduzione di nuovi istituti o di ulteriori concetti, potenzialmente idonei a precludere, in rito, la domanda di giustizia⁴³.

All'interprete, dunque, il compito (arduo) di tirare le fila di un discorso tutt'altro che concluso.

⁴¹ PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss.. La S.C., nell'occasione, ha avuto modo di sottolineare la rilevanza costituzionale, ex art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del divieto di abuso del diritto (e del processo).

⁴² GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, *passim*.

⁴³ In questo senso, criticamente, SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1450 ss., che propone un'efficace quadripartizione delle figure riconducibili all'abuso del processo.

GIULIO FORTUNATO

Frazionamento oggettivo del credito ed espromissione: spunti problematici a margine di C. Appello Napoli n. 217 del 2017

1. Introduzione.

La sentenza in rassegna, resa dalla prima sezione civile della Corte d'Appello di Napoli, si presta ad una molteplicità di considerazioni, sviluppabili con riferimento a due temi principali, quali il frazionamento della tutela giudiziaria del credito, da un lato, e l'istituto dell'espromissione, dall'altro.

Per comprendere come i due temi si intersecano tra le pieghe argomentative della pronuncia, pare necessario accennare al caso di specie sottoposto all'esame della Corte territoriale.

Ebbene, la Corte si pronuncia sull'impugnazione della sentenza del Tribunale di Napoli che rigetta l'opposizione proposta dal Ministero della Difesa avverso i diversi decreti ingiuntivi volti ad ottenere il pagamento di somma di danaro a titolo di indennità per la custodia di veicoli sottoposti a sequestro amministrativo. La pretesa creditoria è avanzata nei confronti del Ministero della Difesa, in quanto titolare dell'obbligo di indennizzare le spese di custodia dei suddetti veicoli, in forza del disposto dell'art. 11, co.1 del D.P.R. n. 571 del 1982, che – come noto - pone a carico dell'amministrazione nel cui organico è posto il pubblico ufficiale che ha proceduto al sequestro proprio il pagamento delle spese suindicate.

Tanto puntualizzato quanto al *thema decidendum*, deve rilevarsi che la vicenda oggetto dei giudizi di primo e secondo grado presenta profili morfologici più articolati, avendo sullo sfondo, in vero, il contratto in virtù del quale la prefettura di Napoli, articolazione periferica del Ministero degli Interni, alienava alla società custode i veicoli sequestrati. Dal vincolo negoziale assunto sorgevano, in vero, effetti obbligatori in capo ad entrambe le parti contrattuali, rappresentati, in particolare, dall'obbligo del custode di provvedere alla demolizione dei veicoli e dall'obbligo della prefettura di versare una somma di danaro sia a titolo di prezzo che di indennità per le prestazioni di custodia espletate sino al momento di perfezionamento del contratto. A seguito dell'inadempimento della prefettura, poi, la società adiva il Tribunale di Napoli, il quale pronunciava la risoluzione del contratto di vendita e condannava la prefettura al pagamento di una

somma a titolo di risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione del contratto. Sulla scorta della risoluzione del contratto di vendita, poi, la società custode – come già accenato - azionava in via monitoria il credito al pagamento dell'indennità di custodia, oggetto dell'obbligo legale del già citata art. 11, comma 1 D.P.R. n. 571 del 1982.

Orbene, il Tribunale di Napoli⁴⁴ rigettava l'opposizione spiegata dal Ministero della Difesa, tracciando un percorso argomentativo che prendeva le mosse dalla sussunzione della complessiva operazione economica posta in essere dalla parti contrattuali entro l'archetipo del collegamento negoziale, giungendo così al riconoscimento del diritto dell'opposta società al pagamento dell'indennità di custodia. Più in dettaglio, il giudice di prime cure rilevava che la transazione fosse una struttura contrattuale autonoma rispetto alla vendita, la cui risoluzione non inficiava il diritto al pagamento dell'indennità suddetta, correlato al mandato custodiale e generato dai provvedimenti di sequestro.

Differentemente, la Corte d'Appello di Napoli concludeva per la riforma della pronuncia di primo grado e la conseguente revoca degli ottantotto decreti ingiuntivi. Dalla lettura del tessuto motivazionale appare chiaramente che il polo argomentativo, sviluppato ai fini dell'accoglimento dell'appello, è rappresentato dalla considerazione della illegittimità delle modalità di tutela del credito. Ed infatti, il Collegio conclude nel senso che i diversi ricorsi monitori a tutela dell'unico diritto di credito avente per oggetto il corrispettivo per la custodia dei diversi veicoli, si risolvono in un'ipotesi di frazionamento giudiziale del credito, integrante un abuso dello strumento processuale, evidenziando, però, nel contempo, che, alle certezze in punto di qualificazione giuridica della fattispecie in esame, non corrispondono punti fermi in ordine ai rimedi processuali attivabili dal giudice per neutralizzare gli effetti del frazionamento.

Ciò che ci preme evidenziare, a questo punto, è che la Corte, pur individuando, quale conseguenza processuale dell'abuso, l'improcedibilità della domanda⁴⁵, ha ritenuto necessario esaminarne il merito. La scelta del Collegio rinviene le proprie ragioni proprio nelle incertezze interpretative che pervadono il tema delle implicazioni processuali del frazionamento del credito: dette incertezze hanno imposto al collegio l'esame del merito della domanda, pervenendo così alla

⁴⁴ Sentenza n. 11452 del 2012, depositata in data 25 ottobre 2012.

⁴⁵ Si veda p. 7 della motivazione.

qualificazione in termini di espromissione dell'intera operazione posta in essere dal Ministero dell'Interno e conferendo in tal guisa – ci pare - maggiore stabilità alla decisione.

La pronuncia della Corte d'appello di Napoli offre, dunque, al lettore anche lo spunto per interrogarsi circa l'istituto dell'espromissione, con particolare riferimento al suo profilo causale.

2. La frazionabilità della tutela giudiziaria dei diritti: le argomentazioni di carattere processuale a sostegno delle ricostruzioni più risalenti del fenomeno.

Come già segnalato *in limine*, la decisione della Corte d'Appello di Napoli riposa sull'assunto secondo cui i diversi ricorsi monitori proposti dalla società contrattualmente vincolata alla custodia dei veicoli si pongano in contrasto col principio dell'infrazionabilità della tutela giudiziaria del credito.

Per comprendere pienamente la conclusione cui perviene la Corte, pare opportuno procedere ad esaminare il principio richiamato, avendo cura di dare conto della sua tormentata genesi. Il fenomeno del frazionamento del credito, infatti, anche in ragione dell'assenza di chiari appigli normativi, ha suscitato un ampio dibattito, le cui linee essenziali si cercherà di ripercorrere nel presente scritto, seppur nella consapevolezza della sinteticità che deve caratterizzare una nota a sentenza.

Ebbene, come noto, si ha frazionamento del credito allorquando il creditore, pur potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'unitaria posizione di diritto sostanziale di cui è titolare, decide di limitare l'oggetto della propria pretesa ad una parte di quanto spettantegli. In particolare, la parcelizzazione è contestuale, quando i diversi giudizi vengono introdotti simultaneamente; sequenziale, quando l'autorità giudiziaria viene adita in momenti cronologicamente distinti.

Il tema della frazionabilità del credito si è posto all'attenzione della giurisprudenza della Corte di cassazione sin dagli anni cinquanta del secolo scorso, determinando il sorgere di differenti posizioni ricostruttive. È appena il caso di osservare che, in questa prima fase del dibattito, il tema che ci occupa è affrontato, con precipuo riferimento agli istituti della condanna generica della condanna al risarcimento delle singole voci di danno⁴⁶ - questione che, peraltro, è stata esaminata

⁴⁶A riguardo si vedano Cass., 9.10.1956, n. 3417, in *Mass. Foro it.*, 1956, 631; Cass., 27.3.1957, n. 1059, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 399 ss., con nota di ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*; Cass., 27.3.1958, n. 1019, in *Mass. Foro it.*, 1958, 203.

di recente dalla Corte di cassazione⁴⁷ - sulla scorta di argomentazioni di carattere processuale che riflettono le diverse concezioni del processo civile.

Ed invero, sullo sfondo della tesi che ammette la frazionabilità della tutela giudiziaria si staglia – ad avviso di chi scrive - la concezione del processo civile quale strumento di composizione delle liti in relazione al bene della vita concretamente dedotto in giudizio. In tale prospettiva, si è osservato, infatti, che le parti instaurano il contraddittorio dinanzi ad un giudice per far valere o reagire ad una pretesa sostanziale e nulla osta a che da un singolo fatto, atto o episodio della vita possano nascere plurime pretese azionabili attraverso domande autonome⁴⁸, le quali non darebbero luogo al frazionamento di un unico diritto, bensì sarebbero funzionali alla deduzione in giudizio di distinti diritti⁴⁹ sui quali, appunto, si innestano diverse liti che il processo è chiamato a comporre. In buona sostanza, le diverse domande spiegate presentano la medesima *causa petendi*, ma un *petitum* mediato diversificato in ragione, per così dire, delle distinte frazioni del diritto⁵⁰. Precipitato di tale ricostruzione è che la formazione del giudicato sulla prima domanda non preclude la riproposizione in giudizio di una ulteriore domanda fondata sulla medesima *causa petendi* – o comunque su un nucleo comune di fatti - purché da essi si faccia scaturire un *petitum* diverso⁵¹.

A sostegno di siffatte conclusioni viene portato altresì il principio dell'atipicità dell'azione giudiziale⁵², contrapposto alla rigida correlazione tra diritti e azioni presente nel diritto romano, diritti e azioni che, almeno sino all'avvento del diritto pretorio, facevano parte di un catalogo chiuso⁵³. Si è anche osservato che l'azionabilità di diversi *petita* sulla scorta di un'unica *causa petendi* non trova ostracoli nel principio dell'efficacia e della vincolatività della *res iudicata*, che

⁴⁷ Si confronti Cass., 21.10.2015, n. 21318.

⁴⁸ Si confrontino, ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 404 e ss; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 119 e ss; VERDE, *Sulla " minima unità strutturale " azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 580; CONSOLO, voce "Domanda giudiziale", in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 60; *Id.*, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I) Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civ.*, 1991, 271 e ss.

⁴⁹ Così ALLORIO, op. cit., 409; VERDE, op. cit., 580 e ss.

⁵⁰ DI BIASE, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contratto e Impresa*, 2016, 2, 401.

⁵¹ CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 629; CARATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Giur. it.*, 6, 2001, p. 1145;

⁵² ALLORIO, op. cit., 400;

⁵³ Per una visione d'insieme sul punto si confronti ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, 136 e ss; RONCO, op. cit., 7.

rappresenta – come noto - una barriera insuperabile solo per il soggetto che, dopo avere ottenuto una pronuncia di merito, voglia proporre una nuova domanda tesa ad ottenere vantaggi non attribuiti dalla prima decisione⁵⁴, neutralizzando in tal guisa il rischio di un conflitto pratico tra giudicati. Differentemente, quando l'attore, prospettando attraverso diverse domande la medesima *causa petendi*, mira a *petita* differenti, i termini del problema mutano, in quanto non si tratta di precludere un conflitto tra accertamenti giudiziali, ma, eventualmente, di precludere all'attore il conseguimento di vantaggi ulteriori rispetto a quelli già richiesti nel primo giudizio⁵⁵.

Parte della dottrina poi ha individuato nella domanda riconvenzionale di accertamento negativo del residuo ovvero nella richiesta di condanna alle spese gli strumenti che il debitore può utilizzare per sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli di una tutela giudiziaria frazionata⁵⁶.

Nella prospettiva esaminata, dunque, sono le parti a plasmare la *res litigiosa*, dando pratica attuazione a quella funzione di composizione alla quale si è poc' anzi accennato. Esse sono libere di dedurre nel processo anche segmenti della posizione sostanziale di cui sono titolari, determinando così i limiti del giudicato⁵⁷, il quale si estende solo entro i confini della domanda, senza incidere su quanto non espressamente ricompreso in essa⁵⁸.

Deve però segnalarsi che l'orientamento esaminato convive con differente opzione ricostruttiva - fatta propria anche da alcune pronunce della Corte di cassazione⁵⁹ - in base alla quale va escluso che il creditore possa frazionare il proprio diritto proponendo distinte domande e determinando così liberamente l'oggetto del giudizio. La conclusione riposa essenzialmente sull'assunto secondo cui la funzione del procedimento civile è quella di accertare diritti soggettivi

⁵⁴Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960 (rist. 2a ed.), 331.

⁵⁵Così RONCO, op. cit., 7: l'Autore sostiene che tra la prima sentenza e la (auspicata) seconda non si ha un rapporto di contraddizione, ma semmai di giustapposizione per incremento.

⁵⁶Si veda a riguardo CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 915 e ss; CONSOLO, op. cit., 244,

⁵⁷Sui rapporti tra diritto soggettivo e azione ci pare opportuno segnalare, tra gli altri, i seguenti lavori: CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1960; PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, 1 ss.

⁵⁸ Si confronti, GUALANDI, *Domanda di condanna generica e richiesta del convenuto di accertamento contestuale dell' "an" e del "quantum"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1148.

⁵⁹ Si vedano, su tutte, Cass., 30.1.1956, n. 270, in *Mass. Foro it.*, 1956, 52; Cass. 27.03.1957, n. 1059, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 339 ss; Cass., 15.9.1975, n. 3057, *ivi*, 1975, 734.

secondo la consistenza e l'identità che essi ricevono dalle norme di diritto sostanziale⁶⁰. Ne consegue che il suo oggetto non è liberamente determinabile dalle parti, le quali non possono scindere nei suoi diversi profili l'unitaria posizione di diritto derivante dal medesimo atto o fatto generatore⁶¹.

Detto altrimenti, una volta che un diritto viene dedotto in un giudizio, esso, unitamente all'obbligo, non esaurisce l'oggetto del processo e, quindi, del giudicato, che, ex adverso, involge l'intero rapporto giuridico; ciò trova conferma, del resto, nel fatto che la *res iudicata* si forma anche sui presupposti e gli antecedenti logici necessari, nonché sul dedotto e il deducibile⁶².

Spetta, dunque, al giudice operare una valutazione d'ufficio, anche contro il contenuto delle domande delle parti processuali, al fine di delimitare l'oggetto del processo e la portata del *res iudicata*, il cui effetto preclusivo investirebbe sempre e comunque il diritto nella sua interezza, a prescindere dalla posizione che sia stata formalmente posta *sub iudice*⁶³.

Ne deriva che una successiva domanda, basata sul medesimo fatto generatore, ma tesa al conseguimento di un diverso *petitum*, si scontra contro *l'exceptio iudicati* e il divieto di *bis in idem* sul quale detta eccezione si radica⁶⁴.

3. Spinte e contropunte all'ammissibilità del frazionamento cd. oggettivo del credito nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Il caso oggetto della pronuncia che si annota involge il fenomeno del frazionamento cd. oggettivo del credito, che si realizza allorché il creditore azioni con più domande giudiziali distinte porzioni dell'unitario diritto di credito di cui è titolare. È appena il caso di osservare – non

⁶⁰MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1994, 31.

⁶¹Si veda in tale prospettiva, tra gli altri, CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Dir. it. Dir. lav.*, 1986, II, p. 454; MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul quantum*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1982, 417 e ss.;

⁶²SCARSELLI, *Sul cd. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 6, 1458.

⁶³DI BIASE, op. cit., p. 401. Si è osservato che una frammentazione della domanda sarebbe proponibile solo ove sia intervenuto in tal senso un accordo tra le parti e in ragione di tale consenso potrebbe trovare applicazione l'art. 12 c.p.c., che prende in considerazione la parte del rapporto che è in contestazione, si confronti per tale argomento CERINO CANOVA, op. cit., 455, nt. 35. A riguardo, va però segnalata la posizione critica di MERLIN, *Condanna generica e opposizione del convenuto alla liquidazione del quantum in separato giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 213, il quale sostiene che proprio la necessità del consenso esclude trattarsi di un reale potere giuridico.

⁶⁴Si veda sul punto MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 281; *Id.*, *Regiudicata civile*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, 432 ss; MENCHINI e PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, 2948.

potendo, per le già richiamate ragioni di sinteticità, approfondire un maggiore impegno esplicativo – che detto fenomeno si distingue da quello relativo alla mancata unificazione di posizioni processuali distinte e tuttavia connesse per titolo, denominato frazionamento cd. soggettivo.

Ciò posto sul piano definitorio, scorrendo la giurisprudenza della Corte di cassazione, emerge che nell'analisi dell'ipotesi della parcellizzazione del credito, quale *species* del più ampio *genus* del frazionamento della tutela giudiziaria, il *convitato di pietra* è rappresentato dal principio della buona fede, la cui valorizzazione ha determinato nuove fratture all'interno della dottrina e della giurisprudenza di legittimità⁶⁵.

Orbene, sotto il più recente angolo prospettico del fenomeno della pluralità di domande di adempimento di un unico diritto di credito, sono stati portati nuovi argomenti a sostegno tesi favorevole al frazionamento della tutela giudiziaria, valorizzati, peraltro, dalla stessa Corte di cassazione nella sentenza, resa a sezioni unite, n. 108 del 10 aprile 2000⁶⁶. Innanzitutto, è stata

⁶⁵ È stato osservato (si veda MELONI CABRAS, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, nt. 28) come una problematica affine a quella qui trattata concerne l'ammissibilità della cessione parziale del credito in più parti ad un medesimo cessionario, quando ciò si concreti, per il debitore, in una richiesta parcellizzata dello stesso. Questa figura trova fondamento nell'art. 1262 c.c., che espressamente prevede che «se è stata ceduta solo una parte del credito, il cedente è tenuto a dare al cessionario una copia autentica dei documenti», così sancendo la legittimazione ad agire per le singole frazioni del credito sia del cedente che del cessionario, senza nulla statuire in merito all'ipotesi in cui in capo al cessionario si assommino le due titolarità. Al tema, unitamente all'analisi di ipotesi affini, quali la surrogazione parziale nel credito per volontà del creditore, ha dedicato ampia trattazione FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, 106 ss., che, in linea con le posizioni dottrinali favorevoli alla segmentazione della pretesa creditoria, addivene alla conclusione di una libera cedibilità parziale di un credito indivisibile, indipendentemente dal consenso del creditore ceduto. A suffragio della propria presa di posizione, che si basa non sul *favor creditoris*, quanto sul bilanciamento degli opposti interessi realizzato per il tramite degli strumenti di tutela predisposti per il debitore, l'autrice richiama disposizioni come l'art. 11:103 dei *Principles of European Contract Law*, che ammette la possibilità di cedere parzialmente una porzione del credito, imponendo però il ristoro per il debitore «di ogni spesa aggiuntiva che ne deriva», e l'art. 9.1.8 dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali (2004), il quale sancisce che «il debitore ceduto ha il diritto ad essere tenuto indenne dal cedente o dal cessionario per qualsiasi spesa aggiuntiva causata dalla cessione». Di diverso avviso è TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale ex latere creditoris ed exceptio doli generalis*, in *Riv. dir. privato*, 1999., 362, nt. 2, che si interroga sull'ammissibilità di una duplice azione del cessionario, a cui un unico credito sia stato ceduto in più *tranches*, e ipotizza in tal caso la configurabilità di una nullità per frode alla legge dell'atto di cessione parziale. Sulla stessa direttrice si colloca DOLMETTA, *Cessioni distinte delle "parti" di un credito a unico soggetto*, in *Riv. dir. privato*, 1999, 645 ss., che, equiparando la posizione del cessionario delle singole frazioni a quella del precedente titolare, non ritiene ammissibile una scissione delle domande ad opera di questi, in ragione del fatto che la nuova titolarità del credito non ne modifica in alcun modo l'esercizio. L'autore qualifica come «sproporzionata» e «scorretta» una frammentazione delle domande in virtù dell'assenza di qualunque vantaggio per il creditore in un agire siffatto, con un inutile aggravio per la posizione del debitore ceduto.

⁶⁶ Sulla citata sentenza si confrontino MARENCO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2271; DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corriere giur.*, 2000, 1618 ss; ANSANELLI, *Rilievi minimi in*

richiamata la norma di cui all'art. 1181 c.c., che, riconoscendo il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, ametterebbe, nel contempo, il potere dello stesso di accettarlo e, dunque, di richiederlo anche giudizialmente⁶⁷.

Ancora, si è rilevato che il divieto di frazionamento si scontra contro la norma di cui all'art. 1453 c.c., il quale, attribuendo la possibilità al creditore di chiedere, nell'ipotesi di inadempimento della controparte, l'adempimento coattivo o la risoluzione giudiziale del rapporto contrattuale, non offrirebbe alcun elemento testuale per escludere una richiesta di adempimento anche parziale. La riduzione del contenuto della domanda di adempimento ad una frazione del credito porterebbe, poi, alla disapplicazione delle norme di cui agli artt. 277 comma 2 e 278, comma 2, c.p.c., in quanto dette norme, consentendo al giudice di limitare la pronuncia ad una parte della domanda o di condannare il debitore al pagamento di una provvisoria, non trovano applicazione quanto la domanda stessa sia stata *ab origine* proposta con un contenuto più ridotto.

tema di abuso del processo, in *Nuova giur. comm.*, 2001, 508; SENA, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Dir. e giur.*, 2002, 443 ss.

⁶⁷ Si veda DI BIASE, op. cit., p. 401; si confrontino poi Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2111, secondo cui «*Il creditore ha la facoltà di chiedere, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione all'identica facoltà di accettarlo, riconosciutagli dall'art. 1181 c.c., perché il pericolo di un aggravio di spese per il debitore, esposto ad una pluralità di decreti ingiuntivi nel caso di parcellizzazione del credito, è dal medesimo ovviabile o mettendo il mora il creditore, offrendogli l'adempimento dell'intero, o chiedendo l'accertamento negativo di esso*»; Cass., 15 aprile 1998, n. 3814, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Obbligazioni in genere*, n. 29.

Sull'adempimento parziale si confrontino CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto* da Rescigno, 9, I, Torino 1999, 122 s.s.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1974, 41 ss.; *Id.*, *Pagamento (diritto civile)*, in *Nss. D.I.*, XII, Torino 1965, 321 ss.; CIAN, *Pagamento*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino 1995, 234 ss., il quale precisa che l'art. 1181 c.c. è riferibile solo «*alla singola prestazione e non anche alla pluralità di prestazioni che fossero dovute nel contesto di un unico rapporto obbligatorio (complesso), e neppure all'ipotesi dell'attuazione a consegne ripartite di una prestazione unitariamente considerata e come tale pattuita*»; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2007, 656, il quale alla nt. 3 espone quanto segue «*Il criterio si applica anche quando più prestazioni obbligatorie risultano volute dalle parti come tra loro inscindibili, quando cioè esista alla base un collegamento tra atti connessi per la loro funzione*»; PROSPERETTI, *Adempimento parziale e liberazione del debitore*, Napoli 1980, 10 ss. In termini critici rispetto all'impostazione ricostruttiva che precede si pone FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano 2005, 100 ss., la quale afferma che il criterio alla cui stregua bisogna valutare l'unità dell'obbligazione risiede nell'unitarietà dell'interesse creditorio - che definisce «*la portata e l'estensione del rapporto obbligatorio, e fissa i «confini esterni» oltre i quali è solo possibile riferirsi a altri rapporti obbligatori connessi o funzionalmente collegati e alle prestazioni che costituiscono l'oggetto di questi stessi rapporti*» - e nell'unitarietà della fonte; considera ancora troppo generico il riferimento alla nozione di unità economica delle prestazioni DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, coordinato da Galgano, *Libro quarto, delle obbligazioni (Art. 1177-1200)*, Bologna-Roma 1994, 91, secondo il quale il concetto di «prestazione parziale» va ricollegato a «*una situazione debitoria unitariamente concepita perché derivante da un unico rapporto*». In giurisprudenza, si confrontino Cass. 17 maggio 1967 n. 1034 e Cass. 20 dicembre 1960 n. 3291, ove si sostiene che il principio di cui all'art. 1181 c.c. non trova applicazione allorché si tratti di debiti distinti, né quando le prestazioni ripartite siano state pattuite espressamente o debbano considerarsi permesse dalla natura del contratto.

La Corte di cassazione neutralizza, poi, da un lato, qualsiasi riferimento alla buona fede e coretteezza, statuendo che detti principi non possano essere invocati per paralizzare la domanda parcellizzata dal convenuto, che, col proprio inadempimento, ha già assunto un contegno contrario ai principi richiamati⁶⁸, e, dall'altro, evidenzia l'inconferenza dell'argomento secondo cui la «parcellizzazione» giudiziale della pretesa è inammissibile perché non rispondente all'interesse del creditore, giungendo a penalizzare il debitore «angariato» da una serie successiva di domande giudiziali riferite alla medesima pretesa. A riguardo, i giudici di legittimità hanno affermato che, nel primo caso, si trascurerebbe la circostanza che sussiste comunque un interesse del creditore a ricorrere ad un giudice inferiore al fine di ottenere nel modo più celere possibile il soddisfacimento anche parziale della sua pretesa⁶⁹; nel secondo, invece, non si considererebbe che lo stesso debitore può evitare di sottoporsi alle successive domande giudiziali o mettendo in mora il creditore mediante l'offerta di versargli l'intero credito⁷⁰ o avanzando domanda riconvenzionale di accertamento negativo dell'intero rapporto ed in questo modo ottenendo la devoluzione dell'intera controversia al giudice superiore ai sensi dell'art. 34 c.p.c.⁷¹.

Chiudendo il proprio percorso argomentativo a sostegno della frazionabilità della domanda giudiziale di adempimento, le sezioni unite evocano la tassatività delle ipotesi di inammissibilità della domanda, tra le quali non è possibile ricomprendere la domanda parcellizzata, riconducendo, infine, alla sfera di responsabilità ed all'inerzia del debitore - e non alla malizia del creditore - l'eventualità che si formino degli accertamenti definitivi per mancata opposizione ad uno dei tanti decreti ingiuntivi in cui sia stato frazionato l'unitario credito originario.

Dopo alcuni anni dalla succitata pronuncia, la Corte di cassazione, ancora una volta a sezioni unite e modificando radicalmente le conclusioni raggiunte, afferma che la domanda

⁶⁸ Si veda anche FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*, in *Corriere giur.*, 1998, 540.

⁶⁹ Parte della dottrina ha evidenziato la necessità del bilanciamento tra il richiamato interesse del creditore ad una domanda di adempimento frazionata e quello del debitore all'adempimento integrale. In tale prospettiva, ha osservato che solo qualora tale ultimo interesse risulti assente la tutela segmentata sarebbe ammissibile. Si veda FONDRIESCHI, op. cit., p. 303 e ss.

⁷⁰ Occorre dar conto della critica avanzata da una parte della dottrina secondo cui la messa in mora del creditore non è ravvisata come soluzione plausibile, sia perché il debitore potrebbe non avere la disponibilità finanziaria necessaria per farne uso, sia perché non è dato rinvenire il fondamento logico-giuridico di un diverso aggravio per il debitore a seconda di come il creditore decida di agire a soddisfacimento della propria pretesa, si confronti TRANQUILLO, op. cit., 368; si è anche sostenuto (MARENCO, op. cit., 2269) che il convenuto che non si ritenga debitore non avrà alcun motivo per mettere in mora l'attore.

⁷¹ CARATTA, op. cit., p. 1143.

frazionata del credito⁷² si pone in contrasto con la regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, risolvendosi in un abuso del processo, ostativo all'esame della domanda.

Ciò che preme evidenziare, però, è che la Corte non interviene nuovamente nel *plenum* della propria composizione per dirimere un contrasto tra le sezioni semplici, bensì per operare una rimeditazione del problema nel suo complesso. Rimeditazione che avviene attraverso la valorizzazione sia dei canoni della buona fede e correttezza, considerati prevalenti rispetto alle ragioni di tutela del credito, in quanto diretta derivazione del dovere inderogabile di solidarietà scolpito nell'art. 2 Cost., sia del valore del “giusto processo”, cristallizzato nell'art. 111 Cost.⁷³

In particolare, la Corte, muovendo dall'assunto secondo cui la buona fede, nella sua nuova “veste costituzionale”, rappresenta lo strumento che consente al giudice di assicurare il giusto equilibrio tra le parti del rapporto obbligatorio, attraverso interventi modificativi o integrativi dello statuto negoziale. Detto altrimenti, nella prospettiva della Corte, il principio della buona fede rappresenta un limite contenutistico dell'autonomia privata, sempre più in rapporto con le regole di validità e di equilibrio del contratto. In linea con tale premessa, la Suprema Corte giunge alla affermazione conseguente secondo cui tale limite opera *a fortiori* nella fase patologica della coazione all'adempimento, garantendo che l'equilibrio voluto dalle parti si mantenga anche nella fase giudiziale del rapporto e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, a danno del debitore⁷⁴.

⁷² Trattasi della sentenza del 15.11.2007, n. 23726; a riguardo si confrontino FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*, in *Guida dir.*, 2007, 47, 28 ss.; DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.; RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008, 929 ss.; FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 458 ss.; COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione* in *Studium iuris*, 2008, 493 s.; PALMIERI – PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corriere giur.*, 2008, 745 ss.; MELONI CABRAS, *op. cit.*, 784 e ss.

⁷³ La Corte sostiene che il mutato quadro normativo imponga una diversa soluzione del problema. In vero, parte della dottrina (DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle sezioni unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 20346) ha osservato, in senso critico, che le disposizioni di riferimento in sé non sono cambiate, ma, al più, ne è cambiata l'interpretazione;

⁷⁴ Si confrontino BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 2000, 500 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, 145 ss., che alle direttive della Costituzione affida lo scopo di concretizzare il contenuto della clausola generale di buona fede e correttezza; SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 580; BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 524 ss., che ravvisa nella buona fede «l'espressione dell'esigenza intrinsecamente

Tale alterazione sarebbe un inevitabile precipitato della parcellizzazione del credito, in quanto il debitore si troverebbe esposto ad un prolungamento del vincolo coattivo e ad un aggravio di spese correlate alla molteplicità di giudizi instaurati nei suoi confronti.

Le Sezioni Unite sembrano aver effettuato una scelta di politica del diritto, dettata da una nuova interpretazione delle norme, secondo una prospettiva orientata costituzionalmente. In quest'ottica, esse hanno individuato nella condotta del creditore, che frazioni il credito ed aggravi così la posizione della controparte, un atteggiamento contrario al principio di buona fede.

Esaminando *funditus* il tessuto motivazionale della pronuncia, emerge però come l'effettivo polo argomentativo sia rappresentato dal richiamo ad altri principi, quali quelli dell'abuso del processo, correlato, in ogni caso, alla regola della buona fede per il tramite del più generale principio di matrice sostanzialistica dell'abuso del diritto⁷⁵. Ed infatti, la segmentazione processuale del credito si risolve – osserva la Corte – in un abuso del processo, che rappresenta la trasposizione in sede processuale dell'abuso del diritto, in quanto l'azione, ancorché lecita e garantita dalla nostra Carta costituzionale, è esercitata in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela della propria sfera giuridica.

La Corte riconduce, dunque, il fenomeno del frazionamento della tutela giudiziaria del credito entro il paradigma dell'abuso del processo⁷⁶, utilizzando una categoria concettuale che, per molto tempo, è rimasta aliena alle teorizzazioni della giurisprudenza civile, i cui sforzi ricostruttivi si sono concentrati sull'istituto di diritto sostanziale dell'abuso del diritto, definito in

normativa di coniugare la *lex privata* con il principio *pacta sunt servanda* e con la *ratio* economica perseguita attraverso il riconoscimento dell'autonomia privata, e sottolinea che è questa esigenza di realizzazione dell'operazione economica programmata che può esigere dai contraenti comportamenti positivi o negativi contrastanti con una particolare regola negoziale; nonché Id., *Diritto privato e società moderna*, Napoli 1996, 360; così anche BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 545 ss., secondo il quale l'equità assume ormai un ruolo subalterno, soprattutto nell'ottica del futuro diritto europeo dei contratti.

In giurisprudenza, si confronti Cass. 18 luglio 1989 n. 362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750, secondo cui la buona fede si pone come “regola di comportamento vincolante anche al di là e contro le specifiche previsioni contrattuali, perché sorretta da un fondamento etico di solidarietà e, quindi, dotata dei caratteri tipici di una norma di ordine pubblico, sovraordinata ai poteri dispositivi delle parti”.

⁷⁵ Così NANNA, *Lavoro (rapporto)/processo civile – per una ricostruzione in chiave evolutiva del problema della frazionabilità processuale del credito*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2016, 6, 877.

⁷⁶ Sull'abuso del processo si vedano CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, I e II; DONDI – GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 e ss;

letteratura come attività di tutela priva di interesse processuale, quindi implicitamente non proporzionata rispetto a intenti di effettiva tutela del diritto, e pertanto in tal senso abusiva⁷⁷.

La disarticolazione dell'unità sostanziale del rapporto obbligatorio e la definitiva scissione del contenuto dell'obbligazione rende, conseguentemente, ingiusto il processo nel quale detta disarticolazione si realizza, in contrasto col canone costituzionale di cui all'art. 111 Cost⁷⁸.

Secondo la pronuncia in esame, inoltre, il canone del giusto processo risulterebbe violato anche tramite la formazione di una pluralità di giudicati, eventualmente pure contraddittori tra loro, e comunque dalla stessa inflazione di azioni giudiziarie aventi ad oggetto lo stesso rapporto sostanziale, di per se stessa confliggente con la regola della ragionevole durata del processo.

Successivamente, però, non sono mancate pronunce attraverso le quali la Corte di cassazione ha giustificato, in presenza di determinate condizioni, contegni processuali astrattamente suscumbibili entro l'alveo del divieto della parcellizzazione della tutela giudiziaria del credito. Si ponga mente a Cass. n. 10177 del 2015 nella quale si afferma che *“l'attore che, a tutela di un unico credito dovuto in forza di un unico rapporto obbligatorio, agisca con ricorso monitorio per la somma provata documentalmente e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua, non incorre in un abuso dello strumento processuale per il frazionamento del credito in quanto tale comportamento non si pone in contrasto né con il principio di correttezza e buona fede, né con il principio del giusto processo, dovendosi riconoscere il diritto del creditore a una tutela accelerata mediante decreto ingiuntivo per i crediti provati con documentazione sottoscritta dal debitore”*. Ancora, la Suprema Corte, nella pronuncia n. 22574 del 2016, statuisce che *“non opera il divieto di parcellizzazione della domanda giudiziale, né si configura abuso del*

⁷⁷ Per una panoramica di tale istituto si confrontino ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.; ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 168 ss.; PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998, 1 ss.; SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato* 1997, Padova, 1998; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 609 ss.; BESSONE, *«Proprietà egoista», abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Saggi di diritto civile*, Milano 1979, 275 ss.

⁷⁸ Deve osservarsi come parte della dottrina (SCARSELLI, op. cit., 1468) ha evidenziato che la decisione delle sezioni unite non sia corretta in punto di motivazione, in quanto il frazionamento trova ostacolo, non già nei canoni della buona fede e del giusto processo, bensì nei limiti oggettivi del giudicato, *atteso che, per diritto vivente di lungo corso, non è deducibile con successivo processo “parte” di un rapporto giuridico già dedotto in giudizio e già deciso con autorità di cosa giudicata*. Sono evidenti, dunque, anche nei contributi degli autori moderni, gli echi dell'orientamento interpretativo espresso dalla dottrina più risalente dinanzi evocato.

processo, nel caso in cui il creditore agisca in via monitoria per la parte di credito certa, liquida ed esigibile e utilizzi il rito sommario di cognizione per l'altra parte di credito da accertare e liquidare”.

Ad avviso di chi scrive, dunque, è la presenza di un concreto interesse alla parcellizzazione che conferisce il crisma della legittimità al contegno processuale dell'attore, che, dunque, non mira ad aggravare inutilmente la posizione del debitore convenuto, ma a tutelare pienamente le proprie ragioni, cercando di raggiungere un apprezzabile vantaggio. Tale percorso trova, poi, il proprio completamento nella recenti sentenze pronunciate a sezioni unite n. 4090 e 4091 del 16 febbraio 2017, che, oltre a confermare la piena validità del arresto del 2007, hanno affermato la proponibilità, in separati processi, delle domande afferenti non già al medesimo diritto di credito ma a diversi e distinti diritti di credito (arg. ex artt. 31, 40, 104 c.p.c.), anche se relativi ad uno stesso rapporto di durata tra le parti. In particolare, la Suprema Corte ha statuito che *«le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque "fondati" sul medesimo fatto costitutivo - sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale -, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata.*

Si potrebbe dire che il principio espresso dalle sezioni unite della Corte di cassazione pone un complessivo assetto di regole, eccezioni e controeccezioni a governo del fenomeno del frazionamento oggettivo del credito, determinando l'espansione o il restringimento, a seconda della fattispecie concrete, del divieto, e conferendogli una connotazione, per così dire, sinusoidale. Ed infatti, il divieto si espande a fronte del frazionamento del diritto di credito derivante da un unico rapporto; si restringe nell'ipotesi in cui vengano azionati i diversi crediti originanti da unico rapporto complesso; si riespande nuovamente allorquando i crediti siano inscrivibili nell'ambito oggettivo di un unico giudicato o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo, in quanto, in

tal caso, vale la regola del cd. deducibile; infine, si restringe se la parcellizzazione oggettiva ha sullo sfondo un interesse oggettivamente valutabile al frazionamento.

In definitiva, a parere di chi scrive, anche in tali pronunce il punto di fuga rimane l'interesse oggettivo della parte, in presenza del quale la parcellizzazione oggettiva dei diversi crediti non può definirsi abusiva⁷⁹.

4. Le incertezze interpretative in tema di conseguenze processuali dell'abuso del processo.

Una volta affermata la tendenziale inammissibilità della tutela frazionata del credito, residua, in punto d'indagine, la valutazione delle conseguenze processuali di siffatto orientamento.

Due sono le direttrici seguite in giurisprudenza: la prima conduce ad una pronuncia di rigetto, della quale occorre, però, indagare la natura; la seconda, *ex adverso*, porta a far uso di strumenti processuali che consentono di neutralizzare gli effetti distorsivi dell'abuso.

Ebbene, come già rilevato, la Corte di cassazione, con la succitata pronuncia a sezioni unite del 2007, ha percorso la prima strada, ancorchè, in vero, non si esprimono a chiare lettere nel senso del rigetto della domanda, preferendo statuire che l'abuso del processo si pone in termini ostativi rispetto all'esame del merito⁸⁰. Nel noto arresto non viene specificata la ragione per la quale è precluso l'esame del merito, ma – ad avviso di chi scrive – sullo sfondo possono rintracciarsi le suggestioni relative al concetto di meritevolezza della tutela richiesta, già

⁷⁹La Corte specifica, altresì, che “*Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.c.*”. Osservano poi che imporre di agire simultaneamente per tutti i diritti relativi a un medesimo rapporto complesso si risolverebbe addirittura in un *vulnus* alla tutela del creditore e in un appesantimento della possibilità di agire; infatti il creditore dovrebbe provare tutti i crediti distinti pur se relativi allo stesso rapporto, ed eventualmente soggetti a diverso riparto dell'onere probatorio e a diverso regime di prescrizione (es. crediti retributivi rispetto a quelli risarcitori), perdendo ad esempio la possibilità di agire in via monitoria per i crediti muniti di prova scritta o di agire dinanzi al giudice competente per valore per ciascuno dei crediti - quindi di fruire del più semplice e spedito iter processuale eventualmente previsto dinanzi a quel giudice. Peraltro, nel solco di tali principi si colloca l'orientamento già in precedenza espresso da qualche sentenza della S.C., secondo cui “*Qualora il lavoratore agisca in via monitoria per ottenere il pagamento di crediti retributivi e, con separato ricorso, per impugnare il licenziamento intimatogli, non sussiste un illegittimo frazionamento del credito, in quanto, benché all'interno di un unico rapporto, si è in presenza di crediti autonomi e distinti, scaturenti da diversi fatti costitutivi, aventi differenti regimi probatori e prescizionali; peraltro, l'imposizione di un'unica azione impedirebbe al creditore l'uso della tutela monitoria, praticabile per i soli crediti assistiti da prova scritta*” (Cass. civ., sez. lav., 21 dicembre 2016, n. 26464).

⁸⁰Si confronti p. 5 della sentenza a sezioni unite n. 23726 del 2007.

sviluppato da una parte della dottrina processualcivilistica⁸¹, che ha proposto di inserire nel sistema processuale il vaglio di meritevolezza, col quale il giudice, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c., prima di valutare la fondatezza del merito dell'azione, ne valuta la meritevolezza, intesa come accessibilità al giudizio della domanda proposta. In tale prospettiva, la meritevolezza rappresenta un attributo essenziale dell'interesse ad agire⁸², il cui accertato difetto conduce, giocoforza, ad una pronuncia di rito. Ne deriva che il giudice, nel valutare la presenza della condizione dell'azione di cui all'art. 100 c.p.c., deve passare da un giudizio sulla mancanza d'interesse a quello sulla non meritevolezza dell'interesse⁸³. In definitiva, accertata la carenza d'interesse ad agire, anche sotto il profilo della sua meritevolezza, il giudice è chiamato definire il processo abusivo mercé una sentenza d'inammissibilità, una pronuncia cioè sul processo, che impedisce il formarsi del giudicato sostanziale⁸⁴.

Passaggio fondamentale del percorso ricostruttivo delle conseguenze processuali dell'abuso del processo è l'esame della pronuncia n. 15476 del 2008, nella quale la Corte di legittimità imposta in termini d'improponibilità la questione della sorte della domanda di tutela frazionata del credito⁸⁵, specificando, altresì, che „*ciascuna delle singole domande*“ frazionate sarebbe improponibile. Secondo la Corte, dunque, ogni domanda frazionata, contestualmente o in sequenza, avente ad oggetto una porzione del credito, dovrebbe essere dichiarata in ogni caso improponibile, a cominciare dalla prima istanza volta al recupero di una frazione dell'intero⁸⁶. Detta conclusione, in vero, con precipuo riferimento al frazionamento sequenziale, si pone in contrasto con l'opzione ricostruttiva fatta propria da una parte della dottrina, la quale, all'indomani della pronuncia a sezioni unite del 2007, ha osservato che la contrarietà ai principi di buona fede e correttezza può emergere solo al momento della proposizione della seconda domanda e che, pertanto, il giudice, esaminata nel merito la domanda parziale proposta per prima,

⁸¹Si pensi al lavoro di GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

⁸²DALLA MASSARA, *La domanda frazionata*, cit., p. 20349.

⁸³Questa ricostruzione pare essere stata già accreditata da Cass. n.14630 del 2000.

⁸⁴Precipitato giuridico di siffatta impostazione è che l'assenza di un meritevole interesse ad agire sarebbe rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, salva la formazione di un giudicato sul punto (si confronti Cass. n. 3330 del 2002).

⁸⁵ROSSI, *Il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2009, 516 ss.

⁸⁶VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*, in *Obbl e contr.*, 2009, 10.

deve dichiarare improponibili le successive istanze promosse dal medesimo creditore per ottenere le restanti frazioni del suo credito⁸⁷. Differentemente, nell'ipotesi di parcellizzazione del credito operata contestualmente, valutata l'impossibilità di stabilire quale domanda sia stata proposta per prima, la dottrina ha propugnato il rigetto in blocco di tutte le domande⁸⁸.

Tanto puntualizzato, occorre chiedersi se la Corte, nel dichiarare improponibili le domande frazionate, propugni una soluzione definitiva in rito o nel merito. La questione non è di poco momento, in quanto la declinatoria in rito della prima domanda creditoria volta al recupero di una porzione dell'intero non dispiegherebbe alcuna efficacia vincolante su eventuali futuri processi; il rigetto nel merito della stessa, viceversa, comporterebbe la formazione del giudicato c.d. materiale (o sostanziale) sulla frazione del credito richiesta giudizialmente, il quale precluderebbe a sua volta al creditore di agire per il recupero delle restanti porzioni in forza dell'estensione degli effetti del dedotto al c.d. deducibile⁸⁹. Ne deriverebbe la definitiva impossibilità per il creditore di veder

⁸⁷ DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 259.

⁸⁸ DALLA MASSARA, *La domanda frazionata*, p. 361.

⁸⁹ Così VERONESE, op. cit., 11. Tale conclusione si pone in linea con quanto affermato dalla dottrina dominante secondo cui il giudicato sostanziale si formerebbe soltanto con riferimento alle sentenze che decidono il merito. *Ex adverso*, le decisioni su questioni processuali non acquisterebbero efficacia di cosa giudicata sostanziale, bensì solo formale, e determinerebbero una preclusione che vincolerebbe solamente nell'ambito del processo nel quale sono state pronunciate. In tal senso SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, VI, Bologna-Roma, 1953, 319; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 993; COSTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1980, 242.

Per diversa opzione ricostruttiva, non vi è alcun limite all'operatività del giudicato sostanziale, che investirebbe anche le sentenze in rito. Si precisa, peraltro, che all'interno delle sentenze che pronunciano sul processo va fatta una distinzione: da un lato, infatti, vi sono le sentenze che decidono sulle condizioni dell'azione (interesse e legittimazione ad agire) e sui presupposti processuali (giurisdizione, competenza del giudice, capacità e legittimazione formale delle parti, assenza di impedimenti derivanti da litispendenza o compromesso in arbitri), alle quali compete l'autorità del giudicato ex art. 2909 c.c., al pari delle sentenze sul merito; dall'altro lato, si collocano le sentenze di rito, diverse da quelle appena ricordate, che decidono sul processo in se stesso, per giudicare sulla validità o nullità dei suoi atti o sulla sua efficienza o estinzione, alle quali deve riconoscersi efficacia esclusivamente endoprocessuale. Esse cioè non dispiegherebbero alcun effetto in un nuovo processo in cui la stessa domanda venisse eventualmente riproposta. In questo senso si confrontino, tra gli altri, CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 271; ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 54.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte di cassazione si è espressa a sezioni unite con la pronuncia n. 6737 del 2002, statuendo che le questioni di natura processuale non possono formare oggetto di cosa giudicata in senso sostanziale, essendo la sentenza che le risolve destinata ad operare soltanto con effetti limitati al processo in cui è intervenuta; più in dettaglio, la Corte riconosce che se *“anche le pronunzie di rito partecipano a pieno titolo dell'accertamento giudiziale (di cui è espressa menzione nell'art. 2909 c.c.), non è men vero che tali decisioni sono destinate a vedere confinata la loro rilevanza nel giudizio in cui sono state rese, avendo un oggetto che è, per definizione, strettamente inerente alla vicenda processuale in corso”*.

soddisfatta la propria pretesa per il fatto di aver avanzato una richiesta giudiziale di importo inferiore al credito vantato.

Orbene, tra le pieghe argomentative della pronuncia succitata si legge che la condanna al pagamento di una frazione del credito comporta «*un giudicato, perlomeno implicito, sulla maggiore somma recata da tutte le fatture prodotte in giudizio o almeno da una di esse*». Da quanto immediatamente precede, la dottrina ha ricavato l'adesione della Corte ad una ricostruzione in termini di rigetto nel merito della pronuncia definitiva di un processo abusivo. Ed invero, si è osservato che, dietro l'affermazione secondo cui la formazione del giudicato sulla prima domanda costituisce una delle ragioni che si pongono quale ostacolo alla frazionabilità del credito, vi è il convincimento dell'esistenza di un giudicato materiale, che solo una sentenza nel merito è idonea a determinare. In questa prospettiva, dunque, al creditore che abbia preteso l'adempimento solo di una parte del proprio credito, rimane preclusa ogni possibilità di ottenere la soddisfazione della propria legittima pretesa, a prescindere dalle ragioni che l'abbiano indotto ad operare la parcellizzazione. E ciò, paradossalmente, anche qualora egli ignori di essere creditore di una somma più elevata oppure intenda rimettere una parte di debito⁹⁰.

Dal quadro sin qui delineato emerge che sullo sfondo delle decisioni delle Corti in tema di parcellizzazione del credito vi sono due differenti opzioni ricostruttive, cui sono inevitabilmente legate conseguenze processuali differenti. Ed infatti, una pronuncia di rigetto in rito, come quella di inammissibilità adottata dalla Corte di cassazione nel 2007, comporta la possibilità di proporre nuovamente la domanda di adempimento; diversamente, una pronuncia di rigetto nel merito, preclude al creditore, stante la formazione del giudicato materiale, che copre anche il deducibile, di tutelare nuovamente le proprie ragioni di credito.

Attualmente, accanto alle tesi dell'inammissibilità ovvero dell'improcedibilità ovvero ancora dell'imprononibilità dei giudizi, sostenuta nella maggior parte delle decisioni della Suprema Corte e dalla prevalente giurisprudenza di merito, si va affermando la tesi dell'incidenza della violazione del divieto di frazionamento sulla regolamentazione del regime delle spese, anziché sul diritto fatto valere⁹¹. Sullo sfondo di tale ricostruzione – fatta propria da Cass n. 10634

⁹⁰ Così VERONESE, op. cit., 11.

⁹¹ Sul punto si confrontino Cass. 03.05.2010, n. 10634 e Cass. 12.05.2011, n. 10488.

del 2010⁹² - si staglia l'assunto secondo cui l'abuso in parola determina l'illegittimità, non già dell'accesso allo strumento processuale, ma delle modalità in cui lo stesso è avvenuto, dovendo trarsi, pertanto, differenti conseguenze sul piano disciplinatorio. In particolare, si osserva che la violazione del principio di correttezza e buona fede "*comporta l'eliminazione per quanto possibile degli effetti discorsivi dell'abuso*", che sono individuabili, da un lato, con riferimento alla posizione del debitore, nelle maggiori spese processuali e, dall'altro, guardando all'organizzazione giudiziaria, nella pluralità di cause pendenti.

La soluzione prospettata è, sotto il primo angolo prospettico, la riunione delle cause, mentre, con riferimento ai pregiudizi subiti dal debitore convenuto, la distorsione è emendabile valutando l'onere delle spese *come se unico fosse stato il procedimento fin dall'origine*⁹³. A tal proposito occorre, poi, osservare che lo strumento concettuale dell'abuso del processo è servito alla Corte per far retroagire all'inizio del processo quanto la Tariffa giudiziaria civile consente di ottenere soltanto dal momento successivo alla riunione delle cause⁹⁴.

In vero, è stato rilevato che il caso sottoposto alla cognizione della Corte di cassazione, riguardando l'ipotesi in cui più attori, con l'assistenza di un unico difensore agiscono per ottenere dallo Stato, unico convenuto, il risarcimento del danno da irragionevole durata dell'unico processo che li aveva visti tutti coinvolti, sia inquadrabile nell'ambito del frazionamento in senso soggettivo, in quanto la parcellizzazione non ha ad oggetto l'unitario rapporto sostanziale, bensì i diversi soggetti che vantano il medesimo diritto.

Pertanto, la pronuncia in esame non potrebbe essere portata a sostegno di una diversa soluzione, rispetto alla definizione in rito del processo, dei casi frazionamento oggettivo, ma anzi potrebbe condurre – come in vero ha condotto – a sostenere, argomentando *a contrariis*, che proprio a fronte della parcellizzazione della materia del contendere, l'unica soluzione è la pronuncia in rito degli ulteriori processi⁹⁵.

⁹² La Corte testualmente afferma che "*al riscontrato abuso dello strumento processuale non può tuttavia conseguire la sanzione dell'inammissibilità dei ricorsi posto che non è l'accesso in sé allo strumento che è illegittimo ma le modalità con cui è avvenuto*".

⁹³ Si sono espresse in termini conformi, più di recente, anche Cass. 30.04.2014, n. 4088 e Cass. 09.02.2016, n. 2587; così anche la giurisprudenza di merito, Tribunale Roma Sez. spec. Impresa 28 settembre 2015 n. 19214.

⁹⁴ In vero, siffatta soluzione è stata propugnata anche in dottrina. Sul punto si confrontino TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *L'abuso del diritto*, Padova, 2000; CORDOPATRI, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 249 e ss.

⁹⁵ SCARSELLI, op. cit. 1468.

5. Gli spunti in tema di espromissione.

Tra le pieghe argomentative della sentenza in esame emerge chiaramente che la Corte d'Appello di Napoli ha consapevolezza del dibattito qui brevemente ricostruito, evidenziando *apertis verbis* l'esistenza di incertezze circa il rimedio individuato dalla giurisprudenza di legittimità per neutralizzare il fenomeno del frazionamento del credito⁹⁶. Proprio tali incertezze – ad avviso di chi scrive - hanno stimolato la Corte ad esaminare il merito della complessa vicenda sottoposta alla sua cognizione, al fine di conferire maggiore stabilità alla decisione.

Ed allora, sulla scorta di tale premessa di metodo, il Collegio interpreta la clausola contrattuale che pone il pagamento dell'indennità custodiale a carico del Ministero degli Interni quale manifestazione di volontà di quest'ultimo di assumere il debito gravante sul Ministero della Difesa, sussumendo tale complessiva operazione economica entro l'alveo applicativo della fattispecie espromissoria di cui all'art. 1272 e ss. cod. civ., valorizzando una figura alla quale la giurisprudenza ha sempre prestato una marginale attenzione.

La sentenza consente di svolgere, dunque, alcune brevi considerazioni anche in ordine all'istituto dell'espromissione, con precipuo riferimento ai suoi profili funzionali.

Ebbene, come noto, l'espromissione rientra, unitamente alla delegazione e all'accollo, tra i congegni negoziali attraverso cui è possibile incidere sul peso del debito⁹⁷, alleggerendolo o

⁹⁶ Si veda p. 9 della motivazione.

⁹⁷ COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, Bologna, 1896 (estr. dall'Arch. Giur., 1896, LVI, 287 ss.; 1897, LVII, 89 ss., 334 ss.); PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto della obbligazione*, Riv. dir. comm., 1911, I, 1045; Id., *La successione singolare nei debiti*, ibid., 1913, I, 81; Id., *Diritto civile*, I, Padova, 1935, 345 ss.; NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 279 ss.; BIGIARI, *La delegazione*, Padova, 1940, 112 ss., 383 ss.; TORRENTE, *In tema di successione nel debito*, in *Giur. Comp. Dir. Civ.*, 1946, 2a serie, X, 46; STOLFI, *Appunti sulla cosiddetta successione particolare nel debito*, Riv. trim. proc. civ., 1948, 733 ss.; RESCIGNO, *L'assunzione dell'obbligo altrui*, in *Arch. Giur.*, 1951, CLI, 79 ss.; Id., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 12 ss., 134 ss., 161 ss.; CICALA, «Accollo», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 282 ss.; ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, s.d., 40 ss.; CARRESI, «Debito (successione nel)», in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 744 ss.; RESCIGNO, «Delegazione (dir. civ.)», ibid., 929 ss.; BUCCISANO, *La novazione aggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, ad artt. 1230-1235, Bologna-Roma, 1975, 58 ss., spec. 164 ss.; MAGAZZÙ, «Novazione», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 779 ss. Delle trattazioni generali vanno ricordate quelle di BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni* 2, I, Milano, 1948, 316 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1955, 2-IV, 101 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* 9, III, Milano, 1959, 219 ss., 530 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, s.d., 202 ss., 254 s.; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, ad art. 1235 e artt. 1268-76, Torino, 1966; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* 9, Napoli, 1966, 92 ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano* 5, Napoli, 1982, 629 ss., 634 ss.

trasferendolo dall'originario debitore ad un terzo assunto. Nell'espromissione, in particolare, il terzo, denominato espromittente si obbliga verso il creditore cd. espromissario, assumendo il debito del suo originario debitore, che rimane, per così dire, espromesso, anche se non necessariamente liberato. Ed invero, la liberazione è un effetto solo eventuale la cui produzione è legata ad una precisa dichiarazione in tal senso del creditore⁹⁸.

Pertanto, da quanto immediatamente precede, sul piano effettuale, è possibile scorgere due differenti modelli di espromissione, quella cumulativa, da un lato, e quella privativa o liberatoria, dall'altro. L'espromissione cumulativa prevede l'ampliamento della garanzia patrimoniale del creditore, attraverso l'affiancamento del patrimonio di un terzo soggetto a quello del debitore originario, realizzando, in tal guisa, un effetto empirico di rafforzamento della garanzia generica del credito⁹⁹; l'espromissione liberatoria, implica, *ex adverso*, che in virtù del consenso del creditore, il terzo assuma in via esclusiva il debito altrui.

⁹⁸ Deve rilevarsi che l'istituto in esame affonda le proprie radici nel diritto romano. In vero, le fonti romane non evocano l'*expromissio* quale istituto giuridico, riferendosi, piuttosto, all'attività dell'*expromittere* compiuta dall'*expromissor* con l'intenzione di realizzare una novazione soggettiva (a riguardo, si confrontino i contributi di MASI, voce *Expromissio*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 1092 e ss; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 1943, Napoli, 396, il quale., peraltro, riferisce che il termine *expromissor* sia equiparato a quello di *fideiussor*, ponendo in luce che le affinità tra i due istituti erano ben note al diritto romano).

Nella codificazione francese napoleonica l'espromissione vive sotto le mentite spoglie della novazione soggettiva. In particolare, l'art. 1274 del *Code Napoléon* dispone, infatti, che la novazione per la sostituzione di un nuovo debitore può aversi senza il consenso del primo debitore. Inoltre, l'art. 1273 prevede la possibilità che un nuovo soggetto si obblighi al fianco di un originario debitore, in veste di fideiussore o debitore solidale, nel caso in cui il primo debitore non consenta espressamente alla novazione soggettiva in suo favore. Tale coobbligazione rappresenta, in tutta evidenza, l'antesignana dell'attuale espromissione cumulativa. Da quanto precede si ricava che nel diritto francese non può esserci modificazione del lato soggettivo passivo del rapporto obbligatorio senza il sorgere di una nuova obbligazione. Sullo sfondo, vi è dunque il principio secondo cui il rapporto obbligatorio nasce e vive solo tra i soggetti che lo hanno assunto. Il predetto convincimento si staglia anche alla base del Codice italiano del 1865 che si pone in linea con la tradizione romanistica e quella francese, elaborando l'unitaria categoria della novazione soggettiva, come macroconcetto al quale attingere la disciplina delle fattispecie di modificazione soggettiva passiva dell'obbligazione. Il BGB, differentemente, prevede espressamente la successione a titolo particolare nel debito, ossia la possibilità che la posizione di debito sia assunta da un terzo, sia in qualità di coobbligato sia di titolare esclusivo del debito con liberazione dell'originario debitore, senza la produzione di effetti novativi sull'originario vincolo. Sulle orme del codice tedesco si pone il legislatore italiano del 1942, che detta una disciplina del fenomeno espromissorio tesa a realizzare, attraverso la variante liberatoria, l'effetto pratico della novazione soggettiva, pur affrancandosi dal profilo dell'estinzione dell'obbligazione originaria (DE MEO, *L'espromissione*, in *La circolazione del debito*, a cura di Jannarelli, *tomo II del Trattato sulle obbligazioni*, a cura di Garofalo e Talamanca, Torino – Milano, 234 e ss; RESCIGNO, *Debito (successione nel)*, in *Dig. Disc. priv – Sez. Civ.*, V. Torino, 1989, 125, che evidenzia come per il legislatore italiano la distinzione tra novazione soggettiva e successione nel debito sia priva di rilievo pratico.

⁹⁹ LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2009, 174.

Come già rilevato, l'espromissione, come anche la delegazione o l'accollo, rappresentano atti di esercizio dell'autonomia privata su un debito preesistente. Detta incidenza è variamente modulata, in ragione della specifica articolazione del fenomeno espromissorio.

Ebbene, nel modello privativo, in cui il terzo succede nella posizione soggettiva assunta dall'originario debitore, il peso del debito trasla dalla sfera giuridica del debitore originario a quella del terzo espromittente; nella variante cumulativa, si realizza un mero alleggerimento della posizione giuridica dell'espromesso, chiamato a rispondere solo ove il terzo assunto rimanga inadempiente a fronte della pretesa del creditore. Ed infatti, con precipuo riferimento all'ipotesi cumulativa, la dottrina e la giurisprudenza di legittimità convergono sull'assunto secondo cui a questa sia applicabile in via analogica la norma di cui all'art. 1268, comma secondo, c.c. dettata in tema di delegazione¹⁰⁰, la quale prevede che il rapporto tra le responsabilità patrimoniali del debitore originario non liberato e del nuovo debitore si ponga in termini di sussidiarietà. Ne deriva che il creditore ha l'onere di rivolgere la propria richiesta di adempimento in via preliminare al terzo assunto e, solo in caso di inadempimento di questi, potrà spiegare la propria pretesa creditoria nei confronti dell'originario debitore¹⁰¹.

Se così è, l'espromissione cumulativa genera un vincolo tra terzo assunto e debitore ascrivibile entro il modello della solidarietà diseguale¹⁰², caratterizzato dal fatto che il creditore non potrà rivolgersi indifferentemente – così come farebbe a fronte di obbligazioni con solidarietà perfetta - all'uno o all'altro dei coobbligati¹⁰³.

¹⁰⁰ In letteratura si veda QUAGLIARIELLO, *L'espromissione*, Napoli, 1953, 89 e ss.; RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 66 e ss; in giurisprudenza si confrontino Cass. 11.12.1991, n. 13385 e, più di recente, in tema di accollo, Cass. 24.05.2004, n. 9982.

¹⁰¹ Deve rilevarsi però come l'autonomia delle parti possa incidere sullo schema negoziale tipico della fattispecie in parola, attraverso l'inserimento di una clausola che inverta il rapporto di sussidiarietà tra debitore originario e terzo assunto, di guisa che sia quest'ultimo ad offrire la sua responsabilità in via sussidiaria. Si è osservato che siffatta clausola neutralizzi l'effetto di spostamento del peso del debito dal debitore ad un terzo, tipico del negozio che ci occupa, e che, pertanto, a fronte di essa non si è al cospetto di un'espromissione nella configurazione consegnataci dal codice civile, bensì di un atipico negozio di garanzia, caratterizzato da maggiore autonomia rispetto allo schema tipico della fideiussione (a riguardo si confronti CICALA, voce *Espromissione*, in *Enc. Giur.*, Napoli, 7; LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 165).

¹⁰² Sulla solidarietà diseguale si veda CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1974, 63, che definisce diseguale l'obbligazione solidale assunta nell'esclusivo interesse di uno dei coobbligati, considerando tale l'obbligazione assunta dal delegato in caso di delegazione cumulativa, in cui la diversità degli interesse incide sulla *libera electio* del creditore. Si veda inoltre GRASSO, *Assunzione cumulativa e "beneficium ordinis"*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, secondo cui il *beneficium ordinis* è coesistente alla struttura della delegazione in quanto il mandato tra delegante e delegato esprime una graduazione di interessi

¹⁰³ Si veda CAMILLERI, *Appunti sulla struttura dell'espromissione cumulativa*, *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, 10647.

Tirando le fila, dunque, nella sua variante privativa, l'espromissione realizza pienamente il trasferimento del peso del debito da un soggetto ad un altro; in quella cumulativa, il peso del debito in capo all'espromesso viene solo alleggerito, in ragione della prioritaria esposizione alla pretesa creditoria dell'assuntore rispetto al primo debitore¹⁰⁴.

Tanto puntualizzato, ci pare che la pronuncia annotata offra spunti di riflessione in ordine ai profili causali dell'istituto espromissorio. Ed infatti, il Collegio, nel qualificare - come già rilevato - in termini di espromissione l'assunzione del debito del Ministero della Difesa da parte di quello degli Interni, non si interroga circa il rapporto esistente tra i due Ministeri, e, dunque, sull'assetto d'interessi sotteso al predetto, postulando, ad avviso di chi scrive, che il profilo funzionale del negozio espromissorio consiste e si esaurisce nell'assunzione del debito altrui¹⁰⁵. L'assunto che precede trova riscontro nell'orientamento tradizionalmente espresso in dottrina e giurisprudenza, secondo cui la causa dell'espromissione nel rapporto tra creditore e debitore originario. Ciò emerge, innanzitutto, dalla lettura dell'art. 1272 c.c., che, richiedendo il riferimento da parte dell'espromittente al debito dell'espromesso, assegna rilevanza causale al rapporto di valuta, ossia al rapporto esistente tra debitore originario e creditore, nel quale l'espromissione rinviene la propria identità funzionale¹⁰⁶.

Ne deriva, dunque, che il vincolo assunto dall'espromittente dipende sempre dal rapporto tra debitore originario e creditore, a differenza della delegazione pura, e che l'invalidità del rapporto di valuta si risolve in un vizio della causa del negozio di assunzione¹⁰⁷.

Il profilo causale del negozio espromissorio è, *ex adverso*, del tutto svincolato dai rapporti esistenti tra espromittente e debitore espromesso¹⁰⁸, che, nei rapporti tra terzo e creditore restano motivi giuridicamente irrilevanti¹⁰⁹. Ciò emerge chiaramente dall'impianto normativo, che preclude al terzo di opporre al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario; ciò significa che l'espromissione prescinde dal rapporto di provvista, il quale non partecipa

¹⁰⁴ Si confronti LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 11.

¹⁰⁵ CICALA, *L'espromissione*, cit., 85.

¹⁰⁶ LA PORTA, op. cit., 127; DE MEO, op. cit., 244 -245; TOMASETTI, *L'espromissione cumulativa*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 5.

¹⁰⁷ NICOLÒ, *Sulla promessa di pagare il debito altrui*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, 471.

¹⁰⁸ GIACOBBE, voce *Espromissione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Sciajola e Branca, Bologna, 1992, 81.

¹⁰⁹ Per questa ricostruzione si confrontino BIONDI, *La causa dell'espromissione*, in *Foro italiano*, 1956, I, 1335; LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 132. Anche la giurisprudenza della Corte di cassazione è allineata su questa direttrice interpretativa; a riguardo si veda Cass. sez. lav., 13.12.2003, n. 19118.

all'identificazione dei relativi profili causali, di guisa che l'espromittente è validamente obbligato quale che sia il suo rapporto col debitore originario¹¹⁰.

Posto il dato normativo dell'art. 1272, 2° comma, c.c., qualora volesse opinarsi diversamente – si è osservato¹¹¹ - dovrebbe concludersi che l'espromissione sia un negozio astratto. Dovrebbe affermarsi, cioè, in tale prospettiva, che il legislatore non renderebbe rilevante, sul piano della disciplina concreta, un aspetto che concorre in maniera determinante ad individuare la causa del negozio. Si sarebbe al cospetto di un'ipotesi di astrazione assoluta, che si ha quando la causa non acquista mai rilevanza, né al momento della conclusione del negozio, né successivamente¹¹², e che non è ammessa nel nostro ordinamento¹¹³.

In base all'inciso col quale si apre la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1272 («Se non è convenuto diversamente...»), può affermarsi che non è escluso all'autonomia privata attribuire rilevanza causale - anche nell'espromissione - al rapporto espromittente - debitore principale. In tal caso, evidentemente, le parti del contratto espromissorio, espromittente e creditore espromissario, intenderanno «titolare» il negozio anche rispetto alla provvista, riproducendo uno schema di assunzione che si avvicina molto - negli effetti pratici che produce - all'accollo. La norma dell'art. 1272, 2° comma, c.c. si limita, quindi, a sancire la naturale estraneità del rapporto di provvista all'assetto di interessi che l'espromissione tipicamente mira a regolare, conducendo ad identificare in altro evento formale la minima unità effettuale che consente di rappresentare la causa del negozio. Questa, invero, qualunque sia la nozione che si voglia accogliere, non può certo fondarsi sopra un effetto che sia solamente eventuale, non necessario e quindi non assolutamente incidente sulla disciplina minima dell'istituto¹¹⁴.

¹¹⁰ CICALA, voce *Espromissione*, cit., 79.

¹¹¹ LA PORTA, *Brevi note sulla cd. espromissione invertita*, in *Riv. notariato*, 4, 1996, 739.

¹¹² A questa conclusione perviene parte della dottrina, secondo cui il rapporto di valuta tra creditore e debitore originario costituirebbe solo un presupposto giuridico della validità dell'espromissione, ma non ne integrerebbe il profilo causale. Si osserva, infatti, che la causa dell'espromissione risiederebbe nelle ragioni concrete che hanno condotto all'assunzione del debito, e, dunque, va rintracciata nei rapporti pregressi tra debitore originario e terzo assunto del debito. Sul punto si confronti MANCINI, *L'espromissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 9, 2 ed., Torino, 1999, 480.

¹¹³ Si veda DIENER, *Il contratto in generale, Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, 2 ed., Milano, 359, la quale evidenzia che il principio dell'inammissibilità dell'astrazione assoluta sia pacifico in dottrina e giurisprudenza.

¹¹⁴ Così testualmente LA PORTA, op. ult. cit., 739; parte della dottrina ha definito l'espromissione un negozio parzialmente astratto (si veda BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, 4, Milano, 1993, 668; GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, vol.II, 1, Padova, 1993, 117).

Prendendo le mosse dalle osservazioni sin qui rassegnate, è stato osservato in dottrina che « *l'espromissione è il solo strumento negoziale appositamente predisposto per l'assunzione del debito altrui; ed è l'unico strumento impiegabile per realizzare puramente e semplicemente l'assunzione del debito altrui; il negozio ad hoc, cioè il solo in grado di modificare le vicende del rapporto obbligatorio in cui si inserisce indipendentemente dall'interesse che l'assuntore persegue nei confronti del debitore*»¹¹⁵.

Ciò posto, deve soggiungersi che parte della dottrina¹¹⁶ ha identificato nella funzione di assunzione del debito altrui il profilo causale comune alle tre figure disciplinate al Capo VI, Titolo I, Libro IV del Codice civile¹¹⁷. Avverso tale impostazione ricostruttiva si è, però, osservato che la funzione della delegazione e dell'accollo non può risolversi puramente e semplicemente nell'assunzione del debito altrui, che rappresenta, piuttosto, solo un effetto del negozio, ma non vale a radicarne la causa, atteso che tali congegni negoziali sono volti a realizzare assetti d'interessi diversi¹¹⁸.

Differentemente, nell'espromissione l'assunzione del debito altrui (con o senza il corrispettivo della liberazione o altro corrispettivo pattuito tra espromittente e creditore) esaurisce l'efficacia essenziale del negozio e, in tale prospettiva, l'obbligarsi del terzo espromittente non rappresenta un puro e semplice astratto promettere, ma costituisce l'atto di assunzione dell'altrui debito. Ciò rivela – si ribadisce – un profilo funzionale già normativamente valutabile come da solo sufficiente a giustificare l'impegno dell'assuntore, senza bisogno che questo sia sorretto, tra le parti del negozio, cioè tra lui e il creditore, da altra giustificazione¹¹⁹.

Concludendo, ci pare che in tale prospettiva interpretativa si collochi anche la Corte d'Appello di Napoli, che nel qualificare come espromissione l'obbligo del Ministero degli Interni al pagamento dell'indennità custodiale, prescinde da qualsivoglia valutazione circa eventuali rapporti esistenti col Ministero della Difesa, rapporti che non partecipano della causa negoziale e sui quali, dunque, non occorre effettuare alcun accertamento ai sensi della lettura coordinata degli artt. 1325 e 1418, secondo comma, del Codice civile.

¹¹⁵ Così testualmente CICALA, voce *Espromissione*, cit., 17; dello stesso avviso è GIACOBBE, op. cit., 81 ss.

¹¹⁶ RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 92 e ss.

¹¹⁷ RODOTÀ, voce *Espromissione*, in *Enc. Giur.*, XV, Milano, 1966, 786; GIACOBBE, op. cit., 81.

¹¹⁸ MICHETTI, *La causa del contratto di espromissione*, in *Contratti*, 2004, 7, 653.

¹¹⁹ CICALA, voce *Espromissione*, cit., 17; CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 392; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1986, 225.

LUCA CAPUTO

Immissioni sonore: tutela cautelare del diritto di proprietà in ragione del diritto all'abitazione e al rispetto della vita familiare (commento all'ordinanza del Tribunale di Napoli, Nona Sezione Civile, del 22.06.2017, Est. Di Tonto)

1. Il Tribunale di Napoli, chiamato a pronunciarsi su un ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto in corso di causa per ottenere il rilascio di un appartamento di cui si prospetta l'occupazione *sine titulo*, accoglie la domanda, ritenendo integrati tanto i presupposti del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora*.

In particolare, con riferimento al requisito del *fumus boni iuris*, il Tribunale partenopeo afferma che la documentazione prodotta a sostegno della domanda era tale da far ritenere sussistente, almeno in termini di probabile fondatezza della pretesa azionata nel giudizio di merito come richiesto in sede di tutela cautelare, il diritto alla restituzione dell'immobile; ciò in considerazione del fatto che la parte ricorrente chiedeva la restituzione in virtù di un contratto di compravendita da ritenersi valido e opponibile ai resistenti occupanti l'immobile, in quanto regolarmente trascritto.

Il Tribunale di Napoli ritiene poi integrato il requisito del *periculum in mora*, valorizzando una serie di circostanze che erano state dedotte e documentate dal ricorrente. Quest'ultimo, in particolare, prospettava e documentava che, in conseguenza della separazione dalla moglie, con la quale si era concordato l'affido paritario dei figli minori, era stato costretto a lasciare la casa familiare e a trasferirsi presso la madre in un appartamento di circa 95 mq. Tale situazione aveva inciso negativamente non solo nella sfera personale del ricorrente, ma anche dei figli minori, i quali, nei periodi di convivenza con il padre, erano costretti a vivere all'interno di un ambiente ristretto sia per le dimensioni, sia per il fatto che in esso viveva la nonna materna, il che non solo determinava una effettiva limitazione degli spazi, ma escludeva anche che i minori potessero percepire quell'ambiente come una vera e propria "dimora familiare". Gli informatori escussi nel procedimento cautelare avevano inoltre riferito che la situazione descritta di convivenza forzata tra i minori, la nonna materna e il padre all'interno di spazi non particolarmente estesi – considerato anche che si trattava di due minori di sesso diverso in età prepuberale – aveva creato nei minori un

profondo disagio che stava incrinando anche il rapporto con la figura paterna, con il rischio ulteriore che si deteriorasse con il trascorrere del tempo.

2. Il provvedimento in esame, oltre che per quanto si osserverà nel prosieguo, risulta di particolare interesse perché, in primo luogo, nel ritenere implicitamente ammissibile il ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., sembra inserirsi nel solco del principio espresso dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6653 del 12.06.1991. Con tale decisione la Suprema Corte ha affermato la possibilità per il ricorrente di scegliere di tutelare il proprio diritto mediante lo strumento cautelare atipico anziché attraverso la tutela possessoria, in considerazione della diversa natura del diritto dominicale rispetto alla situazione fattuale del possesso.

Aldilà di tale profilo, l'ordinanza resa dal Tribunale di Napoli offre spunti di grande attualità nella parte relativa all'esame del requisito del *periculum in mora*. In essa, infatti, si pone l'accento su una serie di circostanze peculiari del caso specifico – correlate, in particolare, alla descritta situazione di convivenza forzata di nonna materna e minori nell'immobile di dimensioni non particolarmente ampie in cui già viveva il ricorrente – che inducono il Tribunale di Napoli a ritenere sussistente in concreto il requisito del pregiudizio irreparabile con prevalenza del diritto del ricorrente su quello dei resistenti occupanti (*sine titulo*) dell'immobile oggetto di causa.

Più specificamente, la sussistenza di una situazione di urgenza tale da giustificare l'accoglimento della domanda cautelare viene correlata alla tutela del diritto di proprietà considerato, però, non in una prospettiva statica e formale di mera titolarità e disponibilità del bene, ma in una prospettiva dinamica e sostanziale che guarda al diritto del ricorrente in un'ottica più ampia, correlandone la relativa tutela a quella del nucleo familiare (nel caso di specie essenzialmente i figli minori ad esso coaffidati) e, in ultima analisi, al diritto all'abitazione, diritto centrale nell'ottica comunitaria. È proprio in questa prospettiva, infatti, che si afferma la prevalenza del diritto del ricorrente inquadrandolo come diritto all'abitazione che, come tale, assurge a diritto fondamentale, in quanto “*precondizione per il godimento di tutta una serie di diritti fondamentali, quali ad esempio il diritto alla salute, alla riservatezza, alla sicurezza, all'inviolabilità del domicilio ed alla sua libera scelta*”.

Particolarmente significativo, in questo senso, è il passaggio contenuto nel provvedimento in commento in cui, richiamando una pronuncia della Suprema Corte (la numero 9908 del 24.02.2011), si afferma che “*Oggi più che mai, la misura della dignità e della libertà della vita*

umana si rileva anche e soprattutto in considerazione dell'adeguatezza dell'abitazione ai bisogni della persona e della sua famiglia". Si attribuisce, in questo modo, nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, un peso prevalente al diritto all'abitazione proprio in considerazione del fatto che quest'ultimo è essenziale per la realizzazione di diritti fondamentali della persona garantita in primo luogo all'interno della principale formazione sociale costituita dalla famiglia.

Da qui, quindi, il richiamo, particolarmente pertinente nel caso di specie, al diritto al rispetto della vita privata e familiare riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla cui realizzazione risulta quindi strumentale anche il diritto all'abitazione, dovendosi escludere, come si afferma nel caso di specie, che lo scioglimento del matrimonio determini il venir meno del diritto alla salvaguardia della vita familiare, considerato che questo attiene anche ed in particolare al rapporto genitori – figli che, come tale, prescinde dalle vicende relative al rapporto coniugale.

3. Nell'affermare la prevalenza del diritto all'abitazione – inteso come precondizione per il godimento di diritti fondamentali della persona e per la realizzazione della comunità familiare – la decisione in commento si pone nel solco di pronunce giurisprudenziali che sempre più spesso valorizzano il rapporto tra l'individuo e l'abitazione non in un'ottica puramente patrimoniale. In questi termini, ad esempio, la sentenza del Tribunale di Firenze n. 147 del 21.01.2011 che, nell'affrontare il problema della tutela anche "*non patrimoniale*" della proprietà giunge all'affermazione secondo cui il diritto di proprietà è un diritto personale dell'uomo, con la conseguenza che diviene risarcibile anche la condotta illecita del terzo che abbia compromesso quelle utilità economiche connesse al godimento del bene (appunto, la propria abitazione intesa non solo come bene patrimoniale, ma come luogo di realizzazione degli affetti familiari, personali, di raccoglimento e così via). Così sul punto la sentenza citata: "*Va invece riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale per la violazione del diritto di proprietà, rientrante nella categoria dei diritti fondamentali inerenti alla persona (secondo l'interpretazione fornita in diverse pronunce dalla Corte europea di Strasburgo ed in considerazione dei rapporti delineati dalla nostra Corte costituzionale, nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, tra ordinamento interno e diritto sovranazionale). (...) Pur non costituendo una prerogativa assoluta, tale diritto viene di fatto tutelato alla stregua di un diritto fondamentale e costituzionalmente garantito, le cui restrizioni devono soggiacere al giusto equilibrio tra interesse generale e interesse privato. Non è*

dubbio infatti che nella specie la lesione del diritto di proprietà dell'attrice abbia ecceduto una apprezzabile e consistente soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che pur impone un grado minimo di tolleranza. Anche se occorre adoperare il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno al fine di attuare il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso il soggetto danneggiato e quello di tolleranza, con la conseguenza che il pregiudizio non sia futile e quindi il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.), ritiene il giudicante che entrambi i requisiti sussistono nella fattispecie secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale nel determinato momento storico. Non può dubitarsi infatti che la ripetuta presenza di infiltrazioni nel corso di cinque anni consecutivi ha chiaramente limitato ed intralciato fortemente il diritto dell'attrice nel godimento del diritto di proprietà sulla propria abitazione. Basta visionare le fotografie agli atti (v. docc. 1 e 2 allegati al ricorso ex art. 700 c.p.c. e doc. 23) per rendersi conto di ciò che, per cinque lunghi anni si verificava all'interno dell'abitazione dell'attrice nei giorni di pioggia, con la cucina rimasta per lungo tempo sprovvista di un pannello di copertura poiché quello originario, rigonfio a causa dell'acqua, era stato necessariamente rimosso per misure anche di sicurezza. È palese, quindi, la limitazione avvenuta nel caso in esame al diritto di proprietà dell'attrice, definito dall'art. 832 c.c. come diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo e costituzionalmente tutelato (art. 42 della Costituzione). La sua limitazione, anche ai sensi della recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sopra citata è quindi fonte di danno risarcibile. È innegabile poi che l'abitare in un appartamento interessato da infiltrazioni d'acqua frequenti e protrattesi per lunghissimo tempo (5 anni) senza che le richieste di "intervento" vengano considerate in alcun modo, abbia causato nell'attrice uno stato di stress e di frustrazione rilevanti sotto il profilo del danno morale".

Proprio in questa prospettiva, del resto, si è progressivamente affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale in presenza di un fatto illecito che si sia sostanziato nell'aver determinato una condizione di difficile vivibilità di un immobile adibito ad abitazione privata, ad esempio per effetto di immissioni di rumore sopra la norma (e di vibrazioni comunque non comuni). E ciò nella prospettiva che correla il diritto di godimento della proprietà e dell'abitazione al diritto alla serenità familiare, alla godibilità della quotidianità, da ritenersi costituzionalmente tutelati in via

indiretta mediante la previsione ad opera della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

In quest'ottica, infatti, il diritto all'abitazione rientra nei beni fondamentali riconducibili proprio al citato art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché all'art. 7 della Carta di Nizza (intitolato "rispetto della vita privata e familiare").

In una prospettiva meramente interna, invece, si tratta di un diritto pur sempre riconducibile a norme fondamentali della carta costituzionale, ed in particolare all'articolo 2 in collegamento con l'art. 29 laddove tutela i diritti fondamentali della persona in rapporto alle formazioni sociali nelle quali gli stessi si esplicano, tra cui rientra senza dubbio la famiglia e, quindi, in via mediata, anche i luoghi fisici in cui la vita familiare viene condotta.

Del resto, a ben vedere, proprio con un ragionamento di questo tipo la Corte di Cassazione ha progressivamente ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale a fronte della violazione di doveri coniugali e familiari (Cass. n. 9801/05): in quell'occasione, infatti, la Corte di Cassazione in sede di motivazione ha valorizzato soprattutto il fatto che la famiglia (intesa come formazione sociale e quindi come luogo in cui si esplicano diritti fondamentali) deve essere considerato un luogo in cui *"la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza e non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili"*.

Pertanto, non vi è dubbio che in virtù delle norme richiamate il diritto alla tutela della vita privata e familiare deve essere inteso non solo, in negativo, come diritto alla salvaguardia da "intrusioni" esterne, ma anche, in positivo, come diritto ad un ambiente familiare (anche monofamiliare) sereno, salubre, e che goda di quei confort che oramai attengono a bisogni incompressibili della persona.

Del resto, questa lettura ha trovato riconoscimento anche in pronunce più recenti della Suprema Corte; così, Corte di Cassazione, sentenza n. 26899/14, secondo cui: *"L'accertata esposizione ad immissioni sonore intollerabili può determinare una lesione del diritto al riposo notturno e alla vivibilità della propria abitazione, la cui prova può essere fornita dal danneggiato anche mediante presunzioni sulla base delle nozioni di comune esperienza"*. Tale principio ha trovato ulteriore riscontro nella successiva sentenza n. 20987/15, che ha ricostruito questo tipo di danno proprio sulla scorta di una lettura orientata anche dalla disciplina comunitaria, affermando

che: *“Il danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto ad uniformarsi a seguito della cd. "comunitarizzazione" della Cedu”.*

È un principio che ha da ultimo ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite nella recentissima decisione n. 2611 dell'1.02.2017, che, con riferimento ad una fattispecie in cui si lamentavano immissioni di rumori oltre soglia, hanno ribadito che l'assenza di un danno biologico non è di ostacolo al risarcimento del danno non patrimoniale *“allorché siano stati lesi il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed il diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, quali diritti costituzionalmente garantiti, nonché tutelati dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la prova del cui pregiudizio può essere fornita anche con presunzioni”.*

Sebbene con riferimento ad una situazione diversa, non riconducibile al pregiudizio derivante da immissioni intollerabili, il Tribunale di Napoli, con la decisione in commento, ha quindi, nel solco delle più recenti opzioni giurisprudenziali di merito e di legittimità, accordato anche nell'ambito della tutela cautelare tutela prevalente al diritto all'abitazione inteso in un'ottica moderna che ne valorizza il ruolo di strumento per la piena realizzazione della comunità familiare e di preconditione per il godimento di diritti fondamentali.

TRIBUNALE DI NAPOLI

IX Sezione Civile

R.G.S. n. _____

Procedimento speciale ex art. 700 c.p.c in corso di causa

Il Giudice di turno per il procedimento cautelare, come designato in atti, dr.ssa Barbara Di Tonto letti gli atti ed i verbali di causa; esaminata la relativa documentazione;

sciogliendo la riserva formulata all'udienza del _____;

OSSERVA

In via preliminare va osservato che il ricorso introduttivo è pienamente valido, benché proposto in forma cartacea, sulla base dell'introduzione di un autonomo giudizio cautelare (sia pure in corso di una causa già pendente per il merito), con l'urgenza che lo caratterizza; la corretta instaurazione del contraddittorio ed il diritto di difesa di parte resistente risultano, peraltro, pienamente rispettati (lo dimostra la corposa memoria di costituzione e le difese ivi rappresentate dai resistenti), per cui alcuna nullità può dirsi realizzata nel caso in esame; trattasi - semmai - di mera irregolarità superata dalla costituzione di parte resistente, dall'esplicazione esaustiva del suo diritto di difesa, e dalla corretta formazione del fascicolo d'ufficio (anche da un punto di vista telematico) relativo alla fase cautelare. La estrema libertà delle forme che caratterizza peraltro il procedimento cautelare avalla, se ve ne fosse ulteriore bisogno, le conclusioni di cui sopra.

Ancora in via preliminare va rilevato che la tutela cautelare ex art.700 c.p.c., da un punto di vista propriamente strutturale, si connota per essere veicolata in un procedimento di tipo sommario destinato a sfociare in un provvedimento di tipo provvisorio, in quanto inidoneo a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso. Nel vigente sistema peraltro i provvedimenti cautelari possono essere efficaci ex se sino all'instaurazione - meramente eventuale - del giudizio di merito. Esso poggia, in generale, essenzialmente sulla valutazione di due requisiti: da un lato intorno alla sussistenza del *fumus boni iuris*, che implica esclusivamente la formulazione di un giudizio di probabilità in ordine all'eventuale fondatezza della pretesa dedotta; dall'altro lato sul *cd. periculum in mora*, involgente l'imminenza ed irreparabilità del pregiudizio al diritto che si vuol far valere in via ordinaria.

Accanto alla caratteristica della natura anticipatoria degli effetti e della provvisorietà eventuale della sua tenuta, il provvedimento cautelare è connotato dalla sommarietà dell'inerente cognizione.

Posto ciò, nel merito il ricorso appare fondato e deve essere, pertanto, accolto per quanto di ragione. Ed infatti il *fumus* nonché il *periculum* sono chiaramente evincibili dalla documentazione in atti e dagli informatori escussi in corso di causa che avallano le motivazioni di seguito evidenziate.

Ed invero il *fumus boni iuris*, inteso come probabile fondatezza della pretesa azionata nella fase di merito, è fondato sul buon diritto dei ricorrenti di ottenere il rilascio dell'immobile di loro proprietà, occupato senza titolo dai convenuti oggi resistenti.

Parte ricorrente dettagliatamente allega e produce fatti e documentazione a sostegno della propria domanda: ed invero dagli atti di causa risulta a tutti gli effetti di legge la validità della compravendita dell'immobile sito in _____ in favore degli odierni ricorrenti; questi ultimi hanno acquistato il detto immobile dalla _____ per atto notarile stipulato in data _____, regolarmente trascritto; contestualmente alla

compravendita era concesso un usufrutto biennale in favore di _____, odierna resistente, che già occupava l'immobile in quanto originaria dante causa della società _____, a sua volta dante causa della _____ (tutti atti di trasferimento regolarmente trascritti come per legge e mai impugnati prima dell'odierno giudizio); sta di fatto che la _____ ed il suo nucleo familiare, allo scadere dell'usufrutto, si sono dichiarati impossibilitati a liberare l'immobile, chiedendo una proroga fino al _____; ciò è anche stato loro concesso, con separato atto di transazione, di cui parte resistente non contesta in alcun modo l'esistenza, eccependone genericamente la nullità, con l'accordo che i coniugi _____ avrebbero trattenuto - a titolo di penale - la buonuscita di euro 200.000,00 pattuita allo scadere dell'originario termine di usufrutto.

Parte resistente contesta la validità dell'atto di compravendita, ritenendosi legittimata ad occupare l'immobile in forza di un titolo di proprietà, in quanto la primigenia vendita stipulata tra se stessa e la _____, nonché le successive, sarebbero simulate ed i coniugi _____ sarebbero stati ben consapevoli della natura simulata di tali atti, quindi, privi di tutela in quanto terzi in malafede. Invero parte resistente farebbe discendere la natura simulata degli atti, stipulati innanzi ad un notaio e regolarmente trascritti, da una semplice allegazione di una scrittura privata (in data _____). Va rilevato che, anche a voler ammettere resistenza e la validità di tale controdiagnosi, essa ha efficacia solo tra le parti stipulanti e non è opponibile ai terzi di buona fede che abbiano regolarmente acquistato e, come nel caso di specie, trascritto l'atto di acquisto dell'immobile in proprio favore. Difatti, mentre risultano trascritti tutti gli atti di compravendita precedenti a quello stipulato in favore degli odierni ricorrenti, non c'è alcuna trascrizione di domanda volta all'accertamento della simulazione e/o nullità invocata da parte resistente (dei detti atti) fondata sulla detta controdiagnosi.

Né la buona fede deve essere provata dagli odierni ricorrenti posto che, ai sensi dell'art. 1147 c.c., la buona fede si presume ed è onere dell'altra parte dimostrare il contrario.

A sostegno della malafede dei coniugi _____ parte resistente allega genericamente la scelta del notaio, lo stesso che aveva stipulato gli atti per le società dante causa, cosa che - alla luce di quanto dichiarato in atti - sembrerebbe quantomeno sospetto. Ebbene, ciò non può in alcun modo assurgere a prova della malafede dei coniugi _____, e rimane una semplice affermazione "apodittica" priva di qualsivoglia riscontro fattuale oltre che probatorio. Ed invero, secondo costante giurisprudenza, il terzo è in mala fede solo quando vi sia stata collusione con il suo dante causa attraverso un accordo. Al fine di integrare il requisito della mala fede, necessario ai sensi dell'art. 1415 c.c. per opporre la simulazione al terzo che abbia acquistato dal titolare apparente, non è sufficiente la mera scienza della simulazione, richiedendosi che il terzo abbia proceduto all'acquisto per effetto della simulazione, nel senso che, accordandosi con il titolare apparente, abbia inteso favorire il simulato alienante per consolidare rispetto agli altri terzi lo scopo pratico perseguito con la simulazione, ovvero abbia voluto personalmente profittare della simulazione stessa in danno del simulato alienante. Di tale accordo non vi è alcuna prova (ma nemmeno un semplice valido elemento indiziario) nel caso in esame, il che induce a qualificare terzi di "buona fede" gli odierni ricorrenti, con tutto quel che ne consegue in termini di validità dell'acquisto dai predetti ricorrenti effettuato.

Allo stesso tempo parte resistente invoca la nullità della compravendita originaria per violazione del divieto di patto commissorio. Anche in questo caso, pur essendo la nullità rilevabile d'ufficio, la parte, su cui grava quantomeno l'allegazione in punto di fatto, non allega alcunché da cui sia possibile desumere l'effettiva condotta fraudolenta richiamata. Né ha alcuna rilevanza in tale sede può avere il fatto che per gli amministratori della _____ sia stata disposta l'imputazione coatta per il reato di usura nelle transazioni da loro effettuate per conto della società; ed invero, posto che la loro responsabilità penale è ben lungi dall'essere affermata, in virtù del principio costituzionale sancito nell'art. 27 Cost., non si può ritenere sin d'ora che il contratto sia nullo perché con "causa illecita dettata dal fine usurario", in quanto non vi è allo stato alcuna prova che tanto dimostri in sede civilistica.

In ogni caso la prevalente elaborazione giurisprudenziale, valorizzando il dato testuale dello stesso 1815 c.c., afferma la prevalenza, rispetto alla declaratoria di nullità radicale ed assoluta,

della nullità parziale; ed invero, l'applicazione della nullità virtuale contrasterebbe con l'inciso contenuto nello stesso art. 1418 comma 1 c.c., il quale specifica che la stessa si applica solo ove manchi una diversa sanzione. La legge in questo caso ha, infatti, previsto una diversa sanzione civile, riconoscendo a pieno quel meccanismo protezionistico della vittima dell'usura, che non solo vede il vantaggio della conservazione del finanziamento, ma si vede destinatario della non debenza in assoluto di alcun interesse.

Parimenti irrilevante è la previsione normativa della confisca di cui all'art 644 c.p., che viene disposta solo a seguito di condanna, che è cosa assolutamente inconferente rispetto all'odierno thema decidendum in cui si controverte dell'occupazione senza titolo dell'immobile oggetto di causa da parte dei resistenti.

Quanto alla sospensione ex ar. 295 c.p.c., invocata da parte resistente nelle more dello svolgimento del processo penale a carico degli amministratori della _____, preliminarmente va rilevata la sua incompatibilità con il sistema della tutela cautelare. Questa, infatti, sostanziandosi in un rimedio contro un pregiudizio imminente e irreparabile, sarebbe frustrata nella sua intima essenza da un provvedimento sospensivo che, peraltro, non ha certezza nei requisiti imposti al fine per legge; giova rimarcare, infatti, che la sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. presuppone un vero e proprio vincolo di consequenzialità tra due questioni, una delle quali costituisca un indispensabile antecedente logico-giuridico dell'altra, finalizzata ad evitare un contrasto di giudicati. Con riferimento al processo penale in particolare, quanto ai rapporti tra giudizio civile e penale (c.d. pregiudiziale penale, ricorrente ogni qualvolta nel corso di un processo civile emerga un fatto nel quale possano ravvisarsi gli estremi di un reato), la giurisprudenza (cfr. Cass. 673/2014) è costante nell'affermare la completa autonomia dei due giudizi (ad eccezione dei casi di cui al terzo comma dell'art. 75 del c.p.p.) autonomia che, pertanto, sussiste appieno anche nel caso in esame.

Quanto al periculum in mora parte ricorrente allega e prova il pregiudizio di una situazione di vita che è ormai divenuta insostenibile per il proprio nucleo familiare. _____, infatti, padre di due figli minori di otto anni, _____, si è separato di fatto dalla moglie _____, addivenendo ad un accordo per l'affido paritario dei figli minori. Lasciata la casa coniugale, l'unica soluzione abitativa possibile per _____ - in assenza della disponibilità dell'immobile oggetto del presente procedimento - è stata quella di trasferirsi a vivere con la madre ultraottantenne in un

appartamento di 95 mq, ove ha la disponibilità di una stanza da condividere con entrambi i figli minori. Tale situazione ha ingenerato (ed ingenera sempre più con il passare del tempo) un disagio profondo nei minori che si vedono fortemente limitati, nell'espressione della propria crescita personale, dalla mancanza di spazi propri e di privacy in cui coltivare le proprie peculiarità caratteriali e le proprie esigenze ricreative, trattandosi peraltro di gemelli di sesso diverso ed in un'età tale che iniziano a manifestare le prime esigenze di riservatezza, con conseguente necessità di un ambiente esclusivo in cui esprimere la propria personalità oltre che le esperienze affettive con gli amici ed i compagni di scuola in tutta libertà.

Come riferito dagli informatori escussi in corso di giudizio, la situazione di forzata convivenza dei minori con la nonna ed il papà, in spazi ristretti e privi di autonomia, sta creando un profondo disagio nei minori, minando il loro rapporto con il padre in maniera irreparabile e crescente con il decorso del tempo. Secondo quanto riferito, infatti, i ragazzi non sono lieti di trascorrere le giornate con il padre e con la nonna perché in quell'ambiente ristretto ed in quelle circostanze di luogo sono costretti a rinunciare alle attività ludiche che sarebbero proprie della loro età in considerazione della mancanza di spazi adeguati, oltre a non poter studiare in un ambiente tranquillo che ne favorisca la singola concentrazione.

Aggiungendo a ciò la destabilizzazione che può provocare in un minore la separazione dei genitori, appare di tutta evidenza la necessità di garantire un luogo stabile ed una "dimora familiare" in cui i minori possano continuare a percepire il senso della famiglia e della casa (intesa quale dimora familiare), stante l'importanza che l'ambiente domestico riveste per il corretto costruirsi della personalità del minore, specie nella delicata fase dello sviluppo, e per la crescita equilibrata e serena dello stesso.

Per la corretta crescita del minore è, difatti, necessario che rimanga un rapporto significativo e paritario con entrambi i genitori. Tale principio è alla base della recente novella legislativa in tema di diritto di famiglia, che pone al centro il benessere del minore il suo diritto alla bigenitorialità, ossia a mantenere un sereno rapporto con entrambi i genitori in posizione egualitaria da un punto di vista affettivo, ma anche materiale oltre che educativo. Il non avere una casa "vera" in cui riconoscersi "famiglia", il dover vivere tutti (genitore e figli di sesso diverso) precariamente in una stanza, in una situazione in cui i minori sono già "palleggiati" tra due case, genera instabilità e col tempo può portare irreparabilmente a rifiutare il genitore (nel caso in esame

il padre) che non sia in grado di soddisfare i bisogni affettivi propri dell'età evolutiva, con il rischio, frequente nei minori figli di coppie separate, della sindrome della "negazione genitoriale" nei confronti del genitore che "delude" le aspettative materiali ed affettive dei figli.

D'altronde il diritto all'abitazione rientra a pieno titolo tra i diritti fondamentali, inerenti alla persona, in forza dell'interpretazione desumibile da diverse pronunce dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, che delineano i rapporti tra ordinamento interno e diritto sovranazionale, dovendosi ricomprendere tra quelli individuabili ex art. 2 Cost., la cui tutela "non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana ..." (Cass. civ., sez. un., 11.11. 2008 n. 26972). Il diritto all'abitazione è, quindi, protetto dalla Costituzione entro l'alveo dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. (Corte cost. 28 luglio 1983, n. 252; Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 217; Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404; Corte cost. 14 dicembre 2001, n. 410; Corte cost. 21 novembre 2000, n. 520; Corte cost. 25 luglio 1996, n. 309), atteggiandosi a precondizione per il godimento di tutta una serie di diritti fondamentali, quali ad esempio il diritto alla salute, alla riservatezza, alla sicurezza, all'invulnerabilità del domicilio ed alla sua libera scelta. Oggi più che mai, la misura della dignità e della libertà della vita umana si rileva anche e soprattutto in considerazione dell'adeguatezza dell'abitazione rispetto ai bisogni della persona e della sua famiglia (cfr. Cass. 9908 del 24/02/2011). Il favor costituzionale non si indirizza alla proprietà della casa in sé, ma alla casa in quanto essa sia destinata all'abitazione del proprietario e del suo nucleo familiare. La casa viene concepita come componente essenziale e, dunque, presupposto logico di quei valori collegati al pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione pone, accanto all'istanza partecipativa, quale elemento centrale della democrazia sostanziale; allora è consequenziale ritenerla uno strumento di irradiazione degli altri diritti fondamentali, dal momento che la sua garanzia rappresenta il mezzo per renderli non solo effettivi, ma anche dotati di senso. L'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) dispone, inoltre, che "1. Ogni persona ha

diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza...” La Corte Edu ha elaborato una nozione di vita familiare più ampia di quella tradizionale, attribuendo agli Stati contraenti la facoltà di differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela.

Il concetto autonomo di vita familiare include, in primo luogo, i coniugi nonché i figli legittimi dal momento della loro nascita ed a prescindere dal requisito della coabitazione. Relativamente al rapporto tra ciascun coniuge e la prole, la vita familiare persiste anche nel caso di scioglimento del matrimonio essendo il rapporto familiare riconnesso solo al fatto della nascita, anche in assenza di convivenza tra i genitori, dovendosi salvaguardare le esigenze affettive e di crescita del nucleo familiare che rimane comunque tale per i figli nonostante la fine della convivenza dei genitori.

Orbene, nella situazione provata dai ricorrenti, l’ulteriore trascorrere del tempo in assenza di un ambiente familiare idoneo al corretto sviluppo psico-fisico dei minori _____ provocherebbe un pregiudizio irreparabile alla loro corretta crescita psico - fisica, nonché un insanabile logoramento dei rapporti con la figura paterna tale da pregiudicare - in maniera irrecuperabile - la sana ed equilibrata crescita degli stessi.

Per quanto sin ora esplicitato, sussistendo allo stato degli atti il *fumus boni iuris* nonché il *periculum imminente* ed irreparabile, il ricorso va accolto e i resistenti vanno condannati al rilascio immediato dell’immobile sito in _____, in favore dei ricorrenti; alcun termine ex art. 56, comma 1, l. 392/1978 va fissato per l’esecuzione, trattandosi di occupazione *sine titulo* e, dunque, di materia sottratta all’ambito di operatività della richiamata disposizione legislativa.

Un’ultima annotazione: parte resistente sostiene che non vi è urgenza perché di qui a poco il giudizio sarà riservato in decisione; orbene, posto che tale ultima asserzione di parte non genera di per sé sola alcuna certezza, va sottolineato che le esigenze dei minori come sopra illustrate (coltivate, peraltro, attraverso continue istanze formulate da parte ricorrente in corso di giudizio che non hanno avuto - per motivazioni varie - seguito alcuno) rappresentano un pericolo immediato che non può essere in alcun modo posticipato, nemmeno di pochi giorni, rispetto ad un interesse eventuale di parte resistente che (tutt’al più) potrebbe configurarsi come di tipo economico - risarcitorio (peraltro nemmeno nei confronti degli odierni ricorrenti). Spese alla sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, IX Sezione civile, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, difesa o eccezione, così provvede:

a) Accoglie il ricorso e per l'effetto ordina ai resistenti _____, il rilascio immediato, in favore dei ricorrenti, dell'immobile sito in _____;

b) spese al definitivo.

Si comunichi.

Così deciso in Napoli il 22.06.2017

IL GIUDICE

(dr.ssa Barbara Di Tonto)

STEFANO BARBIANI

Le procedure fallimentari, tra la riforma del 2015 e quella proposta dalla “Commissione Rordorf”

L'art. 4 del D.L. 83/2015 convertito nella legge 132/2015, che ha modificato l'art. 160 L.F., reintroduce una percentuale minima del 20% per il pagamento dell'ammontare dei crediti chirografari come condizione di ammissibilità della proposta di concordato preventivo, ad eccezione del concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis.

L'obiettivo del Legislatore è stato:

1. ridare credibilità alla procedura di concordato preventivo di tipo prevalentemente liquidatorio, evitando il ripetersi di esdebitazioni a costi veramente irrisori e particolarmente perniciose, posto che da tali comportamenti dipendono, poi, riflessi negativi “a domino” nel senso che l'insolvenza di un imprenditore si ripercuote su altre imprese;

2. esorcizzare il ritardo nel dichiarare l'insolvenza mediante l'introduzione della soglia minima di pagamento del 20% dei crediti chirografari; più passa il tempo e più difficile diventa presentare la domanda di concordato in quanto aumentano le perdite e l'imprenditore non riesce più a pagare il 20%;

3. non porre una soglia troppo elevata per non vanificare il ricorso a questa procedura di soluzione della crisi.

Il ripristino di una soglia seppure non particolarmente rigorosa del 20% che è, comunque, la metà di quella prevista dalla legge del 1942, ha significato garantire un minimo di serietà economica per il procedimento di concordato preventivo e, dall'altro, prevedere una migliore soddisfazione e garanzie per i creditori.

È da rilevare, inoltre, l'introduzione di una ulteriore soglia, quella del 40% del pagamento dei crediti chirografari, ovvero, del 30% nel concordato di continuità aziendale, soglie al di sotto delle quali è possibile presentare, da parte dei creditori, proposte concorrenti di concordato per impedire che il debitore presenti proposte che non rispecchino il reale valore dell'azienda.

Per evitare l'esproprio da parte di creditori con proposte concorrenti, l'imprenditore deve presentare proposte che superano il 40% dei crediti. Discorso analogo riguarda il concordato con

continuità aziendale, pur non avendo una soglia minima di accesso; se l'imprenditore non presenta una proposta superiore al 30% è possibile l'esproprio attraverso una proposta di concordato concorrente.

L'introduzione della soglia minima per l'ammissibilità del concordato ha prodotto effetti ancillari rilevanti, ad iniziare dal potere del Tribunale di verificare la fattibilità economica del concordato prima demandata, secondo la Suprema Corte, ai soli creditori.

Il Tribunale deve pronunciarsi prima in sede di ammissione della procedura, poi, attraverso le relazioni del Commissario Giudiziale e sino all'omologazione, se sia in concreto realizzabile l'ipotesi di pagamento del 20% dei crediti chirografari; non è previsto, quindi, più, il solo vaglio di fattibilità giuridica.

E la soglia del 20% nel concordato con la suddivisione dei creditori in classi riguarda l'ammontare totale dei crediti chirografari; vale a dire ci può essere una percentuale differente per ogni classe, l'importante è che si arrivi al 20% in totale, anche se è risultato difficile ottenere la maggioranza con offerte in tal modo differenziate.

Del resto, l'articolo 4 del D.L. 83/2015 esige in ogni figura o tipologia di concordato che la proposta debba procurare in favore di ciascun creditore una utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile.

Ma torniamo alla proposta di concordati preventivi concorrenti.

Tale ipotesi era, è vero, già contemplata nel concordato fallimentare, ma mentre il concordato fallimentare è previsto dopo la sentenza dichiarativa di Fallimento con lo spossessamento del debitore già in corso, il concordato preventivo avviene prima del Fallimento e per esorcizzarlo; il debitore non ha perso la sua capacità dispositiva.

Tenuto conto di questa problematica con indubbi connotati di rilievo costituzionale, il Legislatore ha limitato la legittimazione soggettiva ai soli creditori, senza ampliarla a terzi, anzi, riconoscendo ai creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti emergenti dalla situazione patrimoniale ai sensi dell'art. 161 co.2, lettera a) la possibilità di presentare concordati concorrenti.

È stata introdotta una ulteriore cautela ed è quella che vieta la presentazione di proposte concorrenti da parte di soggetti che rispetto al debitore sono controllanti o controllati.

I loro crediti non possono essere computati ai fini della percentuale del 10%.

Altra garanzia per i creditori è stata l'abrogazione del sistema di voto per silenzio-assenso introdotto dal Decreto Sviluppo.

Non vi è dubbio che vi è stata una incentivazione alla soluzione della crisi mediante concordato preventivo, in quanto la stragrande maggioranza dei creditori si è, di fatto, disinteressata della votazione, consentendo il raggiungimento delle maggioranze di legge per silenzio-assenso.

Con il "Decreto Giustizia" del 2015 vi è stato un ritorno al passato.

Il mancato esercizio del voto non conta più e non può essere computato al fine del raggiungimento di una maggioranza di assenso.

Quindi, si ha un voto effettivo a tutela dei creditori prima sottoposti al volere di una maggioranza silenziosa.

Per quanto riguarda le modifiche alla disciplina fallimentare apportate dalla mini-riforma, il settore di "intervento legislativo" ha riguardato il contenimento dei tempi del fallimento nei limiti della "ragionevole durata"; l'obiettivo è stato attuato, da un lato, attraverso la sollecitazione del curatore a realizzare con la massima rapidità le procedure di vendita e, dall'altra, sanzionando il mancato rispetto dei termini prefissati, prevedendo che il ritardo ingiustificato nell'espletamento delle attività sia giusta causa di revoca del Curatore.

La tempistica del Curatore è la seguente:

1. un termine iniziale di 60 giorni dalla redazione dell'inventario per predisporre il programma di liquidazione;
2. un termine massimo finale di 180 giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento per l'attuazione del programma di liquidazione;
3. due anni per completare la liquidazione dell'attivo, salvo che limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore.

La nuova agenda dei lavori dettata al Curatore non è meramente programmatica in quanto prevede una sanzione ben precisa che è quella della revoca del Curatore per giusta causa ogni volta che il termine biennale per l'attività liquidativa non venga rispettato senza giustificato motivo e la sanzione è la medesima per il mancato rispetto dei termini previsti per il programma di liquidazione.

Se anche la norma precedente imponeva al Curatore un obbligo pianificatorio, si trattava, tuttavia, di un'attività discrezionale puramente indicativa e, soprattutto, non sanzionata, tanto nei casi di inosservanza dei tempi prefissati dal Curatore stesso in via programmatica che in quelli di liquidazione realizzata, a volte, in tempi biblici.

Quindi, la tutela dei creditori oggi viene realizzata garantendo, in primo luogo, un più rapido soddisfacimento delle loro ragioni creditorie contenendo i tempi della procedura fallimentare e, in secondo luogo, prevedendo la revoca per giusta causa del Curatore.

In realtà non si ritiene che i creditori possano sic et simpliciter disporre la revoca, ma occorre che gli stessi sollecitino un provvedimento del Tribunale in tal senso.

Non è revocabile in dubbio che in ultima analisi spetti sempre e, comunque, al Tribunale di valutare discrezionalmente se revocare o meno l'incarico conferito al Curatore.

Questo, per sommi capi, il quadro normativo attuale.

Non si è trattato di una vera e propria controriforma ma di una serie di correzioni di rotta. Essa, infatti, tiene fermi i capisaldi delle riforme del 2005 e del 2012: la centralità dell'istituto concordatario, l'accesso alla procedura rimesso in via esclusiva al debitore, la fase con riserva di presentazione del piano, l'attestazione del piano ad opera del Professionista di designazione "privatistica", il favore oggi ancora più marcato per la continuità aziendale, la possibilità di ottenere lo scioglimento o la sospensione dei contratti in essere, l'assenza di maggioranze per "teste", la prevedibilità dei finanziamenti all'impresa in crisi, la risoluzione ad iniziativa dei soli creditori.

Resta il dubbio, peraltro confermato dal primo periodo di applicazione delle nuove norme, che tali novità soprattutto in tema di concorrenza nel Concordato, conducano all'effettiva creazione di quel mercato dell'impresa in crisi cui mirano i principi di competitività, piuttosto che in realtà ad un incremento dei Fallimenti sic et simpliciter.

In buona sostanza, anche a causa delle lacune nella disciplina (ad esempio rango prevedibile dei finanziamenti e le misure di allerta) nel breve termine non c'è stato un beneficio effettivo per il mondo dell'impresa e del sistema economico nel suo complesso.

Per raggiungere questi obiettivi occorrerà, forse, attendere la riforma organica delle Procedure Concorsuali.

Per questo è stata istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia nel febbraio 2015 una Commissione Presieduta dal Primo Presidente aggiunto della Corte di Cassazione Rordorf che ha nella sostanza completato la redazione dei principi di delega per la revisione organica della materia rimessa poi al Parlamento. Ebbene, il primo febbraio di quest'anno è stato approvato dalla Camera dei Deputati il disegno di legge 3671 bis contenente la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Tale disegno di legge attualmente all'esame del Senato enuncia taluni principi di legge delega anche in merito alla revisione della disciplina sul sovra indebitamento introdotta con la Legge n.3/2012 nella prospettiva di eliminare alcune divergenze interpretative e di innovarne radicalmente alcuni aspetti più rilevanti.

Sull'impianto normativo proposto dalla Commissione Rordorf, (le cui sorti sono legate indissolubilmente alla permanenza in vita della attuale legislatura) e sulla sua capacità di adeguarsi alla realtà di fatto, conformando le strutture alle mutate esigenze della collettività e del sistema economico delle imprese, torneremo ad occuparci.

STEFANO AGOSTA

Dimensione umana e falsi miti in tema di surrogazione di maternità

1. Che gli ultimi anni di giurisprudenza sul delicato campo della vita privata e familiare della coppia siano stati caratterizzati da un fermento solo lontanamente equiparabile al passato è fuor di dubbio. Ad imprimere alla materia una vigorosa spinta verso non isolati né scontati esiti interpretativi non è stata com'è ovvio solo la quantità delle pronunzie sino ad ora adottate ma, soprattutto, la qualità delle ricostruzioni proposte (tanto a livello di giurisprudenza statale che sopranazionale). Sul versante interno si pensi, tra le altre, alle recenti decisioni in tema di adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. b) e d)*, l. n. 184/1983, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (per come ovviamente novellata dalla l. n. 149/2001, *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*)¹²⁰.

Ma è forse su quello esterno che la magistratura si è probabilmente prodotta nel suo sforzo più impegnativo. Allorquando, cioè, si è dovuta problematicamente confrontare col limite della non manifesta contrarietà all'ordine pubblico del riconoscimento in Italia di provvedimenti stranieri ai sensi degli artt. 16, 64 e 65, l. n. 218/1995, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* nonché dell'art. 18, D.P.R. n. 396/2000, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*: così ad esempio – e senza naturalmente pretesa di esaustività – nell'ambito dell'adozione piena o legittimante da parte del *single*¹²¹ o coppie omosessuali¹²² ma, soprattutto, nel campo della genitorialità legale di figli nati all'estero mediante maternità surrogata¹²³.

Con riferimento a quest'ultima materia, le acquisizioni dell'ultimo diritto vivente non hanno avuto solo il pregio di favorire l'indubbia *fuga in avanti* di un dibattito sul tema altrimenti non

¹²⁰ A partire da Trib. Min. Milano, dec. 28 marzo 2007, *cf.*, *ex plurimis*, Corte d'App. Firenze, dec. 4 ottobre 2012; Trib. Min. Torino, dec. 14 settembre 2015 (nel caso di coppie eterosessuali); Trib. Min. Roma decc., rispettivamente, 30 luglio 2014, 22 ottobre 2015 e 23 dicembre 2015 (relativamente all'ipotesi di coppie *same sex*).

¹²¹ *Cfr.* Trib. Min. Bologna, dec. 21 marzo 2013.

¹²² Così, Corte d'App. Milano, sez. fam., dec. 16 ottobre 2015; Corte d'App. Napoli, dec. 30 marzo 2016; Corte Cost. sent. n. 76/2016; e, assai recentemente, Trib. Firenze, dec. 8 marzo 2017.

¹²³ In tal senso, part. C. Cass., sent. 11 novembre 2014, n. 24001; C. Cass., sent. 30 settembre 2016, n. 19599; e, da ultimo, Trib. Trento, dec. 23 febbraio 2017.

poco asfittico e stagnante ma, ad oggi, potrebbero pure essere da stimolo al legislatore per cogliere l'imperdibile occasione di ritornare su scelte assunte ormai più di dieci anni or sono in occasione della l. n. 40/2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*: magari flessibilizzando divieti altrimenti assai rigidi come, appunto, quello assoluto di gestazione per altri di cui all'art. 12, comma 6. Per farlo, tuttavia, oltremodo utile sarebbe tentare quantomeno di sgombrare l'orizzonte da molte fuorvianti convinzioni (o, diciamo pure, falsi miti) che hanno talvolta confuso la vista, non di rado impedendo di posare sulla dimensione umana della pur controversa questione uno sguardo più lucido e consapevole.

2. Nei limiti di una succinta riflessione come la presente, perciò, almeno una preliminare considerazione – rispettivamente riguardante l'informazione *ex ante* sul tema in discorso e l'approfondimento scientifico *ex post* di esso – s'impone: con riferimento alla prima, in effetti, la sensazione è che non poco deviante si sia alle volte rivelata l'informazione veicolata dai *mass-media*, talora sedotti più dal sensazionalismo dello *scoop* nel singolo caso di cronaca che non concentrati sulla drammatica quotidianità di quanti siano ricorsi alla metodica in commento (o, persino, a scapito di essa)¹²⁴. Lungi dall'essere neutra ed indolore, tale pratica al contrario può suo malgrado mostrarsi assai manipolatoria per l'opinione pubblica, finendo ad esempio per generare nei più il superficiale convincimento che ad accedere a tali tecniche sia soprattutto, se non addirittura esclusivamente, un ben delineato e riconoscibile *identikit* sociale di richiedenti (vale a dire, quasi sempre molto benestante e per lo più di orientamento omosessuale).

Peccato però che la realtà della surrogazione di maternità sia molto più cruda ed amara di quanto non si percepisca sulle patinate pagine di alcune cronache giornalistiche, vedendo nella maggior parte dei casi coinvolte persone – non certo ricche, né di una predefinita tendenza sessuale – che affrontano casomai una trafila assai lunga, dolorosa e costosa spinte da un desiderio di accudimento che, in quanto tale, spessissimo poco o nulla ha a che vedere con ben più prosaiche motivazioni di tipo narcisistico¹²⁵ od economico¹²⁶. Per la maggior parte degli aspiranti

¹²⁴ In oggetto, N. CHOMSKY-E.S. HERMAN, *La fabbrica del consenso. La politica ed i mass media*, Milano, 2008, 408 ma *passim*; R. MARINI, *Mass media e discussione pubblica: le teorie dell'agenda setting*, Roma-Bari, 2015, par. 5.3.

¹²⁵ In questa direzione, L. TURCO, *Prefazione*, a P. BINETTI, *Maternità surrogata: un figlio a tutti i costi*, Roma, 2016, 15.

genitori è purtroppo quello della sofferenza – non solo fisica ma pure, se non soprattutto, psicologica – dunque l’unico vero *leit motiv*, costantemente aleggiante dalla rischiosa decisione di ricorrere alla maternità di sostituzione all’estero fino a quella di esporsi ad (o direttamente di sostenere) un procedimento civile o penale in Italia¹²⁷ (probabilmente con la sola eccezionale parentesi della breve gioia di avere finalmente un figlio)¹²⁸.

3. Né, vi è da ammettere, a tale deformata visione sembra talvolta sfuggire lo stesso studioso chiamato *ex post* all’approfondimento della materia: quando – fin troppo piegato sul proprio vetrino alla ricerca dei dettagli per accorgersene – pare malauguratamente anch’egli perdere di vista la drammatica dimensione umana delle vicende in epigrafe. D’altro canto, non si spiegherebbe altrimenti l’indifferente disinvoltura con cui ancora di recente – a proposito appunto del dilagante fenomeno della maternità surrogata praticata oltre i confini nazionali – taluna dottrina persevera nell’utilizzare espressioni (certo evocative eppure non meno ingannevoli) quali, per tutte, quella di “turismo procreativo”. Basta davvero poco, tuttavia, per accorgersi come della spensieratezza e leggerezza tipiche dei viaggi turistici siffatte esperienze non condividano nulla (e da esse, anzi, non potrebbero essere più distanti). Ragione questa per cui, già in passate occasioni, si è sommessamente suggerito l’uso di locuzioni sostitutive quali, ad esempio, “emigrazione procreativa”¹²⁹: vocabolo meno suggestivo, certo, ma forse più aderente al vero e magari più rispettoso di quella umana sofferenza che a vario titolo lambisce non poche volte tutti i soggetti potenzialmente coinvolti in tali frangenti¹³⁰.

¹²⁶ Cfr. F. ZANUSO, *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in AA.VV., *Custodire il fuoco. Saggi di filosofia del diritto*, a cura della stessa F. Zanuso, Milano, 2013, 76.

¹²⁷ Seppure – ancora di recente – Corte Cass. pen., sent. 10 marzo 2016, n. 1325 ha come noto assolto una coppia italiana che aveva praticato la surrogata in Ucraina con gameti dell’imputato ed ovuli donati da donna ignota dall’imputazione per i reati di cui agli artt. 12, l. n. 40 cit. e 476, 495, comma 2, n. 1, e 567, comma 2, cod. pen.: in senso analogo, peraltro, già Trib. Forlì, sent. 25 ottobre 2011 (in materia civile) nonché Trib. Trieste, sent. 6 giugno 2013, e Trib. Pisa, sent. 19 giugno 2015, in ambito penale.

¹²⁸ Così, A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta OnLine* (27 marzo 2017), 142.

¹²⁹ In tal senso, volendo, S. AGOSTA, *Tra seguito normativo e giurisprudenziale: la riespansione del diritto di formare una famiglia con figli all’indomani della caducazione del divieto di fecondazione eterologa*, in *Itinerarium*, n. 3/2015, 108. Di “esilio procreativo” già discorreva peraltro M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. “fecondazione eterologa*, in AA.VV., *L’illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”*. *Analisi critica e materiali*, a cura di M. D’Amico-M.P. Costantini, Milano, 2014, 33.

¹³⁰ In oggetto, ad esempio, M.R. SPALLAROSSA, *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle politiche sociali per le famiglie*, in *Pol. dir.*, 2007, 243; C. FLAMIGNI-A. BORINI,

A ben vedere – in chiusura delle presenti notazioni e con la speranza di ritornare più ampiamente sul tema *de quo* – pare insomma che sia il dolore più sordo ad accomunare la triade genitori c.d. d'intenzione-madre gestante-figlio surrogato. Spinge i primi a rivolgersi all'estero pur di placare il disagio psico-fisico di non poter procreare che li tormenta; affligge la seconda, qualora sia costretta a (e non scelga liberamente di) compiere un gesto – come appunto quello di affidare per sempre ad altri il bambino che ha portato in grembo – *ab ovo* controistintivo¹³¹; rischia di prostrare infine il minore dopo l'esperienza della separazione dal corpo materno (che inizialmente vive come qualsivoglia altro nascituro). Con riferimento in particolare al *best interest* del figlio, la pratica dei più recenti casi giudiziari ha sfortunatamente insegnato come – quasi per effetto di una sorta di tragico *gioco del domino* – il bambino rischi in concreto di subire un vero e proprio calvario di molteplici traumi da separazione¹³²: una prima volta, allorquando venga sottratto agli *intended parents* che lo hanno accolto ed amorevolmente accudito per essere temporaneamente affidato dal giudice ad un istituto all'uopo previsto (ad es. una casa-famiglia); ed almeno una seconda, allorché sia a quest'ultimo tolto per essere infine consegnato ad altra coppia dichiarata idonea.

Proposte alternative alla assolutistica rigidità dell'attuale divieto normativo che consentano di preservare – in un'ottica costituzionalmente orientata – la *dignità* di tutte le persone coinvolte non parrebbero, ad ogni modo, mancare: a condizione, però, che il diritto legislativo vigente smetta di arroccarsi in valutazioni che la quotidiana esperienza giudiziaria ha dimostrato essere ormai irragionevoli ed antistoriche; e decida magari di aprirsi alle maggiormente equilibrate soluzioni già individuate dal più sensibile diritto giurisprudenziale vivente in materia.

Fecondazione E(s)terologa, Roma, 2012, 33; B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, e B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, entrambi in *BioLaw Journal*, n. 2/2016, rispettivamente, 70 e 115.

¹³¹ Per la considerazione che – nella gestazione per altri – la logica del *dono* da parte della madre surrogata sia l'unica costituzionalmente ammissibile cfr., se si vuole, S. AGOSTA, *Il perdurante allontanamento tra diritto vivente giurisprudenziale e vigente legislativo sulla surrogazione di maternità (ed i possibili modi di ricongiungimento in una prospettiva costituzionalmente orientata)*, relazione alle giornate di studio su *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di S. Agosta-A. Federico-C. Panella-L. Risicato-A. Ruggeri (Messina, 26-27 maggio 2017) i cui atti sono in corso di stampa.

¹³² In questa direzione, B. SALONE, *op. cit.*, 43 e 69 s.

VINCENZO LOCANE

Il futuro della magistratura onoraria

1. Premessa

In occasione dell'assemblea di Magistratura Indipendente, tenutasi a Roma il 25 novembre 2017, oltre alle questioni di cui all'ordine del giorno, alcuni interventi hanno riguardato la recente riforma della magistratura onoraria.

Ritengo che sia giunto il momento di trasferire all'interno di una corrente autorevole e storica come Magistratura Indipendente le numerose istanze dei movimenti associazionisti della magistratura onoraria, affinché si possano veicolare concrete proposte nell'ambito dei **c.d. correttivi** previsti dall'art. 3, comma 2, della legge delega n. 57 del 2016; correttivi da adottare entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi, con il fattivo contributo, in sede propulsiva, delle associazioni dei magistrati di carriera nel superiore interesse del buon funzionamento degli uffici.

Ed in questo senso è veramente apprezzabile e lungimirante che Magistratura Indipendente abbia operato questa apertura alla magistratura onoraria, divenuta ormai interlocutore necessario, non solo perché, semplicemente, prevista dall'ordinamento ma per l'apporto sostanzioso ed irrinunciabile che fornisce al sistema giustizia.

2. La legge 57/2016

La legge n. 57/2016, attuata con il d.l.vo n. 116/2017, costituisce la prima vera riforma organica della magistratura onoraria. Gli effetti applicativi più sostanziali entreranno in vigore a partire dal 2021 e mi riferisco, principalmente, alle nuove competenze per materia affidate ai magistrati onorari ed al sistema delle indennità e degli obblighi previdenziali ed assistenziali. Obblighi – quelli previdenziali ed assistenziali - che, prima della riforma, non erano mai stati presi in considerazione dal Legislatore.

La legge-delega, tuttavia, non ha risolto la questione relativa alla mancata previsione degli obblighi previdenziali ed assistenziali per il periodo pregresso e forse si è persa l'occasione di

disciplinare una materia di importanza non secondaria, anche nell'ottica dell'eliminazione del contenzioso pendente e futuro.

La riforma, pur nell'auspicato tentativo di razionalizzare il settore, presenta delle criticità ed è indubbiamente migliorabile.

3. Problemi organizzativi

Difficoltà organizzative si presenteranno per formare le tabelle, per assegnare i procedimenti civili e penali di cui all'art. 11 del d.l.vo n. 116/2017, per formare i collegi dell'Ufficio per il processo (art. 12) e, con i limiti di impiego previsti rispetto alle dotazioni organiche ed al carico del contenzioso, sarà inevitabile l'aumento dell'arretrato. Mi riferisco in particolare all'art. 1, comma 3, del d.l.vo n. 116/2017, che dispone che a ciascun magistrato onorario non può essere richiesto un impegno complessivamente superiore a 2 giorni a settimana; mi riferisco al limite massimo biennale delle applicazioni (art. 14) e mi riferisco, infine, al sistema delle incompatibilità. Tutti aspetti che andranno rivisti.

4. Aspetto economico

Anche l'aspetto economico della riforma presenta delle contraddizioni piuttosto vistose, fra le quali, la più eclatante, è quella che, a fronte di un aumento di competenza sia dal punto di vista quantitativo che dal punto di vista qualitativo, è prevista, invece, una diminuzione retributiva. Inoltre, i trattamenti indennitari fissi previsti dalla riforma sono inadeguati e non commisurati alla quantità e qualità del lavoro. A conti fatti, a seconda dell'aliquota fiscale impositiva che varia soggettivamente, si oscilla dai 13 ai 16/17 mila euro netti l'anno, oltre l'eventuale indennità di risultato dal 15 al 30% dell'indennità fissa. Si tenga inoltre presente che la maggior parte dei magistrati onorari deve sostenere le spese di viaggio per raggiungere l'Ufficio, la cui misura riduce ulteriormente il compenso netto. Tale misura retributiva netta, oltre ad essere poco dignitosa per la categoria e – mi si consenta – foriera di pericolose derive, costringerà molti magistrati onorari a rinunciare all'incarico. Criticabili e peggiorative sono anche le modalità di pagamento che, oltre a prevedere una cadenza trimestrale di corresponsione (art. 23 dlvo 116), non assicurano il rispetto del termine in quanto non vi è previsione degli applicativi operativi/informatici.

5. Formazione professionale

Contrariamente a quanto qualcuno ha sostenuto al Congresso dell'Associazione Nazionale dei Magistrati tenutosi a Siena lo scorso mese di ottobre, la formazione dei magistrati onorari non è un investimento destinato a disperdersi. Innanzitutto, ritengo che lo studio e la formazione professionale non siano mai inutili e contribuiscano, in ogni caso, a migliorare la qualità di tutti gli operatori del diritto, a prescindere dalla categoria di appartenenza. Secondariamente, poiché è previsto dalla legge, l'obbligo di aggiornamento professionale deve essere garantito e, soprattutto, agevolato. Attualmente la rete formativa è distribuita sul territorio nazionale in misura insufficiente e logisticamente inadeguata, tanto che, in taluni casi, il magistrato obbligato a frequentare i corsi di aggiornamento deve sobbarcarsi estenuanti viaggi, nella quasi totalità dei casi non rimborsati. Sul punto, è auspicabile che venga potenziata l'attività formativa e vengano messe a disposizione le adeguate risorse finanziarie. In alternativa, per coloro che sono iscritti agli albi professionali, potrà essere contemplata l'ipotesi di equiparazione dell'attività di aggiornamento professionale forense – anch'essa obbligatoria - a quella di formazione della magistratura.

6. Disciplina transitoria per i magistrati onorari in servizio

La modifica in senso peggiorativo del sistema retributivo dei magistrati onorari in servizio, oltre a costituire un ridimensionamento che determinerà un inevitabile calo di entusiasmo, presenta le seguenti criticità: 1) non realizza il principio di uguaglianza in quanto è comunque prevista una disparità di trattamento fra i magistrati in servizio e quelli di nuova nomina; 2) non tiene conto dei carichi di lavoro; 3) determinerà una contrazione della produttività anche nel caso di impiego a 3, invece che a 2, giorni a settimana (comma 2 art. 31 d.l.vo n. 116/17).

È auspicabile, quindi, un aumento dell'impiego dei magistrati onorari in servizio a 4 giorni a settimana od un aumento delle indennità previste, anche tenuto conto che ciò non determinerebbe un impegno di spesa per lo Stato eccessivamente oneroso o comunque non sostenibile, visto il numero, ormai sensibilmente ridotto, dei magistrati onorari in servizio.

7. Temi da discutere

I temi da discutere sono tanti, da quelli più prettamente tecnico-giuridici a quelli di carattere generale e comuni alla magistratura togata. Uno su tutti, anche questo attuale e trattato durante il recente congresso di ANM di Siena, è quello della **sicurezza sui luoghi di lavoro**. In particolare, mi riferisco ai due gravissimi episodi avvenuti all'interno del Tribunale di Perugia (2 giudici accoltellati a settembre 2017) ed all'interno del Tribunale di Milano (3 morti e 2 feriti ad aprile 2015) ma potrei riferire episodi – meno gravi ma non certo trascurabili - a cui ho assistito personalmente ed altri che mi sono stati riferiti da colleghi.

È intollerabile che si debba assistere ad atteggiamenti minatori ed aggressivi, non più tanto isolati, posti in essere nei confronti dei magistrati, anche durante le udienze. Pur nella consapevolezza del carattere pubblico della maggior parte delle udienze, lo Stato dovrebbe affrontare la questione dell'accesso indiscriminato ai palazzi di giustizia, ivi compresi quelli del Giudice di Pace che, per la natura delle materie trattate, è esposto all'affluenza da parte di utenti non sempre muniti di assistenza tecnica perché non obbligatoria (si pensi ai procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative).

Nè deve essere sottovalutata la seguente circostanza: il Giudice di Pace, quale giudice di primo grado, è competente per i reati di cui agli artt. 581 e 582 cod. pen. (percosse e lesioni), che spesso vede come imputati soggetti violenti e, talvolta, anche pericolosi (sono in aumento gli imputati del reato di lesioni che, in precedenza, si sono resi responsabili di reati contro la persona ben più gravi). Ebbene, questi soggetti, visto il maggior numero dei reati di lesioni rispetto ad altri reati, frequentano gli Uffici del Giudice di Pace, che sono completamente privi di qualsiasi forma di vigilanza o protezione.

8. Conclusioni

Concludendo, i magistrati onorari in servizio vorrebbero contribuire al processo di elaborazione dei c.d. correttivi, rendendosi disponibili a mettere a disposizione le loro esperienze di lavoro, ormai ventennali, anche impegnandosi in commissioni, gruppi di lavoro o tavoli tecnici previsti dalle forme partecipative del nostro ordinamento.

CARLO MARIA GRILLO

La giustizia tributaria: questa sconosciuta

Della giustizia civile soprattutto, ma anche di quella penale o amministrativa, ormai il cittadino medio sa molto, e spesso anche per cognizione diretta. Della giustizia tributaria i più ignorano pure l'esistenza. In effetti è figlia di un dio minore, non avendo copertura costituzionale (come invece quelle ordinaria, amministrativa e contabile) ed essendo amministrata attualmente da circa 3.500 giudici *part-time*, provenienti da varie categorie professionali, pagati 'a cottimo'. E male. Tuttavia la giurisdizione tributaria esplica una duplice funzione di primaria importanza nello Stato di diritto: da una parte, il controllo sul corretto esercizio (e quindi sulla legittimità) della pretesa fiscale nei confronti dei cittadini; dall'altra, la tutela dei loro diritti fondamentali e la prestazione dei servizi essenziali, attività entrambe molto costose e quindi notevolmente rilevanti per il bilancio nazionale, soprattutto in periodi di difficoltà economica come questi. Si ricorda in proposito che, nello scorso anno, la giustizia tributaria nel suo complesso (cioè nei tre gradi di giudizio previsti) è stata investita di controversie riguardanti pretesi crediti erariali per circa 40 miliardi di euro.

È giustificata quindi l'attenzione dedicata negli ultimi tempi a questa giustizia 'cenerentola' - come è stata provocatoriamente definita in un convegno svoltosi lo scorso anno a Firenze - che tuttavia è fondamentale per le casse dello Stato. In un Paese di 'furbi', dove impera l'elusione se non l'evasione fiscale, sicuramente essenziali sono gli accertamenti degli enti impositori e della Guardia di Finanza per limitarla, ma altrettanto decisiva è la funzione del giudice tributario, sia quale garante del corretto esercizio del potere impositivo dello Stato, sia quale tutore delle legittime pretese erariali, che non possono restare paralizzate da strumentali e dilatorie opposizioni del contribuente. Secondo i dati dell'Agenzia delle Entrate, quasi un 10% degli accertamenti (che sfiorano complessivamente i 700.000 annui) viene contestato dagli interessati, anche se molti di essi si concludono in fase pre-contenziosa con la 'mediazione'.

Più agile e spedita di quella ordinaria, almeno nelle due fasi di merito, la giustizia tributaria è certamente retta da regole processuali meno sofisticate e garantiste, ma forse proprio per questo meno ostruzionistiche e in concreto più efficaci. La peculiarità più saliente della giurisdizione

tributaria di merito (secondo me, il valore aggiunto) è la composizione "mista" degli organi giudicanti, affiancandosi, ad un presidente di formazione giuridica generalista, professionalità diverse e più specificamente competenti nelle materie da esaminare. Ogni anno pervengono a questa giurisdizione oltre 250.000 ricorsi, mentre quelli definiti si avvicinano ai 300.000 (con un 40% circa di vittorie del contribuente), facendo registrare quindi una continua erosione della pendenza globale, che si aggira mediamente intorno alle 500.000 cause. Nonostante il volume degli affari trattati e il valore spesso molto rilevante di essi, nonostante che anche il giudice tributario debba essere - come prescrive l'art. 111 della Costituzione - terzo e imparziale, gli organi giudicanti di merito anacronisticamente continuano a denominarsi 'Commissioni Tributarie (provinciali e regionali), quasi fossero delle propaggini del Ministero delle Finanze, benché siano invece a tutti gli effetti dei veri e propri Tribunali o Corti (di I e II grado) competenti su tale materia specialistica, tanto che le loro sentenze sono ricorribili in Cassazione. Anche sotto il profilo dimensionale molto poco differenzia questi organi giurisdizionali speciali da quelli ordinari. La Commissione Tributaria Provinciale di Roma, ad esempio, conta 54 sezioni, oltre 300 magistrati e un centinaio di funzionari amministrativi; in concreto poco meno del Tribunale di Roma quanto a magistrati, ma con un maggior numero di sezioni. E ha definito nel 2015 all'incirca ben 30.000 controversie, e di poco inferiori sono quelle decise nel 2016.

Perché allora sarebbe una giustizia *deminuta*? Soprattutto e innanzitutto per la dipendenza sia burocratico amministrativa che finanziaria dal Ministero delle Finanze (MEF) che - com'è noto - rappresenta la controparte del contribuente nella maggioranza dei processi tributari. Infatti dal MEF dipende direttamente il personale non giudicante delle Commissioni Tributarie (che costituisce le "segreterie" ed è in grado di condizionare in concreto lo svolgimento delle udienze), con un proprio autonomo dirigente all'interno di esse non gerarchicamente subordinato al presidente della Commissione, ed è il MEF che fornisce i mezzi strumentali per il funzionamento degli uffici e che determina e corrisponde i compensi ai giudici tributari. È sempre per conto del MEF (e dietro sue precise direttive) che è stato ideato e programmato il processo tributario telematico, ora finalmente in vigore, così come solo il MEF dispone del sistema per il monitoraggio e il controllo statistico dell'attività dei giudici tributari e del funzionamento, in generale e in particolare, della Giustizia tributaria. Si consideri che anche la mediazione, recentemente introdotta (nel 2011) con l'art. 17 *bis* d. l.vo n. 546/1992, deve essere proposta

all'organo impositore e da questi in definitiva decisa. Praticamente è una delle parti processuali a finanziare, controllare e in sostanza gestire il sistema, cosa inammissibile in uno Stato di diritto che garantisce costituzionalmente la parità delle parti (citato art. 111, comma 2, Cost.). Un giudice tanto legato all'amministrazione di cui deve valutare i provvedimenti, anche se integerrimo, certamente non ispira fiducia al contribuente. È vero che esiste un organo di autogoverno anche dei giudici tributari (Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria) - che, quantunque sprovvisto di copertura costituzionale, cerca sempre più di ripercorrere il cammino del CSM - ma lo stesso purtroppo continua a dipendere strettamente, sotto il profilo finanziario e organizzativo, dal MEF con ovvie ripercussioni (e non solo di immagine) sulla sua effettiva autonomia.

Deve poi aggiungersi l'assoluta inadeguatezza del sistema di retribuzione dei magistrati tributari, molto al di sotto anche di tutti gli altri giudici onorari, se rapportato al valore delle cause trattate, in contrasto con le pronunzie della Corte costituzionale e delle Corti comunitarie, secondo cui il giudice deve beneficiare di una remunerazione e di una copertura previdenziale adeguati e garantiti dalla legge, che lo mettano al riparo da ogni indebita influenza. Invece i giudici tributari, considerati i miseri compensi di cui "godono", possono permettersi di esercitare le proprie rilevanti funzioni istituzionali soltanto come secondo lavoro, da svolgere nel tempo libero.

Questi e tanti altri i problemi da affrontare per conferire dignità ad una importante e indispensabile funzione giurisdizionale, tanto che negli ultimi tempi il legislatore, col malcelato intento di elevarne la professionalità e l'affidabilità, ha cercato di irrobustire la presenza c.d. "togata" all'interno della Giustizia tributaria, riservando la nomina a giudice tributario ad un migliaio di giudici provenienti dalle altre magistrature (ordinaria, amministrativa, contabile), a scapito evidentemente della componente "laica", prima assolutamente preminente. Non credo che questa sia la strada giusta, piuttosto che quella di una migliore selezione anche dell'altra componente, ma purtroppo i segnali sono nella direzione di una professionalizzazione sempre crescente del giudice tributario. E infatti poco tempo fa è stata presentata una proposta di legge di iniziativa parlamentare (Ermini ed altri) finalizzata alla soppressione *tout court* delle Commissioni Tributarie e all'attribuzione al giudice ordinario della relativa materia di competenza. La proposta, approvata alla Commissione Giustizia in sede referente, è stata oggetto di unanimi critiche e dissensi da parte del mondo accademico, del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, dell'Associazione Nazionale Magistrati e delle due associazioni di categoria dei giudici tributari

(A.M.T. e U.G.T.). In sintesi, invece di risolvere i problemi della giustizia tributaria, che con tutti i limiti indicati è comunque - lo si ripete - la giurisdizione che ad oggi funziona meglio, è stato evidenziato come la riforma finirebbe di affossare la giustizia ordinaria, in crisi sempre più profonda, trascinando inoltre nel baratro anche quella tributaria. Per circostanze da considerare favorevoli in quest'ottica, tra cui forse pure gli esiti infausti dell'ultimo referendum, la proposta di legge sembra ora definitivamente accantonata.

Attualmente bollono in pentola, però, molti altri progetti normativi sui quali non è questa la sede per soffermarsi, che - passando attraverso la modifica del processo tributario (ed anche qui a mio avviso bisognerebbe essere cauti, in quanto è quello che per ora funziona meglio) - si propongono di cambiare radicalmente il sistema della Giustizia tributaria vigente, sulla decisa spinta del Presidente della Corte di Cassazione (discorso inaugurale dell' Anno giudiziario 2017) come unico rimedio per fronteggiare la valanga dei ricorsi in materia fiscale che ormai sommergono la Suprema Corte (il 47% del totale), nonché su espliciti inviti e richiami della Ragioneria Generale dello Stato e della stessa Corte Costituzionale (nell'ottobre 2016). Speriamo, e questo è l'auspicio dei giudici tributari, che si approdi finalmente a una riforma della Giustizia tributaria seria, meditata, cauta e approfondita; non che risponda soltanto a esigenze di cambiamento (o peggio di ... rottamazione).

E per finire un consiglio, che rivolgo prevalentemente ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, dopo 43 anni di giudice tributario. Se ne avete la possibilità, non snobbate la Giustizia tributaria, non evitate questa ulteriore esperienza giurisdizionale, che vi aprirà davvero nuovi orizzonti conoscitivi nel campo del diritto, anche se ovviamente comporta dei sacrifici di studio e applicazione, praticamente senza riscontri economici. Approfondendo la materia, di certo non facile e oscura ai più, avrete lo strumento per capire come funziona (o non funziona) il sistema fiscale italiano, come si muovono gli Enti impositori e accertatori, non sempre in maniera irreprensibile, come ci si può legittimamente difendere da un Fisco ingordo, ma anche quante magagne e artifici giuridici inventano taluni contribuenti per non essere tali e quanti finti poveri e finti ricchi ci circondano. E riuscirete anche a controllare il vostro commercialista senza ricorrere al dogma della fede. Un mondo variegato, insomma, che vale la pena conoscere da un punto di vista privilegiato.

ALESSANDRO CENTONZE

La confisca di prevenzione e l'immanente pericolosità della *res* confiscata dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e gli interventi chiarificatori delle sezioni unite

SOMMARIO: 1. L'inquadramento della confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: la sentenza "Spinelli" e il primo intervento chiarificatore delle Sezioni unite. – 2. La confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 e l'indefettibilità del requisito della pericolosità sociale del prevenuto. – 3. La posizione del prevenuto e l'immanente a pericolosità della *res* confiscata. – 4. La confisca di prevenzione e l'esercizio dei poteri ablatori nei confronti degli eredi, degli aventi causa e dei terzi intestatari: la sentenza "De Angelis" e l'ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite. – 5. L'immanente pericolosità della *res* confiscata e la necessaria correlazione temporale tra l'acquisto del bene e la manifestazione della pericolosità sociale del soggetto acquirente. – 6. La confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 e l'accertamento della pericolosità sociale qualificata del prevenuto.

1. L'inquadramento della confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159: la sentenza "Spinelli" e il primo intervento chiarificatore delle Sezioni unite.

Il tema della pericolosità della *res* confiscata, come requisito indeffettibile della confisca di prevenzione, pone il problema preliminare della delimitazione degli spazi applicativi di questo provvedimento ablatorio, così come disciplinato negli artt. 16 e seguenti del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia"¹³³.

¹³³ Non è possibile dare conto in termini esaustivi del dibattito che si è sviluppato in dottrina sulla confisca di prevenzione; con questa indispensabile precisazione, ci si permette di richiamare i seguenti studi: S.P. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, Padova 1992; V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, pp. 1524 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dommatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 2001; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2011; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, Milano 2012.

Sul piano oggettivo, i presupposti della confisca di prevenzione sono individuati dall'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, a norma del quale: «Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

Sul piano soggettivo, invece, la confisca di prevenzione non presuppone la commissione di un reato, ma postula una condizione individuale di pericolosità sociale, rilevante con riferimento alle categorie soggettive enunciate nell'art. 16, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011.

In questa cornice normativa, innanzitutto, occorre verificare quale sia, tenuto conto dell'evoluzione legislativa sfociata nel d.lgs. n. 159 del 2011 e del dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, che ne ha preceduto l'introduzione, la natura giuridica della confisca di prevenzione.

Tale questione ruota attorno al quesito dell'inquadramento della confisca di prevenzione nella categoria della pena, come conseguenza della natura sanzionatoria collegata alla sua definitività, ovvero nella categoria delle misure di prevenzione, come conseguenza delle finalità preventive e di neutralizzazione patrimoniale perseguite, che ha rappresentato per lungo tempo oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale¹³⁴.

Sotto il profilo della configurazione dogmatica, invero, la confisca di prevenzione è un istituto che si caratterizza per la sua neutralità funzionale, essendo capace di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempra e degli obiettivi di politica criminale che vi sono sottesi. Appare, quindi, appropriata la definizione di istituto multifunzionale¹³⁵, a eloquente sottolineatura della capacità della confisca di prevenzione di

¹³⁴ Per una ricostruzione storica del dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sull'istituto in esame si rinvia alla risalente pronuncia Cass. pen., Sez. un., n. 18 del 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), in *C.E.D. Cass.*, n. 205262.

¹³⁵ Su questi profili dogmatici, si vedano gli studi di R. ALFONSO, *I problemi e le prospettive del sequestro e della confisca dei patrimoni mafiosi*, in *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di C. Parano e A. Centonze, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 207 ss.; ID., *Confisca e sequestro*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, a cura di E. Rosi, Ipsoa, Roma, 2007, pp. 223 ss.; ID., *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi e A. Cisterna, UTET, Torino, 2011, pp. 802 ss.

adattarsi al contesto normativo di riferimento e di realizzarne gli obiettivi, che, per il suo tramite, il legislatore intende perseguire¹³⁶.

Questa peculiare connotazione dogmatica, del resto, è risalente e deriva dalle caratteristiche polivalenti della confisca, efficacemente descritte dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 25 maggio 1961, n. 29¹³⁷.

Il riferimento alla natura multifunzionale della confisca di prevenzione, tuttavia, non implica che l'indagine sia condotta sul solo versante degli effetti prodotti dall'attivazione di tale strumento ablatorio, comportando la dimensione teleologica dell'istituto una verifica accurata delle sue finalità; finalità che, naturalmente, non possono essere che quelle che la giurisprudenza di legittimità assegna all'istituto in esame, sulla base di opzioni ermeneutiche che si rapportano all'essenza del fenomeno acquisitivo, tenendo conto delle scelte di politica criminale compiute dal legislatore italiano, succedutesi nel corso degli anni¹³⁸.

Non può, allora, sorprendere che, nel dibattito giurisprudenziale sviluppatosi nel corso degli anni, alla confisca di prevenzione, nelle sue diverse applicazioni, sia stata attribuita natura diversa, in termini, tra loro alternativi, di misura di sicurezza, di strumento sanzionatorio, di misura di prevenzione¹³⁹.

In questo ambito, i termini dell'alternativa dogmatica che occorre risolvere attengono, eminentemente, alla natura preventiva o sanzionatoria della confisca di prevenzione.

Tale questione è solo all'apparenza complessa, atteso che la confisca di prevenzione, in una prospettiva multifunzionale, si colloca in una posizione peculiare rispetto alle altre figure del sistema di prevenzione, in conseguenza della sua definitività, nel senso dell'irreversibile mutamento del regime giuridico del bene ablato per effetto della sua acquisizione al patrimonio dello Stato, cui si correla la spoliazione del soggetto passivo, che viene privato della titolarità della

¹³⁶ In generale, sulle connotazioni di neutralità della confisca di prevenzione, quale espressione della natura multifunzionale dell'istituto ablatorio, ci si permette di rinviare ai risalenti studi di G. MARINO, *Misure di prevenzione per una procedura moderna e civile*, in *Riv. pen.* 1971, I, pp. 372 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, pp. 334 ss.; F. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Ind. Pen.* 1974, pp. 382 ss.

¹³⁷ Si veda C. cost. 25 maggio 1961, n. 29.

¹³⁸ Si veda R. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit., pp. 223 ss.; ID., *La confisca nel procedimento di prevenzione*, cit., pp. 802 ss.

¹³⁹ Si rinvia, ancora una volta, a Cass. pen., Sez. un., n. 8 del 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), cit.

res; definitività che risponde all'obiettivo di politica criminale di rimuovere i beni di provenienza illecita dal mercato legale, neutralizzandone la funzione economica.

La soluzione di tale quesito, al contempo, non risponde a esigenze di mera classificazione sistematica, essendo foriera di importanti conseguenze giuridiche, rilevanti sul versante della disciplina normativa applicabile. Infatti, il riconoscimento della connotazione preventiva giustifica l'assimilazione della confisca di prevenzione alle misure di sicurezza, con la conseguente applicazione dell'art. 200 cod. pen.; laddove, per converso, l'attribuzione alla confisca di prevenzione di una natura sanzionatoria ne comporta la soggezione al principio di irretroattività delle leggi penali favorevoli, così come prefigurato dall'art. 2 cod. pen.

In questo contesto, per quanto riguarda il dibattito giurisprudenziale sulla natura giuridica della confisca di prevenzione, deve osservarsi che, a differenza di altre tipologie di provvedimenti ablatori, dopo alcune incertezze interpretative, peraltro risalenti¹⁴⁰, su questo istituto si è consolidato un orientamento ermeneutico tendente a riconoscergli natura preventiva; riconoscimento che le Sezioni unite hanno ribadito nel loro primo intervento chiarificatore, adottato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011¹⁴¹.

Questa opzione era tradizionalmente propugnata nel mondo giudiziario, soprattutto di merito, che poneva l'accento sugli obiettivi di politica criminale perseguiti dalla confisca di prevenzione, funzionali a neutralizzare la pericolosità della *res* confiscata, insita nel permanere della ricchezza illecita nelle mani di soggetti che avrebbe potuto continuare a impiegarla per produrre altre utilità illegali attraverso la perpetrazione di ulteriori attività delinquenziali.

A fronte delle incertezze ermeneutiche manifestatesi al riguardo, le Sezioni unite, nel passato, avevano individuato una sorta di *tertium genus* dogmatico, nel cui ambito collocavano la confisca di prevenzione, sul rilievo che la stessa non possedeva né connotazioni preventive né natura sanzionatoria, caratterizzandosi alla stregua di una sanzione amministrativa, equiparabile,

¹⁴⁰ Si rinvia ulteriormente a Cass. pen., Sez. un., n. 8 del 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), cit.

¹⁴¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262602; in dottrina, si vedano i commenti su questa pronuncia di legittimità espressi da A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, pp. 922 ss.; P. VALERIO, *Confisca di prevenzione, dinamiche concorrenziali e garantismo economico-sociale*, in *Giur. it.*, 2015, 12, pp. 2721 ss.

quanto a contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, comma secondo, cod. pen.¹⁴²

Questi dubbi ermeneutici sono stati definitivamente superati con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, in ragione del fatto che la pericolosità sociale del prevenuto, nel nuovo assetto normativo della confisca di prevenzione, costituisce un ineludibile presupposto di applicabilità dell'istituto ablatorio, che vale a ricondurlo nell'ambito proprio delle misure di prevenzione.

Le ragioni giuridiche sottese a una tale scelta sistematica appaiono evidenti, non potendosi consentire l'applicazione di una misura ablatoria nei confronti di un soggetto che non sia mai stato socialmente pericoloso, rimanendo la pericolosità un presupposto indefettibile dell'attivazione del provvedimento acquisitivo. Ne consegue la persistente possibilità di assimilare la confisca di prevenzione alle misure di sicurezza, consentendo l'applicabilità a tale istituto dell'art. 200 cod. pen.¹⁴³

Occorre, pertanto, ribadire conclusivamente che la precipua finalità della confisca di prevenzione è quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità dei titolari che non possano dimostrarne la legittima provenienza, sul presupposto della loro pericolosità sociale¹⁴⁴.

2. La confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 e l'indefettibilità del requisito della pericolosità sociale del prevenuto.

Rispetto a tale inquadramento non sembra che il nuovo assetto normativo consenta di ritenere che l'applicazione della confisca di prevenzione possa restare svincolata dal presupposto della pericolosità sociale del prevenuto, anche tenendo conto del tenore della previsione dell'art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui: «Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione

¹⁴² Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 57 del 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), in *C.E.D. Cass.*, n. 234956; in dottrina, si vedano i commenti su questa pronuncia di legittimità espressi da A. CISTERNA, *Una retrocessione di beni incamerati che aveva suscitato molte polemiche*, in *Guid. dir.*, 2007, 7, pp. 71 ss.; P.V. MOLINARI, *La riparazione dell'errore giudiziario in tema di confisca antimafia: un annoso contrasto giurisprudenziale finalmente risolto*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 1429 ss.

¹⁴³ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), cit.

¹⁴⁴ Si veda R. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit., pp. 223 ss.; ID., *La confisca nel procedimento di prevenzione*, cit., pp. 802 ss.

patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione».

Il legislatore italiano, invero, ha inteso ribadire che l'applicazione della confisca di prevenzione non possa prescindere dalla condizione di pericolosità sociale del prevenuto, potendosi soltanto prescindere dalla verifica, in concreto, dell'esistenza di quel presupposto al momento della presentazione della relativa richiesta; il che comporta, in sede applicativa, che non è necessaria l'attualità di tale condizione¹⁴⁵.

Ne discende che, rispetto alla misura di prevenzione personale, il requisito della persistente pericolosità continua ad avere una sua ragione, in quanto tale condizione soggettiva potrebbe attenuarsi o scemare nel tempo¹⁴⁶; per la confisca di prevenzione, invece, la connotazione di pericolosità è collegata alla *res* confiscata, come conseguenza dell'illegittimità della sua acquisizione al patrimonio del prevenuto, inerendo alla stessa geneticamente e derivando dalla condizione di illiceità del bene giuridico¹⁴⁷.

Tutto questo comporta che presupposto indefettibile della confisca di prevenzione continua a essere la pericolosità sociale del prevenuto, desumibile dalla sua riconducibilità a una delle categorie soggettive previste dall'art. 16, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159 del 2011.

Correttamente, pertanto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, anche nei casi di applicazione disgiunta, il giudice della prevenzione deve valutare, sia pure incidentalmente, la condizione di pericolosità sociale del soggetto nei cui confronti sia richiesta la misura di prevenzione patrimoniale. Tali conclusioni conseguono al fatto che la confisca disgiunta non è un istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento un'azione diretta sul bene ablato, restando imprescindibile il rapporto tra la pericolosità sociale dell'inciso e gli incrementi patrimoniali illecitamente conseguiti¹⁴⁸.

Sul punto, non si può non richiamare il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite nella sentenza "Spinelli", secondo cui: «La possibilità di applicazione disgiunta della confisca dalla misura di prevenzione personale, così come emerge dalle riforme normative operate dalla

¹⁴⁵ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), cit.

¹⁴⁶ Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 25217 del 4 maggio 2016 (dep. 16 giugno 2016), in *C.E.D. Cass.*, n. 266980.

¹⁴⁷ Si veda innanzitutto Cass. pen., Sez. I, n. 2024 del 24 giugno 1980 (dep. 17 luglio 1980), in *C.E.D. Cass.*, n. 145874; a distanza di un decennio, tale impostazione ermeneutica veniva ripresa in Cass. pen., Sez. I, n. 1057 del 28 febbraio 1991 (dep. 2 aprile 1991), in *C.E.D. Cass.*, n. 186745.

¹⁴⁸ Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 48882 del ottobre 2013 (dep. 5 dicembre 2013), in *C.E.D. Cass.*, n. 257605.

legge 24 luglio 2008 n. 125 e dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, non ha introdotto nel nostro ordinamento una “actio in rem”, restando presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la pericolosità del soggetto inciso, in particolare la circostanza che questi fosse tale al momento dell’acquisto del bene»¹⁴⁹.

Pertanto, ad assumere rilievo, ai fini dell’attivazione dei poteri ablatori da parte dell’autorità giudiziaria, non è tanto la qualità di soggetto socialmente pericoloso del titolare del bene giuridico confiscato, in sé e per sé considerata, quanto la circostanza che l’inciso versasse in una tale condizione al momento dell’acquisto della *res* ablata.

In altri termini, un determinato bene può essere sottoposto a confisca di prevenzione solo a condizione che il titolare era, al momento dell’acquisto, un soggetto socialmente pericoloso, restando in tal modo esaltata la funzione preventiva dell’ablazione e la correlata finalità di neutralizzazione del bene giuridico ablato; finalità, queste, volte a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato da parte del prevenuto, come conseguenza dell’immanente pericolosità sociale della *res* confiscata¹⁵⁰.

Ne discende che la confisca di prevenzione è svincolata dal requisito dell’attualità della pericolosità sociale del soggetto inciso, riflettendo tale autonomia la distinzione tra il soggetto inciso e il bene giuridico illecitamente acquisito¹⁵¹.

A ben vedere, la stessa essenza di soggetto socialmente pericoloso postula un intrinseco dinamismo, che è espressione dell’evoluzione propria dell’essere umano, nel suo percorso esistenziale; viceversa, l’idea della immanente pericolosità della *res* confiscata postula una dimensione che, al di là di possibili perenzioni legate a fenomeni contingenti, mantiene nel tempo la sua consistenza oggettiva che prescinde dalla prosecuzione dell’attività illecita del suo originario acquirente¹⁵².

¹⁴⁹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262604; il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

¹⁵⁰ Si veda Cass. pen., Sez. I, n. 48882 del ottobre 2013 (dep. 5 dicembre 2013), cit.

¹⁵¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), cit.

¹⁵² Si veda R. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, cit., pp. 223 ss.; ID., *La confisca nel procedimento di prevenzione*, cit., pp. 802 ss.

3. Il requisito della pericolosità sociale del prevenuto e l'immanente pericolosità della *res* confiscata.

Le considerazioni che si sono espresse nel paragrafo precedente impongono di ribadire che, nelle misure di prevenzione personale, l'attenzione dell'ordinamento è rivolta alle qualità della persona destinataria del provvedimento, in quanto ritenuta, in base a determinati parametri canonizzati dal legislatore, socialmente pericolosa, ovvero capace di porre in essere attività illecite, secondo una valutazione prognostica collegata alla sua personalità.

Nella confisca di prevenzione, invece, quell'attenzione si sposta sul bene in relazione al quale vengono esercitati i poteri ablatori, che si reputa pericoloso per le sue potenzialità economiche, collegate allo stesso bene¹⁵³.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che, in natura, i beni possono acquisire connotazioni di pericolosità solo per effetto di una forza esterna dovuta all'azione dell'uomo. Di conseguenza, nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle qualità soggettive dell'acquirente, quanto, piuttosto, alle modalità della loro acquisizione, dalle quali derivano le loro peculiari caratteristiche strutturali.

D'altra parte, la pericolosità sociale del soggetto acquirente al momento dell'acquisizione giuridica del bene non può non riverberarsi sulla *res* confiscata; pericolosità sociale che, dunque, assume rilievo non già in una dimensione dinamica, ovvero per le attuali qualità soggettive dell'acquirente, ma per le sue potenzialità economiche, che gli derivano dall'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, nella disponibilità di un soggetto che rientra in una delle categorie previste dal legislatore¹⁵⁴.

Queste caratteristiche del bene ablato, quindi, finiscono con l'oggettivarsi, traducendosi in una connotazione strutturale della *res* confiscata, che costituisce una qualità intrinseca del bene in relazione al quale vengono attivati i poteri ablatori, idonea a incidere sulla sua condizione giuridica. Questa connotazione appare evidente nelle ipotesi di morte del titolare, ritenuto socialmente pericoloso, ovvero nelle ipotesi di trasferimento o intestazione fittizi, atteso che il

¹⁵³ Si rinvia, sul punto, a Cass. pen., Sez. I, n. 2024 del 24 giugno 1980 (dep. 17 luglio 1980), cit.; Cass. pen., Sez. I, n. 1057 del 28 febbraio 1991 (dep. 2 aprile 1991), cit.

¹⁵⁴ Sul punto, si vedano gli approfondimenti critici di A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dommatica e politica criminale*, cit., pp. 47 ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., pp. 78 ss.

bene è aggredibile anche nei confronti dell'avente causa, a titolo universale o particolare, secondo quanto previsto dall'art. 18 del d.lgs. n. 159 del 2011, nonché nelle ipotesi di fittizietà dell'operazione di trasferimento della titolarità presupposta, disciplinate dall'art. 26 dello stesso decreto¹⁵⁵.

In tali ipotesi, infatti, la confisca di prevenzione in danno di eredi o proprietari apparenti non può più trovare giustificazione nel rapporto di pertinenza tra il bene giuridico e il soggetto deceduto, giustificandosi soltanto in ragione della qualità oggettiva della *res* confiscata e della sua immanente pericolosità, conseguente al fatto che, a suo tempo, era stata acquistata da un soggetto socialmente pericoloso ed era ritenuta il frutto di un'acquisizione illecita. Ne consegue che, proprio perché è divenuto oggettivamente pericoloso, il bene possiede una sua pericolosità e deve essere rimosso dal circuito di circolazione legale delle risorse economiche, imponendo che vengano attivati nei suoi confronti i poteri ablatori previsti dagli artt. 18 e 26 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Ne deriva ulteriormente che, in questi casi, pur essendo venuto meno il rapporto diretto tra il bene confiscato e il soggetto socialmente pericoloso, per le ragioni di cui agli artt. 18 e 26 del d.lgs. n. 159 del 2011, la pericolosità della *res* rimane immutata essendo collegata all'illiceità originaria dell'acquisto.

In proposito, non si può che richiamare il percorso ermeneutico seguito dalla Corte costituzionale¹⁵⁶, secondo cui le finalità perseguite della confisca di prevenzione comprendono ma eccedono quelle delle misure di prevenzione patrimoniale, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in un altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzavano il primo; per altro verso, a differenza delle misure di prevenzione, la confisca di prevenzione si propone un ulteriore obiettivo di politica criminale, costituito dall'esigenza di impedire la circolazione dei beni nei confronti di ulteriori soggetti socialmente pericolosi, consentendo l'esercizio dei poteri ablatori, anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso con le modalità previste dall'art. 18 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Questa estensione dell'efficacia ablativa della confisca di prevenzione, del resto, corrisponde perfettamente agli obiettivi di politica criminale perseguiti con l'introduzione di

¹⁵⁵ Vedi *infra* § 6.

¹⁵⁶ Si veda C. cost., 21 febbraio 2012, n. 21.

questo istituto, non potendosi dubitare del fatto che il bene, proprio perché frutto di illecita acquisizione, reca in sé una connotazione negativa persistente, che ne impone l'apprensione coattiva, anche oltre la vita del soggetto socialmente pericoloso, per i già evidenziati effetti di distorsione degli accumuli illeciti di ricchezza¹⁵⁷.

In altri termini, una tale connotazione di pericolosità sociale resta impressa alla *res* confiscata, indipendentemente da qualsiasi vicenda giuridica riguardante la sua titolarità, sino all'eventuale perenzione del bene, ovvero alla sua definitiva acquisizione al patrimonio dello Stato per effetto della confisca, la quale, in definitiva, mira a modificarne la natura e il regime giuridico, equiparandolo, dopo l'apprensione, ai beni demaniali.

Ne deriva che la previsione dell'art. 18 del d.lgs. n. 159 del 2011, tenuto conto delle connotazioni di pericolosità della *res* confiscata, risulta armonica rispetto alla configurazione della confisca di prevenzione, apparendo assai difficile che, in sua mancanza, si sarebbe potuto dubitare del fatto che l'attivazione dei poteri ablatori potesse riguardare beni giuridici recanti, in sé, connotazioni di oggettiva pericolosità, preesistenti alla proposta e indipendenti dalla verifica della pericolosità del loro titolare¹⁵⁸.

La pericolosità della *res* confiscata, pertanto, costituisce una qualità intrinseca e immanente del bene, che deve ritenersi collegata alla sua presenza nel circuito economico, derivante dal metodo di illecita acquisizione, a sua volta riconducibile alla condizione soggettiva del suo originario titolare. Proprio per queste connotazioni di pericolosità, dunque, il bene giuridico deve essere rimosso dal circuito economico, allo scopo di impedire al soggetto socialmente pericoloso di disporre, anche in funzione di deterrenza dalla commissione di ulteriori attività illegali.

In un simile quadro di riferimento normativo, la necessità di accertare il duplice e concorrente presupposto della condizione oggettiva di pericolosità del bene giuridico e delle correlate modalità di accumulazione patrimoniale finisce per interferire, giustificandola, sulla natura preventiva della confisca di prevenzione, influenzando sul versante delle garanzie sostanziali e procedurali che stanno alla base della misura ablatoria.

¹⁵⁷ Si veda C. cost., 21 febbraio 2012, cit.

¹⁵⁸ Si vedano Cass. pen., Sez. II, n. 24276 del 29 aprile 2014 (dep. 19 giugno 2014), in *C.E.D. Cass.*, n. 260296; Cass. pen., Sez. I, n. 41452 del 17 luglio 2013 (dep. 7 ottobre 2013), in *C.E.D. Cass.*, n. 257535; Cass. pen., 14044 del Sez. V, 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), in *C.E.D. Cass.*, n. 255042.

Occorre, infine, ribadire che sarà possibile parlare di effetti sanzionatori della confisca di prevenzione soltanto in senso generico, in ragione del fatto che il nucleo essenziale del provvedimento ablatorio previsto dall'art. 24 del d.lgs. n. 159 del 2011 non risiede nella commissione di un delitto ovvero dal costituire il provento, ma nelle qualità del soggetto ritenuto pericoloso e nelle modalità dell'originaria acquisizione del bene giuridico, anch'esse pericolose, perché avulse da un contesto di liceità, indispensabile per il mantenimento della titolarità¹⁵⁹.

4. La confisca di prevenzione e l'esercizio dei poteri ablatori nei confronti degli eredi, degli aventi causa e dei terzi intestatari: la sentenza "De Angelis" e l'ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite.

Le considerazioni che si sono espresse, a proposito delle finalità preventive della confisca di prevenzione e della immanente pericolosità della *res* confiscata, appaiono ulteriormente confermate dalla possibilità di esercitare i poteri ablatori nei confronti degli eredi, degli aventi causa e degli intestatari fittizi dei beni. Tali poteri ablatori risultano disciplinati dagli artt. 18 e 26 del d.lgs. n. 159 del 2011, sulla cui portata sistematica e sulle cui conseguenze applicative, in tempi recenti, si è registrato un ulteriore intervento chiarificatore delle Sezioni unite, di cui occorre dare conto¹⁶⁰.

Questo arresto ermeneutico, sostanzialmente confermativo del precedente intervento chiarificatore delle Sezioni unite¹⁶¹, ci consente di ribadire ulteriormente che la possibilità di esercitare i poteri ablatori nei confronti degli eredi, degli aventi causa del soggetto proposto o proponibile e dei terzi intestatari, così come disciplinata dagli artt. 18, commi 2 e 3, 26, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011 costituisce la più eloquente conferma della connotazione preventiva della confisca di prevenzione, fondata sulla condizione di immanente pericolosità delle *res* confiscate.

Fatta questa premessa, occorre prendere le mosse dalla previsione dell'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, che consente di esercitare i poteri ablatori tipici della confisca di

¹⁵⁹ Si veda Cass. pen., Sez. II, n. 24276 del 29 aprile 2014 (dep. 19 giugno 2014), cit.

¹⁶⁰ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 12621 del 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 278085; su questa pronuncia delle Sezioni unite si veda il commento di C. FORTE, *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 aprile 2017.

¹⁶¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262602.

prevenzione anche nei confronti dei terzi o degli aventi causa del soggetto proposto o proponibile, disponendo: «Le misure di prevenzione patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. In tal caso il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa». Tale disposizione è strettamente collegata a quella del terzo comma dello stesso art. 18, secondo cui: «Il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca; in tal caso la richiesta di applicazione della misura di prevenzione può essere proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso».

In questo contesto, si inserisce il primo passaggio ermeneutico della decisione in esame, nel quale le Sezioni unite hanno precisato quale fosse l'ambito applicativo della nozione di eredi e aventi causa del soggetto proposto ovvero proponibile, richiamata dall'art. 18, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, affermando il seguente principio di diritto: «In tema di misure di prevenzione patrimoniale, le nozioni di erede e di successore a titolo universale o particolare di cui all'art. 18, commi, 2 e 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sono quelle proprie del codice civile»¹⁶².

Quanto al correlato problema dell'individuazione dei beni giuridici riconducibili al patrimonio degli eredi e degli aventi causa del soggetto socialmente pericoloso, proposto ovvero proponibile, in relazione ai quali vengono attivati i poteri ablatori dall'autorità giudiziaria, le Sezioni unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «Nell'ipotesi in cui l'azione di prevenzione prosegua ovvero sia esercitata dopo la morte del soggetto socialmente pericoloso, la confisca può avere ad oggetto non solo i beni pervenuti a titolo di successione ereditaria, ma anche i beni che, al momento del decesso, erano comunque nella disponibilità del *de cuius*, per essere stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi»¹⁶³.

La possibilità di ricomprendere nell'ambito proprio della confisca di prevenzione anche i beni rientranti nella signoria di fatto degli eredi e degli aventi causa era già stata affermata dalla

¹⁶² Il principio di diritto richiamato nel testo è affermato nella motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 270081.

¹⁶³ Il principio di diritto richiamato nel testo è affermato nella motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 270082.

Corte di cassazione che aveva escluso la necessità di un transito formale nel patrimonio ereditario dell'inciso quale condizione indispensabile per esercitare i poteri ablatori¹⁶⁴.

Come si è detto, costituisce l'espressione di una stessa opzione di politica legislativa, incentrata sulla immanente pericolosità del bene sottoposto a confisca, la disposizione normativa dell'art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo la quale: «Quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione».

Questa previsione, a sua volta, si pone in stretto collegamento con la disposizione contenuta nel secondo comma dello stesso art. 26, a tenore della quale, fino a prova contraria, si presumono fittizi: «a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione».

A ben vedere, tali disposizioni riflettono la scelta legislativa di tipizzare alcuni negozi giuridici, che si ritengono connotati da una fittizietà presuntiva temperata, laddove intercorrenti tra il prevenuto e determinate categorie di soggetti, stabilendo un limite temporale di operatività della presunzione nei due anni antecedenti la proposta; limite temporale che, per l'appunto, determina un temperamento della portata effettuale della previsione dell'art. 26, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011¹⁶⁵.

Anche su tale disposizione normativa le Sezioni unite sono intervenute con mirabile puntualità, affermando due principi di diritto di cui occorre dare conto, fornendo un'ulteriore conferma alla natura preventiva dell'istituto ablatorio in esame.

Quanto al primo comma dell'art. 26 del d.lgs. n. 159 del 2011, le Sezioni unite affermavano, il seguente principio di diritto: «Nell'ipotesi in cui il giudice accerti la fittizietà dell'intestazione o del trasferimento di beni a terzi, la declaratoria di nullità prevista dall'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011 non è pregiudiziale ai fini della validità della confisca, ma costituisce un obbligo consequenziale all'accertamento della fittizietà, la cui inosservanza da parte del giudice non

¹⁶⁴ Si veda Cass. pen., Sez. I, 18 ottobre 2012 (dep. 4 marzo 2013), Coli, n. 10153.

¹⁶⁵ Si veda C. FORTE, *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi*, in *Dir. pen. contemp.*, cit., pp. 7-8.

integra vizi rilevanti ai sensi degli artt. 177 ss. cod. proc. pen., bensì un'omissione rimediabile, anche d'ufficio, con procedura ex art. 130 cod. proc. pen.»¹⁶⁶.

Come detto, le Sezioni unite intervenivano anche sul secondo comma dell'art. 26 del d.lgs. n. 159 del 2011, affermando il seguente principio di diritto: «Le presunzioni di fittizietà previste dall'art. 26, comma 2, d.lgs. cit. si riferiscono esclusivamente agli atti realizzati dal soggetto portatore di pericolosità e non riguardano anche gli atti dei successori»¹⁶⁷.

Con questo ulteriore intervento chiarificatore, le Sezioni unite hanno inteso affermare che, attraverso il combinato disposto degli artt. 18 e 26 del d.lgs. n. 159 del 2011, si legittima una metodologia di acquisto della proprietà da parte dello Stato, fondata su una presunzione di illecita acquisizione da parte del privato, che non è estranea al nostro ordinamento.

Occorre, pertanto, ribadire che quello che assicura la tenuta del sistema prevenzionale e la sua conformità costituzionale è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende la presunzione di illecita acquisizione rilevante *iuris tantum*, oltre a essere temperata dal limite temporale quinquennale di cui all'art. 18, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011 e dal limite temporale biennale di cui all'art. 26, comma 2, dello stesso decreto¹⁶⁸.

D'altra parte, l'onere probatorio a carico del soggetto inciso non è calibrato sui canoni di uno statuto rigoroso, tale da assurgere al rango di *probatio diabolica*. Per il suo assolvimento, infatti, è sufficiente la mera allegazione di fatti, situazioni o eventi che, in termini plausibili, siano idonei a indicare la provenienza lecita dei beni confiscati e siano, naturalmente, riscontrabili.

Su quest'ultimo profilo, del resto, le Sezioni unite erano già intervenute nel precedente intervento chiarificatore, affermando il seguente principio di diritto: «In tema di confisca di prevenzione, la presunzione di illecita provenienza dei beni ha natura di presunzione relativa e per l'assolvimento dell'onere probatorio posto a carico del soggetto inciso è sufficiente la mera

¹⁶⁶ Il principio di diritto richiamato nel testo è affermato nella motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 270083.

¹⁶⁷ Il principio di diritto richiamato nel testo è affermato nella motivazione della sentenza Cass. pen., Sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 270083.

¹⁶⁸ Si veda Cass. pen., Sez. un., 22 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), in *C.E.D. Cass.*, n. 270086.

allegazione di fatti, situazioni o eventi che, ove riscontrabili, siano idonei, “ragionevolmente e plausibilmente”, ad indicare la lecita provenienza dei beni»¹⁶⁹.

Ricostruito in questi termini il percorso ermeneutico posto a fondamento della sentenza “De Angelis”, appare evidente che, con tale ulteriore intervento chiarificatore, le Sezioni unite hanno confermato che l’evoluzione legislativa conclusasi con l’emanazione del d.lgs. n. 159 del 2011 non ha inciso sulla fisionomia della confisca di prevenzione, imponendo di ribadire l’assimilabilità di questo istituto alle misure di sicurezza, cui consegue l’applicazione dell’art. 200 cod. pen. e l’inapplicabilità dell’art. 2 cod. pen.¹⁷⁰

5. L'immanente pericolosità della res confiscata e la necessaria correlazione temporale tra l'acquisto del bene e la manifestazione della pericolosità sociale del soggetto acquirente.

Chiarite le ragioni che impongono di ritenere la *res* confiscata caratterizzata da una pericolosità sociale immanente, occorre affrontare il problema della correlazione temporale tra l’acquisto del bene e la manifestazione di tale pericolosità, dovendosi ribadire preliminarmente che la confisca di prevenzione non ha introdotto una forma di *actio in rem*¹⁷¹.

In proposito, occorre evidenziare che, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite, nella sentenza “Spinelli”¹⁷², sono suscettibili di ablazione soltanto i beni giuridici acquistati nell’arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistenza di tale pericolosità al momento della proposta di prevenzione. Ne consegue che non è necessario che l’inciso sia socialmente pericoloso al momento dell’attivazione dei poteri ablatori, essendo invece necessario accertare tale condizione soggettiva esclusivamente al momento acquisto della *res* confiscata, riscontrata la quale il bene acquisisce quelle connotazioni di immanente pericolosità su cui ci si è soffermati.

Questa conclusione discende dall’apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato

¹⁶⁹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262607; il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

¹⁷⁰ Si veda C. FORTE, *Il “dialogo col morto” spiegato ai suoi eredi*, in *Dir. pen. contemp.*, cit., pp. 16-17.

¹⁷¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262604.

¹⁷² Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262605.

con i proventi di attività illecite ed è pienamente coerente con la natura preventiva dello strumento ablatorio.

Invero, laddove fosse possibile aggredire i beni dell'inciso a prescindere da una qualsivoglia relazione pertinenziale e temporale con la pericolosità sociale del soggetto prevenuto, lo strumento ablatorio finirebbe con l'assumere connotati di una sanzione, dando origine a una forma impropria di *actio in rem* nei confronti del bene confiscato, che invece occorre escludere, in linea con quanto affermato dalle Sezioni unite¹⁷³.

Per quanto si è detto, l'acquisizione ablatoria di beni di provenienza illecita può considerarsi legittima soltanto quando risponde all'interesse generale di rimuovere dal circuito economico beni acquistati illegalmente. Né potrebbe essere diversamente, atteso che la funzione sociale della proprietà privata può essere garantita solo all'ineludibile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento e che tale conformità sia riscontrata negli eventuali transiti dei relativi beni¹⁷⁴.

Al contempo, l'individuazione di un preciso contesto cronologico, in riferimento al quale possono essere esercitati i poteri ablatori, rende più agevole l'esercizio del diritto di difesa, assolvendo a ineludibili esigenze di garanzia. Ne consegue che, sul piano delle garanzie difensive, l'apprensione coattiva di beni mediante confisca di prevenzione è esente da criticità sul versante della sintonia con i principi costituzionali, che rimane assicurata dal riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di controprova in merito alla legittimità dell'acquisto della *res*.

Resta da affrontare, a questo punto, la questione del regime probatorio applicabile alla confisca di prevenzione, cui si è già accennato¹⁷⁵, per i riflessi che tale questione assume ai fini dell'inquadramento dell'istituto in esame.

Si tratta, in particolare, di accertare se il percorso legislativo che si è ricostruito abbia apportato modifiche sostanziali sul versante della ripartizione dell'onere probatorio ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione; quesito al quale si deve preliminarmente fornire risposta negativa.

¹⁷³ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262604.

¹⁷⁴ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), cit.

¹⁷⁵ Vedi *supra* §§ 3 e 4.

Occorre, in proposito, richiamare l'art. 10 della legge 24 luglio 2008, n. 125, che ha così riformulato l'art. 2-ter, comma 3, primo periodo, della legge n. 575 del 1965: «Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona, nei cui confronti sia instaurato il procedimento, non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio credito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego».

Si tratta di una modifica normativa che si è risolta, essenzialmente, in un intervento di razionalizzazione e di armonizzazione della materia della prevenzione con l'istituto disciplinato dall'art. 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, della legge 7 agosto 1992, n. 356.

A questi obiettivi sistematici si è aggiunta anche un'esigenza di chiarificazione testuale, in ordine all'individuazione del soggetto cui compete la prova della provenienza dei beni, a fronte della precedente formulazione normativa, che faceva riferimento alla circostanza che non fosse «stata dimostrata la legittima provenienza» dei beni nei cui confronti venivano esercitati i poteri ablatori.

Invero, già con riferimento al precedente regime, la giurisprudenza di legittimità aveva avuto occasione di affermare che, ai fini dell'applicabilità della misura della confisca di beni patrimoniali nella disponibilità di persone indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, occorre una sproporzione tra le disponibilità economiche e i redditi denunciati dal proposto, ovvero indizi idonei a fare presumere che i beni dei quali si chiedeva la confisca costituivano il reimpiego dei proventi di attività illecite¹⁷⁶.

Ne deriva che, al riguardo, non si è verificata alcuna inversione dell'onere della prova, atteso che il nuovo contesto normativo nel quale la confisca di prevenzione si inserisce ricollega a fatti sintomatici la presunzione di illecita provenienza dei beni giuridici e non alla mancata allegazione della loro lecita provenienza, la cui dimostrazione è idonea a superare quella presunzione¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Si vedano Cass. pen., Sez. V, n. 13797 del 18 marzo 2002 (dep. 10 aprile 2002), in *C.E.D. Cass.*, n. 221184; Cass. pen., Sez. I, n. 479 del 28 gennaio 1998 (dep. 10 marzo 2003), in *C.E.D. Cass.*, n. 210012.

¹⁷⁷ Si vedano Cass. pen., Sez. V, n. 228 del 12 dicembre 2007 (dep. 7 gennaio 2008), 238871; Cass. pen., Sez. V, n. 10641 del 19 febbraio 2002 (dep. 14 marzo 2002), in *C.E.D. Cass.*, n. 221686.

Analogo riparto del carico probatorio, in tema di confisca di prevenzione, deve riconoscersi nel nuovo assetto normativo, spettando alla parte pubblica l'onere della prova in ordine alla sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale del soggetto proposto, ovvero all'illecita provenienza, dimostrabili presuntivamente. Al proposto, in ogni caso, è riconosciuta la facoltà di offrire una prova contraria, finalizzata a neutralizzare quelle presunzioni *iuris tantum* operanti nei suoi confronti, in modo da dimostrare la legittima provenienza dei beni¹⁷⁸.

Nessuna innovazione, dunque, è stata introdotta dal nuovo assetto normativo della confisca di prevenzione, neppure sul piano dell'intensità dell'apporto probatorio delle parti processuali, in dipendenza della locuzione "risultino essere frutto"¹⁷⁹, in luogo della precedente formulazione che richiedeva l'esistenza di "sufficienti indizi"¹⁸⁰ di origine illecita. Infatti, l'assunto della provenienza illecita del patrimonio deve pur sempre risultare da un processo dimostrativo di natura probatoria, in relazione al quale è possibile avvalersi di presunzioni, affidate a elementi indiziari, purché connotati da coefficienti di gravità, precisione e concordanza.

È significativo, del resto, che identico regime probatorio sia stato riprodotto nell'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011, in base al quale l'applicazione della confisca è subordinata al rispetto di una serie di parametri probatori, quali la mancata giustificazione della provenienza dei beni giuridici confiscati da parte del soggetto nei cui confronti risulta instaurato il procedimento di prevenzione; la titolarità ovvero la disponibilità, a qualsiasi titolo, degli stessi beni, da parte del medesimo soggetto passivo; la provenienza dei beni confiscati, che risultino essere frutto di attività illecite ovvero ne costituiscano il reimpiego.

6. La confisca di prevenzione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 e l'accertamento della pericolosità sociale qualificata del prevenuto.

Nella cornice descritta nei paragrafi precedenti occorre affrontare l'ulteriore problema dell'attivazione dei poteri ablatori nelle ipotesi di pericolosità sociale qualificata, riguardanti i soggetti ritenuti partecipi di consorterie mafiose o comunque contigui alla sfera di operatività di tali sodalizi.

¹⁷⁸ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262607.

¹⁷⁹ Questa locuzione è utilizzata dalla norma dell'art. 10 della legge n. 125 del 2008 ed è stata integralmente recepita dall'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011.

¹⁸⁰ Questa locuzione è utilizzata dalla norma dell'art. 2-ter, comma 3, della legge n. 575 del 1965.

Deve, in proposito, rilevarsi che, anche con riferimento a tale ambito applicativo, la confisca di prevenzione continua a mantenere integra la sua connotazione preventiva che, a ben vedere, appare ancora più accentuata in ipotesi di questo genere.

Come si è detto¹⁸¹, sulla correlazione cronologica tra pericolosità sociale del prevenuto e acquisto del bene confiscato, nel passato, si registravano posizioni ermeneutiche eterogenee¹⁸², che tuttavia le Sezioni unite, con la sentenza “Spinelli”¹⁸³, hanno ricondotto a unità interpretativa.

Rimane comunque fermo che, in linea teorica, un problema di retroattività delle modifiche normative introdotte con il d.lgs. n. 159 del 2011 non si pone nemmeno con riferimento ai profili inerenti alla pericolosità sociale qualificata, tanto più per il fatto che restano immutati i presupposti sostanziali richiesti per l’applicazione della confisca di prevenzione.

Per quanto riguarda, invece, il principio secondo cui l’applicazione della confisca di prevenzione prescinde dalla verifica dell’attualità della pericolosità, occorre osservare che rimane imprescindibile l’accertamento della pregressa pericolosità sociale del prevenuto, nel cui ambito temporale di esplicazione si deve collocare l’acquisto del bene sottoposto a confisca¹⁸⁴.

Occorre, pertanto, ribadire che la pericolosità sociale del prevenuto, oltre a costituire il presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, rappresenta la misura temporale della sua efficacia acquisitiva, fondata sulla pericolosità del bene nei cui confronti vengono esercitati i poteri ablatori; pericolosità che è la conseguenza delle modalità illecite di acquisizione della *res* confiscata da parte del soggetto nei cui confronti viene espresso un giudizio di pericolosità sociale qualificata.

È pur vero che, in queste ipotesi, l’individuazione cronologica rappresenta un’operazione non del tutto agevole, soprattutto con riferimento alla sfera di operatività di soggetti imprenditoriali di notevoli dimensioni, rispetto ai quali la pericolosità del bene rappresenta una connotazione non sempre circoscrivibile in un determinato arco temporale; ciò non toglie, però, che la correlazione cronologica tra acquisto del bene e pericolosità sociale del prevenuto permane un presupposto indefettibile per l’esercizio nei suoi confronti dei poteri ablatori.

¹⁸¹ Vedi *supra* § 3.

¹⁸² Si vedano Cass. pen., Sez. VI, n. 35240 del 27 giugno 2013 (dep. 21 agosto 2013), in *C.E.D. Cass.*, n. 256266; Cass. pen., Sez. II, n. 25558 del 16 aprile 2009 (dep. 18 giugno 2009), in *C.E.D. Cass.*, n. 244151.

¹⁸³ Vedi *supra* § 1.

¹⁸⁴ Si veda Cass. pen., Sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), in *C.E.D. Cass.*, n. 262605.

Resta ovviamente salva la facoltà dell'interessato di fornire prova contraria e liberatoria, attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti, in conseguenza dell'impiego di fonti economiche lecite; con l'imprescindibile corollario che una prova siffatta, specie per gli acquisti risalenti nel tempo, non deve trasmodare, neppure in questo caso, in una *probatio diabolica*, potendo il prevenuto ricorrere a mere allegazioni, ovvero a prospettazioni, riscontrabili, di fatti e situazioni che rendano ragionevole ipotizzare la legittima provenienza dei beni giuridici.

ALBERTO ROMEO

**L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Prime riflessioni (critiche)
sulla nuova causa estintiva del reato introdotta dalla c.d. Riforma Orlando.**

SOMMARIO: 1. Natura giuridica e profili di costituzionalità – 2. *Ratio*, finalità e rapporti con istituti affini – 3. Presupposti applicativi – 4. Perimetro di operatività e prospettive *de jure condendo* – 5. Profili processuali.

1. Dopo l'articolo 162-*bis* del codice penale è inserito il seguente:

“Art. 162-*ter* (Estinzione del reato per condotte riparatorie). - *Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.*

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie”.

2. Le disposizioni dell'articolo 162-*ter* del codice penale, introdotto dal comma 1, si applicano anche ai processi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge e il giudice

dichiara l'estinzione anche quando le condotte riparatorie siano state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

3. L'imputato, nella prima udienza, fatta eccezione per quella del giudizio di legittimità, successiva alla data di entrata in vigore della presente legge, può chiedere la fissazione di un termine, non superiore a sessanta giorni, per provvedere alle restituzioni, al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento e all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato, a norma dell'articolo 162-ter del codice penale, introdotto dal comma 1. Nella stessa udienza l'imputato, qualora dimostri di non poter adempiere, per fatto a lui non addebitabile, nel termine di sessanta giorni, può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento.

4. Nei casi previsti dal comma 3, il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito ai sensi del citato comma 3. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma, del codice penale.

1. Natura giuridica e profili di costituzionalità.

La collocazione topografica tra le cause di estinzione del reato – nel Capo I del Titolo VI del Libro I del codice penale – risolve *in nuce* qualsiasi dubbio circa l'inquadramento dogmatico del nuovo istituto, da sussumersi nell'alveo concettuale delle cause di estinzione del reato a portata generale, cioè applicabili, sul piano astratto, a qualsiasi fattispecie criminosa. È da ritenersi inoltre che si tratti di una causa avente natura 'personale – conformemente alla previsione generale di cui all'art. 182 c.p. –, dovendo la condotta riparatoria provenire necessariamente dall'imputato, con conseguente tendenziale preclusione all'estensione dell'effetto estintivo derivante dall'iniziativa del coimputato in favore degli eventuali correi inadempienti¹⁸⁵. Così, a puro titolo esemplificativo, ove il danno cagionato dal reato (ad esempio da un furto) venga risarcito dall'unico dei tre coimputati arrestato in flagranza e processato con rito direttissimo (dunque a brevissima distanza temporale dal fatto), l'eventuale successiva identificazione dei due coimputati non renderà inutile, né tanto meno potrà paralizzare, l'esercizio dell'azione penale nei loro confronti da parte del P.M.

¹⁸⁵ Cfr. O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in AA.VV., *La Riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pacini editore, 2017, p. 52

non potendo costoro automaticamente beneficiare della declaratoria estintiva pronunciata in giudizio in favore del correo, dovendo necessariamente ritenersi circoscritti gli effetti di questa pronuncia al solo imputato da cui sia concretamente promanata l'iniziativa riparatrice ritenuta congrua dal giudice.

Tale prospettazione, fondata sulla natura 'soggettiva' del nuovo istituto, pone peraltro una serie di rilevanti implicazioni di carattere pratico, idonee di certo a profilare qualche plausibile dubbio di tenuta costituzionale della disciplina. Ed infatti, in situazioni del tipo di quella appena prospettata, che ben potrebbero frequentemente verificarsi nella casistica giudiziaria, c'è da chiedersi se a fronte di una fattispecie riparatoria già compiutamente perfezionatasi per iniziativa di uno dei coimputati — cioè a dire ove vi sia stata una pronuncia dichiarativa dell'estinzione del reato sul presupposto della valutazione giudiziale positiva circa l'esito delle condotte riparatorie adottate dall'accusato nei confronti del quale si sia separatamente proceduto — vi sia ancora spazio per una successiva decisione conforme nei confronti dei concorrenti *ex art. 110 c.p.* che per qualsivoglia ragione siano approdati al cospetto dell'autorità giudiziaria in epoca posteriore.

In tali casi, infatti, risultando l'offesa (si vedrà di qui a breve come debba intendersi il riferimento al 'danno cagionato dal reato' di cui è parola nella norma) già *interamente* ristorata dal coimputato per primo processato — diversamente, cioè se il risarcimento non fosse stato integrale, non avrebbe potuto operare la causa estintiva —, che condotta positiva potrebbe ancora richiedersi ai coimputati per poter beneficiare dell'innovativo strumento processuale di cui si sta discutendo? Di certo non quella di provvedere ad un nuovo risarcimento della persona offesa/danneggiata¹⁸⁶, essendo questa già stata in linea di massima integralmente soddisfatta dall'iniziativa del primo agente.

Ed allora, evidentemente, l'*impasse* che potrebbe verificarsi in simili situazioni potrà risolversi soltanto attraverso caute manipolazioni esegetiche cui dovranno necessariamente attendere, con molta attenzione, gli operatori chiamati a dare concreta applicazione all'istituto. Ove l'elaborazione interpretativa che si svilupperà nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale mantenga ferma, in particolare, l'idea del relativo carattere 'soggettivo' — e tale possibilità è da

¹⁸⁶ Altra problematica con cui le prassi applicative dovranno necessariamente confrontarsi è quella della eventuale mancata coincidenza soggettiva tra persona offesa e persona danneggiata dal reato, occorrendo in tal caso stabilirsi a quale dei due soggetti vada riconosciuto il diritto di interlocuzione previsto dalla norma e nei confronti di cui, quindi, vada offerto dall'imputato il risarcimento del danno.

reputarsi tutt'altro che scontata – non potrà che rimediarsi al rischio appena segnalato, certamente di valenza tale da esporre l'istituto a serie riserve di costituzionalità in relazione all'art. 3 Cost.¹⁸⁷, consentendo, ad esempio, l'ammissibilità di un risarcimento *pro-quota* per ciascun singolo correo partecipante all'azione criminosa dannosa. Di talché, nell'evenienza di identificazione di taluni dei concorrenti all'esito della definizione *ex art. 162-ter c.p.* della posizione processuale di altro/i, anche i primi possano essere ammessi ad invocare l'operatività della causa estintiva del reato senza subire preclusioni derivanti dall'esito positivo del primo giudizio.

Va pur tuttavia rilevato che una simile possibilità, cioè quella dell'ammissibilità di un'offerta risarcitoria parziaria limitata alla sola quota 'ideale di spettanza del singolo imputato, oltre a risultare difficilmente praticabile là dove manchino elementi per determinare il numero dei concorrenti nel reato¹⁸⁸, incontrerà il limite della certa opposizione della persona offesa in ragione della inadeguatezza della proposta risarcitoria, che, seppur non vincolante per il giudice, contribuirà senz'altro ad orientarne lo scrutinio giudiziario sulla congruità delle condotte riparatorie.

In conclusione, ove non venga in sede interpretativa a prevalere la diversa idea della natura oggettiva della causa estintiva del reato di nuovo conio, difficilmente l'art. 162-ter c.p. potrà superare indenne il vaglio di legittimità costituzionale spinto in relazione (tra gli altri) agli artt. 3 e 24 Cost. con riferimento alla posizione dei coimputati cui sia opposta l'inapplicabilità della norma per effetto dell'integrale risarcimento già effettuato da diverso concorrente. Coerentemente, d'altro canto, il correttivo poc'anzi ipotizzato, cioè quello della 'parziarietà' dell'obbligazione risarcitoria nascente dal reato, finirebbe per snaturare invasivamente l'istituto, imponendo di accordare valenza soddisfattiva a condotte riparatorie non connotate dal requisito strutturale dell'integralità con speculare obliterazione delle determinazioni certamente contrarie della persona offesa.

Tali riflessioni consentono peraltro di cogliere con intuitiva evidenza un ulteriore profilo problematico, connesso al tema dell'ammissibilità del risarcimento da parte di terzi, ed in

¹⁸⁷ Prospetta svariati profili di illegittimità costituzionale della disciplina G. VAGLI, *Brevi considerazioni sul nuovo art. 162-ter c.p.*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 10, p. 3.

¹⁸⁸ Si correrebbe il rischio in tal caso di esercitare un forte condizionamento nei confronti dell'imputato per indurlo a rendere dichiarazioni accusatorie nei confronti dei correi (cioè volte all'individuazione dei coimputati), prospettandogli diversamente l'impossibilità della benevola definizione del processo ai sensi della nuova normativa.

particolare da parte di soggetti obbligati (in specie società assicurative) in forza di fonti di natura contrattuale a manlevare l'imputato dalle conseguenze dannose verificatesi per effetto di condotte lesive conformi a quelle concretizzanti il rischio coperto dalla polizza assicurativa. Orbene, per come puntualmente osservato dai primi commentatori¹⁸⁹, tale questione ha invero ragione di porsi con riferimento ai soli reati puniti a titolo di colpa, rispetto ai quali ben potrebbe darsi l'evenienza di coperture assicurative di tal fatta, neppure ipotizzabili per i comportamenti dolosi. Non sembrano allora ravvisarsi ostacoli, in tal caso – a fronte del modesto grado di adesione psicologica al reato sotteso alla componente colposa –, alla piena legittimità della formulazione da parte dell'obbligato, in luogo dell'imputato, della proposta risarcitoria idonea al perfezionamento della fattispecie estintiva *ex art. 162-ter c.p.*

Quanto ai reati dolosi, ad analoghe conclusioni potrebbe invece pervenirsi con riferimento alle iniziative risarcitorie poste in essere da privati su base volontaria, e cioè in assenza di vincoli contrattuali di sorta, a condizione tuttavia che l'imputato mostri di voler beneficiare dell'intervento del terzo, facendolo proprio e manifestando comunque la pregiudiziale volontà di provvedere all'integrale riparazione del danno. Ben poco significato avrebbero infatti atteggiamenti di principio contrari a siffatta possibilità, giacché il divieto potrebbe facilmente essere aggirato tramite una *combine* diretta tra terzo e imputato, che tenga fuori il giudice al quale quindi l'iniziativa risarcitoria verrebbe comunque contrabbandata come proveniente dal favorevole sviluppo di un 'processo di profondo e sincero pentimento' dell'imputato.

2. Ratio, finalità e rapporti con istituti affini.

L'istituto in esame si iscrive idealmente nel solco di un preciso *trend* normativo di condivisibile valorizzazione, in chiave deflattiva del contenzioso penale, alternativamente, o delle iniziative cui sia possibile ascrivere una valenza *lato sensu* ristorativa del danno provocato dal reato, oppure del grado di concreta offensività della condotta criminosa, mirando in definitiva anche questa nuova causa estintiva a consentire la più rapida fuoriuscita dell'imputato dal circuito processuale ogniqualvolta il reato manifesti una preponderante componente di conflittualità privata. Ciò che tipicamente accade quando l'interesse della persona offesa, esaurendosi

¹⁸⁹ Inquadra sinteticamente il *thema* enucleando le svariate implicazioni problematiche V. SELLAROLI, *Le modifiche generali al codice penale*, in AA.VV., *Riforma Orlando: tutte le novità*, fasc. monografico della rivista *Il penalista*, a cura di C. Parodi, Milano, 2017, p. 11.

fondamentalmente nel pregiudizio patrimoniale patito in conseguenza dell'azione criminosa (senza la contestuale coesistenza di un pregnante interesse pubblicistico alla punizione del colpevole), possa trovare adeguato soddisfacimento nella condotta riparatoria (sul cui contenuto a breve si dirà) posta celermente in essere dall'imputato.

Come già accaduto per alcune altre recenti, e parimenti opportune, iniziative riformatrici del sistema di diritto criminale sostanziale, accomunate dall'identico obiettivo dell'alleggerimento del carico di lavoro degli uffici giudiziari nel settore penale (si pensi in particolare all'introduzione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., ed a quella della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 168-*bis* c.p., che peraltro condivide con l'istituto di cui qui si sta trattando la stessa natura giuridica¹⁹⁰), anche la disciplina dettata dall'art. 162-*ter* c.p. trova una immediata derivazione concettuale da un'affine figura contemplata nel sottosistema processuale delineato dal d.lgs. 274/2000¹⁹¹, ed in particolare nell'art. 35, differenziandosene tuttavia per la categorica ininfluenza delle logiche conciliative che permeano l'intera disciplina dettata da quest'ultimo *corpus* normativo. Infatti, anche l'innovativa forma di definizione alternativa del procedimento disciplinata nell'art. 35 cit. si conforma intimamente alle precipue logiche conciliative che sorreggono l'intera struttura normativa di siffatto micro-sistema, per come d'altro canto traspare nitidamente dall'esplicita subordinazione dell'utile perfezionamento dell'effetto premiale sollecitato dall'imputato con le *attività risarcitorie e riparatorie* alla condizione che le stesse siano stimate dal giudice idonee a *soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione*.

Esigenze, queste, che risultano di contro perentoriamente assenti nell'istituto di nuovo conio¹⁹², al cui fondamento teorico devono dunque ritenersi del tutto estranee le logiche sottese alla teorica della giustizia riparativa, avendo il legislatore chiaramente mostrato di volere riconnettere esclusiva valenza per il perfezionamento dell'istituto al solo fattore dell'*effettività*

¹⁹⁰ Ma nella stessa ottica va certamente letta anche l'importante manovra di depenalizzazione attuata con i d.lgs. n. 7 e 8 del 2016.

¹⁹¹ Analogamente a quanto accaduto per la causa di esclusione della punibilità introdotta con l'art. 131-*bis* c.p., che trova il suo antecedente concettuale nella similare disciplina dettata dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, ove tuttavia la tenuità del fatto incide propriamente sulla procedibilità dell'azione e non sulla punibilità dell'agente. Su tali istituti v. diffusamente E. TURCO, sub artt. 34 e 35, in AA.VV., *Leggi complementari al codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio e G. Tranchina, Milano, 2013, p. 466 ss.

¹⁹² Sul punto cfr. acutamente R.G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter cp tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Quest. Giustizia* (web), 2017.

delle condotte riparatorie, non neutralizzabili – se ritenute dal giudice ‘congruè in relazione alla concreta offensività del reato ed in specie alla consistenza del danno arrecato – da un eventuale dissenso della persona offesa che persista caparbiamente nella volontà di persecuzione del colpevole.

Le condizioni prescritte per l’applicazione dell’istituto, per come semanticamente configurate dal legislatore, denunciano dunque il preciso intendimento di ancorarne l’operatività a requisiti di carattere preminentemente oggettivo, essendosi verosimilmente ritenuto di non coltivare oltre la direttrice, particolarmente suggestiva fino a qualche anno addietro ma rivelatasi di scarsa praticabilità in ambito penale, della c.d. giustizia riparativa.

Sicché deve certamente convenirsi con chi, nell’individuare i tratti differenziali tra i due istituti — premessa teorica ineludibile per poter utilmente attendere alla verifica circa l’eventuale applicabilità del nuovo istituto, quale previsione di portata generale, anche nel procedimento di competenza del G. di P. in forza della clausola di rimando di cui all’art. 2 —, ha ragionevolmente ritenuto che l’art. 162-ter c.p. non possa essere inquadrato tra gli strumenti di realizzazione della c.d. *restorative justice*, fondandosi la relativa filosofia ‘sulla valorizzazione della riconciliazione tra autore e vittima mediante attività riparatrici finalizzate alla ricomposizione della frattura causata dal reato, secondo un approccio che mette al centro del processo penale autore del reato e vittima e si basa sulla responsabilizzazione del reo nei confronti della persona offesa, attraverso un percorso guidato di mediazione, che porta alla comprensione reciproca del torto fatto e subito, al fine di dare attuazione effettiva alla funzione rieducativa della pena’¹⁹³.

Ed allora, dal momento che proprio la diversità dei relativi presupposti applicativi impone di ritenere che le due cause estintive del reato non siano sovrapponibili, con ciò escludendosi che quella di più recente introduzione nel sistema penale si esaurisca in un doppione ‘a portata generalè del precedente (fallimentarmente) sperimentato nel procedimento *ex d.gls. 274/2000*, non resta che affermare, in astratto, il possibile impiego della prima (art. 162-ter c.p.) anche in relazione ai reati di competenza del giudice di pace. Infatti, facendo ricorso a quest’ultima disciplina, il giudice sarà sollevato dall’onere di compiere il penetrante apprezzamento richiestogli dall’art. 35 cit. circa l’effettiva resipiscenza dell’imputato – da misurarsi valutando l’idoneità delle

¹⁹³ Cfr. MARUOTTI, *op. cit.*, p. 10. Volendo cfr. anche dello scrivente, *Violenza sessuale e processo penale*, Piacenza, 2007, p. 63-64.

attività risarcitorie e riparatorie *a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione* –, ben potendosi limitare al vaglio, a prevalente sostrato oggettivo, prescritto dall'art. 162-ter c.p. sull'esito positivo delle condotte riparatorie poste in essere dall'imputato.

Non vi è chi non veda, per altro verso, come una simile conclusione, seppur normativamente non ostacolata dalla ricostruzione nei termini esposti del rapporto di continenza tra le due norme, potrebbe tuttavia profilarsi in stridente contrasto con le linee guida di politica criminale ispiratrici della stessa micro-codificazione disciplinante il procedimento dinanzi al giudice di pace, costituendo principio cardine di questo sistema processuale, quale immediata derivazione della natura marcatamente individualistica dei beni giuridici vulnerati dai reati rientranti in questo contesto, quello del costante promovimento della conciliazione tra le parti, per come solennemente affermato nella disposizione che ne enuncia i 'principi generali' (art. 2, co. 2: *Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti*). Sicché, da quest'angolo visuale, mentre la disciplina 'specialè di cui all'art. 35 d.lgs. 274/2000 appare perfettamente coerente con l'anzidetto canone conciliativo — mirando in definitiva a stimolare un ravvedimento dell'imputato fondato sull'esatta percezione del disvalore della propria condotta e sulla conseguente volontà, pregnante dal punto di vista psicologico perché da valutarsi anche in ottica special-preventiva, di riparare il danno cagionato alla persona offesa (in un certo senso, quindi, di chiedere scusa all'offeso provvedendo a rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla condotta lesiva) — , quella di cui all'art. 162-ter c.p. genera indubbiamente, se proiettata in questo contesto, un fortissimo attrito concettuale. La totale obliterazione della posizione dell'offeso, alla cui pur prevista interlocuzione, come di qui a un attimo meglio si chiarirà, è estraneo un potere di veto sull'iniziativa dell'imputato, mal si concilia infatti con l'onere del giudice di pace di coltivare durante l'intero corso del procedimento un dialogo conciliativo tra le parti. Ed anzi, in contesti di conflittualità interpersonale caratterizzati da elevato tasso di recidiva (quali tipicamente sono quelli involti dai reati di competenza del giudice di pace), l'accoglimento per esclusiva iniziativa dell'organo giudicante – e cioè indipendentemente dalle determinazioni di segno contrario della persona offesa – della proposta risarcitoria formulata dall'imputato ben potrebbe alimentare un ulteriore e progressivo deterioramento dei rapporti tra le parti, finendo con il determinare un risultato opposto a quello propriamente deflattivo perseguito dal legislatore.

D'altro canto, se la norma di cui all'art. 35 cit. ha sinora registrato una casistica applicativa certamente inferiore alle aspettative all'epoca riversate nell'istituto¹⁹⁴, la ragione è evidentemente da ricercarsi nella stimolata adesione della persona offesa al fine dell'utile perfezionamento della fattispecie, ritenuta evidentemente imprescindibile dai giudici di pace per effetto della presenza contaminatrice nell'istituto di componenti paragiuridiche di origine conciliativa. Per tal via, però, i relativi confini applicativi hanno evidentemente finito con il sovrapporsi a quelli della remissione della querela, determinando di fatto una prassi di pressoché generalizzata disapplicazione dell'istituto.

Per quanto poc'anzi osservato, infatti – e in ciò è rintracciabile una quanto mai opportuna correzione di rotta operata nella disciplina positiva del nuovo istituto rispetto a quella dell'antenato di cui al d.lgs. 274/2000 –, è davvero difficile ipotizzare che la valutazione giudiziale sulla idoneità delle condotte riparatorie e risarcitorie a *soddisfare le esigenze di riprovazione del reato* possa prescindere dalla conforme determinazione della persona offesa (e cioè da una sua espressa accettazione), proprio per la ragione dell'intima connessione, connaturata a quel sistema, tra esigenze di conciliazione tra le parti e possibilità di definizione alternativa del giudizio (potrebbe dunque superarsi il 'dissenso' della p.o. soltanto nel caso di atteggiamenti caparbiamente ed irragionevolmente contrari alla definizione del giudizio).

Evidenti problematiche di coordinamento potrebbero poi profilarsi anche in relazione ai rapporti tra la causa estintiva in questione e la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p., risultando anch'essa fondata sul medesimo presupposto sostanziale dell'*avere (l'imputato), prima del giudizio, riparato interamente il danno mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni.*

La perfetta coincidenza dei presupposti applicativi delle due previsioni, i cui effetti sono tuttavia profondamente diversi, pone infatti il dubbio della sopravvivenza della circostanza attenuante *de qua* in relazione ai reati suscettibili di essere definiti ai sensi dell'art. 162-ter c.p., dal momento che la realizzazione della condotta idonea ad integrare il contenuto dell'attenuante (peraltro tendenzialmente coincidente anche quanto alla tempistica di attuazione) realizzerà al

¹⁹⁴ Di cui si ha fondamentalmente traccia in ragione di quelle pochissime pronunce di legittimità intervenute ad occuparsi dell'appellabilità o meno delle sentenze dichiarative dell'estinzione del reato pronunciate in applicazione di tale disciplina.

contempo anche il presupposto applicativo della nuova causa estintiva del reato, alla quale dovrà per ovvi motivi accordarsi preferenza.

Risultando ancorata l'operatività della causa estintiva del reato al solo fattore oggettivo dell'esito positivo delle condotte riparatorie, sembra inevitabilmente di doversi concludere per il venir meno di qualsiasi margine di operatività della circostanza attenuante in parola in relazione a quei reati che siano sussumibili nel perimetro di applicabilità della prima. Diversamente potrebbe argomentarsi soltanto valorizzando la diversa congiunzione, nella formulazione delle due previsioni normative, tra le condotte restitutorie e riparatorie, da un lato, e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, dall'altro lato. Ed infatti mentre nell'art. 62 n. 6 c.p. la diminuzione della pena risulta alternativamente accordabile all'imputato sia quando, prima del giudizio, abbia provveduto all'integrale risarcimento del danno o, ove possibile, alle restituzioni, sia nel caso in cui si sia, prima del giudizio, *adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato*. Al contrario, nella struttura dell'art. 162-ter c.p., le due azioni non sono poste in termini di alternatività, dovendo l'imputato, allorché il reato abbia provocato anche conseguenze dannose o pericolose, provvedere, in aggiunta al risarcimento integrale del danno o alle restituzioni, alla relativa eliminazione (sempre che sia materialmente possibile).

Sicché, potendo astrattamente capitare che l'imputato provveda sì al risarcimento in forma specifica o per equivalente del danno senza tuttavia adoperarsi utilmente per la completa rimozione delle conseguenze dannose del reato (non basterebbe invece per l'operatività della causa di estinzione la mera attenuazione delle stesse, ove l'effetto maggiormente soddisfattivo sia *in facto* praticabile), in tal caso residuerebbe un margine di operatività della circostanza attenuante, dovendo il giudice limitarsi ad attribuire all'iniziativa dell'imputato effetto sul solo versante della risposta sanzionatoria.

Infine, non sembra che possano ipotizzarsi difficoltà interpretative di sorta in relazione ai rapporti con altre cause estintive del reato o con altri istituti rispetto ai quali l'iniziativa risarcitoria concorre alla determinazione dell'effetto estintivo del reato o comunque di un effetto premiale o mitigatore della risposta sanzionatoria. Si pensi in particolare alla complessa fattispecie estintiva della sospensione del processo con messa alla prova, il cui proficuo perfezionamento implica, per espressa previsione normativa (art. 168-bis co. 2 c.p. e art. 464-bis co. 4 lett. b) c.p.p.), la

prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Condizioni, queste, che, al di là del dover essere necessariamente esposte dall'imputato nell'istanza volta all'ottenimento della sospensione del processo per il periodo della prova (e altresì indicate nel programma predisposto, su sua richiesta, dall'UEPE), influenzeranno la valutazione giudiziale circa l'esito positivo della *probation*, dovendo il giudice a tal fine prioritariamente verificare proprio il rispetto delle prescrizioni stabilite nel programma.

Orbene non v'è dubbio circa la parziale coincidenza del perimetro applicativo della disciplina in questione con quella dell'art. 162-ter c.p., posto che nel novero dei reati enucleati dall'art. 168-bis c.p. (mediante il parametro della soglia edittale della pena: reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni) rientrano senz'altro parecchie figure criminose per le quali è azionabile la nuova causa estintiva di cui qui si sta trattando, alla quale, quindi, è ragionevole ritenere che si farà preferenziale ricorso, non solo e non tanto per la maggiore celerità nel raggiungimento del risultato estintivo, quanto piuttosto per l'assenza delle ulteriori prestazioni afferenti al necessario svolgimento di lavoro di pubblica utilità nonché all'affidamento al servizio sociale. Può dunque plausibilmente ipotizzarsi, tenuto conto del fatto che l'elemento della componente risarcitoria/restitutiva dell'imputato figura come assolutamente imprescindibile in entrambi gli istituti, che si venga nelle prassi applicative a creare una sorta di perfetta contiguità 'edittale nel relativo azionamento. Nel senso che, fermo in entrambi i casi l'effettivo proposito riparatorio dell'imputato, si farà ricorso all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova nei soli casi in cui il titolo di reato per il quale si procede esorbiti dal perimetro applicativo dell'art. 162-ter c.p., trattandosi ad esempio di reato procedibile d'ufficio. Vale solo ricordare che per effetto della sentenza delle Sezioni unite n. 36272 del 2016 l'ambito applicativo della causa estintiva della sospensione del processo con messa alla prova è stato significativamente esteso, avendo la suprema Corte stabilito l'ininfluenza delle circostanze aggravanti ad effetto speciale ai fini della determinazione della pena edittale massima (non superiore a quattro anni) stabilita per l'accesso all'istituto, la quale dunque è da riferirsi alla sola fattispecie base¹⁹⁵. Sicché, stante l'incisivo ampliamento dei confini di operatività

¹⁹⁵ La sentenza è consultabile in *Giur. it.*, 2016, p. 2732, con nota di V. MANCA, *Il parametro della pena edittale ai fini della concessione della messa alla prova.*

dell'istituto, è da reputarsi che la relativa applicazione – che ha effettivamente incontrato un ampio favore nella casistica applicativa – non risentirà negativamente per effetto dell'introduzione della fattispecie estintiva 'minorè di cui all'art. 162-ter c.p.

Nulla è a dirsi poi con riferimento alle ipotetiche interferenze con la disciplina della sospensione condizionale della pena, venendo questa disposta, se del caso corredata dalla prescrizione (integrante una condizione sospensiva) del risarcimento del danno, delle restituzioni o dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, accessoriamente alla sentenza di condanna.

Va in ultimo soltanto rilevato che l'istituto qui in esame non dovrebbe presentare alcun profilo di interferenza con la disciplina dell'oblazione nelle contravvenzioni di cui agli artt. 162 e 162-bis c.p., la condotta idonea alla generazione dell'effetto estintivo essendo correlata per detto istituto alla pena pecuniaria e non già alla sfera delle conseguenze pregiudizievoli di tipo patrimoniale derivanti dal reato. Ad ogni modo il procedimento di oblazione per le contravvenzioni punite con pene alternative non potrà utilmente perfezionarsi allorchè siano residue conseguenze dannose o pericolose del reato 'eliminabili' dal contravventore. In tale evenienza, allora, così come è previsto un ostacolo alla definizione del procedimento *ex* art. 162-bis c.p., analogamente non potrà darsi corso all'istanza presentata dall'imputato ai sensi dell'art. 162-ter c.p.

3. Presupposti applicativi.

Si è già detto dei presupposti di natura squisitamente oggettiva prescritti per l'operatività dell'istituto, in conseguenza dei quali – per come meglio si avrà modo di chiarire più avanti – se ne deve allo stato inferire una modestissima portata applicativa, potendo l'iniziativa dell'imputato volta al completo ristoro delle conseguenze dannose cagionate alla persona offesa con il reato produrre l'effetto estintivo previsto dalla norma soltanto in relazione ai reati procedibili a querela soggetta a remissione.

Sono dunque esclusi dal campo di applicazione della nuova causa estintiva i reati soggetti a procedibilità d'ufficio nonché quelli per i quali, pur essendo prevista la procedibilità a querela, sia inibita l'attivazione del meccanismo remissivo disciplinato dagli artt. 152-156 c.p. e 340 c.p.p. Si tratta come è noto di poche fattispecie perlopiù incidenti sulla sfera della libertà personale, ed in

specie su quella sessuale¹⁹⁶. Nel novero di queste figure di reato assoggettate ad un regime di procedibilità derogatorio rispetto a quello ordinario — che ben potrebbe essere definito ‘misto’, considerato che da un lato, conformemente alla regola generale, si rimette l’azionamento del processo alla discrezionalità della persona offesa ma dall’altro lato se ne azzera il relativo potere di paralizzarne la prosecuzione tramite la remissione — rientra inoltre, in alcune specifiche situazioni aggravate, il delitto di stalking¹⁹⁷, prevedendo a tal riguardo l’art. 612-*bis* c.p. un regime di procedibilità variamente modulato in considerazione della presenza, o meno, di determinate circostanze. In definitiva, alla procedibilità a querela, stabilita dal legislatore quale regola generale nell’ultimo comma dell’art. 612-*bis* c.p.¹⁹⁸, si affianca il diverso regime della procedibilità d’ufficio in due specifiche situazioni, vale a dire quando il fatto sia commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità (di cui all’art. 3 l. n. 104/1992) e quando sia connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d’ufficio¹⁹⁹. È infine previsto nell’ultima parte del quarto della disposizione, mutuandosi l’eccentrica previsione contemplata in materia di reati sessuali dall’art. 609-*septies* c.p., che la querela sia irrevocabile allorché il fatto sia stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all’art. 612, co. 2, c.p.

Questo articolato regime riverbera dunque i propri effetti sui confini di operatività dell’istituto di cui qui si sta trattando, venendone di fatto inibito il relativo azionamento tanto in relazione alle situazioni per le quali è prevista la procedibilità d’ufficio quanto per quelle assoggettate al regime di procedibilità a querela irrevocabile, invero particolarmente ricorrenti nelle prassi applicative.

¹⁹⁶ Sulla *ratio* che sta a fondamento dell’introduzione proprio nel settore dei reati contro la sfera sessuale di un siffatto meccanismo derogatorio all’ordinaria disciplina della remissione della querela, nonché per un approfondito esame degli altri profili di eccentricità del regime della procedibilità di questo micro-sistema processuale (termine e trasmissibilità del diritto di querela), cfr. ROMEO, *op. cit.*, p. 43 ss.

¹⁹⁷ Sia consentito, per un esame della normativa emergenziale con cui fu introdotto nell’ordinamento il delitto di stalking, un rinvio al nostro *Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, in *Neldiritto*, 2009, p. 292 ss..

¹⁹⁸ Cui si accompagnano peraltro le previsioni eccezionali in punto di termine per la relativa presentazione, aumentato conformemente alla disciplina dei reati sessuali a sei mesi, e di forme della remissione, potendo tale facoltà essere esercitata soltanto in sede processuale.

¹⁹⁹ Analogo regime è previsto in forza di disposizione extracodicistica (art. 8, co. 4, d.l. n. 11/2009, mod. dall’art. 1 co. 4 d.l. n. 93/2013) allorchando il fatto sia commesso da un soggetto ammonito dal questore per condotte persecutorie in danno della stessa vittima.

Così sommariamente delineato il primo, e fondamentale, presupposto ‘oggettivo’ prescritto per l’operatività dell’istituto, conviene segnalare come proprio su questo specifico versante, sebbene in due angolazioni diametralmente opposte, siano state sollevate alcune obiezioni in sede di primo commento alla riforma.

Sotto un primo punto di vista, infatti, la preclusione all’operatività dell’istituto in relazione ai reati procedibili a querela irrevocabile è stata tacciata di eccessiva severità, venendo inutilmente a sacrificare le potenzialità applicative del nuovo strumento deflattivo in assenza di plausibili giustificazioni che trovino fondamento nella natura delle ipotesi assoggettate a questo peculiare regime misto²⁰⁰. Tali riserve non sembrano invero cogliere pienamente nel segno, ove si consideri per un verso che le ipotesi di querela irretrattabile sono limitate ad un numero estremamente esiguo di fattispecie (per come detto, violenza sessuale e stalking nell’ipotesi prevista dall’ultimo inciso dell’ultimo comma dell’art. 612-*bis* c.p.); e, per altro verso, che le stesse trovano fondamento in ragioni che trascendono il piano dell’interesse coinvolto e mirano piuttosto a tutelare la vittima contro il rischio di possibili ritorsioni e/o condizionamenti volti ad ottenere la remissione della querela.

Da ben diverso punto di vista non può farsi a meno di dare succintamente conto delle rumorose polemiche registratesi all’indomani dell’approvazione della *Riforma Orlando* proprio sul fronte della prevista applicabilità del neo introdotto art. 162-*ter* c.p. al reato di stalking, prospettandosi con toni decisamente allarmistici, da parte dei rappresentanti di alcune associazioni impegnate nella promozione delle tutele ‘di genere’, il rischio di una depenalizzazione tacita dell’odiosa figura di reato, con buona pace delle battaglie politiche condotte per assicurare la relativa introduzione nell’ordinamento penale.

Orbene, un siffatto allarmismo — innescato, con l’usuale risonanza mediatica accordata all’informazione sui crimini sessuali, dalla sentenza del G.u.p. di Torino del 2/10/2017 che, in applicazione del nuovo istituto, ha provveduto a dichiarare l’estinzione di un’imputazione *ex art.*

²⁰⁰ In tal senso MARUOTTI, *op. cit.*, p. 6, a stima del quale nell’ambito di questa categoria di reati *sarebbe auspicabile operare una selezione, in quanto, ad esempio, rispetto alle ipotesi di “violenza sessuale” di minore gravità di cui al comma 3 dell’art. 609 bis cp (si pensi al classico “palpeggiamento”) il risarcimento del danno che interviene prima del giudizio rende, in molti casi, il processo penale un “inutile orpello”, soprattutto in tutti quei casi (che sono la stragrande maggioranza) in cui la pubblica accusa si fonda unicamente sulla testimonianza della persona offesa, il cui “stimolo” a collaborare per la puntuale ricostruzione del fatto storico viene comprensibilmente inciso dal risarcimento già conseguito.*

612-*bis* c.p. sul rilievo della congruità dell'offerta risarcitoria di € 1.500,00 formulata dall'imputato in favore della vittima, nonostante l'opposizione di quest'ultima²⁰¹ — deve a nostro avviso ritenersi infondato. Non tanto e non solo per la già rilevata operatività dell'istituto limitatamente alle ipotesi procedibili a querela 'pura' (con esclusione, dunque, delle situazioni in cui è prevista la procedibilità d'ufficio e di quelle per le quali la querela è irrevocabile), quanto piuttosto per l'assorbente ragione della 'complessità' della fattispecie riparativa, il cui perfezionamento implica necessariamente un vaglio giudiziale che pur focalizzato sul fattore della congruità delle condotte riparatorie non potrà non tener conto della natura e della consistenza dei fatti oggetto dello specifico capo d'incolpazione, anche alla luce della ricostruzione offertane dalla p.o. a sostegno dell'eventuale determinazione di segno contrario all'accoglimento della proposta risarcitoria avanzata dall'imputato. Non v'è dubbio dunque che la verifica giudiziale, da condursi nel contraddittorio tra le parti, ben potrà concludersi con una decisione sfavorevole ogni qualvolta il giudice ritenga la proposta ristorativa formulata dall'imputato 'inidonea' a conseguire il risultato — in questi casi certamente prescindente da una fredda stima aritmetica del pregiudizio patrimoniale causato con il reato — dell'integrale riparazione del danno, anche in considerazione dell'ostacolo al perfezionamento della fattispecie riparativa che verosimilmente potrà essere rappresentato dal giudizio di persistenza di conseguenze dannose del reato, segnatamente di tipo emotivo/psicologico, in capo alla persona offesa.

In tal senso, allora, non può che concordarsi con chi ha autorevolmente sostenuto come l'istituto in questione non possa in alcun modo tradursi in una misura di depotenziamento della repressione dello stalking, integrando di contro un meccanismo idoneo a stimolare l'imputato a porre in essere azioni positive di segno opposto rispetto a quello caratterizzante l'illecito contestato, e ciò può assumere una valenza peculiare e significativa anche a tutela delle aspettative della vittima, con riferimento ai contesti in cui matura l'atto persecutorio²⁰².

Venendo quindi all'esame degli ulteriori presupposti applicativi della nuova causa estintiva del reato, l'art. 162-*ter* c.p. prescrive la necessaria interlocuzione con le parti e la persona offesa.

²⁰¹ La notizia è stata riportata su numerosi quotidiani nazionali nelle edizioni del 5 e del 6 ottobre scorso, suscitando una immediata e quanto mai accesa *querelle* approdata in tempi insolitamente rapidi nelle aule parlamentari. Cfr. G. NEGRI, *Lo stalking non più estinto per denaro*, nella edizione online del Sole24ore del 7 ottobre 2017.

²⁰² In tal senso, D. FERRANTI, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche*, in *Diritto penale contemporaneo* (web), p. 2.

Da tale obbligo non può tuttavia certamente desumersi che al giudice sia accordato un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo, dovendo egli soltanto accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della 'fattispecie riparatoria'. In particolare egli dovrà soltanto verificare che *l'imputato abbia riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato.*

Sicché la norma, differentemente dalla speculare previsione di cui al già richiamato art. 35 d. lgs. n. 274/2000 non postula in alcun modo una valutazione giudiziale circa l'idoneità delle condotte riparatorie a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione, presentando di contro il meccanismo introdotto nel codice penale condizioni di applicazione di natura schiettamente oggettiva. L'audizione delle parti e della p.o. è da ricollegare dunque idealmente al solo fine di consentire la verifica circa l'effettiva portata riparatoria dell'iniziativa dell'imputato. Va pertanto a tal proposito ribadito che è aliena all'istituto in esame qualsiasi ottica conciliativa, rispetto al cui perseguimento il giudice assuma il ruolo propositivo di mediatore, tra persona offesa e danneggiante, non essendo in alcun modo prescritto un incontro costruttivo volto ad incentivare la riconciliazione tra autore e vittima mediante attività riparatrici finalizzate alla ricomposizione della frattura causata dal reato, in ultima analisi indirizzate alla responsabilizzazione del reo nei confronti della persona offesa nell'ambito di un percorso di mediazione.

Il dato è confermato dalla circostanza che la declaratoria di estinzione del reato sarà pronunciata dal giudice all'esito positivo delle condotte riparatorie, cioè in definitiva sulla base di una verifica involgente esclusivamente l'effettiva portata riparatoria (restituzioni/risarcimento ed eliminazione delle conseguenze dannose del reato) della condotta dell'imputato.

Quanto all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'introduzione rispetto alla versione originaria della norma dell'inciso *'ove possibile'* mira ad evitare che possano verificarsi effetti paralizzanti dell'operatività dell'istituto là dove un tale effetto ripristinatorio non sia materialmente possibile per cause indipendenti dalla volontà dell'imputato, conformemente d'altro canto alla speculare previsione contenuta nel co. 3 dell'art. 162-*bis* c.p. nonché in materia di sospensione condizionale della pena e di messa alla prova dell'imputato.

Nel concludersi l'analisi dei requisiti applicativi dell'istituto non può farsi a meno infine di rilevare come le maggiori perplessità interpretative residuino sul versante dell'esatta individuazione dell'accezione di '*danno cagionato dal reato*' utilizzata nella norma, non essendo stato fornito all'interprete alcun elemento che possa essere utilmente valorizzato per stabilire se si sia inteso far riferimento al danno criminale o, al contrario, propriamente al danno civile.

Tale problematica, che riflette in via immediata l'incoerente – e certamente poco accorta – scelta legislativa di accomunare in un unico contesto figure criminose profondamente eterogenee tra loro (ed in specie reati contro la persona e reati contro il patrimonio), non appare peraltro scevra da relevantissime implicazioni pratiche, riverberandosi in via immediata sulla possibilità per la vittima integralmente risarcita *ex art. 162-ter c.p.* (viepiù se abbia manifestato la propria contrarietà all'offerta proposta dall'imputato, stimata congrua dal giudice) di rivolgersi comunque al giudice civile per ottenere un risarcimento ulteriore esteso a tutte le componenti del danno civilisticamente inteso da determinarsi secondo i criteri propri del giudizio civile.

Queste plausibili perplessità esegetiche, su cui di certo gli interpreti dovranno approfonditamente confrontarsi nelle prassi applicative, potrebbero allora indurre a privilegiare l'orientamento interpretativo formatosi in relazione all'art. 35 d.lgs. 274/2000, a mente del quale il danno cui farebbe riferimento la norma sarebbe soltanto quello criminale (Sez. un. n. 33864/2015). I Giudici del supremo Consesso, proprio sulla scorta di questa prospettazione teorica, hanno infatti ritenuto che la declaratoria di estinzione del reato pronunciata dal G. di P. in applicazione di detta disciplina non rivesta autorità di giudicato nell'eventuale giudizio civile successivamente promosso dalla persona danneggiata per ottenere il risarcimento del danno, limitandosi detta pronuncia ad accertare la congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato. Da ciò ne è stata dunque desunta l'insussistenza di un interesse per la parte civile ad impugnare, anche ai soli fini civili, la sentenza in questione, non sortendo effetti pregiudizievoli sulle eventuali iniziative risarcitorie da promuovere nella sede propria civile²⁰³.

Occorrerà allora vedere se un'interpretazione di tale natura incontrerà il favore delle prassi applicative anche con riferimento all'omologo istituto a portata generale introdotto nel codice

²⁰³ La sentenza è edita, tra le altre, in *Processo penale e giustizia*, 2015, fasc. 6, p. 34 con nota di P. MAGGIO, *Non sussiste l'interesse della parte civile ad impugnare le sentenze estintive del reato emesse dal giudice di pace in seguito a condotte riparatorie*.

penale, correndosi tuttavia il rischio nel solco di tale prospettiva che il giudizio penale possa rivelarsi insufficiente a definire in modo stabile la vicenda che ha dato occasione alla conflittualità tra autore e vittima, riversandosi sul giudice civile l'oneroso compito di provvedere al 'saldo' definitivo della contesa. Con buona pace delle esigenze deflative, alleggerendosi il carico giudiziario in un settore ed aggravandolo in un altro che di certo non gode di migliore salute.

4. Perimetro di operatività e prospettive *de jure condendo*.

L'esame dei presupposti di operatività dell'art. 162-ter c.p. lascia trasparire in modo palmare il modestissimo perimetro applicativo dell'istituto che, già enormemente sacrificato dalla delimitazione con riferimento ai soli reati procedibili a querela (peraltro rimettibile), andrà in definitiva a esaurirsi in relazione alle sole vicende nelle quali pur a fronte di un congruo ristoro patrimoniale offerto dall'imputato alla persona offesa a titolo di risarcimento del danno provocato dal reato, quest'ultima non intenda rimettere la querela, persistendo – a volte in modo assolutamente indipendente da ogni valutazione in punto di ragionevolezza della proposta risarcitoria – nella volontà di persecuzione del colpevole. Evenienza, questa, che fino ad oggi avrebbe dunque determinato l'inesorabile e defatigante necessità di proseguire nel giudizio, pur a cospetto di situazioni caratterizzate dalla rilevanza meramente privatistica dell'interesse colpito dall'azione delittuosa e dunque dalla cogente assenza di un conforme interesse punitivo statale.

Oggi, al contrario, in vicende di questo tipo, qualificate da un'accentuata conflittualità privata ma di modestissima incidenza su interessi pubblicistici, all'istituto in esame va riconosciuto il merito di sottrarre alla persona offesa il 'potere di veto' sulla definizione del giudizio in conseguenza delle idonee condotte riparatorie dell'imputato e ulteriormente quello di cautelare l'effetto estintivo della remissione della querela contro il rischio di mercanteggiamento tra le parti private, venendo affidata al giudice la valutazione della congruità della proposta risarcitoria formulata dall'imputato.

A depotenziare le concrete possibilità d'impiego della disciplina in esame – e dunque a mortificarne oltremodo le declamate finalità deflative – si pone tuttavia il dato esperienziale della esigua casistica di atteggiamenti di siffatta natura, caratterizzati cioè da un bieco ostruzionismo della P.O., accadendo il più delle volte che ad una congrua offerta risarcitoria (o restitutoria) faccia effettivamente seguito la remissione della querela, anzi spesso subordinata proprio all'integrale risarcimento del danno.

Sicché, da questo punto di vista, non possono che esprimersi plausibili riserve sull'ambito di operatività dell'istituto, che appare eccessivamente ristretto, rischiandosi di giungere al medesimo risultato pratico per effetto della remissione della querela.

Sarebbe stato allora maggiormente coerente con le decantate finalità deflattive della nuova causa estintiva del reato estenderne il relativo raggio d'azione ad una gamma molto più ampia di reati, valorizzando come parametro discrezionale, tra i vari astrattamente ipotizzabili, non già il limite edittale della pena (come accaduto per l'art. 131-*bis* c.p.) o il regime di procedibilità del reato, bensì la natura a preponderante valenza privatistica dell'interesse leso o esposto a pericolo dall'azione criminosa.

Effetto, questo, che in prospettiva di medio periodo il legislatore ha invero timidamente ritenuto di poter perseguire mettendo mano (con una delle deleghe conferite con la legge di cui si sta trattando) ad una modifica del regime di procedibilità previsto per alcune tipologie di reato.

Il co. 16 dell'unico articolo della legge conferisce infatti delega al Governo per adottare, nel termine di un anno dalla relativa entrata in vigore, tra gli altri, un decreto legislativo con cui modificare la procedibilità di alcune categorie di reati: ed in particolare quelli contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 c.p., e quelli contro il patrimonio previsti dal c.p., salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio qualora ricorra una delle seguenti condizioni:

- 1) la persona offesa sia incapace per età o per infermità;
- 2) ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate nell'art. 339 c.p.;
- 3) nei reati contro il patrimonio, il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità.

Orbene, ci si avvede fin troppo agevolmente dell'approccio oltremodo cauto mantenuto dal legislatore delegante nell'enunciazione degli esposti principi direttivi, considerato che l'encomiabile ed assolutamente condivisibile — proprio perché imperniata sul dato della misura prevalente della componente privatistica rispetto a quella pubblicistica dell'interesse protetto dalla fattispecie — enucleazione delle 'tipologie di reati per le quali modificare il regime di procedibilità viene di fatto neutralizzata dalla previsione di eccezioni di ingiustificato rigore, che

di fatto finiscono per rendere quanto mai modesto l'impatto della modifica del regime di perseguibilità dei predetti reati sulla funzionalità dell'istituto di cui si sta discutendo.

Resta infatti inalterata la procedibilità *ex officio* – e quindi paralizzata l'operatività dell'art. 162-ter c.p. – della gran parte delle ipotesi di lesioni personali, bastando a tal fine la contestazione delle aggravanti di cui all'art. 585 c.p., ed ancor più di tutte le frequentissime ipotesi di furto in abitazione o con strappo oppure aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p., quand'anche ricorra una sola aggravante, trattandosi infatti di circostanze ad effetto speciale.

Non vi è chi non veda, di contro, come proprio in tema di furto moltissime delle ipotesi normativamente sussumibili in alcune delle situazioni aggravatrici contemplate dall'art. 625 c.p. non presentino particolare allarme sociale (furti in esercizi commerciali o di energia elettrica), caratterizzandosi anzi per una spiccata valenza privatistica (in quanto di tangibile dimensione patrimoniale) degli interessi coinvolti dall'azione; di talché, dunque, apparirebbe soluzione socialmente accettabile e giudizialmente preferibile quella di consentire la definizione del giudizio in conseguenza della integrale riparazione del danno da parte dell'imputato.

Da questo angolo visuale, allora, non v'è dubbio che sia stata per l'ennesima volta sciupata una formidabile occasione per offrire una ragionevole soluzione, con il sigillo del vaglio giudiziale, ad una miriade di vicende che giornalmente appesantiscono, in assenza di qualsivoglia convincente ragione di politica criminale, il lavoro degli uffici giudiziari, sottraendo energie che potrebbero utilmente impiegarsi per ben più rilevanti accertamenti.

Mantenendo dunque fermo il presupposto pregiudiziale di operatività della norma (cioè quello della procedibilità a querela rimettibile), se ne sarebbe potuto convenientemente ampliare il relativo raggio d'operatività provvedendo immediatamente – senza tergiversare con la delega legislativa – ad una organica e razionale modifica del regime di procedibilità di alcune tipologie di reati, utilizzando come criterio informatore quello della natura essenzialmente o prevalentemente individuale dell'interesse colpito dal reato.

In tale precipua prospettiva sembrava del resto muoversi il primo schema di articolato dell'art. 162-ter c.p. elaborato anni addietro dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Fiorella, nella cui relazione descrittiva veniva infatti rimarcato come il territorio ideale dei meccanismi estintivi fondati su condotte riparatorie sia quello dei reati contro il patrimonio.

In conclusione, l'istituto di nuovo conio sconta due 'fallè operative che si muovono in opposta direzione; da un lato infatti appare scarsamente condivisibile, per le segnalate difficoltà di carattere pratico in ordine alla stima del danno risarcibile, l'assoggettamento dei reati contro la persona ad un meccanismo estintivo fondato su logiche compensative ad esclusivo sostrato risarcitorio²⁰⁴. Dall'altro lato, al contrario, la prospettiva riformatrice è stata coltivata con eccessiva timidezza sul fronte dei delitti contro il patrimonio, non essendovi dubbio che in moltissime situazioni rimaste fuori dai confini applicativi della norma la risposta risarcitoria, con qualche adeguato correttivo volto a scongiurare eventuali effetti incentivanti alla perpetrazione di crimini di tal natura²⁰⁵, avrebbe potuto davvero rappresentare un adeguato strumento sanzionatorio, massimamente satisfattivo delle aspettative dell'offeso senza preoccupante sacrificio della potestà punitiva statale.

5. Profili processuali.

Talmente insolita appare una così cogente assenza di qualsivoglia previsione di natura procedurale a corredo della disciplina sostanziale di una nuova causa di estinzione del reato (ma analogamente potrebbe argomentarsi con riferimento a tutti gli istituti non riguardanti in via immediata il reato o la pena ma inerenti invece proprio alle cause estintive degli stessi) da suggerire l'idea, certamente non azzardata, che il legislatore se ne sia semplicemente dimenticato, non potendosi seriamente sostenere che le scarse indicazioni recate nell'art. 162-ter c.p. possano ritenersi sufficienti anche in vista della regolamentazione degli aspetti procedurali dell'istituto.

Fatta eccezione per i termini di presentazione dell'istanza (nonché sul fronte della disciplina intertemporale, che appare al contrario quanto mai dettagliata²⁰⁶), nell'art. 162-ter c.p. non è contenuta infatti alcuna previsione volta a disciplinare i più importanti aspetti di carattere procedurale dell'istituto, con riferimento in particolare alla forma dell'istanza (manifestazione diretta dell'imputato, possibilità di conferire procura speciale ad un difensore, necessità di una richiesta scritta, possibilità di formalizzarla a verbale in udienza), al relativo contenuto (con

²⁰⁴ Non v'è dubbio, difatti, che i delitti contro la persona non si prestano ad una semplice ed istintiva individuazione del danno da reato e sono difficilmente compatibili con i concetti di restituzione e di risarcimento. Così testualmente D. FERRANTI, *op. cit.*, p. 3, per la quale dunque è ravvisabile un ulteriore limite all'operatività dell'istituto ogni qualvolta le parti coinvolte nel procedimento oppongano l'impossibilità di quantificare *ex ante* il danno da reato, perché non causativo di conseguenze pregiudizievoli di immediata considerazione patrimoniale.

²⁰⁵ Agendo in particolare in chiave ostativa sul fronte della recidiva.

²⁰⁶ E di tale chiarezza da non porre dubbi interpretativi di alcun tipo.

riferimento in specie alla prova della già avvenuta riparazione integrale del danno ed all'illustrazione degli elementi volti a dimostrarne la congruità) ed alle modalità dell'interlocuzione con le parti, le quali, come rilevato, devono poter essere messe nella condizioni di esternare le proprie determinazioni su ogni aspetto della proposta risarcitoria formulata dall'imputato.

Del tutto trascurata è poi l'evenienza dell'azionabilità dell'iniziativa risarcitoria durante il corso delle indagini preliminari — diversamente da quanto, ad esempio, previsto in relazione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, a cui riguardo l'art. 464-ter c.p.p. detta una puntuale regolamentazione delle modalità di interlocuzione delle parti nonché della sorte dell'istanza in caso di dissenso del P.M. —, dovendosene pertanto allo stato inferire la categorica inapplicabilità in sede procedimentale e dunque l'irragionevole preclusione alla possibilità di apprezzare la congruità delle condotte riparatorie con un provvedimento archiviativo. Analogamente, poi, potrebbe argomentarsi anche in relazione all'ipotetico impiego dell'istituto in sede di udienza preliminare (con possibile veicolazione dell'epilogo favorevole in una sentenza di non luogo a procedere), circoscrivendo testualmente l'art. 162-ter c.p. il relativo perimetro temporale di operatività alla sola fase dibattimentale.

Di ancora più pregnante problematicità si rivela poi la mancata disciplina della forma, delle conseguenze e della (eventuale) reclamabilità del provvedimento di rigetto, che il giudice dovrà adottare allorché sia pervenuto ad una determinazione 'negativa' sulle condotte riparatorie.

Quid juris, dunque, in caso di proposta ristorativa ritenuta incongrua? Potrà l'imputato reiterare la richiesta modificandone (in senso chiaramente integrativo) il relativo contenuto (sullo specifico versante ritenuto volta per volta insoddisfacente: risarcimento, restituzioni, conseguenze dannose o pericolose del reato)? Il rigetto che si assuma ingiustificato potrà legittimare la riproposizione dell'istanza in sede d'appello, conseguendosi così il risultato utile dell'estinzione del reato non accordato dal giudice di prime cure che abbia rigettato la richiesta condannando l'imputato? Ed ancora, il provvedimento di rigetto, che verosimilmente dovrà assumere la forma di un'ordinanza, sarà reclamabile in via immediata o soltanto con i motivi di impugnazione?

Analoghe incertezze riguarderanno poi in sede applicativa l'operatività dell'istituto nell'ambito dei procedimenti speciali, dovendosi in particolare valutare la proponibilità della

domanda in sede di opposizione al decreto penale di condanna, nonché nel corso del giudizio abbreviato.

In caso di esito favorevole delle condotte riparatorie, non dovrebbe poi esservi dubbio circa l'operatività delle regole dettate dall'art. 129 c.p., dovendosi accordare preferenza all'assoluzione nel merito rispetto alla causa estintiva del reato ove si inveri la condizione prevista nel secondo comma della disposizione.

Foriera di rilevanti disorientamenti applicativi potrebbe rivelarsi infine, per le ragioni già esposte, la mancanza di qualsivoglia regolamentazione degli effetti del giudicato formatosi su siffatta decisione, non essendo affatto scontata l'ininfluenza della valutazione giudiziale positiva sulle condotte riparatorie compiuta in sede penale sul giudizio civile eventualmente promosso dalla persona offesa/danneggiata che abbia manifestato il suo dissenso all'accettazione dell'offerta dell'imputato (in caso di accettazione, al contrario, dovrebbe coerentemente ritenersi operante il vincolo di cui all'art. 651 c.p.p.). Vale solo rilevare in chiave critica, anche su questo specifico versante, che il *thema* ha ricevuto invece espressa ed organica regolamentazione con riferimento alla causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., avendo il legislatore, a corredo dell'introduzione di tale strumento deflattivo, interpolato nel titolo I del libro X del c.p.p. il nuovo art. 651-bis c.p.p., disciplinante, appunto, l'efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno.

Va in ultimo rimarcato che, con previsione quanto mai opportuna, che mutua quelle di analogo contenuto già innestate in varie disposizioni del codice di rito, è stata fatta salva l'operatività della confisca di cui all'art. 240, co. 2, c.p.p.

Come è agevole intuire sono molteplici, e di assoluta rilevanza applicativa, i profili procedurali del tutto trascurati dalla disciplina analizzata, cui dovrà necessariamente porsi rimedio con preferenziale iniziativa legislativa, così scongiurandosi il rischio di alimentare soluzioni interpretative contingenti che, sino all'assestamento raggiungibile solo in sede di legittimità, potrebbero provocare marcate differenze di trattamento a cospetto di situazioni assolutamente analoghe.

GIANPAOLO MOCETTI

La lettura in ottica precauzionale delle misure di prevenzione: contesto sistematico e possibili effetti di natura penale

Sommario: 1. Il principio “*chi inquina paga*” e la responsabilità per gli oneri di bonifica. 2. La perimetrazione degli obblighi del proprietario incolpevole, secondo l’Adunanza Plenaria e la Corte di Giustizia. 3. La recente giurisprudenza amministrativa in materia di misure di prevenzione. 4. Sintesi e spunti di riflessione in un’ottica penalistica.

1. Il principio “*chi inquina paga*” e la responsabilità per gli oneri di bonifica.

Spesso accade che i fenomeni di inquinamento non vengano intercettati dalle autorità preposte alla loro repressione, sia in via amministrativa che penale, nel momento in cui si producono; ancora più spesso accade che l’autore non venga individuato.

E’, quindi, frequente che i terreni inquinati siano nella titolarità di un proprietario incolpevole che ha subito la dolosa o colposa azione inquinante di terzi, non identificati o non più perseguibili, o che è venuto in possesso dei beni in un momento successivo a quello in cui si è verificato l’evento inquinante).

Il principio euro unitario “chi inquina paga” di cui all’art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea e l’apparato normativo che ne discende consente – o meglio – impone di ascrivere al soggetto autore dell’inquinamento una responsabilità piena ed incondizionata, per le attività ed i costi di ripristino allo status quo ante.

Tale responsabilità è stata, peraltro, in tempi recenti, rafforzata con la previsione di una tutela penale apprestata dall’art. 452-terdecies del c.p., introdotto dalla L. 22 maggio 2015, n. 68, che ora punisce il soggetto che non provvede alla bonifica, al ripristino o al recupero dello stato dei luoghi, essendovi tenuto per legge, per ordine del giudice ovvero di un’autorità pubblica.

La nuova disciplina ha, come noto, corretto la stortura presente all’art. 257 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che faceva scattare la sanzione penale per i soggetti responsabili d’aver determinato una situazione di inquinamento, solo in caso di mancata effettuazione della bonifica “*in conformità al progetto approvato dall’autorità competente nell’ambito del procedimento di cui*

agli articoli 242 e seguenti” del medesimo decreto, generando notevoli problematiche applicative proprio nei casi più gravi, ovvero quelli in cui mancava il progetto stesso.

La verifica degli obblighi del proprietario incolpevole ha posto, invece, maggiori problemi, connettendosi anche alla riflessione sulla dimensione ontologica del principio “*chi inquina paga*”: regola programmatica di razionalità economica che deve orientare le scelte dei vari ordinamenti nazionali alla internalizzazione dei costi ambientali delle attività economiche e che, come tale, ha bisogno di una mediazione operata da specifiche scelte legislative? O norma precettiva fondante del sistema della responsabilità ambientale?

Non è questa la sede per sviluppare un tema così ampio e complesso, è, però, certo che l’istituto della responsabilità extracontrattuale cui naturalmente si riconduce il principio “*chi inquina paga*”, non riesce a disciplinare in modo compiuto la relazione intersoggettiva che si determina in caso di inquinamento; il modello della responsabilità aquiliana “*funziona*” solo se i danneggianti ed i danneggiati sono soggetti individuati, cosa che, in caso di danno ambientale, spesso non accade.

E ciò, sia perché l’autore dell’illecito sovente non è identificato o non è perseguibile, sia per lo sfasamento temporale che può determinarsi tra azione ed evento dannoso, sia, ancora, perché gli effetti dannosi si propagano e vanno ad incidere su una platea indeterminata di soggetti.

Dottrina e giurisprudenza si sono, per questo, sforzate di pervenire ad un corretto inquadramento sistematico della responsabilità da inquinamento, approdando a soluzioni diverse del rapporto esistente tra il principio del “chi inquina paga” e l’istituto della responsabilità extracontrattuale.

E così, c’è chi ha ritenuto che la responsabilità da inquinamento presupponga - oltre al fatto ed al danno - l’elemento soggettivo (il dolo o la colpa) ed il nesso di causalità, al pari della responsabilità aquiliana; chi ha ritenuto sufficiente il solo nesso di causalità, configurando tale responsabilità, in termini oggettivi; chi, da ultimo, l’ha riconnessa al mero rapporto con la res, sostanziandola in una responsabilità da posizione.

È evidente che solo una connotazione in termini oggettivi della responsabilità per gli oneri di bonifica consente di chiamare in causa un soggetto che, essendo proprietario di un terreno inquinato, non ne abbia determinato, con dolo o con colpa, l’inquinamento.

A tal proposito, è opportuno rammentare che la giurisprudenza amministrativa (cfr. la stessa

T.A.R. Liguria – Genova – Sez. I, 12 aprile 2007, n. 621) ha, talvolta, disancorato il principio del “chi inquina paga” dalla struttura della responsabilità extra contrattuale, facendo riferimento alla teoria dell’analisi costi/benefici.

In quest’ottica, il criterio di imputazione del danno ambientale non si incentra sull’elemento soggettivo del dolo o della colpa: il danno ambientale deve essere imputato a colui che è nelle condizioni di valutare i costi ed i benefici e, quindi, all’operatore che conduce l’attività da cui il rischio promana. Soltanto chi governa il rischio è chiamato a rispondere degli eventi dannosi che si producono nel corso della sua attività, a prescindere da qualsiasi indagine sull’elemento soggettivo del dolo e della colpa.

Questo il contesto sistematico in cui i pratici del diritto sono chiamati ad operare²⁰⁷.

2. La perimetrazione degli obblighi del proprietario incolpevole, secondo l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia.

Le regole del D. Lgs. 152/16, sono state efficacemente schematizzate dal Consiglio di Stato, nella citata pronuncia, resa in Adunanza Plenaria 25 settembre 2013, n. 21), come segue : “1) il proprietario, ai sensi dell’art. 245, comma 2, è tenuto soltanto ad adottare le misure di prevenzione di cui all’art. 240, comma 1, lett.1), ovvero “le iniziative per contrastare un evento, un atto o un’omissione che ha creato una minaccia imminente per la salute o per l’ambiente intesa come rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno sotto il profilo sanitario o ambientale in un futuro prossimo, al fine di impedire o minimizzare il realizzarsi di tale minaccia”; 2) gli interventi di riparazione, di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino gravano esclusivamente sul responsabile della contaminazione, cioè sul soggetto al quale sia imputabile, almeno sotto il profilo oggettivo, l’inquinamento (art. 244, comma 2); 3) se il responsabile non sia individuabile o non provveda (e non provveda spontaneamente il proprietario del sito o altro soggetto interessato), gli interventi che risultassero necessari sono adottati dall’Amministrazione competente (art. 244, comma 4); 4) le spese sostenute per effettuare tali interventi possono essere recuperate, sulla base di un motivato provvedimento (che giustifichi tra l’altro l’impossibilità di accertare l’identità del soggetto responsabile ovvero che

²⁰⁷ Per un’approfondita disamina, delle tesi che affermano e di quelle che negano la responsabilità per i danni da inquinamento del proprietario incolpevole, cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 settembre 2013, n. 21

giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità), agendo in rivalsa verso il proprietario, che risponde nei limiti del valore di mercato del sito a seguito dell'esecuzione degli interventi medesimi (art. 253, comma 4); 5) a garanzia di tale diritto di rivalsa, il sito è gravato di un onere reale e di un privilegio speciale immobiliare (art. 253, comma 2)".

Il Consiglio di Stato, tratte le delineate conclusioni sul piano dell'assetto normativo nazionale, aveva, però, dubitato della compatibilità di un tale assetto con il diritto euro unitario; in particolare, si era posta la questione del se l'assenza di un obbligo di bonifica in capo al proprietario incolpevole – che è pur sempre il soggetto che ha la custodia del sito e ne trae utilità – potesse ritenersi compatibile con i vincoli imposti dall'Unione al legislatore nazionale. Per questo, il Consiglio di Stato aveva rimesso alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa: - *"se i principi dell'Unione Europea in materia ambientale sanciti dall'art. 191, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dalla direttiva 2004/35/U.e. del 21 aprile 2004 (articoli 1 ed 8 n. 3; 13 e 24 considerando) - in particolare, il principio per cui "chi inquina, paga", il principio di precauzione, il principio dell'azione preventiva, il principio, della correzione prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente - ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli articoli 244, 245 e 253 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, in caso di accertata contaminazione di un sito e d'impossibilità d'individuare il soggetto responsabile della contaminazione o di ottenere da quest'ultimo gli interventi di riparazione, non consenta all'autorità amministrativa d'imporre l'esecuzione delle misure di sicurezza d'emergenza e bonifica al proprietario non responsabile dell'inquinamento, prevedendo, a carico di quest'ultimo, soltanto una responsabilità patrimoniale limitata al valore del sito dopo l'esecuzione degli interventi di bonifica".*

La Corte di Lussemburgo, con la sentenza del 4 marzo 2015 (resa nella causa C-534/13), confermando peraltro, il proprio orientamento (già espresso nella sentenza 9 marzo 2010, C-378/08), ha risolto la questione interpretativa sollevata dal Consiglio di Stato nel senso che *"la direttiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale (...) la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da*

quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi".

È evidente che nel quadro risultante da tali autorevoli pronunce, che, pure, sono ampiamente supportate sul piano normativo e sistematico, emergano, in un'ottica di tutela ambientale, delle criticità.

Criticità evidenti non solo laddove il soggetto che ha determinato l'inquinamento non è stato individuato o non è più perseguibile, *ma anche quando* in cui questi ceda il compendio immobiliare inquinato ad un acquirente "incolpevole", *proprio al fine* di sottrarsi agli oneri di bonifica.

È verosimilmente, anche in ragione di ciò che la giurisprudenza amministrativa più recente ha prestato particolare attenzione alla corretta perimetrazione delle misure di prevenzione esigibili dal proprietario attuale del sito inquinato, a prescindere dal contributo che questi abbia dato alla situazione di contaminazione.

3. La recente giurisprudenza amministrativa in materia di misure di prevenzione.

Abbiamo visto che, così come chiarito dalla giurisprudenza, il proprietario incolpevole è tenuto solo alle misure di prevenzione di cui all'art. 240, comma 1, lett. i) del D.Lgs. 03 aprile 2006, n. 152, oltre ad assumere naturalmente una responsabilità patrimoniale nei limiti del valore dell'immobile, sul quale gravano l'onere reale e il privilegio speciale di cui all'art. 253, commi 1 e 2 dello stesso decreto.

È quindi evidente come, anche sulla base delle considerazioni svolte nel paragrafo che precede, la precisa individuazione delle misure di prevenzione assuma un rilievo centrale nel sistema; non è, allora, probabilmente un caso che il Consiglio di Stato, dopo la citata Adunanza Plenaria n. 21/2013, si sia occupato, almeno in tre occasioni, di tale istituto. Sarà utile ripercorrere tali ultimi sviluppi giurisprudenziali.

Nel caso affrontato in prime cure dal T.A.R. Liguria 12 aprile 2007, n. 621, una società aveva ricevuto e stoccato fanghi da utilizzare nella propria attività d'impresa, facendo affidamento

su analisi che, con riferimento agli stessi fanghi, asseveravano il rispetto delle concentrazioni di fattori inquinanti a livelli consentiti. L'amministrazione comunale interessata aveva disposto alcune misure di prevenzione e remissione in pristino del sito, consistenti in interventi di messa in sicurezza, presentazione alla regione ed al comune territorialmente competenti del piano di caratterizzazione e dei conseguenti progetti, preliminare e definitivo, per la bonifica dell'area; il tutto in applicazione dell'art. 17 del D.Lgs. 22/97 e del D.M. 471/99, allora vigenti.

L'operatore economico aveva impugnato i provvedimenti amministrativi che prescrivevano tali interventi, sul presupposto che gli stessi potevano essere ordinati solo al responsabile dell'inquinamento, ovvero, nella prospettiva del ricorrente, al produttore dei fanghi. Sia il T.AR. Liguria, che il Consiglio di Stato non hanno accolto le doglianze della società, confermando la legittimità dei provvedimenti assunti dall'amministrazione.

In particolare, il Consiglio di Stato con la sentenza dell'8 marzo 2017, n. 1089, ha richiamato l'orientamento già ampiamente illustrato dell'adunanza plenaria n. 21/2013, per il quale *“ai sensi degli artt. 242, comma 1, e 244 comma 2, del D.Lgs. n. 152 del 2006 , una volta riscontrato un fenomeno di potenziale contaminazione di un sito, gli interventi di caratterizzazione, messa in sicurezza d'emergenza o definitiva, di bonifica e di ripristino ambientale possono essere imposti dalla Pubblica amministrazione solamente ai soggetti responsabili dell'inquinamento e cioè ai soggetti che abbiano in tutto o in parte generato la contaminazione tramite un proprio comportamento commissivo od omissivo, legato all'inquinamento da un preciso nesso di causalità, non essendo configurabile una responsabilità di mera posizione del proprietario del sito inquinato (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 25 settembre 2013, n. 21; Corte di giustizia, sez. III, 4 marzo 2015, C-534/13).”*

Nella stessa sentenza, non si è, tuttavia, mancato di rimarcare che *“se è vero, per un verso, che l'Amministrazione non può imporre, ai privati che non abbiano alcuna responsabilità diretta sull'origine del fenomeno contestato, lo svolgimento di attività di recupero e di risanamento, secondo il principio cui si ispira anche la normativa comunitaria, la quale impone al soggetto che fa correre un rischio di inquinamento di sostenere i costi della prevenzione o della riparazione, per altro verso, la messa in sicurezza del sito costituisce una misura di prevenzione dei danni e rientra pertanto nel genus delle precauzioni, unitamente al principio di precauzione vero e proprio e al principio dell'azione preventiva, che gravano sul proprietario o detentore del sito da*

cui possano scaturire i danni all'ambiente e, non avendo finalità sanzionatoria o ripristinatoria, non presuppone affatto l'accertamento del dolo o della colpa (cfr., in questi termini, Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2015, n. 3544)."

Nel caso in esame, l'accumulo dei fanghi operato dalla società ricorrente si poneva come antecedente causale del fenomeno di inquinamento e, quindi, nessun valore poteva essere assegnato all'insussistenza dell'elemento soggettivo in capo alla società ricorrente; insussistenza, peraltro, non pacifica ad un'attenta lettura²⁰⁸. Dalla pronuncia in esame, si può dedurre che, laddove un fenomeno di inquinamento venga a prodursi in conseguenza di un'attività posta in essere ad un soggetto ancorché non in dolo o in colpa, lo stesso sarà tenuto a tutte le attività necessarie alla messa in sicurezza dei luoghi; sembra, quindi, affermarsi l'orientamento che "predica" l'autonomia dell'illecito ambientale da quello aquiliano, informato alla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo. Non solo, le citate attività di messa in sicurezza del sito, vengono ricondotte al genus delle precauzioni e, come tali, non si connotano in termini sanzionatori, ma possono essere prescritte al proprietario del sito, a prescindere da qualsivoglia partecipazione dolosa o colposa dello stesso all'azione inquinante.

Gli stessi principi conducono, poi, il Consiglio di Stato a conclusioni differenti nella sentenza 16 luglio 2015, n. 3544. Sarà, però, utile riassumere, prima, il fatto: una società consortile aveva impugnato la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, 11 gennaio 2010, n. 38 di rigetto del ricorso per l'annullamento di un verbale di conferenza di servizi, tenuta in sede ministeriale, nella parte in cui in cui si prescriveva alla medesima società, in qualità di proprietaria di un compendio immobiliare sito all'interno di un'area di bonifica di interesse nazionale, la presentazione di un piano di caratterizzazione del sito.

Il complesso immobiliare, adibito ad attività di commercio all'ingrosso, era stato, nel recente passato, sede di attività industriali ad alto potenziale inquinante; cosa che aveva indotto la società ricorrente alla presentazione, già in precedenza e di propria iniziativa, di un piano di caratterizzazione.

²⁰⁸ Per alcune considerazioni in ordine alla possibilità di strutturare, quanto meno in termini colposi, la responsabilità di chi riceve rifiuti non conformi alla caratterizzazione effettuata dal produttore, facendo mero affidamento sulle analisi presentate dallo stesso produttore e senza alcuna efficace attività di riscontro, ci si permette di rinviare a Sara Faina e Gianpaolo Mocetti, *La responsabilità penale del produttore di rifiuti*, in *Ambiente Legale Digesta*, n. 2/2017, nonché alla giurisprudenza e dottrina ivi ampiamente richiamata.

Ebbene, nel caso in specie, la totale estraneità dell'attività imprenditoriale svolta dal proprietario del sito (ovvero la mera concessione a soggetti terzi di immobili per il commercio all'ingrosso), rispetto a quella che aveva dato vita al rischio di inquinamento, ha portato il giudice amministrativo a ritenere insussistente qualsiasi obbligo di caratterizzazione del sito a carico della società proprietaria ricorrente.

Da qui, l'illegittimità dell'atto amministrativo che pretendeva di imporre tale obbligo e l'annullamento della citata sentenza del Tar Campania. La pronuncia ha fornito al Consiglio di Stato l'occasione di evidenziare che il canone interpretativo, ricavabile dalla citata Sentenza della Corte di Lussemburgo del 4 marzo 2015 (resa nella causa C-534/13) e relativo alle disposizioni del D. Lgs. 152/06 assume specifico rilievo attraverso il principio dell'interpretazione conforme, anche per chiarire i contenuti del previgente art. 17 del citato D.Lgs. n. 22 del 1997, applicabile *ratione temporis* al caso specifico²⁰⁹, in quanto "*ispirato allo stesso principio comunitario del "chi inquina paga"*".

Ulteriori spunti di interesse sono forniti dalla Sentenza del Consiglio di Stato 14 aprile 2016, n. 1509, che ha ad oggetto una vicenda, in cui si contrapponevano divergenti interessi di due soggetti imprenditoriali privati.

In particolare, una società (la H.P. S.r.l.), proprietaria di un sito adibito a deposito di combustibile, ne aveva concesso ad un'altra (la K. S.r.l.), nel 2002, il godimento in regime di affitto di ramo di azienda; la gestione industriale dell'immobile da parte della K. S.r.l. si era protratta fino al 2006, data nella quale quest'ultima aveva restituito il compendio alla H.P. S.r.l.

L'amministrazione, sul presupposto che dal sito fossero stati innescati fenomeni di inquinamento di un vicino corso d'acqua, aveva ordinato sia all'impresa che lo aveva gestito, come deposito di combustibile, fino a pochi mesi prima (ovvero la K. S.r.l.), sia alla società proprietaria ad essa subentrata nella disponibilità (ovvero la H.P. S.r.l.)²¹⁰ di porre in essere misure di sicurezza e di presentare un piano di caratterizzazione.

Il giudice di prime cure, in accoglimento del ricorso della K. S.r.l., aveva annullato in parte il provvedimento amministrativo impugnato, non ritenendo sussistenti elementi oggettivi tali da

²⁰⁹ La conferenza di servizi decisoria, il cui verbale era stato impugnato in primo grado risaliva, infatti, al 1 ottobre 2004, ovvero ad un periodo precedente l'attuazione, nel nostro ordinamento, della direttiva 2004/35/CE.

²¹⁰ Per effetto della riconsegna al termine dell'affitto di ramo di azienda.

suffragare la responsabilità della ricorrente e da ricondurre, quindi, alla medesima K.r.l. il fenomeno inquinante . La società proprietaria del sito (H.P. S.r.l.) ha proposto appello, senza, tuttavia, riuscire a fornire la prova del nesso di causalità, tra la condotta della società resistente e l'inquinamento rilevato dall'amministrazione. In considerazione di ciò, il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso, concludendo, in applicazione dei noti principi, per la legittimità dell'attribuzione al proprietario delle attività di messa in sicurezza e prevenzione.

Se ne ricava, allora, che, per il giudice amministrativo, la proprietà di un bene immobile, in particolare se detenuto da un soggetto che ne effettua lo sfruttamento industriale, determina, in caso di inquinamento, la esigibilità delle misure di prevenzione, di messa in sicurezza e, talvolta, di caratterizzazione del sito, a meno che lo stesso soggetto non sia in grado di fornire la prova della riconducibilità a terzi dell'evento inquinante.

4. Conclusione e spunti di riflessione in un'ottica penalistica.

Le decisioni appena commentate consentono di delineare i più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa in materia di misure di prevenzione.

Innanzitutto, l'obbligo dell'attivazione di tali misure ricorre, in un'ottica precauzionale, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Quanto più l'attività del proprietario sul sito si pone in continuità con quella del soggetto che ha prodotto l'inquinamento - e, a maggior ragione, nel caso in cui il proprietario stesso concorra al fenomeno inquinante - tanto più arduo sarà, per il proprietario, sottrarsi agli obblighi di adozione delle misure di prevenzione, essendo necessaria, a tale fine, una rigorosa opera di ricostruzione del fenomeno inquinante, nonché di documentazione della riconducibilità dello stesso al precedente gestore. Ne deriva che, in un'ottica cautelare, gli operatori economici dovranno, in fase di acquisto degli immobili destinati ad attività industriali, prestare particolare attenzione alle condizioni del sito ed alla loro mappatura con strumenti idonei e verificabili, anche "a futura memoria".

La lettura in termini preventivi e precauzionali delle attività di messa in sicurezza dei siti inquinati, mette in crisi il rapporto di stretta pertinenza tra le stesse e il soggetto che ha determinato l'inquinamento.

In tale ottica, l'acquisto di un compendio immobiliare inquinato può determinare l'assunzione di responsabilità ulteriori, rispetto a quelle di tipo esclusivamente patrimoniale , di

cui all'art. 253, comma 2, del D.Lgs. 152/2006.

I negozi tra privati che determinano la successione nella disponibilità o nella proprietà di immobili non possono, in alcun modo, determinare un effetto di affievolimento della responsabilità, che il soggetto "causa" delle situazioni di inquinamento ha e, in un'ottica di tutela ambientale, deve mantenere anche in caso di alienazione del compendio.

Consentire l'estinzione dell'obbligo di bonifica, a seguito della traslazione della proprietà o di un altro diritto reale o personale sull'immobile inquinato, significherebbe permettere ad un soggetto, con un semplice atto negoziale, magari in favore di entità non solvibili, di venir meno ad obblighi imposti dalla legge. E, anche in caso di trasferimento del bene, alla responsabilità del soggetto responsabile dell'inquinamento si affianca, nei limiti sopra indicati, quella del proprietario incolpevole.

La condotta inquinante determina sotto tale profilo un'obbligazione di messa in sicurezza e ripristino che non può essere negozialmente trasferita; né evidentemente possono essere trasferite le responsabilità penali derivanti dall'omessa bonifica; e ciò, come chiarito dalla Corte di Cassazione²¹¹, nemmeno in caso di cessazione dell'attività di impresa o liquidazione della società.

Tale evoluzione della giurisprudenza amministrativa sulla doverosità delle misure di prevenzione potrà produrre un effetto ampliativo dell'area delle condotte penalmente rilevanti, in relazione all'omessa bonifica. Non può sfuggire, infatti, che la previsione dell'art. 452 *terdecies* del codice penale, incrimina la mancata esecuzione delle opere di bonifica, di ripristino o recupero dello stato dei luoghi, da parte, non solo del responsabile dell'inquinamento, ma anche di qualunque soggetto che a tali opere sia tenuto per legge, per ordine del giudice o dell'autorità. E le misure di prevenzione sono parte della procedura e delle attività di bonifica.

È evidente il salto di qualità compiuto, rispetto alla tuttora concorrente disciplina dell'art. 257 del D.Lgs. 152/2006, che identifica il soggetto penalmente responsabile solo nell'autore dell'inquinamento, condizionandone, peraltro, la punibilità alla mancata effettuazione della bonifica in conformità del progetto approvato.

Il reato di omessa bonifica recentemente introdotto nel codice penale ha un più ampio

²¹¹ Cass. pen. Sez. III, Sent., (ud. 10/03/2015) 14-04-2015, n. 15246

perimetro di applicazione: sia sotto il profilo soggettivo perché può essere commesso da chiunque sia tenuto alle misure di contenimento ambientale e non solo dall'autore dell'inquinamento; sia sotto il profilo oggettivo, perché incrimina non solo la mancata bonifica in conformità ad un progetto approvato, ma anche la mancata esecuzione delle opere ripristino o recupero dello stato dei luoghi.

Per valutare gli effetti concreti della riforma sul piano della tutela ambientale, bisognerà attendere la prova applicativa della fattispecie di nuova introduzione e, quindi l'opera della giurisprudenza penale che, a sommo avviso di chi scrive, non potrà non risentire delle elaborazioni svolte dal giudice amministrativo e di cui si è dato sinteticamente conto.

ANTONIO LEPRE

Brevi considerazioni sul cd. patteggiamento in appello

Con l'entrata in vigore della l. 23.6.2017, n. 103 (riforma Orlando), viene ripristinato il concordato delle parti sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con eventuale rinuncia ai restanti motivi di appello.

Comunemente invocato come "patteggiamento in appello", l'istituto era già presente, seppur con qualche differenza, nel codice Vassalli del 1988; dopo una pronuncia di incostituzionalità nel 1990 (v. Corte cost., n. 435 del 1990, in Cass. pen., 1990, II, p. 362 con nota di Lattanzi, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*) e una nuova edizione nel 1999 (v. Spangher, *Ritorno alle origini per il patteggiamento sui motivi d'appello*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 145 ss.), è stato definitivamente abrogato nel 2008 (v. Gaeta – Macchia, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. V – *Impugnazioni*, Utet, 2009, 593 ss.).

In particolare, la novella legislativa introduce nel codice di procedura penale l'art. 599 *bis* a tenore del quale "la corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall'articolo 589, ne fanno richiesta dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo".

Si tratta, in sostanza, di una procedura che consente di definire il giudizio di impugnazione in forma semplificata – applicandosi le forme previste per la camera di consiglio dall'art. 127 c.p.p. anziché procedere con quelle dell'udienza pubblica – con la quale prima che inizi il dibattimento d'appello, le parti concordano nel sostenere tutti o parte dei motivi di appello, con eventuale rinuncia agli altri. Se l'appello è avverso una pronuncia di condanna e i motivi oggetto dell'accordo incidono sulla misura della pena, le parti indicano altresì la pena concordata.

Sotto il profilo operativo, poi, se il giudice ritiene di non poter accogliere tale congiunta la richiesta ordina la citazione a comparire al dibattimento. In questo caso la richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere riproposte nel dibattimento. ai sensi del comma 1 bis dell'art.

602 c.p.p., che prevede che “se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'articolo 599 *bis*, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo”.

Anche se ricorda l'istituto del patteggiamento di primo grado previsto dagli artt. 444 e seg. c.p.p., il concordato in appello, nel dividerne la finalità deflattiva, vi si sovrappone soltanto per taluni aspetti: non è previsto l'automatico premio della diminuzione di un terzo della pena in favore dell'imputato, né il limite dei cinque anni di pena detentiva soli o congiunti alla pena pecuniaria. Viene invece sostanzialmente ripresa la norma di cui al comma 1 *bis* dell'art. 444 c.p.p. Ed invero, come previsto in quest'ultima disposizione, il nuovo art. 599 *bis* c.p.p., a differenza della precedente versione abrogata nel 2008, esclude dall'ambito di operatività del concordato i delitti di criminalità organizzata di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i procedimenti per i delitti in materia sessuale di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Ulteriore elemento innovativo, almeno sulla carta, è che, senza negare la tradizionale autonomia dei pubblici ministeri dai vincoli gerarchici, la norma prevede che il Procuratore generale presso la Corte d'Appello senta i magistrati dell'ufficio e i Procuratori della Repubblica del distretto per indicare “i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza d'appello, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti”. La previsione non deve essere letta, ovviamente, nel senso che il Procuratore generale presso la Corte d'Appello ha l'onere di orientare l'attività dei magistrati del suo ufficio nella singola udienza, ma piuttosto che debba loro offrire indicazioni a carattere generale sulla base del tipo di reato e della difficoltà del processo.

In definitiva, appare chiaro l'intento deflattivo che sottende la *ratio* dell'istituto e l'idea di farlo rivivere. Nella relazione conclusiva della Commissione Canzio si osserva, infatti, che le

proposte di modifica, nell'ottica di razionalizzazione, deflazione ed efficacia delle procedure impugnatorie, investono, *ex plurimis*, proprio il ripristino del concordato sulla pena in appello.

Del resto, come è stato autorevolmente osservato (G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017), l'appello è da sempre considerato il momento più problematico della sequenza procedimentale processuale sia nei sistemi inquisitori, sia in quelli accusatori. Ritenuto responsabile dell'allungamento dei tempi di definizione della vicenda processuale, non appare in linea né con le istanze autoritarie, né con la logica dell'oralità. Ed allora, rifiutando culturalmente – e ragionevolmente – la possibilità di eliminare l'istituto dell'appello dal nostro ordinamento, si è tentato di sottoporlo ad un *lifting* giuridico per attualizzarne la funzione.

MARIA TIZIANA BALDUINI

Il progetto di legge di riforma della diffamazione a mezzo stampa

L'esercizio della stampa è attualmente regolato dalla legge n.47 del 1948, nata per disciplinare le pubblicazioni su "*stampa e stampati*" ed oggi pacificamente riferibile anche alle pubblicazioni via *web*.

La normativa in vigore prevede, nel caso in cui vengano commessi reati a mezzo stampa ed in particolare allorché vengano pubblicate notizie ritenute lesive della dignità personale o contrarie a verità:

- il diritto di rettifica (art. 8);
- la responsabilità solidale del proprietario del giornale e del direttore (art. 11);
- la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 c.p., nonché un'ulteriore sanzione a titolo di "*riparazione pecuniaria*" (art. 12).

In ordine a tale ultimo aspetto la Suprema Corte (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 6579, del 14/03/2013) ha escluso l'applicabilità della pena pecuniaria ai reati commessi con il mezzo televisivo;

- la pena detentiva della reclusione da uno a sei anni, nonché quella della multa (art. 13).

Più a monte, la libertà di espressione trova una estesa tutela in due norme di rango primario: nell'art. 21 della Costituzione e nell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), che hanno l'obiettivo di garantire a ciascun consociato, di ricevere informazioni di interesse generale, nonché ai giornalisti, l'esercizio della libertà di informazione.

L'art. 10 CEDU in particolare:

- esplicita il contenuto del '*diritto alla libertà di espressione*', come comprensivo della libertà di opinione e di ricevere o comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere interferenza di pubbliche autorità;
- prevede, per gli ordinamenti nazionali, la possibile limitazione all'esercizio del diritto alla libertà di espressione solo allorché ricorrano motivi di: sicurezza nazionale; integrità territoriale o

per la sicurezza pubblica; difesa dell'ordine e per la prevenzione dei delitti; protezione della salute e della morale; protezione della reputazione o dei diritti altrui; impedire la diffusione di informazioni riservate; garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

L'interpretazione della CEDU del diritto di cronaca è sempre stata improntata a una notevole ampiezza, in particolare la Corte Europea ha sistematicamente ritenuto insufficiente, per attribuire ad uno scritto carattere diffamatorio, una valutazione del significato di una singola parola o espressione contenuta nell'articolo, valendo il principio per cui si deve valutare l'intero testo alla luce del significato complessivo.

Non può essere invocata la protezione dell'art. 10 della Carta Europea, in nome del diritto di cronaca e di informazione, solo quando la notizia offensiva della reputazione sia totalmente priva di interesse pubblico, perché prevale qui il diritto alla riservatezza, espressione codificata del diritto alla dignità individuale, art. 8 della Carta EDU.

Il limite da rispettare, per la CEDU, nel caso di politici coinvolti, personaggi istituzionali o funzionari pubblici è quindi, in sostanza, soltanto quello della verità della notizia pubblicata. L'interesse pubblico risulta mediamente ricavabile in modo implicito dalla tipologia di persona coinvolta e dalla sua funzione.

Quanto, cioè, alle affermazioni che possono risultare lesive della reputazione riferite a chi ricopre un ruolo politico o istituzionale, l'estensione del diritto di cronaca è amplissima.

Tornando alla legge 47/1948, va ricordato che questa venne approvata dall'Assemblea Costituente circa 70 anni or sono ed ancor oggi è rimasta invariata nella propria struttura.

Negli ultimi anni si è andata via via manifestando l'esigenza di un mutamento dell'attuale disciplina ed il legislatore ha ritenuto di intervenire per ridisegnare la fattispecie, in ciò probabilmente sollecitato anche dal clamore suscitato dalla condanna definitiva riportata da Alessandro SALLUSTI nel 2012, per un articolo pubblicato sul giornale *Liberò*, di cui lo stesso era il direttore (la vicenda giudiziaria traeva origine da un articolo dal titolo. *“Il dramma di una tredicenne. Il giudice ordina l'aborto. La legge più forte della vita”*, concernente la gravidanza interrotta di una tredicenne, presentata come un aborto coattivo deciso dai genitori e dal giudice, contro la volontà della minore. Tale vicenda si concluse, come accennato, con la condanna ad un anno e due mesi di reclusione per il direttore del giornale, cui seguirono i suoi arresti domiciliari e

la commutazione della pena in una multa di circa 15.000,00 euro da parte del Presidente della Repubblica, Giorgio NAPOLITANO).

Tale riscrittura ha preso avvio dall'anno 2013 ed ha avuto un *iter* lungo e complesso che ancora appare lontano dalla sua conclusione.

In particolare il disegno di legge cd. COSTA, dal nome del suo proponente:

- il 17/10/2013 è stato approvato dalla Camera dei deputati;
- il 29/10/2014 è stato modificato dal Senato della Repubblica;
- il 24/06/2015 è stato nuovamente modificato dalla Camera dei deputati e trasmesso alla Presidenza il giorno successivo;

- si trova attualmente in corso di esame in commissione al Senato – rel. On. Rosanna FILIPPIN (PD) (ultima seduta della commissione permanente giustizia reca la data del 18/7/2017 ed l'ultimo parere della sottocommissione consultiva quella 1/08/2017).

In Senato giace dunque l'ultimo disegno di legge di riforma, pervenuto in quarta lettura dallo scorso giugno 2015. Si tratta del c.d. DDL S-1119-B, il cui dichiarato ed ambizioso intento è quello di disciplinare organicamente l'intera materia, andando ad incidere sulla legge sulla stampa, nonché sui codici penale e di procedura penale, civile e di procedura civile.

Il disegno di legge in oggetto non si limita, infatti, a rimodulare i profili sanzionatori per il diffamante, ma pone in evidenza l'esigenza di tutela del diffamato, operata principalmente attraverso l'istituto della rettifica (inizialmente era stato anche previsto il diritto all'oblio, da concretizzarsi mediante: *“l'eliminazione, dai siti internet e dai motori di ricerca, dei contenuti diffamatori o dei dati personali trattati in violazione di disposizioni di legge”*, ma tale istituto è stato soppresso nell'ultimo passaggio al Senato).

La novità maggiore della riforma è comunque data dall'eliminazione della pena detentiva per il diffamante ed ha il merito di equiparare, quanto a disciplina applicabile, le testate dei quotidiani o dei periodici in versione *on line* e la carta stampata.

Non affronta, invece, le questioni legate alla responsabilità dei gestori dei siti *internet* e dei direttori delle testate *on line*, con riguardo ai *blog* ed ai commenti riportati in calce agli articoli.

Tratti salienti del DDL in oggetto, che ribadisce che per il delitto di diffamazione è competente il giudice del luogo della persona offesa, sono: 1) la modifica della disciplina del diritto di rettifica; 2) il risarcimento del danno; 3) le fattispecie sanzionatorie; 4) la modifica

all'articolo 427 del c.p.p.; 5) la modifica dell'articolo 96 c.p.c.; 6) la modifica dell'articolo 2751*bis* c.c.

Passiamo ora a esaminare i singoli punti sopraelencati:

1. **Modifica della disciplina del diritto di rettifica** (art. 1, co.2) Si stabilisce:

- la previsione che le dichiarazioni o le rettifiche della persona che si ritenga lesa nella dignità, nell'onore o nella reputazione, debbano essere pubblicate senza commento, senza risposta, senza titolo e con l'indicazione del titolo dell'articolo ritenuto diffamatorio, dell'autore dello stesso e della data di pubblicazione. Ciò a meno che le dichiarazioni o le rettifiche non siano suscettibili di incriminazione penale o non siano inequivocabilmente false (art. 1, co.2, lett. a , c);

- il termine di due giorni per procedere alla pubblicazione della rettifica, anche per le testate *on line*;

- l'impiego delle: stesse caratteristiche grafiche; metodologia di accesso al sito; visibilità della notizia rettificata.

Qualora la testata giornalistica fornisca un servizio personalizzato, le dichiarazioni o le rettifiche vanno inviate agli utenti che hanno già avuto accesso alla notizia originaria (art. 1, co.2, lett. b);

- la pubblicazione in rettifica - relativamente alla stampa non periodica (ad esempio libri) - nel sito *internet* e nelle nuove pubblicazioni elettroniche entro due giorni dalla richiesta e nella prima ristampa utile. Nel caso in cui non sia possibile la ristampa o una nuova diffusione dello stampato o la pubblicazione nel sito *internet*, la pubblicazione in rettifica deve essere pubblicata, comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della richiesta, sull'edizione *on line* di un quotidiano a diffusione nazionale (art. 1, co.2, lett. e);

- la possibilità di ricorso giurisdizionale, in caso di inerzia nella pubblicazione della rettifica. Qualora il giudice accerti l'illegittima omissione della richiesta rettifica trasmetterà gli atti al competente ordine professionale ed, in caso di mancato rispetto dell'ordine di pubblicazione, solleciterà al Prefetto l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 1, co.2, lett. g);

- la modifica l'importo della sanzione amministrativa per la mancata o incompleta ottemperanza all'obbligo di rettifica, incrementata al *range* da 8.000 a 16.000 euro (art. 1, co.2, lett. h).

2. Risarcimento del danno (art. 1, co.3).

Nella legge 8 febbraio 1948, n. 47, viene introdotto l'articolo 11*bis* (con conseguente abrogazione dell'articolo 12 della legge cit).

La nuova disposizione prevede: a) la riduzione del termine prescrizione dell'azione civile a due anni dalla pubblicazione (attualmente sono 5 anni); b) l'individuazione dei parametri di cui il giudice deve tenere conto nella quantificazione del danno derivante da diffamazione ovvero la diffusione quantitativa e la rilevanza (nazionale o locale) del mezzo di comunicazione usato per compiere il reato; la gravità dell'offesa; l'effetto riparatorio della pubblicazione o della diffusione della rettifica;

3. FATTISPECIE SANZIONATORIE (art. 1, co.4).

Questa è la novità maggiormente attesa: si riformula l'art. 13 della legge sulla stampa, con eliminazione della pena della reclusione.

La diffamazione a mezzo stampa e attraverso le testate giornalistiche *on line* è punita con la multa da 5.000 a 10.000 euro. La sanzione risulta poi incrementata da 10.000 a 50.000 euro nel caso in cui l'offesa consista nell'attribuzione di un fatto determinato falso e l'autore sia consapevole della predetta falsità.

La condanna per questo delitto comporta l'applicazione della pena accessoria della pubblicazione della sentenza (articolo 36 c.p.) e nelle ipotesi di recidiva è stabilita la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da un mese a sei mesi.

È tuttavia esclusa la punibilità dell'autore dell'offesa o del direttore responsabile che provvedano alla rettifica.

Infine, con la sentenza di condanna il giudice dispone la trasmissione degli atti al competente ordine professionale per le determinazioni relative alle sanzioni disciplinari (art. 1, co.6).

Viene modificato l'articolo 57 c.p. (art. 2, co.1), la cui nuova formulazione risulta ampliata, prevedendo sia i reati commessi con il mezzo della stampa, sia quelli a mezzo della diffusione

radiotelevisiva o con altri mezzi di divulgazione. Si esplicita la natura colposa della responsabilità del direttore o vicedirettore responsabile, colpa ravvisabile nella violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione. Per il direttore la pena è peraltro ridotta di un terzo ed a lui non si applica la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista.

4. Modifica all'articolo 427 del c.p.p..

Allorché il processo si concluda con sentenza di non luogo a procedere perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso è stabilita una sanzione pecuniaria da 1.000 a 10.000 euro, per querela temeraria, con versamento dell'importo alla Cassa delle Ammende.

5. MODIFICA DELL'ARTICOLO 96 C.P.C..

Viene introdotta una specifica ipotesi di responsabilità civile aggravata a carico di colui che promuove un'azione risarcitoria temeraria per diffamazione commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche *on line* o della radiotelevisione. Nella determinazione della somma equitativamente determinata a carico della parte soccombente, il giudice deve tenere conto dell'entità della domanda risarcitoria.

In merito a tale ultimo aspetto, segnalo altresì la proposta di modifica dell'art. 96 c.p.c. attualmente in corso di esame il Commissione Senato (Disegno di legge S-2284, sulla riforma del processo civile) che, all'art. 1, co.2 lett. i), prevede che il giudice: *“nel caso in cui la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede, condanni la medesima parte soccombente al pagamento di una somma in favore della controparte, determinata tra il doppio e il quintuplo delle spese legali liquidate”*;

6. Modifica dell'articolo 2751 bis c.c..

Il direttore responsabile o l'autore della pubblicazione, nei cui confronti sia esclusa la natura dolosa della condotta, che abbiano risarcito il danno a seguito di una sentenza di condanna per diffamazione, vedranno riconosciuto al proprio credito il privilegio generale sui beni del proprietario della pubblicazione o dell'editore.

In tal modo vengono rafforzate le garanzie di chi abbia adempiuto all'obbligazione nascente dalla sentenza, rispetto all'eventuale fallimento dell'editore/proprietario della pubblicazione, obbligato solidale.

La proposta di riforma della normativa concernente al diffamazione a mezzo stampa ha il pregio di tentare un bilanciamento tra tutela della reputazione e del diritto di informazione, attiva e passiva, garantito dall'art. 21 Cost. e dall'art. 10 della Carta Europea e nel far ciò prende le mosse dall'abrogazione della misura della reclusione.

Tale scelta, sicuramente sentita da quella che potremmo definire la “*coscienza sociale*”, comporta tuttavia alcuni problemi collaterali, non ancora risolti, relativamente alla congruità del complessivo sistema sanzionatorio. Dovendosi sul punto considerare che:

a. per taluni delitti affini alla diffamazione è ancora prevista la reclusione, come nel caso delle diverse ipotesi di violazione della privacy (artt. 167 ss Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, cd. Codice Privacy), alla contravvenzione di pubblicazione arbitraria di atti (art. 684 c.p.), all'apologia e l'istigazione al reato (414 c.p.);

b. mentre altri delitti, quali l'ingiuria (art. 594 c.p.), reato contro l'onore che si distingue dalla diffamazione/reato contro la reputazione, per la presenza o meno della persona offesa, sono stati del tutto depenalizzati (cfr. d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.).

Vi è inoltre da osservare che la pena (multa da 10.000 a 50.000 euro) stabilita dal nuovo art. 13 della legge n. 47 del 1948 nei confronti di chi consapevolmente offenda l'altrui reputazione mediante l'attribuzione di un fatto determinato falso, siccome piuttosto contenuta in rapporto alla possibile lesività della condotta, potrebbe incentivare l'utilizzo dello strumento mediatico, da parte di chi, avendone la capacità economica, intenda consapevolmente diffondere una calunnia.

Va poi segnalato il rigore attribuito ai casi di recidiva specifica: alla seconda condanna per diffamazione, indipendentemente dall'arco temporale in cui sia compiuta, il giornalista vedrà irrogarsi la pena accessoria della interdizione dalla professione, da un mese a sei mesi. La predetta disciplina risulta inasprita dal testo del disegno di legge S-1119-B approvato alla Camera e pervenuto nel giugno 2015 al Senato rispetto al testo che la Camera aveva avuto in visione in terza lettura (nel testo precedente, l'interdizione conseguiva alla *'ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p.'*, e quindi alla terza condanna).

Avverso tale previsione si sono levate critiche da parte di chi ha ravvisato nella disposizione una limitazione delle prerogative del Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti, competente in merito agli illeciti commessi dai giornalisti, che si vedrebbe in tal modo sottratta la facoltà di poter graduare

la sanzione da irrogare (l'art. 51, della legge 69/1963 prevede invero una graduazione delle sanzioni che vanno dall'avvertimento, alla censura, alla sospensione ed alla radiazione).

Uno dei punti maggiormente critici del testo in esame concerne la previsione dell'obbligo di rettifica senza note redazionali di commento, da effettuarsi entro due giorni dalla ricezione della richiesta per la stampa periodica *on line*, che diventa, a determinate condizioni, causa di non punibilità se il giudice lo ritiene (art. 13 comma 4 e 5).

La rettifica può essere rifiutata soltanto quando le informazioni o dichiarazioni in essa presenti abbiano: "*contenuto suscettibile di incriminazione penale o non siano inequivocabilmente false*".

Ma nel brevissimo lasso temporale concesso dal legislatore, come sarà possibile per il direttore del giornale procedere ad una valutazione dei parametri sopraindicati?

Se, infatti, non si pongono particolari problemi relativamente alle rettifiche contenenti ingiurie o minacce, la questione appare più delicata con riguardo alle affermazioni che solo latamente possono essere ritenute suscettibili di incriminazione penale.

La questione è tanto più delicata se solo si consideri che la mancata pubblicazione di una rettifica, regolarmente richiesta, implica conseguenze sia in campo penale, sia in ambito civile.

Ricordiamo che la rettifica costituisce, a determinate condizioni, una causa di non punibilità e che per la determinazione dell'eventuale risarcimento del danno, il giudice deve tenere conto: "*dell'effetto riparatorio della pubblicazione e della diffusione della rettifica*".

Con specifico riguardo ai profili risarcitori, risulta poi apprezzabile il principio di proporzionalità introdotto con riguardo alle dimensioni della testata: nella liquidazione del danno il Giudice è chiamato a tener conto dell'ambito di diffusione della notizia.

Si tratta di una importante novità normativa a tutela del giornalismo d'inchiesta a diffusione su scala ridotta oppure locale e dunque delle testate più piccole.

Non può, infatti, non rilevarsi come le richieste di risarcimento danni nei confronti dei giornalisti possano divenire veri e propri strumenti di intimidazione.

Si parla generalmente di richieste pretestuose e intimidatorie quando l'oggetto della citazione è evidentemente infondato, e lo stesso ricorso alla giustizia è presentato da personalità a cui il costo di proporre tale procedimento risulta minimo, in quanto appartenente al cosiddetto

“potere” di cui il giornalismo dovrebbe essere il *watch dog* (letteralmente “cane da guardia” secondo la definizione anglosassone, ossia giornalismo che svolge una funzione di sorveglianza contro l’illegalità). Scopo di tali citazioni potrebbe essere dunque quello di intimorire l’organo di informazione o il singolo giornalista che si occupa di inchieste giornalistiche particolarmente scomode. Le sole richieste sono atti intimidatori in grado di mettere a rischio la sopravvivenza stessa di una testata di piccole dimensioni e di minare il lavoro di una redazione intera, con conseguente e concreto rischio che i giornalisti preferiscano uniformarsi a ciò che appare *politically correct*.

Va poi sottolineato che le citazioni per diffamazione gravano maggiormente sulle piccole aziende editoriali anche per un altro aspetto non di poco conto. Una volta ricevuta una richiesta di risarcimento danni, la testata è tenuta ad inserire nelle passività (potenziali) di bilancio una percentuale della somma richiesta e questo adempimento comporta certamente ripercussioni sulle scelte editoriali ed economiche dell’azienda.

Ultimo aspetto indubbiamente problematico è quello relativo alla responsabilità del direttore della testata, responsabile penalmente e civilmente di ogni scritto, immagine, ecc. che viene pubblicato sulla sua testata.

Si è discusso nel passato se questa costituisca un’ipotesi di responsabilità oggettiva del direttore, ma si è oggi giunti alla conclusione che trattasi di una mera ipotesi da omesso controllo con facoltà di sostituzione (cfr. Cass. Sez. 3 Sentenza n.10252, del 12/5/2014).

Va tuttavia rilevato che nelle grandi testate, un controllo capillare di tutti i testi pubblicati può essere concretamente impossibile.

Il disegno di legge cerca ora di risolvere il problema introducendo la possibilità di delega delle funzioni di controllo a uno o più giornalisti professionisti idonei a svolgere le funzioni di vigilanza. Ai fini della sua validità, la delega va effettuata con atto scritto di data certa e deve essere espressamente accettata dal delegato.

Conclusivamente, la proposta di riforma in oggetto presenta il lodevole intento di proporre una disciplina della materia più equilibrata ed innovativa rispetto a quella vigente.

È tuttavia innegabile che l'esigenza di bilanciamento tra diritti contrapposti quali la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero e la reputazione e l'onore implichi soluzioni di compromesso non sempre condivisibili dai portatori dei contrapposti interessi in gioco.

Vedremo nel futuro se e come il legislatore riuscirà a sciogliere questi nodi.

ANDREA VENEGONI

Perché lo studio del diritto penale dell'Unione Europea? (Scheda 1)

A differenza di altri rami del diritto, quando si pensa al diritto penale, sostanziale e processuale, ancora oggi si è tendenzialmente portati a farlo in una chiave puramente nazionale. Questo perché chiunque di noi sa che in questo settore le norme direttamente applicabili, sia per la parte generale che per la definizione delle fattispecie criminose, che per gli aspetti processuali, sono di diritto interno. Tutt'al più, pensando al ruolo del diritto dell'Unione Europea, ci si può ricordare che norme di derivazione europea, ma extrapenali, concorrono alla formazione delle fattispecie penali, che restano però delineate dal diritto interno. È vero che negli ultimi anni la produzione legislativa europea in materia penale si è notevolmente arricchita con una serie di decisioni quadro e direttive, alcune delle quali molto note, ma le stesse non hanno evidentemente efficacia diretta e necessitano sempre di normativa interna di attuazione.

In altre parole, quindi, per moltissimi di noi, almeno per le generazioni di studiosi e di pratici che si sono formate fino ai primi anni 2000, il diritto penale ed il diritto dell'Unione Europea sono un binomio il cui accostamento non appare di immediata percezione. La realtà, però, oggi è cambiata.

L'iniziativa che prende avvio con queste pubblicazioni²¹², di natura puramente divulgativa, allora, ha lo scopo di fare conoscere ad una platea più vasta possibile, in maniera estremamente semplificata, una materia che molti di noi – anzi, direi forse la maggior parte di noi - non hanno mai studiato nelle aule universitarie, e tuttavia oggi di grandissimo interesse perché rappresenta, a suo modo, uno specchio dei tempi, essendo manifestazione della evoluzione del rapporto tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione, in particolare in un ambito – quale il diritto penale – considerato da sempre, come detto, espressione della sovranità nazionale.

Si è così pensato, proprio per la finalità divulgativa sopra ricordata, di illustrare la nascita ed i progressi del diritto penale della Unione Europea – e, quindi, a scanso di equivoci, non ci si occuperà dei rapporti con l'ordinamento CEDU - attraverso un lavoro “a puntate”, scegliendo,

²¹² Che prende spunto e sviluppa un mio recente scritto “La direttiva per la protezione degli interessi finanziari della UE (c.d. direttiva PIF): un passo avanti nella costruzione del diritto penale europeo o un'occasione persa?”, in www.ilpenalista, 27 luglio 2017

cioè, alcune tappe fondamentali di questo processo, e pubblicando per ciascuna di esse una scheda illustrativa, di carattere tecnico, ma in forma estremamente semplificata, chiedendo venia se il livello del tecnicismo non sarà estremo e per le eventuali omissioni o eccessive semplificazioni.

L'interesse della materia sta nella sua stessa genesi e sviluppo, fino ad arrivare alle ultime manifestazioni, assolutamente eclatanti, nel sistema interno. Si è passati, infatti, da un'epoca, non così lontana risalendo ancora a non più di una ventina di anni fa, in cui si affermava che “il diritto penale europeo non esiste”, ad una produzione legislativa sempre più rilevante, fino al recentissimo ordine investigativo europeo, ed, ancora più, al caso Taricco che, per essere chiari, è questione che nasce e sviluppa tutta nell'ambito di questa materia, e che dimostra in maniera evidentissima come non solo oggi essa esiste, ma ha assunto un rilievo così prominente nel nostro sistema che, per la prima volta, proprio riguardo ad essa, la nostra Corte Costituzionale ha ipotizzato l'innalzamento dei c.d. controlimiti. L'esercizio, si spera, potrà anche servire a comprendere il contesto in cui è maturata tale ultima vicenda che – indipendentemente da come la si voglia giudicare - non è, quindi, frutto di una iniziativa estemporanea della Corte che, del tutto inopinatamente, ha deciso una improvvisa e pesante incursione in un sistema interno, ma è il risultato della evoluzione di un processo che dura da anni e che ha un chiaro e specifico retroterra.

Si tratta di un viaggio che è anche il ripercorrere la storia dell'Unione Europea e le sue vicende. Una storia affascinante, tormentata, contrastata, ma in continuo movimento, e nella quale l'obiettivo della creazione di una “area comune di giustizia” anche penale è diventato uno degli scopi principali, per cui non può che essere stimolante ed entusiasmante pensare che anche noi, come operatori pratici del diritto, siamo i primi chiamati a contribuire a tale costruzione che, in fondo, dovrebbe rappresentare l'Europa di domani.

ANDREA VENEGONI

La nascita della potestà sanzionatoria della Comunità Europea: la Corte di Giustizia ed il caso del mais greco (Scheda 2)

Come noto a tutti, la Comunità Economica Europea nasce a seguito della firma della Trattato di Roma, il 25 marzo 1957, da parte di sei Stati (Italia, Francia, Germania –allora Germania Ovest -, Belgio, Olanda, Lussemburgo). Progressivamente, altri Stati europei si uniscono alla CEE negli anni successivi (Regno Unito, Irlanda e Danimarca nel 1973, Grecia nel 1981, Spagna e Portogallo nel 1986, per fermarsi agli allargamenti nella vigenza della CEE; i successivi allargamenti del 1995 appartengono già alla successiva Unione Europea). Per lunghi anni dopo l'istituzione della Comunità Economica Europea, il problema dell'esistenza di una competenza della stessa a legiferare in materia penale, sostanzialmente, non si pone. Semplicemente, ne mancano le basi legali nel Trattato CEE del 1957, così come nell'Atto Unico del 1986.

Questo, ben inteso, con riferimento ad una potestà legislativa diretta, cioè alla possibilità per la Comunità di emettere direttamente norme sanzionatorie di natura penale o di farle emettere agli Stati.

Come spesso è avvenuto ed avviene tuttora nel campo del diritto penale europeo, un primo sommovimento in materia si verifica ad opera della Corte di Giustizia in una materia particolare, relativa ad un interesse tipicamente comunitario, quello della tutela delle finanze proprie della CEE.

Fin dagli anni '70, infatti, la Comunità si è dotata di alcune risorse tipiche per finanziare il proprio bilancio e conseguire i propri scopi; queste sono, in particolare, i dazi doganali, i prelievi agricoli ed una quota dell'iva. Le prime due voci sono riscosse dai funzionari doganali degli Stati Membri e confluiscono direttamente nel bilancio comunitario. La repressione e prevenzione di condotte che tendono a sottrarre le risorse al bilancio comunitario diventa, quindi, essenziale per la vita della Comunità, ma, come detto, quest'ultima non ha le basi legali che fondino una propria potestà sanzionatoria in materia. La CEE non può, cioè, né adottare direttamente sanzioni contro

tali condotte, né esiste una norma che preveda in maniera esplicita la possibilità per la CEE di imporre agli Stati di sanzionare tali condotte, lesive di un interesse tipicamente comunitario.

Nel 1989, però, avviene qualcosa di nuovo: la Corte di Giustizia di trova ad affrontare un caso in cui la Commissione Europea porta in giudizio uno Stato membro per farne accertare la negligenza ed il mancato controllo sui funzionari doganali nazionali che, in occasione dell'importazione di partite di mais da uno Stato extra CEE, non avevano riscosso puntualmente ed adeguatamente i diritti doganali, causando così un mancato introito alle finanze comunitarie.

In occasione della decisione di tale caso (sentenza CGUE, 21.9.1989, caso 68/88), la Corte di Giustizia afferma alcuni importanti principi: quello per cui gli Stati sono obbligati a tutelare le finanze della allora CEE come le proprie nazionali, e quello per cui, in virtù dell'obbligo di garantire l'efficacia del diritto comunitario – che nella specie era stata lesa -, gli Stati, per sanzionare le violazioni, sono obbligati ad assicurare misure che abbiano il carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva.

Con questa sentenza, quindi, per la prima volta la Comunità Europea, tramite un proprio organo, dà indicazioni agli Stati in merito all'adozione di sanzioni per tutelare un proprio interesse. Successivamente tale percorso è stato completato con altre decisioni – tra cui il provvedimento emesso nel “caso Zwarteld”, CGUE, ord. 13.7.1990, caso 2/88 - in cui, ribadendo tale principio, la Corte ha precisato esplicitamente che tali sanzioni, nei casi più gravi, potevano essere anche di natura penale.

Al caso del mais greco si fa, dunque, tradizionalmente, risalire l'inizio della potestà sanzionatoria della Comunità Europea. Sarà un caso, ma anche la data è simbolica: il 1989, l'anno del cambiamento; un nuovo ordine mondiale si prefigura, ed anche la Comunità Europea si evolve. È già avviato il processo di trasformazione verso una nuova natura e struttura della stessa, verso una istituzione di carattere non solo economico, ma politico: l'Unione Europea.

ANDREA VENEGONI

L'Unione Europea ed il terzo pilastro (Scheda 3)

Nel 1992 la Comunità Economica Europea si trasforma, con il Trattato di Maastricht, in Unione Europea, e si allarga ulteriormente. Come già accennato, nel 1995 raggiungono l'Unione la Svezia, l'Austria e la Finlandia; nel 2004 si verifica un grande allargamento al blocco dei Paesi dell'est (Estonia, Lituania, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Slovenia, oltre a Malta e Cipro) completato nel 2007 con Romania e Bulgaria e, nel 2013, con la Croazia, fino a raggiungere così il numero di 28 Stati Membri – salva la riduzione a 27 per l'inopinato esito del referendum britannico del giugno 2016, la c.d. Brexit. Nel 1992, l'ambizione è di creare una struttura, una istituzione, più politica, forse il primo passo verso uno Stato federale. Per questo le sue competenze devono essere più ampie di quelle relative al solo mercato unico della CEE. Così, pur senza abbandonare queste, che vanno a rappresentare un primo campo di azione della neonata UE (il c.d. primo pilastro, al quale è estraneo il diritto penale), la nuova istituzione si dota di una competenza anche in tema di sicurezza e difesa comune (secondo pilastro) e, necessariamente, nel campo della cooperazione tra le autorità giudiziarie, non potendo una struttura che non è solo più economica, ma tende ad essere anche politica, tollerare al suo interno la coesistenza di sistemi giuridici non solo differenti, ma neppure cooperanti tra loro.

Il terzo campo di azione della UE (terzo pilastro) diventa, allora, quello della cooperazione giudiziaria, in origine sia in campo civile che penale.

Tra i vari “pilastri” esistono differenze istituzionali profonde: tralasciando il secondo pilastro che ha sempre avuto una vita a sé, il primo pilastro opera con il c.d. metodo comunitario, la procedura legislativa ordinaria che – in sintesi - prevede il ruolo della Commissione Europea come proponente, ed il Consiglio della UE e il Parlamento Europeo con il compito di discutere ed approvare le proposte. Gli atti legislativi tipici di tale settore sono i regolamenti, atti ad efficacia diretta, le direttive, in genere vincolanti nello scopo ma non aventi efficacia diretta e bisognose di una legge nazionale di attuazione, le raccomandazioni, i pareri. Il mancato adeguamento del sistema interno alle norme europee può comportare anche azioni legali nei confronti di tale Stato da parte della Commissione Europea davanti alla Corte di Giustizia.

Nel terzo pilastro, invece, il metodo legislativo è quello intergovernativo: non vi è necessariamente una proposta della Commissione discussa da Consiglio e Parlamento, ma le norme sono discusse e approvate direttamente dal Consiglio, cioè dagli Stati, sebbene alle discussioni partecipi anche la Commissione. Gli atti tipici di questo settore non sono mai ad efficacia diretta, e sono le convenzioni, tipici strumenti di diritto internazionale tra Stati, e le posizioni quadro; col tempo, queste saranno sostituiti dalle decisioni quadro. La possibilità per la Commissione Europea di intervenire sull'eventuale inadempimento nel recepimento di tali strumenti normativi è, sostanzialmente, molto limitata, se non addirittura inesistente.

Il terzo pilastro riguarda, come detto, anche la cooperazione tra gli Stati in diritto penale (dal 1997, poi, esclusivamente la cooperazione in diritto penale, essendo la cooperazione civile divenuta materia del primo pilastro). Inizia così a delinearsi una competenza dell'Unione in materia. La competenza non comporta il potere di emettere norme penali ad effetto diretto o norme sulla parte generale del diritto penale, ma consiste nel tentativo di armonizzare le fattispecie penali dettando, con atti normativi privi di efficacia diretta, definizioni comuni a livello sovranazionale ed invitando gli Stati a recepirle attraverso la attuazione di tali strumenti nel diritto interno, per tutelare determinati beni. Un concetto non così diverso da quello espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 1989. La materia in cui l'Unione inizia ad esercitare tale nuova funzione, allora, non può che essere quella che rappresenti un interesse tipico e proprio della neonata istituzione, un interesse sovranazionale. La sentenza della Corte del 1989 riguardava la lotta alle frodi contro gli interessi finanziari della Comunità, la tutela del bilancio della Comunità; questo è l'interesse tipico anche dell'Unione, conservando la stessa il medesimo bilancio, su cui si inizia ad esercitare la potestà legislativa penale dell'Unione nei limiti sopra detti. L'atto con cui ciò avviene è, dunque, una convenzione, un tipico atto di terzo pilastro. Lo spirito di questo atto è il seguente: gli Stati e l'Unione prendono atto del fatto che il bilancio dell'Unione, e quindi gli interessi finanziari della stessa, è compromesso da alcune condotte di rilievo penale che ne diminuiscono le entrate o ne disperdono le spese; queste condotte, spesso commesse da persone giuridiche oltre che da persone fisiche, vengono identificate nelle fattispecie di frode, corruzione e riciclaggio. Gli stessi si accordano allora affinché si abbia una definizione comune, a livello dell'Unione, di tali fattispecie, per favorire la cooperazione delle autorità giudiziarie dei vari Stati nelle indagini transnazionali. Nel 1995, in seno all'Unione si conclude quindi una convenzione,

denominata appunto “Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee”, con alcuni protocolli, nella quale l’Unione detta definizioni comuni di tali reati ed invita gli Stati a recepire tali definizioni nei propri sistemi giuridici.

La Convenzione viene introdotta nei vari ordinamenti; l’Italia la ha attuata con legge n. 300 del 2000 che ha approntato alcune modifiche al codice penale ed ha rappresentato la legge delega per l’approvazione di un decreto sulla responsabilità degli enti. Il notissimo dpr 231 del 2001 origina, quindi, nel recepimento di tale strumento normativo dell’Unione Europea dettato per la protezione degli interessi finanziari della stessa.

Intanto le competenze penali dell’Unione hanno una lenta evoluzione; nell’ottobre 1999 un Consiglio Europeo (cioè una riunione degli Stati nella loro massima espressione, a livello di Primi Ministri o Presidenti della Repubblica) si riunisce nella città finlandese di Tampere per discutere della Unione Europea come “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” in cui si delinea, tra l’altro, la creazione di un “autentico spazio di giustizia europeo”. Gli atti legislativi mutano natura: a partire dai primi anni 2000, le convenzioni sono sostituite dalle decisioni quadro. In tale momento, gli eventi mondiali rivelano la necessità per l’Unione di occuparsi non solo della lotta alle frodi del proprio bilancio, ma di fronteggiare fenomeni di rilievo penale transnazionale come il terrorismo, in particolare dopo i fatti dell’11 settembre 2001. Nel frattempo, poi, anche in virtù della approvazione nel 2000 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e del notevole sviluppo che inizia ad acquistare l’altro sistema di diritto penale europeo, quello della Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU) e della relativa Corte di Strasburgo – sistema che, è sempre bene precisare, è del tutto distinto da quello della Unione Europea -, l’Unione inizia sempre più a rivolgere la propria attenzione anche alla tutela delle parti del processo penale. Da un lato, così, si incrementano gli atti legislativi per favorire una sempre più stretta collaborazione tra autorità inquirenti: basti pensare al riguardo alle decisioni quadro sul mandato di arresto europeo ed a quella sulla creazione dell’organismo di cooperazione Eurojust, entrambe del 2002. Dall’altro, l’Unione inizia a redigere piani pluriennali di azione in materia di giustizia (piano dell’Aja per gli anni 2005-2009, piano di Stoccolma per il 2010-2014) in cui riveste una parte importante la tutela dei diritti all’interno del processo penale, e ad adottare decisioni quadro sui singoli aspetti.

Il diritto penale dell'Unione inizia così ad assumere nei primi anni 2000 una sua definitiva fisionomia: si delinea l'idea sopra ricordata di Unione Europea come “spazio di libertà, sicurezza e giustizia comune”, anche in diritto penale, ma sconta sempre il limite di una base legale non particolarmente incisiva; non esiste infatti sia nel Trattato di Maastricht del 1992, che in quello di Amsterdam del 1997 che in quello di Nizza del 2000 una chiara base legale che permetta all'Unione di avere poteri espliciti in materia penale. L'Unione non può quindi che, attraverso atti non vincolanti e che necessitano sempre di normative nazionali di recepimento, invitare gli Stati ad adottare provvedimenti, ma contro l'eventuale inadempimento degli Stati, i poteri dell'Unione sono scarsissimi. È la debolezza del terzo pilastro.

ANDREA VENEGONI

**Il Corpus iuris, la lotta alle frodi sul versante amministrativo e l'OLAF
(Scheda 4)**

La lotta alle frodi ai danni del bilancio comunitario, tuttavia, continua ad essere il campo di elezione per l'analisi e lo studio del diritto penale europeo. Proprio in tale ambito, tra la fine degli anni 90 ed i primi anni 2000 un gruppo di accademici, coordinati dalla prof. Mireille Delmas Marty, ipotizza la creazione di un mini sistema europeo di diritto penale, sia sostanziale che processuale; è il c.d. Corpus Iuris, che preconizza la definizione comune di una serie di reati, oltre ai tre reati "classici" di frode, corruzione e riciclaggio indicati nelle schede precedenti, prevedendo anche altre fattispecie che arrecano danno al bilancio dell'Unione, e l'istituzione di un ufficio di procura europea. La previsione di quest'ultima avrebbe dovuto essere inserita nelle modifiche ai Trattati in occasione del Consiglio Europeo di Nizza nel 2000, ma così non avvenne. Peraltro, l'art.280 del Trattato CE, pur continuando a sancire l'obbligo degli Stati di tutelare le finanze comunitarie come le proprie e di adottare misure sanzionatorie per garantire l'osservanza del diritto dell'Unione, esclude espressamente gli interventi in diritto penale. Il campo della lotta alle frodi, essendo anche una "politica propria" della vecchia Comunità Economica, si sviluppa quindi in maniera significativa nell'ambito del primo pilastro, in campo extra penale. Attraverso una serie di regolamenti, si definisce la nozione di "irregolarità" che arreca danno alle finanze dell'Unione (1995), si prevedono indagini amministrative per l'accertamento di tali irregolarità con la disciplina espressa di una misura di accertamento tipica, il "controllo sul posto" (1996) e, nel 1999, si giunge alla creazione di un vero e proprio ufficio investigativo dell'unione per condurre indagini amministrative in tutto il territorio della stessa per proteggerne gli interessi finanziari. Si tratta dell'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode (OLAF).

L'ufficio è addetto a condurre indagini amministrative, ma il regolamento che ne disciplina la procedura (dapprima il reg.1073/99, oggi il reg. 883/2013) prevede espressamente che l'atto finale dell'indagine, che dà conto dello svolgimento della stessa e delle prove acquisite, ad esso allegato, sia trasferibile anche alle autorità giudiziarie penali nazionali.

Con l'OLAF si realizza quindi, nello stesso anno in cui nasce, con il Consiglio di Tampere, l'idea dell'Unione Europea come “spazio comune di giustizia”, un ufficio investigativo che opera in tutta l'Unione senza limitazioni territoriali e che ha la possibilità di attuare concretamente il principio di libera circolazione della prova.

Certo, l'ufficio sconta il limite che le proprie indagini sono amministrative e non penali, per mancanza di una base legale che renda possibile quest'ultima opzione, ma, allo stesso tempo, la possibilità sopra ricordata del trasferimento della prova acquisita in sede amministrativa alle autorità giudiziarie nazionali, anche penali, rappresenta, in embrione, un primo tentativo di attuare il concetto di libera circolazione della prova penale.

Per una piena realizzazione di quest'ultimo concetto, tuttavia, occorrerà attendere ancora molti anni, come si vedrà nelle schede successive. È però significativo, e dà la misura dell'importanza giuridica della materia, che questo primo tentativo sia avvenuto nel settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione, un settore all'avanguardia nella creazione dell'Europa come spazio investigativo comune.

ANDREA VENEGONI

La Corte di Giustizia gioca di nuovo un ruolo nella creazione del diritto penale europeo: il caso Pupino (Scheda 5)

Tuttavia, il cammino verso la creazione di un vero diritto penale dell'Unione non si arresta. Nel 2005, alcuni nuovi relevantissimi interventi della Corte di Giustizia – questa volta in settore diverso da quello della protezione degli interessi finanziari - danno una svolta a questa materia. Si tratta di due decisioni apparentemente molto diverse tra loro, ma in realtà accomunate dall'obiettivo della creazione di una vera area comune di giustizia, intesa come area caratterizzata dalla maggiore uniformità possibile nell'applicazione della normativa e nella struttura istituzionale.

La prima decisione è nota come “caso Pupino” (sentenza CGUE 16.6.2005, caso C-105/03) e può, in sostanza, riassumersi nei seguenti termini. L'UE, nel quadro di quel processo di rafforzamento dei diritti difensivi cui si è fatto riferimento in precedenza, aveva emanato una decisione quadro (n. 2001/220/GAI) a protezione delle vittime dei reati, riconoscendo alle stesse particolari tutele anche nel processo penale, quale, in particolare, quella di potere essere sentite con specifiche cautele che, nell'assicurare l'acquisizione della prova, garantiscano allo stesso tempo la loro protezione. Con tale strumento, quindi, l'Unione intendeva che gli Stati recepissero tale principio e le relative disposizioni negli ordinamenti interni.

Nel sistema italiano, come noto, esiste la possibilità di sentire un minore in incidente probatorio quando lo stesso è vittima di determinati reati, tutti di carattere sessuale o a sfondo sessuale. Si tratta di una misura certamente anche tutela della parte lesa, evitando alla “parte debole” la tensione di dovere comparire in un'aula nel corso di un pubblico dibattimento a raccontare un evento traumatico della propria vita. Presso la Procura di Firenze si avvia un procedimento nei confronti di una maestra di scuola indagata per il reato di abuso di mezzi di correzione su minori (art. 571 c.p.). Nell'ambito di tale procedimento, il Pm vorrebbe sentire alcuni minori, vittime del reato ipotizzato, in incidente probatorio, ma il nostro codice non prevede tale possibilità, non essendo il reato per cui si procede inserito nell'elenco dei delitti per i quali l'art. 392 c.p.p. prevede tale modalità di audizione. Il Gip di Firenze, allora, si pone il problema

della conformità di tale ultima norma, che limita la possibilità dell'incidente probatorio solo a reati a sfondo sessuale, con la decisione quadro europea, che, sebbene non ancora recepita nel nostro sistema a quell'epoca, è tuttavia in vigore, ed esprime un principio di tutela delle vittime da reato che appare più ampio di quello che si ricava dai limiti della normativa nazionale sull'aspetto specifico della audizione protetta. La Corte di Giustizia, decidendo la questione pregiudiziale, afferma l'importante principio per cui le decisioni quadro, sebbene non direttamente efficaci, sono tuttavia, analogamente alle direttive, vincolanti per gli Stati membri «quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Questo comporta “in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale”

Nel caso concreto, quindi, ha stabilito che le norme della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretate nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa in questione, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima, consentendo, così, l'audizione del minore in incidente probatorio per il reato di cui all'art. 571 c.p., sebbene tale reato non fosse tra quelli per cui il nostro codice di procedura penale permettesse tale modalità di audizione. Così decidendo, in sostanza, la Corte di Giustizia ha emesso una sorta di riconoscimento di primato della normativa europea in materia penale rispetto a quella interna, e la decisione è particolarmente di rilievo per l'impatto che ha avuto in un processo penale in corso. Il messaggio, neppure troppo velato, della Corte che emerge da tale decisione si può riassumere, con un certo grado di semplificazione, nei seguenti termini: se si vuole costruire una autentica area di giustizia penale comune a tutta la UE, occorre riconoscere il primato della normativa sovranazionale rispetto a quella dei singoli ordinamenti.

ANDREA VENEGONI

La Corte di Giustizia gioca di nuovo un ruolo nella creazione del diritto penale europeo: il caso della protezione ambientale (Scheda 6)

Il secondo caso (sentenza CGUE 13.9.2005, caso C-176/03) è molto più attinente all'assetto istituzionale dell'Unione, e, da questo punto di vista, più complesso per un operatore pratico nazionale, ma è di rilevanza fondamentale.

Si è visto in precedenza come, dopo il Trattato di Maastricht, la struttura dell'Unione fosse divisa in "pilastri" e che ad ognuno di essi corrispondesse un ambito definito. In particolare il primo pilastro, dove si operava col metodo legislativo "comunitario" consistente nella proposta della Commissione Europea e l'approvazione del Consiglio e Parlamento, era la sfera che coincideva con le tradizionali "politiche comunitarie" della CEE, materie tendenti allo sviluppo del mercato unico, quali unione doganale, agricoltura, politiche di coesione, trasporti. Il primo pilastro tendenzialmente non riguardava il diritto penale. Il terzo pilastro aveva, invece, ad oggetto la cooperazione giudiziaria in materia penale e tendeva sostanzialmente ad armonizzare i diritti penali nazionali. Certo, non si poteva escludere che una materia rientrasse nell'ambito sia del primo che del terzo pilastro, ma, in linea di massima – e mi scuso ancora dell'eccessiva semplificazione - se i provvedimenti da adottare erano di natura extra penale, gli stessi venivano adottati nell'ambito del primo pilastro con la procedura legislativa comunitaria, mentre se riguardavano il diritto penale venivano adottati nell'ambito del terzo pilastro con la procedura legislativa intergovernativa.

La controversia, tutta interna alle istituzioni dell'Unione, sorge perchè nel 2003 il Consiglio dell'Unione, cioè la Istituzione che rappresenta gli Stati, adotta una decisione quadro, la n. 2003/80/GAI del 27.1.2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. Riguardando l'armonizzazione del diritto penale, si tratta di un provvedimento adottato col metodo intergovernativo nell'ambito del terzo pilastro.

Tale decisione quadro definisce una serie di reati contro l'ambiente, per i quali gli Stati membri sono invitati ad adottare sanzioni di natura penale.

La Commissione Europea, però, contesta il fatto che tale normativa sia stata adottata dal Consiglio nell'ambito del terzo pilastro. Essa ritiene che la finalità e il contenuto di tale decisione rientrino nelle competenze comunitarie in materia ambientale, essendo la tutela dell'ambiente anche una di quelle “politiche comunitarie” proprie del primo pilastro. Senza rivendicare al primo pilastro una competenza generale in materia penale, la Commissione ritiene, però, che quando in una materia propria dello stesso primo pilastro occorre garantire l'efficacia della normativa, e per fare ciò sia necessario prevedere sanzioni penali, in tal caso ciò possa avvenire nell'ambito dello stesso provvedimento di primo pilastro, con il metodo comunitario. In questo particolare caso, l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, nella specie degli elementi che costituiscono reati contro l'ambiente penalmente perseguibili, sarebbe concepita come uno strumento al servizio della politica comunitaria di cui trattasi, e perciò potrebbe essere oggetto di un provvedimento di primo pilastro anziché di terzo.

La Corte, in questa fondamentale sentenza, condivide la posizione della Commissione ed afferma che se per la tutela di un bene oggetto di una delle “politiche proprie” dell'Unione, la cui regolamentazione avviene nell'ambito del primo pilastro col metodo comunitario, occorre adottare misure particolarmente deterrenti e repressive di diritto penale, anche per queste ultime occorre seguire lo stesso metodo comunitario; anche la parte di normativa relativa al diritto penale, quindi, deve essere adottata con il metodo comunitario proprio del primo pilastro anziché con il metodo intergovernativo del terzo pilastro.

La sentenza è di capitale importanza perché anticipa un fenomeno che si verificherà da lì a poco, e cioè il superamento della struttura dell'Unione in pilastri e l'unificazione del procedimento legislativo.

ANDREA VENEGONI

Il Trattato di Lisbona (Scheda 7)

Questo è ciò che avviene nel 2007 con l'approvazione del Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, che rivoluziona la struttura dell'Unione: si supera, appunto, la suddivisione in pilastri; il quadro istituzionale diventa omogeneo e vi è una sostanziale unificazione del procedimento legislativo, nel senso di rendere generale – salvo eccezioni - quello che nel preesistente sistema era il “metodo comunitario” proprio del primo pilastro, con la proposta della Commissione e l'approvazione del Consiglio e del Parlamento. È superata anche la distinzione degli atti legislativi: gli stessi sono unificati nelle forme del regolamento e della direttiva.

Ma, soprattutto, in materia penale il Trattato di Lisbona prevede ora una competenza espressa ed esplicita dell'Unione negli artt. 82 e 83 TFUE, sia in campo sostanziale che processuale. Una competenza a dettare, con direttiva, norme minime comuni per ravvicinare le legislazioni degli Stati.

L'art. 82, in particolare, riguarda le norme processuali, mentre l'art. 83 le norme di diritto sostanziale. Riguardo a quest'ultima disposizione, è stato detto in dottrina che essa delinea due tipi di potestà dell'Unione in diritto penale sostanziale. Nel comma 1, in particolare, individua una competenza penale “diretta” o “primaria” per dettare norma minime comuni al fine di armonizzare le definizioni di vari reati gravi, di cui la norma contiene una lista esplicita. Molto interessante è, poi, il secondo comma, che individua una competenza penale “indiretta” o “secondaria” dell'Unione: secondo tale norma, l'Unione può intervenire con norme di diritto penale per tutelare beni e interessi dell'Unione di natura extrapenale, quando il ricorso al diritto penale assicuri una migliore e più efficace protezione degli stessi. È da notare la analogia di espressione con quanto la Corte di Giustizia aveva detto non solo fin dal 1989, nel caso del mais greco, ma anche con la sentenza del 2005 nel caso sulla protezione dell'ambiente, che il legislatore sembra, quindi, aver voluto tradurre in norma di legge.

Anche nel Trattato di Lisbona, però, il campo della lotta alle frodi si presenta come speciale. Esso è disciplinato in una norma esplicita, l'art. 325 TFUE. La stessa, oltre a prevedere gli obblighi già esistenti nei precedenti Trattati, non contiene più la esclusione degli interventi in

diritto penale che era contenuta nel suo predecessore, l'art. 280 del Trattato CE. Secondo alcuni, ciò significa che tale norma rappresenta una base legale specifica per interventi legislativi nel campo della lotta alle frodi anche in diritto penale, che sarebbero sottratti quindi alle basi legali generali degli artt. 82 e 83 TFUE.

Non a caso, la prima proposta di direttiva adottata dalla Commissione Europea nel luglio 2012 nel campo della lotta alle frodi attraverso il diritto penale, si fonda proprio sull'art. 325 TFUE.

Si tratta, appunto, della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale, generalmente nota come "proposta di direttiva PIF".

Le differenze tra l'utilizzo dell'83 e dell'art. 325 TFUE, ovviamente nel solo campo della lotta alle frodi, sono notevoli: in particolare, secondo l'art. 83 gli atti possono essere adottati solo nella forma di direttiva, e quindi uno strumento non direttamente applicabile nei sistemi nazionali. L'art. 325, invece, non contiene tale limitazione; è stato così ipotizzato, anche se con tesi minoritaria, che, se si ammette che l'art. 325 TFUE possa fondare una potestà legislativa penale dell'Unione nella lotta alle frodi, ciò possa avvenire anche con atti diversi dalle direttive, ed in particolare proprio con un regolamento, atto che, però, avrebbe efficacia diretta nei sistemi nazionali. Peraltro, ciò non è avvenuto in occasione della adozione della sopra citata proposta di armonizzazione dei reati riguardanti la protezione degli interessi finanziari del 2012, che ha avuto, appunto, la forma di direttiva, per quanto adottata sulla base dell'art. 325 TFUE.

L'art 325 TFUE, tuttavia, in questa interpretazione più "estensiva", avrebbe veramente la potenzialità per essere il fondamento di un autentico diritto penale europeo, almeno nello specifico settore della lotta alle frodi, potendo costituire la base legale per strumenti legislativi in diritto penale direttamente applicabili negli Stati membri, che a questo punto assicurerebbero l'uniformità della disciplina. Si tratterebbe, quindi, della completa realizzazione del diritto penale europeo e dell'area comune di giustizia penale.

Purtroppo, però, la realtà emersa finora è differente. Non solo la stessa Commissione Europea, che pure ha preso a base della proposta di direttiva PIF tale norma, non ha osato adottare sulla base di essa un regolamento, essendosi limitata, come detto, in una operazione di – seppure comprensibile – *self restraint*, ad adottare una proposta di direttiva, ma nel corso dei negoziati per l'approvazione della proposta, sia il Consiglio della UE, cioè gli Stati, che il Parlamento Europeo

hanno dissentito sulla base legale, identificandola nel ben più restrittivo art 83 TFUE. Infatti quest'ultima norma, come ricordato sopra, non solo vincola l'atto alla forma della direttiva, ma prevede che lo strumento legislativo adottato in base ad esso possa prevedere solo "norme minime comuni" per l'armonizzazione del diritto penale degli Stati, una potenzialità quindi ben più modesta di quella che consentirebbe l'art. 325 nella sua massima estensione.

La direttiva è stata così approvata nel luglio 2017 sulla base dell'art. 83 TFUE ed il suo contenuto ne ha certamente risentito.

ANDREA VENEGONI

L'art 325 TFUE e il caso Taricco (Scheda 8)

Un nuovo intervento della Corte di Giustizia nel 2015 ha confermato la bontà della scelta originaria della proposta della Commissione.

Si tratta del notissimo “caso Taricco”; in estrema sintesi, uno dei principi che la Corte di Giustizia ha affermato in esso, decidendo una domanda di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo che doveva giudicare una frode iva, è che, quando una normativa nazionale in tema di prescrizione (nella specie, in tema di proroga della prescrizione) prevede dei termini tali da non permettere strutturalmente ai giudizi che riguardino gravi reati attinenti agli interessi finanziari dell'Unione (come le frodi iva) di giungere ad una conclusione di merito, ma di estinguersi appunto per prescrizione, la stessa va disapplicata dal giudice nazionale perché contrastante con l'obbligo degli Stati di tutelare le finanze dell'Unione come le proprie, derivante da una norma europea alla quale è riconosciuta diretta applicazione, proprio l'art. 325 TFUE. Nell'ottica della creazione del diritto penale dell'Unione, si tratta di una pronuncia di grande importanza, al di là delle pesanti critiche che la stessa ha ricevuto nella dottrina, e in sostanza anche nella giurisprudenza, italiana per i vari profili su cui essa incide, anche attinenti a principi fondamentali del nostro ordinamento. Va ricordato, infatti, che proprio la giurisprudenza ha dubitato della compatibilità dei principi emergenti da tale pronuncia con i principi fondamentali della nostra Costituzione, così da investire della questione la Corte Costituzionale. La decisione, infatti, oltre a ritenere applicabile tale principio ai processi in corso, in virtù dell'affermazione per cui la prescrizione attiene al diritto processuale e non a quello sostanziale, contiene poi altri profili di indubbia delicatezza. In particolare, secondo la Corte di Lussemburgo questa operazione non dovrebbe avvenire in ogni procedimento per frode comunitaria, ma solo laddove, esaminati casi analoghi attinenti a frodi serie, il giudice si convinca dell'esistenza di “deficit” strutturale dell'ordinamento italiano sul punto; una affermazione che, quindi, in sostanza – come è stato detto in maniera critica nella dottrina italiana - rischia di trasformare il giudice in legislatore, conferendogli il potere di decidere caso per caso quale normativa applicare. La Corte Costituzionale è stata fortemente tentata di sollevare, per la prima volta nella storia del nostro

sistema, i c.d. “controlimiti”, teoria evocata fin dal 1973 ma mai concretamente applicata, tale per cui, se l’ordinamento italiano accetta, in virtù della partecipazione all’Unione Europea limitazioni alla propria sovranità e la penetrazione anche diretta di esso nel nostro sistema, tuttavia ciò incontra il c.d. controlimite della lesione dei principi fondamentali dell’ordinamento, che la Corte Costituzionale si riserva appunto il potere di attivare. Nel caso di specie la Corte Costituzionale non ha (ancora) proceduto in tal modo, ma con una ordinanza del gennaio 2017, la n. 24, ha nuovamente investito la Corte di Giustizia di una richiesta di interpretazione della sentenza del 2015, peraltro preannunciando che, se la Corte di Giustizia non interverrà a precisare la portata di quanto affermato all’epoca, l’innalzamento dei suddetti controlimiti sarebbe inevitabile. Si tratterebbe di un contrasto eclatante tra ordinamento italiano e dell’Unione, mai giunti fino ad ora ad un simile livello di tensione.

Ritornando alla sentenza del 2015, tuttavia, ai fini del ristretto ambito della nostra analisi, occorre riconoscere che con essa la Corte ha attribuito uno straordinario valore all’art 325 TFUE perché se lo stesso è il parametro, avente anche efficacia diretta, in base al quale valutare la rispondenza della normativa nazionale ai principi di effettività e deterrenza delle sanzioni penali, se ne dovrebbe concludere che lo stesso non può non essere, a questo punto, anche la base legale per iniziative dell’Unione in diritto penale. IN questo senso, quindi, la posizione assunta dal Consiglio e del Parlamento in occasione dell’approvazione della c.d. direttiva PIF, sopra ricordata, appare superata da quella della Corte, la quale - come ha confermato l’avvocato generale nelle sue conclusioni del 18.7.2017 nel “secondo” procedimento che la vicenda Taricco ha determinato in seguito al rinvio pregiudiziale compiuto dalla Corte Costituzionale italiana - tende ad assicurare il primato del diritto dell’Unione, che non può essere messo in discussione neppure di fronte alla prospettazione di contrarietà dello stesso a determinati principi costituzionali nazionali, come, del resto, la Corte di Giustizia aveva già affermato in un caso in tema di mandato di arresto europeo, il caso Melloni (sentenza del 26.2.2013 nel caso C-399/11). Il primato del diritto dell’Unione è il requisito essenziale per la costruzione di quella area comune di giustizia penale europea che, come si è visto sopra, è uno degli obiettivi fondamentali dell’Unione e non può recedere neppure di fronte a principi nazionali di rango costituzionale. Non si può, quindi, che restare in attesa della nuova pronuncia della Corte di Giustizia al riguardo, la quale susciterà certamente grandissimo interesse e scriverà una ulteriore pagina nei rapporti tra ordinamento italiano e quello dell’Unione.

È significativo – e niente affatto casuale – che ciò avvenga proprio in questa fase di sviluppo del diritto penale europeo e, in particolare, nel campo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

ANDREA VENEGONI

L'ordine di indagine europeo (Scheda 9)

Intanto, anche sul fronte legislativo il cammino del diritto penale europeo continua ai giorni nostri nell'ottica di creare sempre più un'area comune di giustizia. Elemento essenziale per tale operazione, sul fronte processuale, è la libera circolazione della prova penale all'interno dell'Unione. Si è sempre affermato – non a torto – che uno dei maggiori problemi delle indagini internazionali è rappresentato dalla diversità di sistemi giuridici tra i vari Stati; a questo principio non fanno eccezione le indagini anche solo all'interno dell'Unione. Da questo punto di vista, l'Unione è sempre stata, e lo è tuttora, composta – in particolare in diritto penale - da un sistema frammentato di ventisette ordinamenti giuridici diversi (senza contare più il Regno Unito in virtù della c.d. Brexit), ognuno con le proprie regole. Ciò ha fatto sì che l'acquisizione di una prova in un altro Stato della UE ed il suo successivo utilizzo nello Stato dell'indagine sia sempre stato uno di quei temi che meglio di tutti ha rivelato le difficoltà che ancora sussistono nella creazione di un autentica area comune di giustizia. Certo, negli ultimi dieci – quindici anni molti progressi sono stati fatti in questo senso, e non si può dimenticare le potenzialità dell'azione dell'OLAF – sopra ricordate – nella circolazione della prova penale, ma, occorre riconoscere, l'acquisizione della prova penale nel territorio di uno Stato è sempre rimasta, ed è tuttora, massima manifestazione della sovranità dello stesso, quindi tendenzialmente chiusa all'accesso di altri *partner* esterni, anche dell'Unione.

In tale scenario, un passo importante per una maggiore integrazione tra gli Stati fu certamente rappresentato dalla decisione quadro del 2002 sul mandato di arresto europeo, per la consegna di indagati, imputati o condannati. La stessa ha avuto il pregio di superare il classico sistema estradizionale tra gli Stati UE, di rendere la procedura essenzialmente di carattere giudiziario anziché politico (tendenza già manifestatasi fin dall'accordo di Schengen e poi nella convenzione di cooperazione del 2000 che però l'Italia non ratificò mai, se non quest'anno quando la stessa stava divenendo ormai uno strumento quasi superato), basata sul principio del mutuo riconoscimento anziché su quello della mera assistenza, e di superare il principio della doppia incriminazione per determinati reati. La normativa, all'inizio notevolmente osteggiata anche in

Italia da una parte di pratici e studiosi, ha dato in realtà buona prova di sé, rendendo più efficaci i procedimenti di consegna senza trascurare la tutela dei diritti della persona. Paradossalmente, invece, per molti anni non ha tenuto lo stesso “passo” in questo processo di integrazione la normativa sull’acquisizione della prova tra Stati UE. In altre parole, non esisteva uno strumento analogo al MAE, basato sugli stessi principi, ma operante nel campo della acquisizione della prova ed al suo utilizzo.

Per l’acquisizione della prova si è dovuto, fino ad oggi, fare ancora riferimento alle norme tradizionali sulla cooperazione giudiziaria, (anche perché, come detto, l’Italia tardò a ratificare la convenzione del 2000), sebbene certamente snellite e semplificate rispetto alle procedure con i Paesi extra UE.

Tale lacuna è stata oggi colmata, prima con l’approvazione, fin dal 2014, di una direttiva sull’ordine investigativo europeo (direttiva 2014/41/UE del 3.4.2014, pubblicata sulla GUUE del 1.5.2014) e, successivamente, con il suo recepimento nel sistema italiano con il d. lvo 21.6.2017, n. 108, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13.7.2017, entrato in vigore il 28.7.2017.

Anche l’acquisizione della prova si basa, quindi, oggi, sul principio del mutuo riconoscimento e non richiede, per una lista di trentadue reati, il principio della doppia incriminazione. Il nuovo strumento, è bene precisare, si applica nei procedimenti per qualunque reato, e non è limitato alle indagini sui reati che attentano agli interessi finanziari della UE.

Non è questa la sede per una analisi approfondita del nuovo strumento normativo. Tuttavia, si può osservare che il grande nodo da sciogliere in materia è, quello della legge applicabile alla acquisizione della prova in un altro Stato della UE, anche ai fini dell’utilizzo della stessa in sede processuale nello Stato richiedente, diverso da quello in cui la prova è stata acquisita.

È noto che sull’argomento due sono le possibili opzioni di fondo, una prediligendo la “lex loci”, cioè quella del luogo in cui la prova è raccolta, ma con il rischio di inutilizzabilità dello Stato del processo, e l’altra preferendo la “lex fori”, cioè quella dello Stato richiedente, ma con l’inconveniente che l’”esportazione” di una legge processuale in un altro Stato si può scontrare con principi fondamentali di quest’ultimo, che, tradizionalmente, considera tale attività, come già ricordato sopra, manifestazione della propria sovranità.

La nuova normativa tenta di trovare una necessaria sintesi tra le due esigenze, prevedendo un criterio che si potrebbe definire di “lex fori” temperata; stabilisce, infatti, nelle procedure

passive, che l'Italia darà corso alle richieste seguendo, in linea di massima e salve disposizioni specifiche per particolari misure investigative, le indicazioni sulla modalità di acquisizione della prova provenienti dallo Stato richiedente, salvo adattamento ove necessario, ai principi del nostro ordinamento, e prevedendo, nella procedura attiva, che le due autorità giudiziarie coinvolte, quella italiana come Stato richiedente e quella dello Stato richiesto, concordino sulle modalità di acquisizione della prova, in modo da salvaguardare le rispettive esigenze di utilizzabilità della prova nel corso del successivo processo in Italia e di acquisizione della stessa con modalità che non siano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.

La normativa è appena entrata in vigore nel nostro sistema e presto se ne vedranno gli effetti in termini di facilitazione e semplificazione delle procedure. In questo modo, la creazione dell'area comune di giustizia diventa più concretamente tangibile. Tuttavia, sempre a testimonianza della estrema vivacità del tema e – questa volta - della centralità del settore della lotta alle frodi, in questa specifica materia è stato di recente compiuto un passo ancora più significativo in questo cammino di integrazione: la istituzione della Procura Europea.

ANDREA VENEGONI

La Procura Europea (EPPO) (Scheda 10)

E infatti, proprio il 31 ottobre scorso, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del regolamento 1939/2017, ha visto la luce l'ufficio della Procura Europea, generalmente noto con l'acronimo di EPPO, dalla versione inglese del nome dell'ufficio (European Public Prosecutor Office).

Si tratta del più avanzato stadio di creazione dell'area di giustizia penale comune nell'Unione, dato che l'EPPO è un vero ufficio di procura addetto a condurre indagini penali. Non un ufficio di coordinamento, quindi, come Eurojust; non un ufficio per indagini amministrative, come l'OLAF, ma, appunto, un ufficio di indagini penali.

Il campo nel quale l'EPPO avrà competenza a condurre tali indagini lo si potrebbe, forse, comprendere senza bisogno di ulteriori spiegazioni se si ha avuto la pazienza di leggere le precedenti schede di questo lavoro: è esattamente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, la c.d. "area PIF", le frodi alle entrate ed alle uscite del bilancio dell'Unione, che si conferma così il settore più vivace e maggiormente interessato dalla creazione di una autentica area di giustizia penale europea.

Ad oggi, la istituzione dell'EPPO completa un percorso che si può fare iniziare dalla sentenza della Corte di Giustizia del "mais greco" nel 1989; trent'anni nei quali il diritto penale dell'Unione è nato e si è sviluppato, sempre nell'ottica della creazione di uno spazio giuridico e giudiziario comune che oggi vede, seppure non ancora del tutto, la luce.

Tuttavia, e rinviando ogni commento più approfondito ad altri scritti non essendo lo spirito di questi brevi commenti quello di analisi particolarmente complesse ed analitiche, non si può esultare fino in fondo per l'approvazione del regolamento sulla creazione dell'EPPO perché, ad essere onesti, qualche passo ulteriore avrebbe potuto essere compiuto. Il regolamento EPPO, infatti, origina da una proposta della Commissione Europea del luglio 2013 (COM (2013) 534 del 17 luglio 2013).

Ora, se si confronta il testo della proposta della Commissione e quello del regolamento finale, si notano significative differenze. Una delle più importanti, di rilievo anche simbolico, è

che la proposta, all'art. 25, prevedeva espressamente che, ai fini delle indagini dell'EPPO, il territorio dell'Unione si doveva considerare come un'unica area giudiziaria (a single legal area). Una norma di questo tipo rappresentava veramente la consacrazione del concetto di spazio giuridico comune europeo.

Tale norma, però, nella versione finale del regolamento, non compare. Gli Stati, in sede di iter legislativo per l'approvazione del testo, la hanno considerata troppo avanzata, espressione di un concetto sul quale non tutti sono completamente d'accordo. Prova ne è anche il fatto che non tutti i 27 Stati dell'Unione (non contando ormai più il Regno Unito prossimo alla Brexit) hanno deciso di entrare a fare parte del nuovo ufficio. L'EPPO è stato così approvato, come prevede l'art. 86 del TFUE, con cooperazione rafforzata, cioè con quella particolare modalità – secondo alcuni espressione del concetto di “Europa a due velocità” - che consente una più stretta condivisione di alcune materie solo agli Stati che hanno tale volontà. L'EPPO coinvolge così, oggi, 20 Stati Membri, essendone rimasti fuori, oltre al Regno Unito, anche l'Irlanda e la Danimarca (che già secondo il Trattato godono di un regime diverso in materia di giustizia), ma anche la Polonia, Malta, la Svezia e l'Ungheria, oltre a, solo in parte sorprendentemente, uno Stato fondatore della CEE come i Paesi Bassi.

Venti Stati, comunque, non sono pochi per l'operatività di un ufficio che, come si è detto, avrà il compito di svolgere – peraltro in taluni casi ripartendosi il compito con le autorità nazionali - indagini penali nel campo della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. L'art. 86 TFUE prevede che l'EPPO sia costituito “a partire da Eurojust”, sebbene, come detto, molto della sua attività sia, ugualmente, anche accostabile a quella dell'OLAF, atteso che, fino ad oggi, è stato solo quest'ultimo organismo a svolgere indagini nel settore PIF, per quanto di natura amministrativa.

L'EPPO sarà composto, a differenza di quanto prevedeva la proposta del 2013, da un ufficio centrale, con sede in Lussemburgo, che vedrà la partecipazione, a questo punto, di venti procuratori, uno per Stato Membro. Le indagini, però, saranno svolte prevalentemente, e anzi direi esclusivamente, a livello locale, dai procuratori europei delegati, procuratori che dal punto di vista amministrativo sono magistrati nazionali e tali continuano a rimanere, ma che, nel momento in cui tratteranno “casi EPPO”, operativamente apparterranno all'ufficio europeo. Le nomine sia dei procuratori centrali che dei procuratori delegati saranno essenzialmente di competenza europea, sebbene con distinzioni tra le due categorie, e questo sarà uno degli aspetti su cui gli organismi

nazionali di governo del potere giudiziario, o di autogoverno, potranno incentrare la propria attenzione, atteso che magistrati nazionali saranno nominati per svolgere indagini da uffici, quali quelli europei, extragiudiziari.

Il punto critico dell'intera "costruzione" dell'EPPO è, però, come ben si può comprendere, quello delle indagini transnazionali. Per potersi parlare di autentica area comune europea, infatti, occorrerebbe in via di principio l'applicazione delle stesse regole processuali indipendentemente dallo Stato in cui l'indagine viene svolta, soprattutto una volta che si è costituito un ufficio unitario di indagine.

Il regolamento, invece, non prevede una sorta di codice di procedura penale europeo. Anche la proposta del 2013, a dire il vero, non conteneva qualcosa di simile, ma, tuttavia, tentava almeno di dare una disciplina unitaria ad alcune misure investigative.

Il problema pratico è, allora, quale legge sia applicabile allorché il procuratore delegato operante uno "Stato EPPO" debba eseguire atti di indagine in un altro "Stato EPPO", e quindi sempre all'interno dell'area territoriale facente parte dell'Ufficio.

La soluzione del regolamento è certamente più avanzata di ogni strumento di cooperazione fino ad oggi in uso, anche dell'ordine investigativo europeo.

L'art 31 del regolamento prevede infatti che il procuratore europeo delegato che sta trattando l'indagine "assegni" il caso al collega, anch'egli procuratore europeo delegato, del diverso "Stato EPPO" in cui devono essere compiuti gli atti investigativi. Si tratta quindi di un linguaggio che lascia intendere davvero l'unità dell'ufficio al di là delle barriere geografiche. Tuttavia, in mancanza di una legge processuale comune, il regolamento cerca un difficile equilibrio tra *lex fori* e *lex loci*, tendendo a privilegiare la prima (anche per ragioni di utilizzabilità) ma senza pregiudicare il diverso livello di garanzie che può essere previsto nelle legislazioni nazionali.

Questo, però, è certamente un sistema che non è espressione di un'area giuridica completamente comune, la "single legal area" cui faceva riferimento la proposta, perché lascia sussistere le differenze che le leggi nazionali possono prevedere riguardo alla adozione ed esecuzione delle singole misure investigative. La contraddizione di questo sistema con l'unitarietà dell'ufficio investigativo stride, quindi, ancora maggiormente.

Piuttosto macchinoso appare anche il sistema decisionale all'interno dell'indagine, atteso il coinvolgimento (art 35 ma non solo) delle "camere permanenti" a livello centrale, composte

ovviamente anche da procuratori appartenenti a sistemi giuridici diversi da quelli degli Stati nei cui territori si è svolta l'indagine, ed alle quali spettano decisioni importanti, quali quelle sulla chiusura dell'indagine stessa. La compatibilità di un sistema quasi “collegiale”, all'interno di un ufficio investigativo e nella fase di indagine, con le esigenze di speditezza e rapidità della stessa è tutto da verificare e solo la pratica dirà quanto sia efficace nel contrasto ai reati che l'EPPO deve perseguire.

Infine, come previsto dai Trattati, l'azione dell'EPPO si ferma alla chiusura dell'indagine, mentre tutta la fase processuale resta una fase puramente nazionale, regolata dal diritto di ogni Stato.

In questi casi, il dilemma se sia meglio partire con qualcosa di imperfetto, ma intanto esistente, o attendere un testo di legge che corrisponda pienamente all'ideale di riferimento, è sempre presente. Certamente, ipotizzare anche solo dieci anni fa - dopo il fallimento del Trattato costituzionale europeo del 2004 a seguito dei *referendum* in Francia e Olanda del 2005, la concreta istituzione della Procura Europea sarebbe stato molto difficile, per quanto la stessa fosse già oggetto di studi ed analisi, tra i quali non si può dimenticare il c.d. “Corpus Iuris”, del 1997-2000, progetto diretto dalla prof. Delmas Marty, e, in epoca molto più recente (2011-2012), il progetto per la creazione di “model rules” per l'EPPO, diretto dalla prof. Ligeti della Università del Lussemburgo. Da questo punto di vista, quindi, il raggiungimento di un traguardo come l'approvazione del regolamento istitutivo dell'Ufficio non può che essere motivo di grande soddisfazione per chi ha a cuore l'integrazione europea e la creazione di una autentica area di giustizia penale nell'Unione.

D'altro canto, proprio il raggiungimento di un tale traguardo, che per certi aspetti si può veramente definire storico, porta con sé il rammarico del fatto che, se l'ufficio poteva essere istituito, ciò doveva avvenire con modalità che fossero veramente piena espressione di quel concetto di area giuridica comune cui si è fatto sopra riferimento. Ciò non è completamente avvenuto e alcuni aspetti del futuro funzionamento dell'EPPO, quali i rapporti con le autorità nazionali, nonché con gli organismi europei Eurojust ed OLAF, restano da verificare in concreto.

I prossimi anni ci diranno, quindi, se e come l'EPPO si sarà sviluppato.

In ogni caso, la storia del diritto penale europeo non si fermerà a questo punto, e prossimi capitoli dovranno essere, verosimilmente, scritti presto.

PAOLO SPAZIANI

Le fonti del diritto nel sistema dei raccordi dell'ordinamento statale con gli altri ordinamenti

SOMMARIO: 1. La pluralità degli ordinamenti e le fonti del diritto. - 2. L'ordinamento statale e le fonti interne. Perdurante applicabilità dei criteri di gerarchia, cronologia e specialità. - 3. I raccordi con gli ordinamenti internazionali e sovranazionali e le modalità con le quali le fonti di questi ordinamenti diventano operanti nell'ordinamento statale. Raccordo con il diritto internazionale generale. - 4. Raccordo con gli ordinamenti sopranazionali cessionari di sovranità che perseguono gli obiettivi di cui all'art. 11 Cost. L'ordinamento dell'Unione europea. - 5. Raccordo con il diritto internazionale pattizio. La Convenzione europea dei diritti umani (CEDU). - 6. I Raccordi con gli ordinamenti che si collocano all'interno di quello dello Stato. L'ordinamento regionale.

1. La pluralità degli ordinamenti e le fonti del diritto

Nell'epoca in cui ha trovato concreta realizzazione l'idea del Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici e la centralità dell'ordinamento statale è messa in crisi da una molteplicità di altri ordinamenti che si collocano a vari livelli, all'*esterno* e all'*interno* di quello dello Stato²¹³, può parlarsi ancora di un sistema delle fonti del diritto?

È ancora possibile individuare nella Costituzione, se non una vera e propria *Grundnorm* alla quale tutte le altre fonti sono gerarchicamente subordinate, quanto meno una fonte ordinante che, attraverso la previsione di diversi raccordi (artt. 10, 11, 117) consenta l'applicabilità di criteri specifici (in particolare gerarchia e competenza) per la risoluzione delle possibili antinomie tra le norme introdotte dalle diverse fonti?

Oppure deve piuttosto negarsi l'esistenza di un sistema e il giudice deve cercare nel panorama disordinato delle fonti provenienti dai vari ordinamenti la norma applicabile in base allo

²¹³ Per uno studio analitico sulle modalità con cui avviene il raccordo tra l'ordinamento statale e gli altri ordinamenti, da quelli a carattere internazionale e sovranazionale a quelli operanti in ambito endostatale, nonché sulle modalità con cui le fonti di questi ordinamenti vengono rese operanti nell'ordinamento statale, v. A. PIZZORUSSO, *I raccordi tra gli ordinamenti giuridici e l'evoluzione dei sistemi delle fonti del diritto operanti negli ordinamenti statali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2639 ss.

standard più favorevole, in base al principio della “*massima espansione della tutela dei diritti fondamentali*”²¹⁴?

Chi scrive non ha la presunzione di dare una risposta a questo quesito, non possedendo gli strumenti del costituzionalista. Da pratico del diritto - ed al solo fine di consentire al giudice comune di affrontare i problemi concreti che si pongono in sede applicativa - si accontenterà, invece, di tentare di realizzare un *prospetto di carattere orientativo* sulle modalità attraverso le quali, mediante i raccordi previsti dalla Costituzione, le fonti degli altri ordinamenti, divenute operanti nell'ordinamento dello Stato, interagiscono con le fonti interne proprie di quest'ultimo.

Prima di compiere questo tentativo sono necessarie due osservazioni.

In primo luogo, occorre avvertire che il tentativo risentirà non solo dei limiti di un approccio da pratico del diritto ma anche di quelli derivanti dalla circostanza che l'autore si occupa esclusivamente di questioni di diritto civile come Magistrato dell'Ufficio del Massimario applicato alla Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione. Il tentativo ricostruttivo sarà dunque compiuto avendo come cartina di tornasole fattispecie concrete (per lo più di diritto privato) che sono state - o che avrebbero potuto essere - poste all'attenzione delle Sezioni civili della Corte di Cassazione.

In secondo luogo è opportuno osservare che quando Vezio Crisafulli, ricostruito il sistema delle fonti del diritto, individuò i quattro criteri di soluzione delle antinomie (gerarchia, cronologia, specialità, competenza)²¹⁵, vi era già una pluralità di ordinamenti e di fonti normative esterne che si affiancavano alle fonti interne ma non vi era - o non era ancora così sviluppata ed importante - la pluralità di centri applicativi, e cioè di *organi giurisdizionali operanti a vari livelli*

²¹⁴ Il principio (di per sé labile ed insicuro atteso che non è semplice stabilire *a priori* quale sia la norma più favorevole) della “*massima espansione della tutela dei diritti fondamentali*” - già desumibile dall'art. 53 CEDU (secondo cui, con riferimento ad un diritto fondamentale garantito anche dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, l'applicazione di questa non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa) ed oggi contemplato dall'art.53 della Carta di Nizza (secondo cui le disposizioni della Carta non possono interpretarsi come limitative dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali e dalle Costituzioni degli Stati membri) - è richiamato da varie sentenze della Corte Costituzionale, tra cui Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 317 e Corte Cost. 27 giugno 2012, n. 264, le quali, tuttavia, come si vedrà, stabiliscono criteri più precisi di risoluzione delle antinomie, che consentono di superare la labilità di tale principio.

²¹⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1984, 178 ss.

chiamati a fare applicazione delle medesime norme, poiché le (pressoché) uniche sentenze erano quelle della giurisdizione statale.

Oggi invece il giudice comune non solo è chiamato a risolvere le antinomie tra le norme poste dalle fonti interne e quelle poste dalle fonti esterne (e talora a fare diretta applicazione di queste ultime) ma deve tenere conto delle pronunce delle Corti sovranazionali, divenute sempre più importanti e numerose. Il tema del *rapporto tra fonti* (che evoca la presenza di un unico interprete posto dinanzi ad una pluralità di norme) sembra dunque superato dal tema del *rapporto tra Corti* (che evoca il dialogo tra giudici diversi sull'interpretazione ed applicazione delle medesime norme).

Chi scrive ritiene che entrambi i concetti vadano considerati e sviluppati in funzione della ricostruzione del sistema. Il tema del *rapporto tra le fonti* assume rilevanza soprattutto in relazione all'esigenza di armonizzazione tra fonti derivanti da ordinamenti diversi con i quali l'ordinamento statale si raccorda attraverso i meccanismi previsti dalla Costituzione. Il tema del rapporto tra le Corti assume rilevanza in funzione della valorizzazione dei meccanismi di dialogo tra i diversi organi giurisdizionali, ed in particolare dell'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 267 TFUE) e del parere consultivo che i giudici di ultima istanza potranno preventivamente richiedere alla Corte EDU, ai sensi del Protocollo n. 16 alla Convenzione EDU²¹⁶.

2. L'ordinamento statale e le fonti interne. Perdurante applicabilità dei criteri di gerarchia, cronologia e specialità

Per esigenze espositive consideriamo anzitutto isolatamente l'ordinamento statale e le fonti normative che promanano direttamente da esso, al di fuori della dinamica della pluralità degli ordinamenti distribuiti a livello sovranazionale o endostatale.

Le fonti promananti direttamente dall'ordinamento statale (Costituzione, leggi ed atti con forza di legge, regolamenti) continuano a porre rilevanti problemi per l'interprete (si pensi ad es. alle questioni cui dà luogo il controllo di costituzionalità sui decreti-legge e sui decreti legislativi

²¹⁶ Il protocollo n.16 è stato adottato dal Comitato dei Ministri nella seduta del 10 luglio 2013 ed aperto alla firma il 2 ottobre 2013. La sua entrata in vigore è subordinata alla ratifica di almeno 10 Stati membri del Consiglio d'Europa.

ovvero ai rapporti tra la potestà regolamentare e il principio di legalità) ma tra questi problemi non vi è quello dell'armonizzazione dei loro reciproci rapporti, che continuano ad essere regolati dai classici criteri della gerarchia, cronologia e specialità.

Sotto questo profilo qualche problema può sorgere unicamente con riguardo alla figura, relativamente nuova dopo la "privatizzazione" del pubblico impiego, dei contratti collettivi nazionali di lavoro pubblico stipulati secondo gli artt. 40 e ss. d.lgs. n. 165/2001.

Come è noto, con riguardo al rapporto di lavoro privato, la mancata attuazione dell'art.39 Cost., nella parte in cui prevede sindacati registrati con personalità giuridica e con possibilità di stipulare contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, esclude che i contratti collettivi postcorporativi o di diritto comune (a differenza di quelli corporativi: art.1 disp. prel. c.c.), possano essere considerati fonti del diritto oggettivo ed induce, invece, a qualificare gli stessi come meri atti di autonomia privata.

Questa ricostruzione non è automaticamente trasferibile nell'ambito del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Occorre infatti prendere atto che il d.lgs. n.165/2001 costruisce, per i contratti ed accordi collettivi deputati alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico, un sistema particolare, del tutto diverso e persino incompatibile con il sistema dei contratti collettivi di diritto comune.

In primo luogo, lo stesso decreto legislativo n. 165/2001 include i contratti e accordi collettivi stipulati secondo le norme di cui agli artt.40 ss. nel sistema delle fonti (art.2, comma 2).

In secondo luogo, il procedimento di contrattazione collettiva culmina, per lo meno limitatamente ai contratti ed accordi collettivi nazionali, con la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, con conseguente operatività del principio *iura novit curia* (art.47, comma 8).

In terzo luogo, infine, è contemplata la possibilità di ricorrere per cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme in essi contenute (art.63, comma 5).

Sulla base di questo sistema, si può sostenere l'opinione volta ad attribuire ai contratti collettivi nazionali deputati alla disciplina del lavoro pubblico la natura di vere e proprie fonti del diritto oggettivo.

Questa opinione, sebbene non sia stata affermata *expressis verbis*, sembra aver trovato ingresso sia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale²¹⁷ sia nella giurisprudenza della Corte di Cassazione²¹⁸.

L'inserimento dei contratti collettivi nazionali di lavoro pubblico nel sistema delle fonti del diritto non assume rilevanza meramente teorica e classificatoria, ma determina conseguenze concrete che assumono importanza determinante in sede applicativa.

Si pensi in primo luogo ai canoni da utilizzare ai fini dell'interpretazione delle norme contrattuali. Se si accede alla tesi secondo cui i contratti in esame sono fonti del diritto, l'interprete non deve applicare i criteri ermeneutici di cui agli artt.1362 s. c.c., pacificamente utilizzabili nell'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi di diritto privato, ma deve applicare l'art.12 disp. prel. c.c..

Si pensi ancora – e principalmente – al criterio da utilizzare ai fini della soluzione degli eventuali contrasti tra norma collettiva e norma di legge. La tradizionale qualificazione del contratto collettivo come atto negoziale induce necessariamente a fare riferimento alle classiche categorie dell'autonomia contrattuale (art.1322 c.c.) e della nullità (art.1418 c.c.). Precisamente, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge derogabile, la clausola deve reputarsi prevalente, in quanto le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto anche in deroga a norme dispositive, mentre, nell'ipotesi in cui la clausola collettiva sia in contrasto con una norma di legge cogente, la clausola deve reputarsi nulla per contrarietà a norma imperativa, dalla quale viene automaticamente sostituita (art.1419 c.c.).

²¹⁷ La Corte Costituzionale, chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale dell'art.64, comma 2, d.lgs. n.165/2001 (sull'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi), per contrasto con l'art. 3 Cost., sollevata sul presupposto dell'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile al lavoratore privato rispetto al pubblico dipendente, cui, per effetto di questa norma sarebbe riservato un trattamento peggiore, ha dichiarato infondata la questione medesima, sottolineando che *"le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego ... rendono evidente l'impossibilità di ritenere a priori irrazionali le peculiarità della disciplina del processo in cui quel contratto collettivo – ben diverso da quelli c.d. di diritto privato – deve essere applicato"*: Corte Cost..5 giugno 2003 n.199, in *Foro it.*, 2003, I, 2232.

²¹⁸ cfr. Cass. 16 settembre 2014 n. 19507: *"La conoscibilità della fonte normativa si attegna diversamente a seconda che si versi in un'ipotesi di violazione del contratto collettivo nazionale di lavoro privatistico rispetto a quella in cui le questioni attengano ad un contratto collettivo nazionale del pubblico impiego, atteso che, mentre in quest'ultimo caso il giudice procede con mezzi propri (secondo il principio "iura novit curia"), nel primo il contratto è conoscibile solo con la collaborazione delle parti, la cui iniziativa, sostanziandosi nell'adempimento di un onere di allegazione e produzione, è assoggettata alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio, che non vengono meno neppure nell'ipotesi di acquisizione giudiziale ex art. 425, quarto comma, c.p.c."*

Queste categorie non possono essere applicate in funzione della soluzione delle antinomie eventualmente sussistenti tra contratto collettivo deputato alla disciplina del lavoro pubblico e legge, una volta che il primo sia stato qualificato come fonte del diritto oggettivo. Coerentemente con tale qualificazione, l'antinomia tra norma contrattuale e norma legislativa deve infatti essere risolta facendo ricorso ai tradizionali criteri di raccordo tra le fonti. Quanto alla scelta del criterio da utilizzare, la mancanza di una norma sulle fonti (analogamente a quella contenuta nell'art.1 disp. prel. c.c., riferita alle norme corporative) che stabilisca la sussistenza di un rapporto di gerarchia tra le norme contrattuali e le norme di legge, impone di escludere il ricorso al criterio gerarchico, mentre la lettera dell'art.2, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n.165/2001, che espressamente utilizza la categoria dogmatica della "deroga", impone, ad avviso di chi scrive, di fare ricorso al criterio della *specialità* inquinato da quello della *competenza* ritenendo le norme contrattuali, in quanto riferite a particolari comparti dell'amministrazione o a particolari categorie di pubblici dipendenti, speciali (e dunque prevalenti) rispetto a quelle di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, se ciò sia espressamente previsto dalla legge stessa (art. 2 d.lgs. n. 165/2001 come modificato dalla L. 4 marzo 2009, n. 15 e dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

3. I raccordi con gli ordinamenti internazionali e sovranazionali e le modalità con le quali le fonti di questi ordinamenti diventano operanti nell'ordinamento statale. Raccordo con il diritto internazionale generale

Consideriamo ora l'ordinamento statale non più isolatamente ma unitamente alla pluralità degli altri ordinamenti giuridici che si distribuiscono su diversi livelli, ed in particolare in relazione a quelli che si pongono a livello sovranazionale. Attraverso i raccordi con l'ordinamento statale, le fonti proprie di questi ordinamenti diventano, «in un modo o in un altro»²¹⁹, operanti nell'ordinamento statale.

Il raccordo tra l'ordinamento statale e il diritto internazionale generale avviene sulla base dell'art. 10, primo comma, Cost., secondo il quale "*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*".

²¹⁹ A. PIZZORUSSO, *cit.*, 2642.

Sul piano strutturale la norma di diritto internazionale generale (o consuetudinario) richiede due requisiti costitutivi, quello oggettivo o materiale (*diuturnitas*: continua ripetizione di un certo comportamento da parte della generalità dei soggetti) e quello subiettivo o psicologico (*opinio iuris ac necessitatis*: convinzione che il comportamento sia giuridicamente doveroso). Le norme consuetudinarie obbligano tutti i soggetti (anche il c.d. *obiettore persistente*) e per questo si dicono “generali” a differenza delle norme dei trattati che obbligano solo gli Stati stipulanti. Tra le due fonti non vi è rapporto di gerarchia in quanto, sebbene la vincolatività dei trattati trovi fondamento nel diritto consuetudinario (in particolare, nella norma *pacta sunt servanda*), tuttavia le norme consuetudinarie e le norme convenzionali sono reciprocamente derogabili. Ciò pone un problema teorico in quanto le norme internazionali pattizie entrano nell’ordinamento dello Stato mediante il diverso raccordo costituito, come si vedrà, dalla disposizione contenuta nell’art. 117 Cost.. In base a questo raccordo assumono, nell’ordinamento interno, un rango sub-costituzionale, ma nell’ordinamento di provenienza sono in grado di derogare alle norme consuetudinarie le quali vengono poste, mediante il recepimento ex art. 10 Cost., su un rango equivalente a quello costituzionale. Alla regola della derogabilità ad opera delle norme pattizie fanno eccezione soltanto alcune norme consuetudinarie che, per essere poste a tutela di beni o valori ritenuti fondamentali dalla comunità internazionale nel suo insieme, sono riconosciute come imperative, o inderogabili (*Ius cogens*). Espressione di questo zoccolo duro sono i “*principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*” richiamati dall’art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che si riconducono ai principi universalmente accettati (ad es. il rispetto della dignità umana), evocati per sanzionare le violazioni gravi (*gross violations*) come genocidio, crimini di guerra, *apartheid*.

a) **Rapporti tra le norme internazionali generali e le norme Costituzionali.**

Si ritiene prevalentemente che il recepimento attraverso l’art. 10 Cost. attribuisca al diritto internazionale generale un rango equivalente a quello costituzionale. Al riguardo sono state prospettate due tesi: la prima tesi - cui ha aderito la Corte Costituzionale²²⁰ - ritiene che il *limite di ingresso* delle norme internazionali generali, alle quali l’ordinamento italiano si conforma ex art. 10 Cost., è costituito dai ***principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale*** e dai ***diritti***

²²⁰ v., ad es., Corte Cost. n. 48/1979 e Corte Cost. n. 73/2001.

inalienabili della persona, con la tutela dei quali le norme internazionali non possono contrastare; la seconda tesi afferma la **preminenza assoluta** delle norme internazionali generali che vengono proiettate in una dimensione supercostituzionale, sul rilievo che la regola dell'art. 10 non è limitabile in quanto con essa lo Stato semplicemente *si adegua* ad un principio dell'ordinamento internazionale²²¹.

Al riguardo si segnala la sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 2014.

Il Tribunale di Firenze aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della **norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per gli atti compiuti *iure imperii* nel territorio dello Stato del giudice adito**, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nella sentenza Germania c. Italia del 3 febbraio 2012, nella parte in cui comprende tra gli atti *iure imperii* sottratti alla giurisdizione di cognizione anche i crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, commessi in Italia e in Germania nei confronti di cittadini italiani nel periodo 1943-1945 dalle truppe del Terzo Reich.

La censura era stata formulata in riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., sul presupposto che, impedendo l'accertamento giurisdizionale e la valutazione della pretesa di risarcimento dei danni derivanti dalle gravi violazioni dei diritti fondamentali subite dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità, commessi da altro Stato, anche se nell'esercizio di poteri sovrani, la norma contrasterebbe con il principio di insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti, consacrato nell'art. 24 Cost., che rientrerebbe tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano e, quindi, costituirebbe un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute, ex art. 10 Cost., ed opererebbe come *controlimite* per le norme contenute nei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni e oggetto di leggi di adattamento.

Nel deliberare la questione la Corte ha statuito che:

a) spetta alla Corte Costituzionale verificare l'eventuale contrasto delle norme internazionali consuetudinarie con i *principi fondamentali* e i *diritti inviolabili* che, integrando principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato, costituiscono un limite all'ingresso per il diritto internazionale generale ex art. 10 Cost. e operano come *controlimiti*

²²¹ v. PIZZORUSSO, *cit.*, 2645, e, *ivi*, in particolare, nota 6.

rispetto alle norme promananti dai trattati istitutivi e dagli organi delle organizzazioni internazionali aventi gli scopi di cui all'art. 11 Cost.²²²;

b) tale verifica di compatibilità va fatta in base al *principio di conformità*, cioè avuto riguardo al significato della norma internazionale come interpretata dalla Corte Internazionale di Giustizia²²³;

c) nell'ipotesi in cui il risultato della verifica dia effettivamente conto di un insanabile contrasto, non vi è spazio per una declaratoria di illegittimità della norma internazionale. Non si tratta infatti di togliere dall'ordinamento una norma illegittima perché quella norma non è mai

²²² Corte Cost. 22 ottobre 2014, n.238, par. 3.1. del Considerato in diritto: *“Resta da verificare e risolvere il prospettato conflitto tra la norma internazionale da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, così come interpretata nell'ordinamento internazionale, norma che ha rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, primo comma, Cost., e norme e principi della Costituzione che con essa presentino elementi di contrasto tali da non essere superabili con gli strumenti ermeneutici. È ciò che si verifica con i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato e, quindi, con i principi che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona. In tali ipotesi spetta al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio”*; par. 3.2 del Considerato in diritto: *“Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un limite all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma, della Costituzione ed operino quali “controlimiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea. Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale. In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali”*.

²²³ Corte Cost. 22 ottobre 2014, n.238, par. 3.1. del Considerato in diritto: *“Dal thema decidendum sottoposto a questa Corte è stata esclusa dal giudice rimettente ogni valutazione sulla interpretazione da parte della CIG della norma internazionale consuetudinaria relativa all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati. D'altra parte, la Corte non potrebbe procedere ad un tale scrutinio. Si tratta, infatti, di una norma di diritto internazionale, dunque esterna all'ordinamento giuridico italiano, la cui applicazione da parte dell'amministrazione e/o del giudice, in virtù del rinvio operato nella specie dall'art. 10, primo comma, Cost., deve essere effettuata in base al principio di conformità, e cioè nell'osservanza dell'interpretazione che ne è data nell'ordinamento di origine, che è l'ordinamento internazionale. In questa occasione, la norma che interessa è stata interpretata dalla CIG, precisamente in vista della definizione della controversia tra Germania ed Italia, avente ad oggetto la giurisdizione del giudice italiano su atti imputabili alla RFG. Con la sentenza del 3 febbraio 2012, la CIG ha affermato che, allo stato, non si rinvenivano sufficienti elementi nella prassi internazionale per dedurre l'esistenza di una deroga alla norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti iure imperii relativa alle ipotesi, che ha ritenuto sussistenti nella specie, e come ammesso dalla stessa RFG, di crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona. La medesima Corte ha anche espressamente riconosciuto ... che il difetto di giurisdizione dei giudici italiani comporta un sacrificio dei diritti fondamentali dei soggetti che hanno subito le conseguenze dei crimini commessi dallo Stato straniero ed ha individuato, sul piano del diritto internazionale, nell'apertura di un nuovo negoziato il solo strumento per definire la questione. Ora, deve riconoscersi che, sul piano del diritto internazionale, l'interpretazione da parte della CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti iure imperii è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte”*.

entrata nell'ordinamento: il limite di ingresso ha operato nel senso di impedirne l'entrata. Dunque il giudice comune non deve applicarla. Ne deriva, per un verso, che il giudice comune deve adire la Corte Costituzionale perché la verifica del contrasto spetta ad essa; per altro verso, tuttavia, la questione di legittimità costituzionale va dichiarata infondata perché la norma censurata non è entrata nell'ordinamento²²⁴.

Nel merito, la Corte ha ritenuto che effettivamente, nella specie, la norma internazionale consuetudinaria rendesse manifesto il denunciato contrasto atteso che il diritto alla tutela giurisdizionale rientra tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. La tutela di questo diritto può subire limitazioni solo in presenza di un preminente interesse pubblico il quale può sussistere, con riguardo agli atti compiuti *iure imperii*, solo in relazione a quelli che costituiscono *legittimo esercizio della funzione sovrana nelle sue tipiche estrinsecazioni*, non anche in relazione a quelli che *degenerano in atti criminali contro l'umanità*. Dunque attraverso il rinvio dell'art. 10 Cost. la norma consuetudinaria è entrata solo in parte nell'ordinamento statale: è entrata nella parte in cui prevede l'immunità dalla giurisdizione per gli atti *iure imperii* che costituiscono legittimo esercizio della potestà sovrana, non anche per la parte che estende tale immunità agli atti che sono posti in essere *in violazione del diritto internazionale e dei diritti fondamentali della persona*²²⁵.

²²⁴ Corte Cost. 22 ottobre 2014, n.238, par. 3.4. del Considerato in diritto: “Una simile verifica si rivela, peraltro, indispensabile alla luce dell'art. 10, primo comma, Cost., il quale impone a questa Corte di accertare se la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili. Il verificarsi di tale ultima ipotesi, infatti, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale, con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata”.

²²⁵ Corte Cost. 22 ottobre 2014, n.238, par.3.4. del Considerato in diritto: “Fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 ... In una meno remota occasione, questa Corte non ha esitato ad ascrivere il diritto alla tutela giurisdizionale tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”. ... “Questa Corte ha riconosciuto che nei rapporti con gli Stati stranieri il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale possa subire un limite ulteriore rispetto a quelli imposti dall'art. 10 Cost. Ma il limite deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale”. ... “L'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati, se ha un senso, logico prima ancora che giuridico, comunque tale da giustificare, sul piano costituzionale, il sacrificio del principio della tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili garantito dalla Costituzione, deve collegarsi - nella sostanza e non solo nella forma - con la funzione sovrana dello Stato straniero, con l'esercizio tipico della sua potestà di governo”. ... “L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano consentita dagli artt. 2 e 24 Cost. protegge la funzione, non anche comportamenti che non attengono

4. Raccordo con gli ordinamenti sopranazionali cessionari di sovranità che perseguono gli obiettivi di cui all'art. 11 Cost. L'ordinamento dell'Unione europea

Il raccordo con questi ordinamenti (ONU, Unione europea) avviene sulla base dell'art. 11 Cost., secondo il quale *l'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*²²⁶.

Le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea pongono norme *direttamente efficaci* nello Stato ma restano fonti estranee all'ordinamento statale; esse includono i *trattati istitutivi e modificativi*, i *regolamenti*, le *direttive*, le *sentenze della Corte di giustizia*. Queste ultime, in particolare, sono fonti non in quanto producono nuove norme, ma in quanto chiariscono il significato di quelle esistenti con efficacia non limitata al processo in cui sono rese ma estesa *ultra partes* ed *erga omnes*. Esse inoltre sono *retroattive*, cioè si applicano sin dal momento in cui è entrata in vigore la norma comunitaria di cui chiariscono il significato, salvo che la stessa Corte ne escluda la retroattività.

a) Rapporti tra norme di legge interna e norme UE.

Per effetto dell'art. 11 Cost. le norme poste dalle fonti dell'ordinamento dell'UE acquistano efficacia obbligatoria *diretta* nell'ordinamento nazionale. Esse assumono *preminenza*

all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili, come riconosciuto, nel caso in esame, dalla stessa CIG". Par. 3.5. del Considerato in diritto: *"Tale contrasto, laddove la norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati comprende anche atti ritenuti iure imperii in violazione del diritto internazionale e dei diritti fondamentali della persona, impone a questa Corte di dichiarare che rispetto a quella norma, limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da atti corrispondenti a violazioni così gravi, non opera il rinvio di cui al primo comma dell'art.10 Cost. Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto. La questione prospettata dal giudice rimettente con riguardo alla norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati è, dunque, non fondata, considerato che la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva".*

²²⁶ v. PIZZORUSSO, *cit.*, 2650; L.A. SCARANO, *L'interpretazione conforme al diritto dell'UE nella giurisprudenza civile di legittimità*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2015, 190; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AIC, 2017.

rispetto alle norme di legge interna, in virtù del *primato* del diritto comunitario, con il solo limite dei *principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale* e dei *diritti inviolabili della persona* (cc.dd. *controlimiti*).

Il giudice nazionale deve verificare d'ufficio la compatibilità delle norme del diritto interno con quelle del diritto comunitario, procedendo, ove riscontri una antinomia, in primo luogo ad interpretare le prime *in conformità* alle seconde, eventualmente promuovendo (ma se si tratta del giudice nazionale di ultima istanza sussiste un vero e proprio obbligo in tal senso), il *rinvio pregiudiziale* ex art. 267 TFUE. Ove l'interpretazione conforme non sia possibile e l'antinomia non sia componibile, il giudice non deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 11 Cost. ma deve direttamente applicare la norma europea con contestuale *disapplicazione* della norma nazionale contrastante. La questione di legittimità costituzionale va peraltro sollevata nell'ipotesi in cui la norma europea non sia direttamente efficace²²⁷.

b) Rapporti tra norme UE e norme costituzionali.

Nel momento in cui entra, attraverso l'art. 11 Cost., nell'ordinamento statale, il diritto europeo prevale sul diritto interno in ragione della *preminenza* del diritto comunitario.

Secondo il tradizionale orientamento della Corte Costituzionale, tuttavia, il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento sovranazionale è costituito, come per il diritto internazionale generale recepito ex art. 10 Cost., dal rispetto dei *diritti fondamentali* e dei *diritti inviolabili dell'uomo*²²⁸.

Questi principi, mentre costituiscono un *limite* all'ingresso delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10 Cost.²²⁹, operano invece come *controlimiti* all'ingresso delle norme dell'Unione europea,

²²⁷ Tra le tante, Corte Cost. 19 aprile 1985, n. 113; Corte Cost. 8 aprile 1991, n. 168; Corte Cost. 12 marzo 1999, n. 85; Corte Cost. 12 maggio 2010, n. 227.

²²⁸ Corte Cost. 27 dicembre 1973, n. 183; Corte Cost. 8 giugno 1984, n. 170; Corte Cost. 21 aprile 1989, n. 232; Corte Cost. 18 dicembre 1995, n. 509.

²²⁹ V. la sopra esaminata Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 238.

rappresentando gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla possibilità di revisione costituzionale²³⁰.

Ne deriva che nell'ipotesi - improbabile ma pur sempre astrattamente possibile - di contrasto di una norma europea con tali principi, il giudice deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dei Trattati, per la sola parte in cui essa consente l'ingresso di quella norma incompatibile con gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale²³¹.

Nel tema dei rapporti tra norme UE e norme costituzionali rientra la questione, di grande attualità nel diritto civile, relativa alla **legittimità delle limitazioni normative del risarcimento del danno alla persona**, liquidato ormai sotto la voce *unitaria* di danno non patrimoniale²³², che, in quanto danno derivante da lesioni di interessi insuscettibili di valutazione economica, deve necessariamente essere determinato con criterio equitativo (art. 1226 c.c.)²³³.

I criteri attualmente utilizzati per l'esercizio del potere giudiziale di liquidazione equitativa del danno alla persona sono costituiti dalle tabelle giudiziali e, per le lesioni derivanti da sinistri stradali, dalle tabelle ministeriali emesse in base agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005, le quali, pur prevedendo percentuali di personalizzazione in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato nel caso concreto, fissano tuttavia un limite massimo.

Un limite massimo stabilisce altresì il d.d.l. recante "*Modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale*", già approvato dalla Camera dei deputati ed attualmente all'esame della Commissione giustizia del Senato (AS 2755; AC 1063).

Questo disegno di legge, precisamente, prevede l'introduzione, dopo l'art. 84 delle disposizioni di attuazione del codice civile, di un'ulteriore norma (l'art. 84 *bis*), la quale dovrebbe

²³⁰ L.A. SCARANO, *cit.*, 200.

²³¹ Tra le molte decisioni della Corte Costituzionale sul tema v., da ultimo, Corte Cost., Ord. 26 gennaio 2017, n.24, sul famoso Caso Taricco: "*Il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi*".

²³² Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008 n.26972 e succ.

²³³ Sul tema v., diffusamente, L.A. SCARANO, *cit.*, 210.

prevedere, al primo comma, i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'integrità psico-fisica e di quello derivante dalla perdita di un rapporto di tipo familiare, attraverso il rinvio alle tabelle contenute negli allegati alle medesime disposizioni, da aggiornarsi annualmente con decreto del Ministro della salute; mentre, al secondo comma, dovrebbe prevedere che l'ammontare del danno così liquidato «può essere aumentato dal giudice in misura non superiore al 50 per cento con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato».

La previsione legislativa di un limite massimo alla liquidazione giudiziale del danno alla persona certamente collide con il principio del *danno effettivo*, alla stregua del quale il risarcimento deve coprire *integralmente* il pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito.

Si discute peraltro se tale principio abbia copertura costituzionale.

Mentre la dottrina appare divisa²³⁴, la Corte Costituzionale ha dato soluzioni diversificate che sembrano lasciare il problema aperto:

a) *Coste Cost. 28 ottobre 2011, n. 157* ha dichiarato inammissibile per *carezza di prospettazione* la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni private, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 76 Cost., nella parte in cui tale norma, prevedendo un risarcimento del danno biologico basato su rigidi parametri fissati da tabelle ministeriali, non consentirebbe di giungere ad un'adeguata personalizzazione del danno;

b) *Corte Costituzionale 6 maggio 1985, n. 132* ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 2 Cost., della legge di esecuzione della Convenzione di Varsavia sul trasporto aereo internazionale del 1929, nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. 22 della Convenzione medesima, che prevede limitazioni alla responsabilità del vettore per i danni subiti dai passeggeri. Premesso che il legislatore deve soddisfare le esigenze di contemperamento tra la tutela del diritto al risarcimento integrale, quando il bene leso dal sinistro è l'incolumità fisica o la vita (che trova copertura costituzionale nell'art. 2 Cost.) e quella dell'iniziativa economica connessa con il traffico aereo, la quale riveste indubbia e crescente utilità sociale, ed è anch'essa costituzionalmente protetta, fin dove giunge la garanzia dell'art. 41 Cost. - e premesso pertanto che in tale

²³⁴ in senso positivo, L.A. SCARANO, *cit.*, 210, e G. TRAVAGLINO, *Il futuro del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2011, 117; in senso negativo, tra gli altri, G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. BUSSANI, Napoli, 2006, 67 e ss.

prospettiva la limitazione della responsabilità del vettore si appalesa giustificata solo in quanto siano al tempo stesso predisposte adeguate garanzie di certezza od adeguatezza per il ristoro del danno - la Corte ha rilevato che le limitazioni risarcitorie previste dalla Convenzione di Varsavia, risalente al 1929, stipulata in un'epoca in cui l'industria del trasporto aereo, ancora all'inizio ed esposta a sensibile rischio, richiedeva adeguate misure protettive, non costituiscono strumento adeguato a soddisfare le predette esigenze e si traducono in una previsione ingiustificata nella quale difetta del tutto la tutela del danneggiato²³⁵;

c) *Corte Cost. 16 ottobre 2014, n.235* ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del codice delle assicurazioni, sul rilievo che l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno, attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica, lascia spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle, che può essere maggiorato di un quinto avuto riguardo alle condizioni soggettive del danneggiato.

Con questa sentenza la Corte Costituzionale ha espressamente richiamato la pronuncia della *Corte di Giustizia 23 gennaio 2014 C371/12*, emessa in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la quale aveva affermato la conformità alle direttive europee che regolano la materia dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile dalla circolazione di autoveicoli, della legislazione nazionale volta a stabilire *“un particolare sistema di risarcimento dei danni morali derivanti da lesioni corporali di lieve entità causate da sinistri stradali, che limita il risarcimento di tali danni rispetto a quanto ammesso in materia di risarcimento di danni identici risultanti da cause diverse da detti sinistri”*.

La circostanza che al problema dell'eventuale copertura costituzionale del principio dell'integralità del risarcimento del danno alla persona non è stata data ancora una risposta definitiva da parte del giudice delle leggi, apre alla possibilità che la questione sia nuovamente sottoposta alla Corte Costituzionale, specie se dovesse entrare in vigore il nuovo disegno di legge

²³⁵ *“La disciplina censurata – conclude la Corte – non è più sorretta dalle ragioni sottostanti all'originario assetto della Convenzione di Varsavia, e non è, d'altra parte, compensata, o accompagnata, da alcuna misura ... in punto di salvaguardia della pretesa risarcitoria. Nei termini in cui essa è configurata, la norma che di fronte alle lesioni corporee e addirittura, come qui accade, di fronte alla perdita della vita umana, esclude il ristoro integrale del danno non è assistita da un idoneo titolo giustificativo. Occorre quindi concludere che essa lede la garanzia eretta dall'art. 2 Cost. a presidio inviolabile della persona”*.

volto a prevedere un tetto massimo in via generale, senza avere riguardo alle particolari circostanze del caso concreto.

La norma volta a prevedere una siffatta limitazione, in grado di pregiudicare la riparazione integrale del pregiudizio all'integrità psico-fisica della persona, potrebbe infatti essere ritenuta in contrasto con l'art. 2 Cost. in quanto lesiva della *dignità della persona umana*²³⁶.

Essa, dunque, non solo sarebbe costituzionalmente illegittima ma si porrebbe in collisione con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e cioè con un principio che opera come *controlimite* all'ingresso delle norme dell'Unione europea.

Si porrebbe allora il problema dell'eventuale contrasto tra la disciplina di diritto comunitario che trova fondamento nella decisione della Corte di Giustizia e nelle Direttive in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile da circolazione stradale e la tutela assicurata da un principio costituzionale fondamentale.

5. Raccordo con il diritto internazionale pattizio. La Convenzione europea dei diritti umani (CEDU)

Il raccordo tra l'ordinamento statale e il diritto internazionale pattizio avviene sulla base dell'art. 117, primo comma, Cost., secondo il quale *la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*²³⁷.

a) Rapporti tra norme di legge interna e norme CEDU.

La nuova formulazione dell'art.117 Cost. impone che la potestà legislativa venga esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Per effetto di questa previsione, le norme di diritto internazionale pattizio, ed in particolare quelle della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle Libertà Fondamentali (Convenzione EDU), hanno assunto la natura di *regole interposte* tra la legge e il parametro costituzionale che sono deputate ad integrare. In ragione di ciò, le eventuali antinomie tra norme interne e norme convenzionali non sono più regolate dal mero *criterio cronologico* di raccordo tra

²³⁶ L.A. SCARANO, *cit.*, 210.

²³⁷ V. PIZZORUSSO, *cit.*, 2646.

le fonti del diritto²³⁸, ma dal diverso criterio in base al quale la prevalenza spetta sempre alla norma della convenzione, con la conseguenza che, sebbene al giudice non sia consentito procedere all'applicazione diretta di quest'ultima, tuttavia egli è tenuto ad interpretare le norme di diritto interno in senso conforme alle norme convenzionali, e, nei casi in cui l'interpretazione conforme non risulti possibile, a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione del citato parametro costituzionale, come integrato dalla norma convenzionale²³⁹.

Il sistema non è mutato successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) con cui sono stati modificati il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già trattato istitutivo della Comunità Europea), in quanto la Corte Costituzionale non ritiene, allo stato, che l'avvenuta "comunitarizzazione" della Convenzione EDU – operata mediante il riconoscimento (art.6, par.1, nuova formulazione, del Trattato sull'Unione Europea) dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza)²⁴⁰ – consenta di ricondurre le norme della

²³⁸ Il criterio cronologico, operante tra fonti di pari grado e fondato sulla prevalenza della fonte successiva rispetto alla precedente, era stato tradizionalmente ritenuto applicabile ai rapporti tra norme di legge interna e norme della Convenzione Europea dei Diritti Umani, sul presupposto che queste ultime, avendo natura di norme di diritto internazionale pattizio, non trovassero una copertura costituzionale né nell'art.10 della Costituzione (riferibile esclusivamente alle norme di diritto internazionale consuetudinario) né nell'art.11 della Costituzione (la cui operatività presuppone una limitazione di sovranità nazionale non riscontrabile nella mera attuazione di un trattato) ed assumessero pertanto il medesimo rango della legge di esecuzione (v., per tutte, Corte Cost. 22 dicembre 1980, n.188).

²³⁹ Cfr. Corte Cost.24 ottobre 2007 n.348, la quale, al par. 3.3. del Considerato in diritto, ribadisce la differenza tra le norme di fonte comunitaria (che trovano copertura costituzionale nell'art.11 Cost. e che sono dunque suscettibili di diretta applicazione in tutti gli Stati membri) e le norme della CEDU, le quali, *"pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto"* ; cfr., inoltre, Corte Cost. 24 ottobre 2007 n.349, par. 6.2 del Considerato in diritto: *"al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art.117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione"*. Nello stesso senso Corte Cost.26 novembre 2009 n.311, par. 6 del Considerato in diritto: *"Nel caso si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della convenzione europea, il giudice comune deve ... procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto ed avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica ... Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante ... deve sollevare la questione di costituzionalità ... con riferimento al parametro dell'art.117, primo comma, Cost."*.

²⁴⁰ Precisamente, il "nuovo" art.6, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea, come sostituito dal Trattato di Lisbona, recita: *"l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali"*

Convenzione sotto la copertura dell'art.11 Cost., e di accedere conseguentemente alla possibilità di una loro diretta applicazione da parte del giudice nazionale, con contestuale disapplicazione della norma interna contrastante²⁴¹.

Il significato da attribuire alle norme della CEDU (in funzione della soluzione delle eventuali antinomie con le regole di diritto interno attraverso l'interpretazione conforme e, quale *extrema ratio*, attraverso l'eccezione di illegittimità costituzionale) non è quello che risulta dal testo normativo in sé considerato, ma quello che esse assumono nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, quale organo giurisdizionale deputato a fornirne l'esatta interpretazione²⁴².

Un concreto esempio di interpretazione conforme si ravvisa nella lettura fornita da Cass. 7 giugno 2011 n.12408 dell'art. 1226 c.c. in tema di **liquidazione equitativa del danno**.

Con la sentenza 13 settembre 2011, Z. v. Serbia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sancito che profonde e persistenti incertezze negli orientamenti interpretativi di un organo giurisdizionale sono idonee a ledere il diritto ad un equo processo garantito dall'art.6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Dinanzi ad un ricorso proposto da un cittadino serbo, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che *“per quanto un certo grado di difformità nell'interpretazione giurisprudenziale possa essere considerato un tipico connotato di ogni sistema giudiziario distribuito, come quello serbo, in una fitta rete di differenti organi giudiziari di primo e secondo grado, nel caso di specie le divergenti interpretazioni promanavano dalla medesima Autorità giudiziaria (la Corte distrettuale di Belgrado) e si traducevano nella differente soluzione di casi identici portati alla sua attenzione”* (§ 44-47). In piena sintonia con tale giudizio, la Corte di cassazione, con la sentenza 7 giugno

dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

I “nuovi” parr. 2 e 3 del predetto art.6 del Trattato sull'Unione Europea, come sostituito dal Trattato di Lisbona, confermano la previsione, secondo cui “l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

²⁴¹ Cfr. Corte Cost.11 marzo 2011, n.80; Corte Cost. 7 aprile 2011, n.113; Corte Cost. 22 luglio 2011, n.236.

²⁴² La sentenza n.348/2007 parla *“di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte Europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia”* (par. 4.6 del Considerato in diritto), mentre la sentenza n.349/2007 precisa che *“la definitiva uniformità di applicazione è garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima”* (par. 6.2 del Considerato in diritto).

2011 n.12408, in sede di interpretazione dell'art. 1226 c.c., prendendo le mosse da una nozione di equità, intesa non solo, tradizionalmente, come criterio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno (e dunque come criterio liquidatorio volto a garantire una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto), ma anche come regola volta ad assicurare uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, ha ritenuto che la predetta uniformità di trattamento è garantita dal riferimento al criterio di liquidazione predisposto dalle Tabelle milanesi elaborate a partire dal 2009, già ampiamente diffuso sul territorio nazionale, al quale deve quindi riconoscersi, in via generale, ai sensi dell'art.3 Cost., la valenza di parametro di conformità della valutazione equitativa operata dal giudice alle disposizioni di cui agli artt.1226 e 2056 c.c., salva la sussistenza, in concreto, di circostanze idonee a giustificare il ricorso ad un criterio diverso. L'ingiustificata applicazione di altro criterio liquidatorio, comportante una quantificazione di minore entità, può dunque essere fatta valere nel giudizio di legittimità come vizio di violazione di legge, sempre che la questione sia stata già posta nel giudizio di merito, dapprima mediante tempestivo deposito in atti delle tabelle milanesi (ove il giudizio sia celebrato in un ufficio giudiziario diverso da quelli in cui esse tabelle sono già comunemente adottate), e successivamente mediante specifico motivo di ricorso in appello, con il quale sia stata proposta espressamente la doglianza circa la mancata applicazione del criterio liquidatorio previsto dalle tabelle medesime.

b) Rapporti tra norme CEDU norme costituzionali.

Dalla circostanza che il significato delle norme CEDU non può che essere quello da esse assunto nelle pronunce della Corte di Strasburgo, derivano implicazioni nell'ipotesi - eccezionale ma pur sempre possibile - di contrasto tra le norme convenzionali e le norme costituzionali. Con riguardo a questa ipotesi, infatti, la Corte Costituzionale, dopo aver chiarito che la regola di diritto internazionale interposta non può evidentemente prevalere su quella della Costituzione²⁴³, ha

²⁴³ Cfr. Corte Cost.24 ottobre 2007 n.348, par. 4.7 del Considerato in diritto: *“L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta”*.

escluso che il giudice comune possa ricorrere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma convenzionale, attribuendole un contenuto diverso da quello assegnatole dalla giurisprudenza di Strasburgo, ed ha concluso che l'unica strada è quella del giudizio di legittimità costituzionale della legge di esecuzione²⁴⁴.

Il contrasto tra norma CEDU e norma costituzionale può anzitutto manifestarsi nell'ipotesi in cui l'interpretazione conforme a CEDU della norma di legge interna conduca ad un risultato incostituzionale (la norma di legge interna, così interpretata, appare conforme alla CEDU ma in contrasto con uno o più parametri costituzionali). Più analiticamente, in questa ipotesi: esiste un diritto vivente in base al quale una norma interna viene interpretata in un certo modo ritenuto conforme a Costituzione. Interviene una sentenza della Corte di Strasburgo che attribuisce un certo significato ad una norma CEDU imponendo al giudice comune di interpretare la norma di diritto interno in senso conforme a quel significato ed in contrasto con il diritto vivente. L'interpretazione imposta dalla necessità di adeguare la norma interna alla norma CEDU, ai sensi dell'art. 117 Cost., conduce peraltro ad un risultato interpretativo illegittimo in relazione ad altri parametri costituzionali che tutelano interessi da ritenersi prevalenti, nel giudizio di

²⁴⁴ Cfr. ancora Corte Cost.24 ottobre 2007 n.348, par. 4.7 del Considerato in diritto: *“Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”*. Cfr. ancora Corte Cost.26 novembre 2009 n.311, par. 6 del Considerato in diritto: *“Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte Costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art.117, primo comma, Cost.; e non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta allo stato l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento”*. In Corte Cost.4 dicembre 2009 n.317, cit., il sistema viene così riassunto, in motivazione, par. 7 del Considerato in diritto: *“Il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è il frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art.32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte Costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale”*.

bilanciamento, rispetto a quello tutelato dall'art. 117 Cost. come integrato dalla norma convenzionale. Con riguardo a questa ipotesi, la Corte Costituzionale:

a) anzitutto ha avvertito che il giudice nazionale, nel procedere ad interpretazione conforme, non è vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo ma invece alle sole sentenze costituenti "*diritto consolidato*" o alle "*sentenze pilota*" in senso stretto;

b) in secondo luogo ha ribadito la necessità che il dubbio di costituzionalità derivato dal raffronto tra le regole convenzionali e la Costituzione venga prospettato con riferimento alla *legge nazionale di adattamento* e non con riferimento alla norma interna nel significato che assumerebbe attraverso l'interpretazione conforme alla CEDU²⁴⁵.

Il contrasto tra norma CEDU e norma costituzionale può poi manifestarsi **nell'ipotesi di una norma di legge interna, conforme a Costituzione, irriducibilmente contrastante con la CEDU**. Attraverso la norma di legge interna trovano tutela uno o più interessi costituzionalmente rilevanti; la norma CEDU consente la tutela di un interesse che diviene costituzionalmente rilevante ex art. 117 Cost. nel momento in cui essa integra il parametro costituzionale. Non è possibile l'interpretazione conforme della norma interna alla CEDU sicché uno degli interessi

²⁴⁵ Corte Cost. n. 49/2015: "*La questione è ... inammissibile per l'erroneità del presupposto interpretativo secondo cui il giudice nazionale sarebbe vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo e non, invece, alle sole sentenze costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto*". E ancora: "*Il dubbio di costituzionalità, derivato dall'interpretazione della norma impugnata alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Varvara c. Italia) e conseguente alla determinazione di un assetto che garantirebbe la massima protezione del diritto di proprietà a fronte del sacrificio di principi costituzionali di rango superiore, avrebbe dovuto essere prospettato con riferimento alla legge nazionale di adattamento, risultando inconferente il riferimento alla norma censurata. Il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU è subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU. Nelle ipotesi in cui non sia possibile percorrere tale via, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana e sia perciò tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento*". Nella specie era stata prospettata l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), impugnato, in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui - interpretato conformemente alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ed in contrasto con il diritto vivente - vieterebbe di applicare la confisca urbanistica nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, dovendo la stessa essere qualificata come "pena", ai sensi dell'art. 7 CEDU e potendo quindi essere irrogata solo in caso di condanna penale. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione sia per l'erroneità della premessa interpretativa, che garantisce la massima protezione del diritto di proprietà con il sacrificio di principi costituzionali di rango superiore; sia per l'erroneità del presupposto interpretativo secondo cui il giudice nazionale sarebbe vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo e non, invece, alle sole sentenze costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto; sia, infine, per inconferenza della norma censurata e per difetto di motivazione sulla rilevanza, sul presupposto che il dubbio di costituzionalità avrebbe dovuto essere prospettato con riferimento alla legge nazionale di adattamento, non con riguardo alla norma ritenuta illegittima per effetto dell'interpretazione conforme a CEDU.

costituzionalmente rilevanti in conflitto deve essere sacrificato. Si pone dunque il problema se debba essere espunta dall'ordinamento la norma interna irriducibilmente in contrasto con la CEDU.

In questa ipotesi la Corte Costituzionale:

a) anzitutto ha ribadito che il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*. Previo richiamo all'art. 53 CEDU (secondo cui l'interpretazione delle disposizioni convenzionali non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali), si è affermato che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa;

b) inoltre ha precisato che nel concetto di massima espansione della tutela dei diritti fondamentali deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario *bilanciamento* con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. In altre parole, l'esigenza di massima espansione della tutela di singoli diritti potrebbe collidere con la necessità del loro bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti ai quali debba essere data prevalenza. Il compito di tale bilanciamento spetta alla Corte Costituzionale la quale deve assicurare una *tutela dei diritti fondamentali di tipo sistemico e non frazionato*. Sebbene non possa sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo (ciò che determinerebbe l'indebito superamento dei confini delle proprie competenze) il giudice delle leggi è tuttavia tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di *bilanciamento*,

secondo le ordinarie operazioni cui la Corte Costituzionale è istituzionalmente chiamata in tutti i giudizi di sua competenza²⁴⁶.

²⁴⁶ Cfr. Corte Cost. n. 264/2012: “*Il richiamo al << margine di apprezzamento >> nazionale - elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea - deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*”.

La sentenza è stata emessa a conclusione di una vicenda che aveva riguardato alcuni cittadini italiani, i quali avevano vissuto e lavorato per molti anni in Svizzera prima di andare in pensione in Italia. Al loro ritorno in Italia l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) aveva deciso di rimodulare i loro diritti a pensione per tenere conto dei bassi contributi che essi avevano pagato quando lavoravano in Svizzera (dove i contributi ammontavano all'8 per cento del salario, contro il 32,7 per cento in Italia). I lavoratori avevano dunque instaurato procedimenti per contestare tale metodo di calcolo dei loro diritti a pensione, ma su tali procedimenti era intervenuta la legge n. 296 del dicembre 2006, la quale aveva dato sostegno alla interpretazione data dall'INPS alla legislazione pertinente. (L'art 1, c. 777, della legge n. 296 del 2006, aveva previsto che “L'articolo 5, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1968, n. 488, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che, in caso di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la **retribuzione pensionabile** relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l'importo dei contributi trasferiti per cento e dividendo il risultato per l'aliquota contributiva per invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui i contributi si riferiscono. Sono fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della presente legge”).

La disposizione contenuta nella legge n. 296 del 2006 - che aveva consentito all'INPS di chiudere vittoriosamente le vertenze con i lavoratori - aveva superato il vaglio di costituzionalità (v. sent. n. 172 del 2008). La Corte di Strasburgo ha invece ritenuto che, benché non sia precluso al legislatore di disciplinare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio di preminenza del diritto e la nozione di processo equo contenuti nell'articolo 6 impediscono, tranne che per impellenti motivi di interesse generale, ogni ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite. La Corte europea ha dunque affermato che lo Stato italiano aveva violato l'art. 6 par. 1 CEDU, essendo intervenuto con una norma *ad hoc* al fine di assicurarsi un esito favorevole nei giudizi di cui era parte.

Dinanzi a tale sentenza la Sezione lavoro della Corte di cassazione ha nuovamente sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 777, della legge n. 296 del 2006, per contrasto con l'art. 117 Cost. come integrato dall'art. 6 CEDU.

La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione statuendo: “*Va dichiarata la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), sollevata dalla Corte di cassazione, sezione lavoro, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'evoluzione legislativa sulla questione delle cosiddette "pensioni svizzere" ha avuto molteplici tappe, l'ultima della quali è rappresentata dall'intervento della Corte EDU, la quale, con la sentenza del 31 maggio 2011, resa nel caso Maggio ed altri contro Italia, ha ritenuto che con tale disposizione lo Stato italiano abbia violato i diritti dei ricorrenti intervenendo in modo decisivo per garantire che l'esito del procedimento in cui esso era parte gli fosse favorevole. È proprio sulla base delle argomentazioni della citata sentenza Maggio che il rimettente sospetta ora la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU come interpretato dalla pronuncia medesima. Dai principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale in ordine alla efficacia e al ruolo delle norme CEDU chiamate ad integrare il parametro dell'articolo 117, primo comma, Cost., a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, si desume che la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele. Nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, anche in questo caso è*

5. I Raccordi con gli ordinamenti che si collocano all'interno di quello dello Stato.

L'ordinamento regionale

Consideriamo ora l'ordinamento statale in relazione agli ordinamenti giuridici che si distribuiscono a livello endostatale. Questi ordinamenti si distinguono in pubblici e privati²⁴⁷. Tra quelli pubblici assumono specifica rilevanza gli enti territoriali e, tra essi, in particolare, le regioni, dotate di potestà legislativa.

Alla stregua della teoria della pluralità degli ordinamenti, l'ordinamento regionale, analogamente agli ordinamenti sovranazionali e internazionali, dovrebbe reputarsi distinto rispetto a quello dello Stato e pertanto le fonti di tale ordinamento non dovrebbero ritenersi fonti del diritto

*chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ricorso che appare giustificato perché trattandosi di una normativa previdenziale essa garantisce il rispetto dei principi di **uguaglianza** e di **solidarietà**, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali".* Detto in altri termini: "Nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, come dianzi chiarito, anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla **corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate**, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81 della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni. ... La legge n. 296 del 2006 persegue un interesse pubblico, quello di fornire un metodo di calcolo della pensione armonizzato, al fine di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato, evitando che i ricorrenti possano beneficiare di vantaggi ingiustificati, e che il sacrificio subito da costoro non è tale da pregiudicare i diritti pensionistici nella loro essenza, avendo essi perso solo un ammontare parziale della pensione. ... A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata. E ciò anche considerando, a contrario, che una declaratoria che non fosse di infondatezza della questione, e che espungesse, quindi, la norma censurata dall'ordinamento, inciderebbe necessariamente sul regime pensionistico in esame, così contraddicendo non solo il sistema nazionale di valori nella loro interazione, ma anche la sostanza della decisione della Corte EDU di cui si tratta, che ha negato accoglimento alla domanda dei ricorrenti di riconoscimento del criterio di calcolo della contribuzione ad essi più favorevole. Conclusivamente, la questione di legittimità costituzionale sollevata con l'ordinanza in epigrafe deve essere dichiarata non fondata".

²⁴⁷ A. PIZZORUSSO, cit., 2656.

statale ma fonti operanti nell'ordinamento dello Stato in virtù del raccordo tra questo ordinamento e quello regionale²⁴⁸.

La Corte di Cassazione è peraltro orientata diversamente.

Investita della questione se sia possibile configurare una responsabilità dell'ente regione per i danni conseguenti all'approvazione di una legge regionale contenente norme dichiarate incostituzionali per violazione della potestà legislativa statale, come prefigurata dall'art. 117, secondo comma, Cost., la Suprema Corte ha infatti ritenuto che non è estensibile ai rapporti tra legislazione regionale e ordinamento statale, lo schema ricostruttivo proprio dei rapporti tra legislazione statale e ordinamento comunitario, che consente di individuare - alla luce della nota giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁴⁹ - una responsabilità dello Stato nell'ipotesi di violazione, attraverso i propri organi legislativi, dei vincoli derivanti dal diritto europeo.

Movendo dal rilievo che in questa fattispecie (ad es. nel caso classico di omessa o tardiva trasposizione di direttive) al diritto degli interessati alla rifusione del danno conseguente alla violazione del diritto dell'Unione europea, fa riscontro un'obbligazione dello Stato che è di carattere indennitario per l'ordinamento interno (alla stregua del quale l'attività omissiva dello Stato non assume carattere antiggiuridico e dà pertanto luogo ad una responsabilità da atto lecito) e, invece, di carattere risarcitorio per l'ordinamento comunitario (alla stregua del quale l'omissione dell'organo statale è suscettibile di essere qualificata come antiggiuridica, stante la primazia di tale ordinamento rispetto a quello del singolo Stato membro), la Corte di Cassazione, ha osservato che, non sussistendo tra l'ordinamento regionale e quello statale la distinzione che esiste tra l'ordinamento statale e l'ordinamento europeo (con il consequenziale rapporto di preminenza del secondo sul primo), non è neppure ipotizzabile la predetta duplicità di valutazione della condotta omissiva del legislatore regionale, la quale non può che essere valutata come atto lecito, suscettibile quindi di essere sindacata attraverso il giudizio di costituzionalità ma non anche di dar vita ad una obbligazione risarcitoria.

La non configurabilità di una responsabilità dell'ente regione per violazione della potestà legislativa statale troverebbe dunque fondamento, in ultima analisi, nell'impossibilità di

²⁴⁸ V. A. PIZZORUSSO, *cit.*, 2653 s., il quale parla di ordinamenti operanti all'interno di quello dello Stato, dotati di poteri normativi autonomi rispetto all'ordinamento statale con cui si trovano in rapporto.

²⁴⁹ Corte di giustizia, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90 *Francovich e a.*; Corte di giustizia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*; Corte di giustizia, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*.

considerare l'ordinamento statale e quello regionale come ordinamenti distinti, dovendosi invece ritenere che essi si stemperano nell'unitarietà dell'ordinamento nazionale²⁵⁰.

I rapporti tra le fonti regionali e quelle statali - entrambi aventi, sul piano gerarchico, la forza e il valore di legge primaria - sono regolati dal criterio della *competenza*, in quanto la Costituzione assegna talune materie alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, Cost.), altre alla potestà ripartita tra lo Stato e la Regione (art. 117, terzo comma), alla quale spetta in via residuale la competenza in ordine alle materie non espressamente ricomprese né nella prima né nella seconda categoria (art. 117, quarto comma).

Nell'ipotesi in cui **un intervento legislativo statale, giustificato dall'esigenza di disciplinare in modo unitario fenomeni sociali complessi, incida, in ragione della sua complessità, su una pluralità di materie attratte alla competenza dello Stato e della Regione**, si determina una *concorrenza di competenze*, la quale impone di contemperare le ragioni che hanno reso necessaria la disciplina unitaria con il rispetto delle prerogative costituzionalmente attribuite alle autonomie.

In tali casi, se risulti impossibile individuare la titolarità della competenza mediante il giudizio di prevalenza di una materia su tutte le altre, deve farsi applicazione del *principio di leale collaborazione* (artt. 5 e 120 Cost.), in base al quale il legislatore statale deve predisporre gli strumenti necessari per salvaguardare le competenze delle Regioni, coinvolgendole nell'attività legislativa²⁵¹.

In particolare, secondo la Corte Costituzionale, strumento adeguato appare essere, al riguardo, l'*intesa* in sede di Conferenza Stato-Regioni, in quanto modalità con la quale si realizza al massimo livello la collaborazione tra i due ordinamenti nei casi di stretto intreccio di materie e competenze²⁵².

Si segnala, in proposito, tra le più recenti e significative, la sentenza n. 251 del 2016.

²⁵⁰ Cass. 22 novembre 2016, n. 23730: “*In virtù dell'insindacabilità dell'attività esplicativa di funzioni legislative, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di legge regionale, per violazione della potestà legislativa statale, non è ipotizzabile alcun danno risarcibile, a differenza di quanto previsto per la responsabilità dello Stato italiano nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione europea, non essendo ravvisabile, nella specie, quella distinzione tra ordinamenti - con prevalenza di uno sull'altro - che costituisce il fondamento di tale ipotesi di responsabilità*”.

²⁵¹ Corte Cost. 24 marzo 2016, n. 65; Corte Cost. 10 aprile 2014, n.88; Corte Cost. 4 giugno 2012, n. 139.

²⁵² Corte Cost. 11 febbraio 2016, n. 21; Corte Cost. 14 gennaio 2016, n. 1.

Con questa sentenza sono state dichiarate costituzionalmente illegittime, per contrasto con gli artt. 5 e 120 Cost., numerose disposizioni contenute nella legge 7 agosto 2015, n. 124 (deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) - in particolare quelle in tema di *dirigenza pubblica regionale, di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di partecipazione azionaria delle amministrazioni pubbliche, di servizi locali di interesse economico generale* - nella parte in cui prevedevano che i decreti legislativi attuativi fossero adottati previa acquisizione del **mero parere** reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa **intesa** in sede di Conferenza Stato Regioni.

Nella motivazione è stato ricordato come già precedentemente la Corte avesse affermato che il sistema delle conferenze rappresenta «il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale»²⁵³ e «una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione»²⁵⁴ e come avesse altresì riconosciuto nell'intesa in sede di Conferenza unificata lo strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie²⁵⁵.

La Corte Costituzionale ha aggiunto, inoltre, che un'analoga esigenza di coinvolgere adeguatamente le Regioni e gli enti locali nella forma dell'intesa deve riconoscersi, oltre che nell'ipotesi di intreccio di competenze, anche in quella di **attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa allo Stato**, in vista dell'urgenza di soddisfare esigenze unitarie, economicamente rilevanti, nonché connesse all'esercizio della funzione amministrativa²⁵⁶.

²⁵³ Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401.

²⁵⁴ Corte Cost. 1° febbraio 2006, n. 31.

²⁵⁵ Corte Cost. 10 aprile 2014, n. 88; Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 297; Corte Cost. 27 giugno 2012, n.163.

²⁵⁶ Corte Cost. 25 novembre 2016, n. 251: «Secondo la giurisprudenza costituzionale, nell'evenienza di uno stretto intreccio fra materie e competenze dello Stato e delle Regioni, la leale collaborazione costituisce principio guida e l'intesa la soluzione che meglio incarna la collaborazione. Tale principio è tanto più apprezzabile nella «perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi» e diviene dirimente nella considerazione di interessi sempre più complessi, di cui gli enti territoriali si fanno portatori. L'esigenza di coinvolgere adeguatamente le Regioni e gli enti locali nella forma dell'intesa è stata riconosciuta anche nella ipotesi della attrazione in sussidiarietà della funzione legislativa allo Stato, in vista dell'urgenza di soddisfare esigenze unitarie, economicamente rilevanti, oltre che connesse all'esercizio della funzione amministrativa. In tal caso, l'esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale - e giustificare la deroga al riparto di competenze contenuto nel Titolo V Cost. - solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte

Deve tuttavia osservarsi che la stessa decisione in esame ha posto il limite secondo cui il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo²⁵⁷ e che, in una più recente pronuncia - nel dichiarare la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale di alcune norme del d.l. n. 78/2015, in tema di transito del personale di polizia provinciale nel ruolo degli enti locali per lo svolgimento di funzioni di polizia municipale -, la Corte Costituzionale non solo ha opportunamente chiarito che nessuna violazione del principio può essere imputata allo Stato ove non venga incisa alcuna competenza legislativa regionale, ma ha altresì evidenziato che l'accordo raggiunto in sede di Conferenza unificata non può condizionare l'esercizio della funzione legislativa statale²⁵⁸.

in base al principio di lealtà. Il sistema delle conferenze rappresenta il principale strumento che consente alle Regioni di avere un ruolo nella determinazione del contenuto di taluni atti legislativi statali che incidono su materie di competenza regionale e una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione. L'intesa in sede di Conferenza unificata è stata più volte riconosciuta strumento idoneo a realizzare la leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie, qualora non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo. Nel quadro evolutivo del sistema delle conferenze, le procedure di consultazione devono prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione, senza prefigurare una drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti (la quale ridurrebbe all'espressione di un parere il ruolo dell'altra). La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale, non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo".

²⁵⁷ Corte Cost. 25 novembre 2016, n. 251, par. 3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁸ Corte Cost. 9 febbraio 2017, n. 32.

MASSIMO PALAZZO

La prassi notarile tra le fonti del diritto vivente?

1.- Perché ancora una riflessione al tema delle fonti del diritto? Ma, soprattutto, perché dedicare queste note alla spinta evuzionistica della prassi notarile al rinnovamento del diritto civile, attraverso le soluzioni negoziali elaborate dalla categoria dei notai? In effetti diversi convegni e seminari, nel corso degli ultimi anni, hanno ripreso il tema della molteplicità delle fonti, il rapporto tra fonti del diritto statuali ed extrastatali, la creatività ed i limiti della interpretazione. Così, il secondo fascicolo del 2016 della Rivista *Diritto Pubblico* ospita un interessante dibattito su giudici e legislatori (p. 483 – 623). Nel 1973 il Congresso nazionale del Notariato proponeva un'analisi su “La prassi notarile come strumento di evoluzione del diritto”; nel 2001 ad Atene il XXIII Congresso Internazionale del Notariato Latino indagava “La funzione notarile creatrice del diritto”. La Fondazione del Notariato ha promosso un convegno romano l'8 giugno 2007 dedicato a “La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive” ed un altro convegno fiorentino l'8 maggio 2015 dedicato al “Contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali” presieduto dal prof. Paolo Grossi²⁵⁹.

La risposta ai superiori interrogativi, più che nella voce unilaterale di chi scrive, si ritrova nell'opinione sempre più condivisa che il nostro tempo sia caratterizzato da una “inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudici, autorità indipendenti, dottrina, privati”²⁶⁰. Ciò si traduce in un graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai c.d. “poteri privati” che impone una rimeditazione della ripartizione di competenze tra autonomia dei privati e autorità dello Stato ricevuta dalla tradizione, come ampiamente dimostrato nelle relazioni che precedono questa postfazione.

Un'importante chiave di lettura del profondo cambiamento conseguente alla formalizzazione del principio di sussidiarietà contenuto nell'art. 118 comma quarto Cost. è stata individuata nelle sentenze della Corte Costituzionale 24 settembre 2003 nn. 300 e 301 che, facendo applicazione di

²⁵⁹ Gli atti del convegno, con la prefazione e le conclusioni del Presidente Grossi, possono leggersi in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione delle situazioni reali*, *Quaderni della Fondazione italiana del notariato*, 1/2015, Milano 2015.

²⁶⁰ A. PUNZI, *Prefazione*, in G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. XVI.

quel principio, hanno ridefinito il rapporto tra competenza dello Stato e competenza dei privati, stabilendo che la fondamentale ripartizione di competenza tra lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, e le organizzazioni in cui si esprimono le libertà sociali costituzionalmente garantite, si attua nel senso che a queste ultime spetta una competenza originaria e primaria in materia di beni privati. Il che induce a ritenere che vi siano almeno due forme del potere di autonomia dei privati: l'autonomia contrattuale, intesa come potere che si esprime in atti aventi forza di legge tra le parti secondo il principio generale dell'art. 1372 c.c. e che non producono effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge, ed il potere di autoregolamentazione, per indicare quello che ai sensi dell'art. 118 comma quarto Cost. esprime la competenza dei privati a regolare anche i rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale.

Diviene così ineludibile la riflessione sul ruolo di regole che sono private nella fonte ma che, grazie alla pubblicità legale, acquistano una normatività generalizzata e sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti dei terzi. Si pensi, a titolo di esempio ai molteplici meccanismi contrattuali, analizzati in molte decisioni delle Corti o in saggi di dottrina, che vedono un ruolo risolutivo nell'autonomia privata, come le soluzioni negoziali della crisi di impresa ed i contratti con cui si regolano i rapporti nella crisi coniugale, cioè in due settori (la famiglia ed il diritto fallimentare) fino a pochi anni addietro ascritti all'area del diritto pubblico o, al massimo, ad un'area grigia tra pubblico e privato nella quale gli spazi per il diritto dei privati erano assai ridotti se non inesistenti.

A fronte di questi complessi fenomeni, nell'area civilistica la riflessione sul principio di sussidiarietà orizzontale è stata però, sin qui, condotta con riferimento a specifici problemi. Solo da poco tempo, invece, è iniziata una riflessione sistematica volta ad indagare l'impatto dell'introduzione del principio e dei profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico ad essa sottesi, sul sistema delle fonti e sull'attuale ripartizione di competenza dei poteri pubblici e di quelli privati alla luce di una visione d'insieme del diritto dei privati²⁶¹.

Un illustre storico del diritto, attualmente presidente della Corte Costituzionale, Paolo Grossi, ha sostenuto e recentemente ribadito²⁶² l'invito ad operare per dar vita ad un nuovo ordine

²⁶¹ Un interessante contributo è costituito da M. NUZZO, (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, voll. 1 e 2, Torino, 2014.

²⁶² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma – Bari, 2007 p. 254 – 255.

giuridico, sensibilmente diverso da quello introdotto da circa due secoli nell'Europa continentale e poi esportato in altri Paesi, dall'America all'Asia.

L'auspicio è rivolto innanzitutto ai giuristi i quali sono quindi chiamati ad assumersi responsabilità non soltanto ai fini dell'interpretazione di norme da altri emanati, e sono essi i detentori del potere politico e di quello giudiziario, ma anche in particolare ai fini dell'ulteriore, diretta e autonoma creazione di specifiche e diverse regole giuridiche.

Traspare in tutto ciò una duplice e precisa consapevolezza. Da un lato, relativa all'incapacità delle regole esistenti a tenere sotto controllo la massa dei problemi che scaturiscono a seguito dell'intensa e costante evoluzione economico – sociale. Dall'altro consistente nella serena e convinta sfiducia nei confronti della classe politica; nella consapevolezza delle difficoltà della giustizia civile, notoriamente in un ormai cronico ritardo, a calarsi autorevolmente nei panni di unici detentori del potere di dare vita con rapidità e completezza alle necessarie e continue modifiche dell'ordinamento giuridico.

In breve, l'itinerario che ha portato il già imperante normativismo a subire sul terreno dell'esperienza giuridica la propria sconfitta ed a restituire al diritto il suo carattere ordinamentale, conferendo vigore a fonti, come la prassi negoziale, un tempo estromesse dal recinto della produzione giuridica, rende non differibile l'esigenza di fermare l'attenzione sui mutamenti e movimenti rapidissimi di questa fase storica, alle soglie del terzo millennio.

2.- L'itinerario, cui sopra si accennava, si svolge durante tutto il Novecento. Una contemplazione attenta ed oggettiva degli itinerari della scienza giuridica non solo italiana durante il Novecento rende infatti persuasi che il ventesimo secolo è stato un turno di tempo in cui tutto è stato rimesso in discussione²⁶³, specialmente nella seconda parte cioè nel segmento storico a noi più vicino.

Per limitarsi all'essenziale, la rivoluzione copernicana del Novecento, o meglio del secondo Novecento, ha seguito un duplice percorso. La strada pragmatica del passaggio, nel sistema delle

²⁶³ Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma – Bari, 2012. Agli occhi di chi lo guarda storicamente il Novecento appare come un tempo di transizione verso nuovi approdi, con mutazioni che arrivano a trasformare il volto del diritto come lo aveva disegnato la modernità illuminista. Come ha notato L. MENGONI, *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. VII: “il Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione.”

fonti del diritto, dalla legge quale unica fonte del diritto capace di esprimere la volontà generale (sistema giuridico chiuso), al policentrismo normativo (sistemi giuridici aperti) con il ripensamento dell'immagine della piramide kelseniana, sostituita da quella della "rete delle fonti"²⁶⁴. La strada teorica del radicale cambiamento della concezione dell'interpretazione giuridica, abbandonando il metodo esegetico, poi quello dogmatico della dottrina pandettistica tedesca – che adottano una concezione rigidamente cognitiva dell'interpretare, secondo i canoni propri del positivismo giuridico²⁶⁵ - e, infine, prendendo atto, grazie alla rivoluzione ermeneutica, che il punto di partenza non è il testo ma il fatto della vita in funzione del quale il testo viene interrogato dall'interprete, con una grossa rivalutazione del momento interpretativo/applicativo. È sufficiente qui evocare su tutti i nomi di Gadamer e Mengoni.

Secondo Gadamer la conoscenza del senso di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico non sono due atti separati, ma un unico processo. Gadamer rende esplicita dunque la inseparabilità del momento di produzione della norma dal momento dell'interpretazione/applicazione. Conseguentemente l'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile, ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte. Per esprimerci con il lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, Egli ritiene che il passaggio dalla ontologia della comprensione alla epistemologia dell'interpretazione generi la consapevolezza di dare in tal modo una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha sempre tormentato i giuristi e cioè "la tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso", quelle situazioni di cui solo percettore è il soggetto interpretante. In tal modo il perno del processo produttivo della norma non è più un testo

²⁶⁴ B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014. Come nota questo autorevole studioso "il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti istituzionali e non istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono" cfr. B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, 266.

²⁶⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, 1966.

immobile nella sua cartaceità, ma un soggetto chiamato a vivere il proprio tempo e ad immettersi in quel testo²⁶⁶.

Luigi Mengoni ha il grande merito, parlando da giurista ai giuristi, ma dopo essersi nutrito dei necessari approfondimenti filosofici e della rilevante lezione tecnico giuridica di Esser, di far proprio l'argomentare demolitivo /costruttivo dell'ermeneutica e di renderlo patrimonio della civilistica italiana²⁶⁷. Secondo Mengoni "punto di partenza dell'interpretazione non è il testo bensì il caso ossia il problema o il complesso di problemi per la cui soluzione il testo deve essere compreso. La legge è opaca sino a quando non si sappia rischiararla illuminandone il quadro dei riferimenti problematici, nel quale soltanto si può cogliere l'intero significato del programma condizionale in essa dettato²⁶⁸.

Mengoni, nell'ambito della stessa linea di progetto culturale, rende proprie talune proposte della filosofia del diritto tedesca degli anni Cinquanta, consistenti nel ricorso alla "topica" quale tecnica del pensare problematico, cogliendo in esso non la dissoluzione del pensare sistematico, della dottrina pandettistica tedesca, bensì un prezioso strumento di controllo, validissimo ad evitare il rischio di assolutizzazione e di pericolose derive assiomatico – deduttive. Il pensiero problematico (orientato a porre esigenze o problemi) consente al pensiero sistematico (orientato a ragionare sulla base ed all'interno del sistema in forma deduttiva) di evolversi in ragione delle esigenze sociali, poiché l'ermeneutica giuridica muove dal problema, dal caso concreto dalle nuove esigenze. Un controllo che Mengoni, contemplatore assai critico della dottrina sull'uso alternativo del diritto, volentieri estendeva anche in senso opposto, e cioè a pesantezze ideologiche o ad eccessive politicizzazioni.

²⁶⁶ HANS – GEORG GADAMER, (1900 – 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo dall'esistenzialismo di Martin Heidegger, che la comprensione non rappresenta una forma di conoscenza, ma un modo di essere dell'Esserci, per cui l'essere sviluppa la capacità del poter essere, del poter conoscere, del poter affrontare determinate situazioni. "La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa". Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1965), trad. it., Milano, 1975, p. 307.

²⁶⁷ Si vedano i saggi raccolti in *Diritto e valori*, Bologna, 1985 ed *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, con le due eloquentissime prefazioni che esprimono motivi e orientamenti dell'itinerario intellettuale di Mengoni.

²⁶⁸ Cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 37. Sulla figura di Mengoni (1922 – 2001), cfr. P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, vol. 2, Milano, 2014, p. 155.

3.- Queste riflessioni, ben note ai teorici generali del diritto²⁶⁹, sorprendentemente non sono penetrate a pieno nell'area che respirano i giuristi. Molti di noi continuano a vedere il diritto come un insieme di enunciati posti, cioè una forma che si impone alla società, piuttosto che una sostanza radicata nella società stessa e prodotta dalle forze sociali.

Il ruolo "creativo" dell'interpretazione giudiziaria, per la quale è stata coniata l'espressione "diritto vivente" è stato sin qui ben messo in evidenza dalla riflessione scientifica²⁷⁰.

La stessa Cassazione in taluni casi definisce le proprie decisioni con l'incisiva formula "giurisprudenza normativa". La nostra epoca è stata da più parti definita "l'età della giudizialità" ed i giudici individuati come i signori²⁷¹ o imperatori del diritto²⁷², per designare una nuova forma di normatività che vede il giudice procedere alla produzione del diritto attraverso modelli di decisione consolidati e, al contempo, controllarne l'applicazione. Con la necessità di ripensare criticamente la divisione dei poteri²⁷³, teorizzata da Montesquieu, alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza giuridica. Tanto più che quella separazione dei poteri, da squisitamente garantistica, come era nell'enunciato montesquieuiano, si era pian piano risolta,

²⁶⁹ Sul diritto come fenomeno interpretativo cfr. S.PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, *L'attività giuridica*, II ed., Milano, 1935, p. 233 ss.; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 e 154; P.PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. Giur.* 1975, p. 826 ora in *Idem.*, *Il diritto del contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 10; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 71; J. ESSER, *Vorverstandis und methoden - wahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di G. Zaccaria e S. Patti *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Esi, Napoli, 1983; H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit.; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, (1983), in *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985; R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, Cambridge MA, 2011.

²⁷⁰ Sul diritto vivente come problema di ermeneutica giuridica afferente ai rapporti tra giudice e legge cfr. L. MENGONI, *Voce "diritto vivente"* in *Dig. Disc. Priv.*, *Dir. Civ.* VI, Torino, 1990, p. 445 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 288. Sul rapporto fra legge e interpretazione – applicazione cfr. il non recente volume di P. BORGNA – M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma, Donzelli Editore, 1997.

²⁷¹ Per usare la suggestiva immagine di R. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991

²⁷² Cfr. R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1994.

²⁷³ Cfr. P. COSTA, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, (Università degli studi Suor Orsola Benincasa, lezioni magistrali, 11), 2006, p. 65 "se allora il giudice non è organo di un'adiafora ragione tecnica ma è il protagonista di *policies* sempre più estese e incisive, la sua sottrazione alla logica della partecipazione del consenso, per un verso rende problematica la sua legittimazione e per un altro verso, diminuisce l'area di incidenza di ciò che resta della democrazia" con ampie citazioni sul rapporto tra democrazia e potere giudiziario; C. SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e poteri del giudice*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2014, p. 27; L'"espansionismo giurisprudenziale" è messo in evidenza dal penalista, attento osservatore dei mutamenti in atto nell'ordinamento positivo italiano, F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, nuova serie, 4, 2013, p. 145. Il tema è stato recentemente ripreso anche da *Questione giustizia*, 4/2016, con contributi, tra gli altri di Nicolò Lipari e Alberto Giusti. Un'ampia riflessione sul ruolo del giudice civile in P.GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Id. L'invenzione del diritto*, Roma Bari, 2017, p. 114 ss.

durante il corso della modernità giuridica in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio di questo nella produzione del diritto.

Se il ruolo del giudice come artefice del diritto è stato diffusamente indagato, meno studiato è certamente il contributo della prassi notarile alla creazione del diritto vivente. Eppure, se spostiamo la nostra attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale, contenuta negli atti notarili, scorgiamo un ricco serbatoio di formule di figure giuridiche extra legislative, di schemi tecnici, di istituti muniti di tipicità sociale, talora di nuovo conio, talora generati dalla trasformazione di figure giuridiche divenute desuete (p.es. la permuta di cosa presente con cosa futura) in nuovi schemi negoziali per rispondere a nuove esigenze della pratica degli affari (tipicamente per consentire al proprietario del terreno di acquistare un appartamento o una villetta che verrà edificata sul medesimo dal costruttore).

In una fase di rapidissime trasformazioni, quale quella che stiamo vivendo, è del tutto impensabile una interpretazione notarile meramente dichiarativa della volontà del legislatore, sino a poco tempo fa quasi divinizzato.

4.- Quotidianamente abbiamo la conferma nella realtà effettuale che il monopolio legislativo e la dichiaratività dell'interpretazione hanno ceduto il passo alla complessità e al pluralismo delle fonti, affidando al notaio - giurista il gravoso compito della interpretazione - applicazione²⁷⁴. Il notaio contemporaneo, dismessi i panni del pratico che compila l'atto con chiarezza e precisione, è diventato una sorta di "apprendista stregone", chiamato quotidianamente a ricomporre il divario tra realtà legislativa e realtà sociale nel testo dell'atto pubblico notarile, utilizzando per nuove funzioni un diritto scritto per una realtà spesso superata dalla trasformazioni sociali, adattando a nuovi compiti antichi istituti, per consentire la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un costante adattamento degli schemi tramandati dai formulari.

Come ben si può comprendere facendo riferimento a figure come le c.d. servitù reciproche o i diritti di uso esclusivo in ambito condominiale, alle diverse forme di proprietà funzionalizzata, ai diritti di usufrutto congiuntivo o successivo o di partecipazioni societarie o infine ai diritti

²⁷⁴ Cfr. F. D. BUSNELLI, *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. Not.*, 1991, p. 2 ss.. Eventualmente M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, p. 584 ss; ora in Id. *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, p. 45 ss.

edificatori, siamo di fronte a prassi negoziali sorte negli studi notarili in relazione a singoli casi concreti, che successivamente danno luogo a processi di provvisoria consolidazione in termini di modelli negoziali aventi portata generale, i quali spesso, dopo il vaglio giurisprudenziale vengono recepiti anche dal legislatore.

Per assolvere a questa complessa funzione il notaio, (al pari del giudice, pur con le ovvie distinzioni di ruolo) è chiamato a calarsi nella storia, ad assumere la diretta responsabilità di scelte interpretative complesse, che spesso lo costringono ad uscire fuori dai comodi ripari del testo legislativo; talvolta esponendolo a conseguenze non irrilevanti anche sul piano della responsabilità civile e disciplinare, come ci ricorda una severa giurisprudenza in materia di doveri di consulenza, informazione e chiarimento da parte del notaio²⁷⁵.

5.- Quali sono i tratti salienti della prassi notarile? Vorrei segnalarne almeno due.

In primo luogo la corallità. La prassi notarile non scaturisce dalla creazione estemporanea o isolata del singolo notaio. Essa non rappresenta una creazione in termini assoluti e originali, tutta imputabile ai notai, ma neppure una creazione del tutto marginale. La prassi notarile si sostanzia in un'opera incessante, talvolta arditata, altre volte modesta di "rimodellamento del diritto" dando luogo a una tecnica di evoluzione graduale dell'ordinamento giuridico che avviene soavemente, di atto in atto, senza ribaltamenti o svolte dirompenti, garantendo la continuità del sistema, ma anche la sua evoluzione e il passaggio dal vecchio al nuovo senza traumi. Si tratta dunque del prodotto di uno sforzo collettivo di un'intera categoria professionale²⁷⁶, in sinergia con l'accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio*.

²⁷⁵ Cfr. M. COCCA, *Gli obblighi di informazione del notaio*, in *Riv. Not.*, 2013, p. 1339, in giurisprudenza, Trib. Milano, 29 aprile 2014 n. 5667 in *I Contratti*, 12/2014, 1098; Cass. Civ. 21 ottobre 2014 n. 26369 in *ilcaso.it*.

²⁷⁶ Sulla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene l'interprete come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui lo stesso opera cfr. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 39: "nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedente, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il significato in ordine alla regolamentazione dei conflitti di interesse da decidere".

Un fenomeno molto interessante, che testimonia la concretezza e la effettività del diritto notarile, è rappresentato dalle massime o orientamenti sul diritto societario elaborati dal notariato²⁷⁷.

Questa *soft law*²⁷⁸ di fonte notarile acquista inoltre spesso una normatività generalizzata attraverso l'opponibilità ai terzi che l'atto pubblico notarile assicura mediante il meccanismo della pubblicità legale (registri immobiliari, registri delle imprese, registri della proprietà industriale).

Un secondo carattere della prassi notarile è la socialità. Si tratta infatti di un diritto che nasce in basso e dal basso. È questo un pregio ulteriore della prassi notarile, che merita di essere evidenziato in una fase storica in cui la riflessione dei giuristi acquista sempre maggiore consapevolezza di un radicale mutamento di prospettiva nell'apprezzamento del fenomeno giuridico: non più un diritto che nasce dall'alto, nella rarefatta atmosfera di palazzi dove si fa sintesi di conflitti sociali, un'aula parlamentare, una camera di consiglio (peraltro nell'ottica valutativa di chi gestisce precariamente il potere) ma semmai in basso e dal basso dei luoghi in cui questi conflitti si consumano e trovano composizione in difficili mediazioni socio – economiche. Per dirla con Lipari, siamo passati da un diritto fondato sugli atti di posizione a un diritto fondato sugli atti di riconoscimento²⁷⁹.

La prassi notarile ha dunque questa ulteriore valenza positiva: è un diritto creato, attraverso la mediazione del notaio, dai destinatari stessi delle regole, i contraenti, che dunque saranno più facilmente portati ad osservarlo spontaneamente.

6.- In conclusione non pare inutile segnalare che, per comprendere a pieno questa singolare e post - moderna forma di normatività che è oggi la prassi notarile, è sufficiente recuperare il messaggio di Tullio Ascarelli il quale, con sguardo clamorosamente anticipatorio, nei primi anni Trenta, chiudendo il suo saggio sul negozio indiretto, prendeva atto della complessità

²⁷⁷ Per una riflessione sulla genesi e la funzione delle massime cfr. P. MARCHETTI, *Il ruolo del notaio nella costituzione della spa: la questione dell'omologa (1875 – 2003)* in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, La modernità degli studi storici: principi e valori del notariato*, Milano, 2014, p. 60.

²⁷⁸ L'espressione è generalmente usata, da qualche tempo, per indicare una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti. Si tratta di una nozione di prevalente elaborazione dottrinale e nell'odierno panorama giuridico, altamente pluralistico e caratterizzato da un notevole tasso di complessità, se ne conoscono svariati esempi. Per una panoramica degli strumenti di *soft law* cfr. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit. p. 103 ss.

²⁷⁹ Cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 32.

dell'esperienza giuridica, riconoscendo nel diritto il prodotto di un'ampia pluralità di fonti "statuali" ed "extrastatali"²⁸⁰. Come ha efficacemente ricordato Paolo Grossi²⁸¹, in particolare Ascarelli riconduceva la "dinamica giuridica", cioè il diritto "socialmente vigorante", proprio alla interpretazione giurisprudenziale e alla prassi contrattuale²⁸².

²⁸⁰ Cfr. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto (1931)*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 77.

²⁸¹ Sulla figura di Tullio Ascarelli cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, p. 445.

²⁸² L'impostazione di Ascarelli (1903 – 1959) può esser compresa nella sua pienezza ove si consideri la natura attribuita dal Maestro al fenomeno interpretativo. Per Ascarelli "l'attività dell'interprete è creativa e cioè concorre nello sviluppo del diritto; non è mai (neanche nell'interprete più legato alla lettera della legge), mera riproduzione fotografica del dato ma importa sempre l'intervento di valutazioni dell'interprete". "L'interprete non costituisce un elemento esterno, ma un elemento interno al diritto che, anche per questa via torna a riportarsi all'opera collettiva dei consociati. E' per ciò che, col volgere del tempo, l'interpretazione muta, non già perché si arrivi ad intendere meglio, col decorso del tempo, il testo interpretato, ma perché col decorso del tempo e il mutamento dei problemi, si è tratti ad un naturale affinamento di schemi, ad altre costruzioni e ricostruzioni, e così ad una continua adeguazione del *corpus juris* dato ad una mutevole realtà", cfr. T. ASCARELLI, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1953,1, p. 478.

EDMONDO CACACE

Appunti sulla (in)costituzionalità del potere dei Prefetti in materia di rilascio dei beni immobili illecitamente occupati

Il Legislatore è recentemente intervenuto nella materia del rilascio dei beni immobili illecitamente occupati e con la legge n. 48/2017 ha convertito, con alcune modifiche, il decreto-legge n. 14/2017, che ha introdotto una pluralità eterogenea di misure in materia di sicurezza urbana.

Fra le diverse innovazioni, alcune delle quali condivisibili, apportate all'ordinamento da tale testo normativo, suscita non poche perplessità il contenuto precettivo dell'articolo 11, rubricato "Disposizioni in materia di occupazione arbitraria di immobili".

Al fine di evitare turbative per l'ordine pubblico e la sicurezza, nonché di garantire il concorso materiale delle Forze dell'ordine, la citata disposizione attribuisce al Prefetto la prerogativa di emanare provvedimenti concernenti le modalità di attuazione dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria relativi all'occupazione arbitraria di immobili.

Il secondo comma della disposizione, in particolare, modella il citato potere prefettizio in modo ampiamente discrezionale, sia conferendo a tali atti amministrativi la facoltà di bilanciare plurimi e di certo non convergenti interessi (sicurezza urbana, incolumità e salute pubblica, prerogative dei proprietari, livelli di assistenza che devono essere garantiti dagli enti pubblici territoriali), sia, ancor più a monte, attribuendo ad essi il compito di individuare un elenco di priorità nell'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, da definire alla luce di un prioritario interesse da tutelare – interesse che, è bene segnalarlo sin da subito, è contrastante con quella della parte interessata all'attuazione del provvedimento giudiziario – e cioè la tutela dei nuclei familiari in situazioni di disagio economico e sociale.

La previsione normativa concernente il potere del Prefetto si conclude infine con la statuizione per cui eventuali pregiudizi arrecati dai suddetti provvedimenti amministrativi, previo il loro pregiudiziale annullamento, possono dar luogo esclusivamente, salvo il caso del dolo o della colpa grave, all'obbligo per l'apparato amministrativo, di dare, infine, esecuzione al provvedimento giudiziario che ordina il rilascio.

Il descritto articolo 11 risultante dalla conversione posta in essere dalla legge 48/2017 presenta non pochi dubbi di compatibilità con la Carta Costituzionale.

In via prioritaria non possono non essere espresse serie perplessità circa il fatto che il Legislatore attribuisca ad un organo di rilievo all'interno della pubblica amministrazione, e cioè del Potere Esecutivo, un potere connotato da ampi profili di discrezionalità, riguardante l'attuazione dei provvedimenti decisori emessi dall'Ordine Giudiziario.

La previsione cioè in capo alla pubblica amministrazione di una ampia facoltà di scelta, strutturata persino in riferimento alle tempistiche e senza la previsione di un termine massimo di differimento, in ordine all'attuazione dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria dotati di efficacia esecutiva, ed eventualmente anche dell'autorità del giudicato, non pare conciliabile, innanzitutto, con quel principio strutturale dell'ordinamento costituzionale denominato separazione dei poteri dello Stato.

La mancanza di una esplicita enunciazione del principio della separazione dei poteri nella Carta Costituzionale, come ritenuto dalla dottrina, lungi dal rappresentare una dimostrazione dell'assenza del medesimo, o comunque di un non intenso recepimento dello stesso nel sistema costituzionale, è in realtà funzionale propriamente ad una sua elevazione ad elemento strutturale dell'intero ordinamento vigente, del pari, ad esempio, del principio pluralista o di quello di legalità, parimenti non oggetto di espressa positivizzazione, ma della cui cogenza sistemica nessuno dubita.

L'articolazione della concreta distribuzione delle pubbliche funzioni fra i diversi plessi organizzati previsti in Costituzione è in realtà concepita in modo così attenta dal Costituente – si pensi, proprio in riferimento all'argomento di cui si discorre in queste brevi pagine, all'attenzione posta alle modalità di tutela dell'indipendenza dell'Ordine Giudiziario – da lasciare intendere che la separazione fra i poteri costituzionali, in armonia con la stessa funzione attribuitale fra i suoi originari ideatori, sia cumsubstantiale alla garanzia del principio di libertà dell'essere umano e quindi a quello democratico (art. 1 della Carta).

All'interno di un tale quadro di riferimento risulta invero non poco problematica la previsione, da parte di una norma di rango primario, di una prerogativa in capo alla pubblica amministrazione che attribuisca a quest'ultima una discrezionalità che non si limita alle concrete modalità operative, ma che abbraccia profili che, in virtù dell'assenza di un limite temporale

massimo nell'effettuare l'attuazione e della stessa funzionalizzazione dell'esecuzione dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria al bilanciamento fra plurimi interessi in gioco ed in particolare alla preminente tutela dei nuclei familiari in condizioni di disagio, coinvolge di fatto l'an stesso di tale attuazione.

Da un esame complessivo della disposizione sembra infatti che dietro il neutrale manto di un potere attribuito per attuare provvedimenti di un diverso potere dello Stato, e quindi in un'apparente ottica di leale collaborazione fra i medesimi, si celi una prerogativa che condiziona non poco l'effettività della decisione giurisdizionale.

Ci si potrebbe chiedere, del resto, quale potrebbe essere il contenuto del provvedimento del Prefetto di fronte ad una complessa situazione fattuale, che coinvolge numerosi nuclei familiari, allorquando non sia rinvenibile una alternativa soluzione abitativa; potrebbe in tali casi l'Autorità Amministrativa differire a tempo indefinito – fino a quando cioè altre pubbliche amministrazioni, per esempio gli enti locali, individuino tale alternativa – l'attuazione di un ordine di rilascio emanato dall'Autorità Giudiziaria? La disposizione che si esamina sembrerebbe consentire una simile soluzione.

Viene allora da chiedersi, con domanda che attiene in realtà alla stessa dottrina generale dello Stato: al di là per l'appunto di ciò che attiene a profili strettamente esecutivi concernenti le concrete modalità operative, può il Legislatore attribuire al Potere Esecutivo una discrezionalità in ordine all'attuazione di un provvedimento decisorio, ed anche eventualmente passato in giudicato, dell'Ordine Giudiziario?

Potrebbe provarsi, per ipotesi – ma in termini teorici il discorso è il medesimo – ad estendere una simile discrezionalità all'ambito penale; sarebbe costituzionalmente legittima una previsione di rango primario che, in funzione dei medesimi interessi presi in considerazione dall'art. 11 di cui si discorre, conceda alla pubblica amministrazione una discrezionalità in ordine all'esecuzione di un provvedimento decisorio emanato da un Giudice Penale? Per tutelare nuclei familiari in condizioni di disagio sarebbe legittima una disposizione legislativa che conferisca al Prefetto la facoltà di differire senza limiti di tempo l'esecuzione di una confisca immobiliare disposta da un Giudice Penale o, per salvaguardare la sicurezza urbana o l'incolumità pubblica, sarebbe ammissibile una previsione legislativa che attribuisca al Questore il potere di non prestare collaborazione alla polizia giudiziaria nell'esecuzione di una misura cautelare personale?

A chi scrive pare che la risposta all'originaria domanda non possa essere che negativa e che debba escludersi in radice la costituzionalità di una disposizione legislativa che attribuisca alla pubblica amministrazione seri margini di discrezionalità riguardo all'attuazione di un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, in quanto una diversa conclusione metterebbe in discussione i cardini stessi dello Stato costituzionale.

La salvaguardia degli interessi presi in considerazione dall'art. 11 del decreto-legge 14/2017, ed in particolare la tutela dei nuclei familiari che vivono situazioni di disagio e la garanzia dell'espletamento dei livelli essenziali di assistenza da parte degli enti pubblici territoriali, non può che essere veicolata mediante la conformazione delle norme – antica dottrina le avrebbe definite di relazione – che la stessa Autorità Giudiziaria è chiamata ad applicare nel dirimere i conflitti fra privati e nel decidere quindi le controversie civili, come del resto l'ordinamento in più circostanze già prevede.

Attribuire invece al Potere Esecutivo valutazioni discrezionali relative all'attuazione dei provvedimenti degli organi che esercitano la funzione giudiziaria, oltre che vanificare impropriamente quest'ultima, condiziona la stessa esecuzione della legge che dall'Autorità Giudiziaria viene applicata.

A giudizio di chi scrive non sembra che l'impianto costituzionale consenta tutto ciò.

La formulazione dell'art. 11 del decreto-legge 14/2017, tuttavia, presenta elementi di disarmonia anche con ulteriori parametri di costituzionalità.

L'effetto che può discendere dalla mancata previsione di un termine cronologico massimo, e in ogni caso adeguatamente contenuto, entro cui l'Autorità Amministrativa può eseguire i provvedimenti di quella Giudiziaria che dispongono il rilascio dei beni immobili, ed al tempo stesso del sostanziale divieto di risarcimento dei danni che nel corso di tale lasso temporale possono verificarsi, appare anche lesivo, infatti, della struttura del diritto di proprietà disegnata dall'articolo 42 della Costituzione e dei confini che tale disposizione impone al Legislatore nel limitare tale fondamentale diritto dei rapporti economici e sociali.

La disposizione che afferma di consentire esclusivamente il risarcimento nella forma specifica dell'esecuzione del provvedimento giudiziario, in primo luogo – oltre a prendere posizione in senso affermativo sul tema assai dibattuto relativo al pregiudiziale annullamento del provvedimento amministrativo – esprime un precetto che in realtà esclude in capo all'Autorità

Amministrativa l'obbligo di ogni forma di risarcimento, né specifico né per equivalente, per il lasso temporale che va dall'emanazione dell'ordine giudiziale fino alla sua concreta attuazione.

Una tale previsione, che in sostanza afferma l'irresponsabilità per i propri atti e per i propri comportamenti della pubblica amministrazione – rievocativa dell'antico brocardo del diritto pubblico britannico *King cannot wrong* – e quindi l'assenza di conseguenze risarcitorie per i danni che arreca alle sfere giuridiche altrui, ed anche quindi all'utilizzo e al godimento dei beni immobili di cui altri sono proprietari (art. 832 c.c.), risulta incompatibile con la tutela costituzionale del diritto di proprietà (art. 42 Cost.) e, più in generale, con i principi dello Stato di diritto, come pacificamente ritenuto sin da una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 giugno 1925 (Pres. D'Amelio, est. Samperi) in materia di responsabilità sanitaria di una struttura pubblica.

La formulazione del II comma dell'art. 42 della Carta, secondo cui la Repubblica riconosce e garantisce il diritto di proprietà, dalla struttura analoga a quella utilizzata in materia di diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), è chiara nel sancire che tale diritto preesiste rispetto all'ordinamento giuridico, e ciò è ormai un dato acquisito del dibattito scientifico.

Da ciò consegue che il potere conferito al Legislatore di disegnare il contenuto effettivo della struttura del diritto di proprietà, pertanto, come affermato dalle note sentenze della Corte Costituzionale 55/1968 e 5/1980 che hanno affermato l'esistenza di un contenuto essenziale ed incomprimibile di questo diritto soggettivo (il cd. contenuto "minimo"), incontra dei limiti individuati dalla Costituzione, tanto che il comma dell'art. 42 Cost., nel sancire la possibilità di una espropriazione in funzione di interessi generali, impone l'obbligo del pagamento dell'indennizzo.

Senza pretendere di indagare con precisione, in questa sede, i confini del suddetto incomprimibile contenuto essenziale del diritto dominicale, non sembra possa dubitarsi del fatto che tale nucleo centrale che deve essere rispettato dal Legislatore si estende alla più elementare facoltà del proprietario e cioè di potere utilizzare e godere del bene, come si comprende del resto dalla stessa formulazione utilizzata dalla disposizione di rango primario (art. 832 c.c.) che definisce ed introduce la disciplina della proprietà nel settore civile.

Con l'eccezione di peculiari beni oggetto del diritto, regolamentati da leggi speciali, e nel rispetto del tendenziale limite esterno di non ledere gli altrui diritti o interessi (art. 833 c.c., art.

844 c.c.), non è infatti consentito al Legislatore di vanificare la facoltà di godimento del bene, che risulta essere l'essenza stessa del diritto del proprietario, come si comprende dallo stesso art. 42 II co. Cost. che infatti prevede che la norma di rango primario, nel conformare la proprietà, ne possa soltanto limitare il godimento, senza mai eliminare del tutto tale facoltà.

La disposizione immediatamente successiva, del resto, l'art. 42 co. 3, non casualmente, disciplina la fattispecie della espropriazione che si verifica in tutte le circostanze nelle quali la facoltà di utilizzo e godimento del bene da parte del proprietario viene irreversibilmente vanificata in modo definitivo.

L'evidenziata interpretazione, inoltre, risulta rafforzata dalla vigenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che all'art. 17 sancisce il diritto del proprietario di godere dei beni di cui è divenuto titolare in modo conforme alla legge.

Alla luce di tutto ciò – ed altresì del non irrilevante aspetto per cui la titolarità della proprietà immobiliare, di cui si discorre, è soggetta ad annuale pagamento tributario, in cambio del quale la pubblica Autorità deve quantomeno tutelarne il godimento – deve concludersi nel senso che non può di certo essere consentito al potere amministrativo discrezionale di vanificare la facoltà di utilizzare un bene immobile da parte del suo proprietario.

Se una piena compressione della facoltà di godimento del bene in capo al proprietario non è infatti consentita neppure al Legislatore ordinario, deve ritenersi che un simile effetto non possa verificarsi neanche in conseguenza di esercizio di potere amministrativo imperativo, come accadrebbe nel caso in cui l'esecuzione dell'ordine venisse differita in virtù di atto del Prefetto oltre un assai contenuto lasso temporale strettamente necessario per l'attuazione materiale.

Se la facoltà di godimento risulta essere, in positivo, l'elemento centrale del diritto di proprietà, sul versante negativo sembra collocarsi l'ineliminabile obbligo in capo alla pubblica Autorità di corrispondere un indennizzo nel caso in cui tale facoltà venga irrimediabilmente eliminata, mediante l'esercizio del potere di espropriazione.

Anche sotto tale profilo sembra infatti emergere un ulteriore profilo di antinomia fra la disposizione di cui si discorre e la Carta Costituzionale.

Il combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 11 decreto legge 48/2017 che non soltanto escludono espressamente la possibilità di un risarcimento per il titolare del diritto dominicale, ma che neppure individuano stringenti limiti temporali oltre i quali è necessario che la pubblica

amministrazione attui il provvedimento giudiziale di rilascio, risulta infatti anche lesivo sia dell'esplicita previsione dell'art. 42 co. 3 Cost. sia dei principi generali in materia di espropriazione o di requisizione (cfr. art. 835 c.c. che sancisce il diritto alla giusta indennità; art. 22-*bis* D.P.R. 327/2001) che, al contrario, impongono il pagamento di un indennizzo al proprietario del bene.

Tanto nel caso in cui, nell'individuare l'elenco delle priorità alla luce del preminente interesse dei nuclei familiari in condizioni disagiate, il provvedimento generale del Prefetto comporti che l'arbitraria occupazione si protragga a tempo indefinito, così da risultare un sostanziale ed improprio esercizio del potere espropriativo, quanto gli effetti di tale provvedimento amministrativo determinino il decorrere di un non irrisorio lasso temporale, di modo da comportare un sostanziale effetto di temporanea requisizione del bene, risulta dai citati principi generali anche di ordine costituzionale l'ineliminabile facoltà del proprietario di chiedere, e ottenere, il pagamento di un equo indennizzo da parte della pubblica amministrazione.

Il fatto, al contrario, che l'art. 11 co. 3 decreto-legge 48/2017 escluda espressamente la possibilità di alcuna corresponsione di denaro da parte della pubblica amministrazione in favore del proprietario quale conseguenza della vanificazione della facoltà del proprietario di godimento del bene disposta da un provvedimento amministrativo sembra quindi costituire un ulteriore profilo di disarmonia con i parametri costituzionali.

In conclusione di queste brevi osservazioni, è quindi auspicabile un ragionevole ripensamento del Legislatore mediante l'abrogazione dell'art. 11 del decreto-legge 48/2017.

Sebbene la giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, abbia il potere-dovere di individuare delle soluzioni interpretative che tentino di rendere meno evidente il contrasto con la Carta Costituzionale della citata disposizione, la radicalità del conflitto fra l'esaminato oggetto e gli evidenziati parametri costituzionali depongono per un intervento abrogativo da parte della stessa normativa di rango primario.

CORRADO MISTRI

La questione di legittimità costituzionale dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo dinanzi al giudice amministrativo alla luce della giurisprudenza CEDU

1. Premessa.

All'udienza del 13 ottobre 2017, celebrata dinanzi alla Seconda sezione civile della Corte di Cassazione, sono stati trattati numerosi ricorsi aventi ad oggetto gravami proposti avverso decisioni dei giudici territoriali in materia di domanda di equa riparazione conseguente ad irragionevole durata del giudizio dinanzi al giudice amministrativo, presentata ai sensi della legge n. 89 del 2001.

2. Il quadro normativo. In ordine al quadro normativo di riferimento è opportuno evidenziare che:

a) ai sensi del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, articolo 54, comma 2, nel testo definitivo risultante a seguito della conversione con modificazioni per effetto della legge 6 agosto 2008, n. 133, ed in vigore dal 25 giugno 2008: <<la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione della L. 24 marzo 2001, n. 89, art. 2, comma 1, non è stata presentata un'istanza ai sensi del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, art. 51, comma 2>>;

b) a seguito dell'entrata in vigore, a far data dal 16 settembre 2010, dell'articolo 3, comma 23, dell'Allegato 4 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, la disposizione di cui all'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, risulta del seguente tenore: <<la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione della L. 24 marzo 2001, n. 89, art. 2, comma 1, non è stata presentata l'istanza di prelievo di cui all'art. 71, comma 2, del codice del processo amministrativo, né con riguardo al periodo anteriore alla sua presentazione>>.

Conseguentemente la prevalente giurisprudenza di legittimità²⁸³ ha ritenuto, in base al principio *tempus regit actum*, che ai procedimenti per equa riparazione promossi a far data dal 25 giugno 2008 si applica il testo dell'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, nel testo indicato *supra*, alla lettera a), mentre ai procedimenti per equa riparazione promossi a far data dal 16 settembre 2010, si applica lo stesso articolo 54, comma 2, decreto legge ult. cit., nel testo indicato *supra*, alla lettera b).

Nei ricorsi discussi all'udienza non assumeva rilevanza la previsione di cui all'articolo 6, comma 2 *ter*, l. n. 89 del 2001, comma aggiunto dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208, applicandosi essa ai soli giudizi amministrativi per i quali il termine di ragionevole durata risulti violato alla data del 31 ottobre 2016.

3. La giurisprudenza CEDU.

Ai fini della decisione dei ricorsi indicati in premessa, assume rilievo determinante la sentenza CEDU 25 febbraio 2016, Prima sezione (ricorso Olivieri ed altri contro Italia), divenuta definitiva in data 4 luglio 2016, che ha ravvisato la violazione degli articoli 6, paragrafo 1, e 13, Convenzione EDU con riferimento alla disciplina dell'istanza di prelievo, stante la sua natura giuridica di condizione di ammissibilità per la proposizione delle domande di equa riparazione conseguenti ad irragionevole durata del processo dinanzi al giudice amministrativo.

È stato in particolare ritenuto che l'istanza di prelievo non può essere considerata rimedio sollecitatorio effettivo che permette di accelerare la decisione del giudice interessato, in quanto il sistema giuridico nazionale non prevede alcuna condizione volta a garantire l'esame della suddetta istanza, di talché la stessa non può essere reputata idonea ad avere un effetto significativo sulla durata del procedimento.

La Corte rimarca come l'articolo 13 della Convenzione si fonda sull'ipotesi che l'ordinamento interno offra un ricorso effettivo per quanto riguarda la violazione dedotta e che un ricorso di cui dispone la parte per lamentare l'eccessiva durata del procedimento è effettivo, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione, se permette di evitare che si verifichi o si protragga la violazione dedotta o se permette di fornire all'interessato una riparazione adeguata per tutte le

²⁸³ Per tutte si veda Cass. civ., sez. VI, sentenza 1° luglio 2016, n. 13554.

violazioni che si siano già verificate, il che non può dirsi per la procedura prevista dall'ordinamento nazionale per lamentare la durata eccessiva di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, governata dalla disposizione di cui all'articolo 54, comma 2, decreto-legge n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in combinato disposto con la legge Pinto.

4. L'efficacia delle pronunce CEDU nel diritto interno.

Il tema dell'efficacia delle decisioni della Corte EDU nell'ordinamento nazionale e della loro collocazione nel sistema e nella gerarchia delle fonti interne è stato affrontato *funditus* dalla giurisprudenza costituzionale nelle due sentenze n.ri 348 e 349 del 2007, che individuano nell'articolo 117, primo comma, Cost., il parametro di riferimento delle norme della Convenzione, norme che di volta in volta specificano, integrandone il contenuto, l'obbligo generale del legislatore di rispettare i vincoli internazionali.

Al fine di chiarire il valore delle pronunce CEDU all'interno del nostro ordinamento la Consulta impiega il concetto di norma interposta, attraendo così nella propria sfera di competenza le c.d. questioni di convenzionalità, ossia il contrasto tra norma interna e norma CEDU; in quanto norme interposte destinate ad integrare il parametro costituzionale, esse si collocano sempre ad un livello sub-costituzionale, con la necessità che le stesse siano conformi a tutte le disposizioni della Costituzione. Pertanto le sentenze CEDU non sono assimilabili alle norme comunitarie *self executing*, non creando la Convenzione EDU un ordinamento sovranazionale e non producendo, quindi, disposizioni direttamente applicabili negli Stati contraenti; da tanto consegue che il contrasto della disposizione nazionale con la pronuncia CEDU non legittima il giudice nazionale alla diretta disapplicazione della norma interna ritenuta dalla Corte di Strasburgo in contrasto con la Convenzione EDU, essendo unicamente suscettibile di sindacato accentrato da parte della Corte Costituzionale²⁸⁴.

²⁸⁴ La soluzione fornita dalla Consulta si basa su una differenza ontologica tra l'ordinamento dell'UE, il cui rilievo si colloca nell'articolo 11 Cost., e il sistema della Cedu, inquadrabile nell'articolo 117 Cost. Il primo riveste natura sovranazionale e le sue norme devono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e di adattamento; il sistema convenzionale, invece, è caratterizzato da un trattato internazionale multilaterale che, sia pur peculiare, non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Nello stesso senso si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. trib., ord. 21 gennaio 2015, n. 950.

Rimane salva l'interpretazione <<conforme alla Convenzione>>, e quindi conforme agli impegni internazionali assunti dall'Italia, delle norme interne; una tale interpretazione, anzi, si rende doverosa per il giudice che, prima di sollevare un'eventuale questione di legittimità, è tenuto ad interpretare la disposizione nazionale in modo conforme a Costituzione.

Il quadro sopra delineato non è mutato neppure a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, reso esecutivo con l. 2 agosto 2008, n. 130, come conferma l'arresto di Corte Cost., sentenza n. 80 del 2011, che esclude la comunitarizzazione della CEDU in virtù dell'articolo 6 del **Trattato** sull'Unione Europea, secondo cui le disposizioni della CEDU sono divenute parte integrante del diritto dell'Unione, sicché, allo stato attuale della giurisprudenza, il giudice comune non è autorizzato a non applicare la normativa interna ritenuta dalla Corte di Strasburgo contrastante con le norme della Convenzione, dovendo sollevare la questione di costituzionalità. Ciò anche per effetto della ancora non avvenuta adesione dell'Unione alla CEDU, sostanzialmente rinviata a data da destinarsi a seguito del parere reso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014, che ha individuato alcuni problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione nell'adesione alla CEDU.

5. La giurisprudenza costituzionale.

Con la pronuncia n. 239 del 24 luglio 2009, la Corte Costituzionale ha individuato a chiare lettere il compito preliminare che il giudice nazionale deve espletare: laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra la norma statale e la disposizione internazionale, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., egli ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa, essendo suo obbligo interpretare la normativa statale in linea con il diritto internazionale, e solo ove ciò non sia possibile rivolgersi alla Corte.

La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici nella giurisprudenza costituzionale è tale che, nella sentenza n. 239 del 2009, la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l'esperimento del tentativo d'interpretazione conforme alla Convenzione europea sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione

conforme a Costituzione: per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna o il diritto vivente eventualmente formato sulla legge interna si oppongono all'assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale.

Non solo: il vincolo dell'interpretazione conforme per il giudice nazionale, come la stessa Corte costituzionale esplicitamente sottolinea, comporta il dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello internazionale tenendo conto della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo; ciò coerentemente a quanto prevede l'articolo 32, paragrafo 1, della Convenzione, disposizione che genera la naturale conseguenza che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi sia quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale Trattato nel significato attribuito dalla Corte EDU, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione.

L'obbligo in capo al giudice nazionale dell'interpretazione conforme viene meno solamente quando la norma interna appare assolutamente incompatibile con quella sovranazionale.

In altre parole i margini di praticabilità di tale risorsa ermeneutica permangono fin laddove al giudice è concesso uno spazio valutativo da utilizzare in favore del diritto sovranazionale, venendo invece meno quando la norma interna appare assolutamente confliggente con quella sovranazionale ed arrestandosi, quindi, di fronte all'interpretazione *contra legem*: al giudice nazionale, infatti, è preclusa una funzione creativa, che abbia l'effetto di attribuire un significato comunitariamente compatibile a disposizioni nazionali che regolino espressamente la fattispecie in modo manifestamente incompatibile con i precetti sovranazionali.

Il limite di praticabilità dell'interpretazione conforme è così rappresentato dall'interpretazione *contra legem*; in tal caso il giudice nazionale deve investire la Corte Costituzionale delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro di cui all'articolo 117, primo comma, Cost.

6. Avvenuto deposito dell'istanza di prelievo.

Applicando le coordinate ermeneutiche sinora esposte, vanno allora distinte le ipotesi in cui, nel singolo procedimento oggetto di trattazione, sia stata presentata o meno l'istanza di prelievo.

In presenza dell'avvenuto deposito dell'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo di cui si lamenta l'irragionevole durata, il principio dell'interpretazione conforme dell'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, alla norma convenzionale CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, può dirsi affermato da Codesta Corte Suprema di Cassazione sin dall'anno 2016, con le pronunce n. 13554 e n. 24138, della Sesta sezione civile, e consolidato con la successiva pronuncia n. 2172 del 2017, della stessa sezione, secondo le quali la richiamata disposizione normativa deve avere una <<lettura più semplice e binaria, nel senso che senza l'istanza di prelievo la domanda di equa riparazione non può essere proposta né per il periodo anteriore né per quello successivo, mentre una volta proposta l'istanza, la domanda stessa è proponibile senz'alcuna limitazione. Accertatane la presentazione nel giudizio presupposto, l'istanza di prelievo assolve ed esaurisce la propria funzione di presupposto processuale del procedimento di equa riparazione, nel quale le condizioni di fondatezza della domanda sono costituite da altro, quale la durata eccedente, il paterna d'animo connesso e l'inesistenza di cause di esclusione del diritto positivizzate dall'articolo 2, comma 2 quinquies, legge Pinto o altrimenti enucleate dal sistema in via pretoria>>, con la conseguente enunciazione del principio di diritto secondo cui <<il D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'allegato 4 al D.Lgs. n. 104 del 2010, in base al quale nei giudizi pendenti alla data del 16 settembre 2010 la presentazione dell'istanza di prelievo condiziona la proponibilità della domanda di indennizzo anche per il periodo anteriore alla presentazione medesima, non implica che detta istanza costituisca il momento a partire dal quale assume rilievo la pendenza giudiziale e si debba calcolare, di riflesso, la durata ragionevole. Al contrario, l'istanza di prelievo una volta presentata assolve ed esaurisce la propria funzione di presupposto processuale del procedimento di equa riparazione, mentre ai fini del computo della durata ragionevole occorre aver riguardo all'intera durata del processo e non solo a quella successiva all'istanza predetta>>.

Le fattispecie possono quindi essere decise applicando il principio di diritto sopra indicato, al quale dovranno attenersi i giudici territoriali del rinvio perché conforme alla norma convenzionale di cui all'articolo 13 CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

7. Mancato deposito dell'istanza di prelievo.

In mancanza dell'avvenuto deposito dell'istanza di prelievo nel giudizio amministrativo di cui si lamenta l'irragionevole durata, il sottoscritto rappresentante della Procura Generale ha concluso chiedendo che la Corte, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, con riferimento agli articoli 3 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli articoli 6§1 e 13, CEDU, come interpretati ed applicati dalla Corte EDU, volesse disporre la sospensione dei procedimenti chiamati all'udienza ordinando l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, con riserva di ogni ulteriore determinazione e decisione.

Va premesso che a tale adempimento processuale, ossia al deposito dell'istanza di prelievo, non può considerarsi equivalente il deposito di istanza di fissazione dell'udienza, avendo ritenuto con indirizzo pressoché costante la Corte di legittimità²⁸⁵ che l'istanza di prelievo disciplinata dal R.D. 17 agosto 1907, n. 642, art. 51, e l'istanza di fissazione d'udienza, regolata dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 23, assolvano a funzioni distinte *<<avendo la prima la finalità di accelerare il processo mediante il riscontro del persistente interesse del ricorrente, e la seconda quella d'impedire, mediante il perfezionamento della costituzione del ricorrente e la fissazione dell'udienza, la perenzione del giudizio. Ne consegue che dall'entrata in vigore del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, art. 54, convertito nella L. 6 giugno 2008, n. 133, per le domande di equa riparazione relative a procedimenti che si svolgono davanti alle giurisdizioni amministrative, la preventiva formulazione dell'istanza di prelievo, costituisce una condizione di proponibilità non fungibile con l'istanza di fissazione d'udienza>>*.

Ciò posto, in base alle considerazioni che precedono, esclusa la possibilità di disapplicare la disposizione interna da parte del giudice nazionale e non risultando possibile accedere ad una interpretazione conforme dell'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, alla norma convenzionale EDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, ostandovi il tenore letterale della disposizione in argomento che riconosce all'istanza di prelievo la natura di condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione per irragionevole durata del giudizio dinanzi al giudice amministrativo in relazione ai procedimenti comunque pendenti alla data del 25 giugno 2008,

²⁸⁵ Si veda tra le altre Cass. civ., sez. VI, sent. 5 agosto 2016, n. 16404.

nella requisitoria di udienza lo scrivente rimarcava la fondatezza dei dubbi di compatibilità costituzionale dell'articolo di legge di che trattasi in riferimento al parametro di valutazione di cui all'articolo 117, primo comma, Cost, nonché in riferimento al parametro di valutazione di cui all'articolo 3, Cost, avendo generato tale disciplina evidente ed ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle domande di equa riparazione scrutinate anteriormente alla data del 25 giugno 2008, disparità non motivata da canone alcuno di ragionevolezza né di specificità della situazione di fatto normata attraverso la disposizione di *ius superveniens* introdotta con il D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

Conseguentemente si prospettava la necessità che la Corte sollevasse questione di legittimità costituzionale dell'articolo 54, comma 2, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, con riferimento agli articoli 3 e 117, primo comma, Cost., che nella concreta fattispecie si profila come rilevante, atteso che l'effetto preclusivo sancito dalla norma denunciata ha costituito la sola e determinante ragione del diniego opposto dalle Corti territoriali alle domande di equa riparazione per irragionevole durata del giudizio avanti al giudice amministrativo introdotta nei ricorsi sopraindicati; e non manifestamente infondata, stante l'evidente contrasto che la norma denunciata presenta con gli articoli 3 e 117, primo comma, Cost., laddove la stessa prevede che l'istanza di prelievo assuma la natura di condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione ai sensi della legge n. 89 del 2001, in contrasto con l'ordinamento convenzionale europeo ed in particolare con l'articolo 13 CEDU come interpretato e ritenuto dalla Corte di Strasburgo con la sentenza 25 febbraio 2016, Prima sezione (ricorso Olivieri ed altri contro Italia), in tal modo vanificando gli effetti di una decisione definitiva di giustizia assunta dall'organo giurisdizionale convenzionale sovranazionale.

Tale opzione era da considerare inevitabile, atteso che il principio affermato con la richiamata sentenza Olivieri non può non considerarsi espressione di una interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea che testimonia il raggiungimento di uno stabile assetto interpretativo in proposito, come richiesto da Corte Cost., sent. n. 49 del 2015, se solo si considera che:

- esso si pone nel solco tradizionale della giurisprudenza europea in ordine alla ritenuta effettività del rimedio sollecitatorio, che è sempre stato ritenuto tale solo se permette di accelerare la decisione del giudice interessato (si vedano, per l'affermazione di tale principio, le pronunce

Xynos c. Grecia, n. 30226/09, 9 ottobre 2014; Sürmeli c. Germania, n. 75529/2001, 29 aprile 2004; Lukenda c. Slovenia, n. 23032/2002, 2005; Horvat c. Croazia, n. 51585/99, 2001);

- non risultano opinioni dissenzienti relativamente alla sentenza 25 febbraio 2016, Prima sezione;

- il giudice europeo ha apprezzato e diffusamente disaminato i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale in relazione al rimedio sollecitatorio dell'istanza di prelievo di cui all'art. 71, comma 2, del codice del processo amministrativo.

8. La decisione della Corte.

Con ordinanza depositata in data 3 novembre 2017, n. 26221, la Corte ha accolto la richiesta formulata dal rappresentante della Procura Generale all'udienza del 13 ottobre 2017, decidendo nel senso della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2, convertito con modificazioni in L. n. 133 del 2008, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'Allegato 4 al D.Lgs. n. 104 del 2010 e dal D.Lgs. correttivo n. 195 del 2011, art. 1, comma 3, lett. a), n. 6), in relazione all'art. 117 Cost., comma 1 e ai parametri interposti dell'art. 6, par. 1, artt. 13 e 46, par. 1 CEDU.

Il Supremo Collegio argomenta evidenziando la fondamentale divaricazione funzionale dell'istanza di prelievo secondo la visuale prescelta, quella amministrativa o quella del binomio normativo della l. n. 89 del 2001 e dell'articolo 54 D.L. più volte citato, nel senso, mentre nell'ambito del processo amministrativo tale istanza è stata prevista quale strumento per sollecitare la trattazione urgente del ricorso, diversa è invece la sua funzione nell'ambito dell'equa riparazione, ove assume la finalità di segnalare al giudice il permanente interesse della parte alla definizione del giudizio, imponendo sostanzialmente al ricorrente di prenotare gli effetti della riparazione per irragionevole durata del giudizio.

Mentre, allora, per la giurisprudenza della Corte EDU il rimedio interno deve garantire o la durata ragionevole del giudizio o l'adeguata riparazione della violazione del precetto convenzionale, sicchè ogni ostacolo che vi si frapponga rende non effettivo il rimedio stesso, il D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2, interpone proprio questo ostacolo, generando un contrasto irrimediabile con la Convenzione laddove subordina la procedura di equa riparazione ad un adempimento che non solo non è funzionale alla progressione del giudizio più di quanto non lo sia

la semplice istanza di fissazione dell'udienza, ma che <<si trasfigura rispetto al proprio originale, divenendo da strumento sollecitatorio per ragioni d'urgenza a mezzo di pura prenotazione dell'indennizzo, tramite una surrettizia e sovrabbondante dichiarazione di interesse alla decisione>>, svolgendo una funzione meramente dichiarativa di un interesse altrimenti già incardinato nel processo.

Non essendo quindi possibile un'interpretazione convenzionalmente orientata di tale norma che non si traduca nella sua sostanziale e intera disapplicazione, la Corte ha ritenuto, sulle conformi conclusioni del pubblico ministero, la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionalità, in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1 e ai parametri interposti dell'art. 6, par. 1, artt. 13 e 46, par. 1 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la L. 4 agosto 1955, n. 848, del D.L. n. 112 del 2008, art. 54, comma 2, convertito con modificazioni in L. n. 133 del 2008, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'Allegato 4 al D.Lgs. n. 104 del 2010 e dal D.Lgs. correttivo n. 195 del 2011, art. 1, comma 3, lett. a), n. 6).

9. Conclusioni.

La decisione della Corte apre la strada ad un inevitabile incremento dei risarcimenti *ex lege* n. 89 del 2001 anche ai giudizi amministrativi, con prevedibili gravi conseguenze sul bilancio dello Stato già sperimentate a seguito del moltiplicarsi dei ricorsi Pinto nelle ipotesi di irragionevole durata dei giudizi celebrati avanti al giudice ordinario.

Come ebbi a segnalare, inascoltato, sin dal novembre 2013, in un intervento apparso sulla rivista *Diritto penale e processo*, i gravosi costi derivanti dalle disposizioni previste dalla l.n. 89 del 2001 rendono ancor più indifferibile la ricognizione sistematica dei fattori che effettivamente incidono sulla ragionevole durata del processo.

Quanto alla soluzione, abbandonando logiche prive di effettiva incidenza operativa (spesso accompagnate da originali trovate linguistiche, quali la terminologia di «riforma a costo zero», che desterebbe sbalordimento anche nel più sprovveduto *manager*), suggerivo di invertire finalmente la prospettiva, passando dall'ottica dello stanziamento a fondo perduto a quella dell'investimento produttivo, utilizzando cioè le notevoli somme stanziare nel capitolo “risarcimenti *ex lege* Pinto”

(o parte di esse) per rimuovere le condizioni che davvero impediscono la celebrazione dei processi in tempo ragionevole, provvedendo ad una ragionata semplificazione normativa e procedurale, all'adeguamento degli organici, alla revisione delle funzioni ed all'inquadramento organico della magistratura onoraria, all'istituzione dell'ufficio del giudice e al potenziamento delle dotazioni e della tecnologia informatica.

Trattasi di indicazione, a mio avviso, ancora pienamente attuale.

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sin dal 1994 con la sentenza Capuano II°, contesta infatti all'Italia l'incapacità di prevenire future violazioni ai tempi di durata ragionevole del processo e di porre fine a quelle in corso; ovvio, allora, che il compito richiesto al nostro Paese sia proprio quello di porre rimedio a tale situazione di carenza strutturale, con un piano di investimenti che può essere assicurato da un più razionale impiego delle risorse stanziare nell'arco, ad esempio, di cinque anni, per i risarcimenti *ex lege* Pinto, da destinare in via prioritaria non più e non solo a soddisfare, mediante equa riparazione pecuniaria, i cittadini oggi danneggiati dalla durata irragionevole delle loro vicende giudiziarie, ma a rimuovere le cause del fenomeno ed a ridurre fortemente, in futuro, i casi in cui gli stessi possano trovarsi coinvolti in processi o procedimenti giudiziari di durata non ragionevole: nel periodo di tempo successivo a tale quinquennio, le somme da destinare a scopo puramente risarcitorio diminuirebbero drasticamente, il residuo stanziamento potrebbe essere utilizzato per azzerare il debito pregresso ed avendo agito sulle cause che determinano l'irragionevole durata del processo nel nostro ordinamento si impedirebbe il formarsi di ulteriore debito di natura meramente risarcitoria *ex lege* Pinto, salvo quello naturalmente fisiologico.

Non si tratta di "aziendalismo" o di "efficientismo" o di particolare lungimiranza, ma di condotta gestionale direi appena propria del *bonus pater familias*, che, abbandonando una volta per tutte la logica dello stanziamento a fondo perduto, rimuoverebbe l'oramai intollerabile patologia della durata irragionevole dei processi nel nostro Paese, da oltre venti anni oggetto di censura da parte della Corte Europea.