Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Settembre - Ottobre 2020

La giustizia oltre ogni ragionevole durata.
L'ammonimento della CEDU
Cristina Spizuoco

Gli ottant'anni del Codice di procedura civile
"degli italiani"
Nicola Barbuzzi

L'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p.
e normativa emergenziale Covid-19.
Nota a Cassazione Penale, Sezione II,
19 ottobre 2020, n. 28936
Filippo Maria Bisanti

Leggi regionali in materia di Piano-Casa: la
posizione della Consulta.
Nota a Corte Costituzionale, 24 aprile 2020, n. 70
Giuseppe Rosanova

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica

Università Mercatorum
Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

Gazzetta FORENSE

Bimestrale
Anno 13 - Numero 5 - Settembre/Ottobre 2020

DIRETTORE RESPONSABILE
Francesco Fimmanò

CONSULENTE EDITORIALE
Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE
Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

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

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

PROPRIETARIO
Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

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

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

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

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

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

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE
n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE
Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO
Print Sprint, Napoli

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica

Università Mercatorum
Università telematica delle Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

La giustizia oltre ogni ragionevole durata. L'ammonimento della CEDU 701
di Cristina Spizuoco

Diritto e procedura civile

Gli ottant'anni del Codice di procedura civile *"degli italiani"* 704
di Nicola Barbuzzi

Agenda Digitale: il ruolo strategico della banda larga nell'emergenza sanitaria Covid-19. Un caso reale di realizzazione: Regione Siciliana 714
di Serafino Sorrenti

Sulle modalità di liquidazione del danno da perdita parentale.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, 01 luglio 2020, n. 13269 720
di Gaetano Scuotto

Sulla responsabilità del ristoratore per i danni subiti dal cliente.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 28 maggio 2020, n. 9997 726
di Pietro Sorrentino

Sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 18 luglio 2019, n. 19302 733
di Pasquale Mautone

Rassegna di legittimità 739
a cura di Mario De Bellis

Rassegna di merito 741
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano

Diritto e procedura penale

Gli effetti "intermedi" della condotta estorsiva. La costrizione del soggetto passivo e il conseguente atto di disposizione patrimoniale 746
di Federico Nesso

L'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. e normativa emergenziale Covid-19.
Nota a Cassazione Penale, Sezione II, 19 ottobre 2020, n. 28936 763
di Filippo Marco Maria Bisanti

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 774
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 780
a cura di Andrea Alberico

Rassegna di merito 783
a cura di Giuseppina Marotta

Diritto amministrativo

Attività d'impresa e diritti umani 788
di Martina Rubino De Ritis

Leggi regionali in materia di Piano-Casa: la posizione della Consulta.
Nota a Corte Costituzionale, 24 aprile 2020, n. 70 792
di Giuseppe Rosanova

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* 812
a cura di Almerina Bove

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto dell'Unione europea 816
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Il diritto costituzionale di voto tra interesse politico soggettivo e funzione di governo: l'estensione del sindacato giurisdizionale del Giudice Ordinario e i limiti all'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in materia elettorale. 824
di Daniele Vitale

Diritto penale
Si configura il reato di manovre speculative su merci ex art. 501-*bis* c.p. a fronte di rincari ingiustificati sulle "mascherine"? 830
di Francesco Maria Ricciardi

Diritto amministrativo
Giudicato amministrativo, poteri di riesame dell'Amministrazione e principio dello *one shot* temperato. Le nuove frontiere sugli effetti del giudicato a formazione progressiva delle sentenze del G.A. alla luce del recente decreto semplific. 833
di Daniele Vitale

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

Le disposizioni del Decreto Ristori per il funzionamento della giustizia civile e tributaria nella seconda ondata pandemica 840
di Maria Grazia Savastano

Recensioni

"Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo" di Biagio Giliberti (Wolters Kluwer-CEDAM, 2020) 850
di Luca Longhi

Indice delle sentenze 852

Cristina Spizuoco
Avvocato

Editoriale
La giustizia oltre ogni ragionevole durata. L'ammonimento della CEDU

Giustizia lumaca: espressione tipica utilizzata per identificare un sistema giudiziario caratterizzato dalla lentezza nella conclusione dei processi; espressione utilizzata per identificare il sistema di giustizia italiano.

Nel nostro paese la durata media di un processo civile è di 8 anni, quella di un processo amministrativo è di 5 anni e quella di un processo penale di 3 anni e 9 mesi.

I dati provengono dal Consiglio d'Europa che si occupa di tutela dei diritti umani, dello stato di diritto e della democrazia e che pubblica annualmente un rapporto sull'efficienza e la qualità dei sistemi giudiziari europei.

L'ultima edizione di questo rapporto è del 2018 e contiene i dati relativi al 2016.

Un processo civile in Italia che attraversi tutti e tre i gradi di giudizio dura in media 8 anni: 514 giorni per concludere il primo grado, quasi mille giorni per il secondo e ben 1.442 per l'ultimo.

Siamo il Paese con la durata dei processi civili maggiore dell'Unione Europea.

Poco cambia per la giustizia amministrativa nell'ambito della quale un processo che attraversi i due gradi di giudizio dura in media 5 anni: 925 giorni in primo grado e 986 nel secondo e ultimo grado.

Meglio, rispetto ai dati sconcertanti appena riportati, per la giustizia penale nell'ambito della quale un processo che attraversi tutti e tre i gradi di giudizio dura in media 3 anni e 9 mesi: 320 giorni in primo grado, 876 in secondo e 191 in Cassazione.

Anche in questo caso, siamo tra i peggiori dell'Unione Europea.

I tempi di risposta da sempre costituiscono il "punto debole" della giustizia italiana: con lo stallo imposto dall'emergenza sanitaria la situazione non poteva che peggiorare.

Durante il blocco la macchina giudiziaria si è fermata del tutto – tranne che per pochissime questioni – e anche la fase 2, che avrebbe dovuto consentire una ripresa, non ha recato significative e positive novità.

Troppa discrezionalità è stata lasciata in capo ai vari Uffici Giudiziari che, unitamente alla già preesistente inadeguatezza delle strutture giudiziarie, ha finito con l'azzerare qualsivoglia possibilità di effettiva e concreta ripresa.

Circa 300 tra protocolli e linee guida sono stati adottati dai singoli Uffici Giudiziari, ciascuno parametrato sulle specifiche capacità di gestione del carico giudiziario mediante l'uso del tanto agognato e temuto telematico.

Il risultato? La perdita di credibilità della macchina giudiziaria italiana agli occhi non solo dei cittadini ma, soprattutto, degli operatori del diritto.

L'Avvocatura deve fare i conti non solo con la crisi "orizzontale" dettata dall'emergenza sanitaria ma anche con l'alea che ruoto intorno all'effettiva e concreta ripresa della propria attività.

Processi destinati, già prima dell'emergenza sanitaria, a concludersi oltre ogni ragionevole durata, subiscono, oggi, rinvii oltre ogni ragionevole previsione.

Il caso della giustizia italiana è stato attenzionato anche dalla CEDU la quale nell'affermare che «*Non basta l'emergenza Coronavirus per ritardare i tempi di un processo*» ha intimato lo Stato Italiano a discutere al più presto una causa in tema di separazione di due coniugi coinvolgente il futuro di un minorenne, che era stata rinviata di ben 7 mesi.

Come affermato dall'OCF si tratta di «*uno dei livelli più critici della storia repubblicana*» al quale occorre, al più presto, porre rimedio con un sistema di riforme che elimini *in primis* la "gestione locale" del contenzioso in modo da rinvigorire non solo la funzione sociale dell'avvocato ma anche la credibilità del sistema di giustizia italiana.

Diritto e procedura civile

Gli ottant'anni del Codice di procedura civile *"degli italiani"* 704
di Nicola Barbuzzi

Agenda Digitale: il ruolo strategico della banda larga nell'emergenza sanitaria Covid-19. Un caso reale di realizzazione: Regione Siciliana 714
di Serafino Sorrenti

Sulle modalità di liquidazione del danno da perdita parentale.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, 01 luglio 2020, n. 13269 720
di Gaetano Scuotto

Sulla responsabilità del ristoratore per i danni subiti dal cliente.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 28 maggio 2020, n. 9997 726
di Pietro Sorrentino

Sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 18 luglio 2019, n. 19302 733
di Pasquale Mautone

Rassegna di legittimità 739
a cura di Mario De Bellis

Rassegna di merito 741
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano

Nicola Barbuzzi
Avvocato e Professore a contratto in Diritto dei mezzi di comunicazione presso l'Università telematica Pegaso

Gli ottant'anni del Codice di procedura civile *"degli italiani"*

abstract

The essay reconstructs the legal, political and social evolution that led to the great Italian codification work of 1940. Dwelling on little-known aspects of the codification story , in one of the human events, the Fathers of the "Italian civil procedural system", we proposes to correct, on the bases of what has already been investigated by distinguished researchers of civil proceedings science , those false understandings which have unjustly, in writer's opinion, darkened the Civil procedural code.

keywords

Civil procedural code – Orality – Grandi – Mortara – Calamandrei – Chiovenda – Carnelutti – Conforti.

abstract

Il saggio ricostruisce l'evoluzione giuridica, politica e sociale che ha condotto alla grande opera di codificazione italiana del 1940. Soffermandosi su aspetti poco conosciuti della vicenda codificatoria, in uno alle vicende umane dei Padri del sistema processuale civile "degli italiani", ci si propone di correggere, sulla scorta di quanto già indagato da illustri studiosi della scienza del processo civile, quei falsi intendimenti che hanno ingiustamente, a parere dello scrivente, colorito di scuro il Codice di procedura civile.

parole chiave

Diritto processuale civile – oralità – Grandi – Mortara – Calamandrei – Chiovenda – Carnelutti – Conforti.

sommario

1. L'evoluzione del sistema processuale degli Stati italiani sino al 1861. – **2.** Il periodo post unitario. – **3.** Il Novecento: dalla "procedura civile" al "diritto processuale civile". – **4.** Leopoldo Conforti, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti ed Enrico Redenti: la genesi del Codice "degli italiani". – **5.** Conclusioni.

1. L'evoluzione del sistema processuale degli Stati italiani sino al 1861

Un ragionevole punto di partenza per questa disamina diacronica dell'evoluzione del sistema processuale italiano può essere fissato nel XVIII secolo allorquando, legislatori e giuristi[1], consci dei nefasti influssi dello *ius commune*[2] sul processo civile, iniziarono a pensare su come intervenire, attraverso piccole riforme, sul sistema processuale. Mancando un vero e

[1] "Lo *ius commune* cominciò ad essere considerato come un diritto ipertrofico dal punto di vista normativo e controverso da quello applicativo, in cui il dettato di ciascuna norma, passando perentoriamente attraverso la interpretatio, si scomponeva in un insieme di opiniones dottrinali, non solo diverse ma anche in conflitto tra loro, dalle quali il giudice, chiamato a decidere sulle allegazioni, traeva la regola per il singolo caso mediante un procedimento inevitabilmente incerto ed arbitrario . La patologia della decisione giudiziale – scrivono Giuliani e Picardi – è strettamente connessa alla patologia della condotta del giudice: e il problema della sentenza ingiusta «è visto nell'ottica del giudice ingiusto: in primo piano è il dolo processuale del giudice. Il diritto comune era stato e continuava ad essere monopolio dei giuristi, ai quali era integralmente affidato il suo completo e graduale sviluppo: si presentava dunque come un diritto 'fluido', 'aperto' e ricco di contraddizioni, connesso a principi diametralmente opposti al nascente dogma statualistico. Inoltre, non essendo stato fissato con un unico atto ufficiale d'autorità e non poggiando neanche, formalmente, sul valore vincolante del precedente giudiziale, appariva a prima vista irriducibile ad assoluti canoni di certezza giuridica. Pur essendo, per sua stessa natura, un sistema normativo potenzialmente completo, il diritto comune si reggeva su una base 'legale' storica che necessitava costantemente di essere adeguata alle molteplici necessità del presente", M. Morello, *Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiurisprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo*, Università di Urbino, p. 162-163.

[2] "Il diritto romano, così come era stato elaborato dalla giurisprudenza medievale, costituì a seguito di alterne vicende, un elemento dominante nell'esperienza giuridica dei vari ordinamenti politici europei, in ciascuno dei quali diede vita, come normativa comune e sussidiaria, al sistema del diritto comune. Esso si pose in relazione dialettica con una pluralità di diritti locali e particolari o fu utilizzato come ratio iuris per una loro uniforme interpretazione, o fornì criteri unitari dogmatici per una loro consolidazione ed elaborazione razionale. Successivamente, però, a causa del progressivo affermarsi dello Stato moderno, accentrato e assoluto, il regime pluralistico di fonti e la sua 'gestione' giurisprudenziale iniziarono ad entrare in crisi, e al sistema di diritto comune cominciò a contrapporsi il concetto man mano sempre più chiaro di un diritto identificato nella legge dello Stato sovrano, ossia l'immagine dello Stato stesso come produttore unico ed autoritario della norma giuridica, anziché come custode di un eterogeneo e molteplice diritto precostituito. In altre parole, lo Stato si pose come unica fonte del diritto (statualizzazione del diritto) e in ogni caso tese a condizionare la rilevanza giuridica di qualunque normativa interna o esterna non proveniente dal sovrano al requisito della recezione o del rinvio formale", M. Morello, *cit.*, p. 161-162.

proprio dibattito dottrinale sul tema, non emerse in alcuno degli Stati italiani un progetto di riforma organico prediligendo, come da prassi, esclusivamente dei piccoli aggiustamenti[3].

Le prime due esperienze riformatrici, che in sostanza si limitarono ad un blando rimaneggiamento delle leggi esistenti, furono quella piemontese, attraverso le Leggi e Costituzioni di S.M. il Re di Sardegna del 1723 e quella del Granducato di Toscana attraverso le leggi ed i decreti promulgati tra il 1766 e il 1784. In particolare il Codice Estense del 1771 senza alcun intento riformatore, si limitò a riordinare in un testo unico le leggi esistenti.

Di diversa finalità fu dell'opera riformatrice posta in essere nella Lombardia di Giuseppe II nel 1785. Esso, abrogando tutta la normativa allora vigente, procedette in toto all'adozione del sistema procedurale austriaco del 1781[4] nel suo "Regolamento del processo civile". Appare interessante sottolineare la presenza all'interno del "Regolamento", del processo verbale, inteso come rito alternativo da affiancare a quello ordinario di cognizione, il quale dava al giudice il potere di direzione materiale del processo attraverso atti quali, ad esempio, l'ordine di comparizione delle parti o addirittura di colmare lacune del materiale probatorio necessario alla decisione della controversia[5].

Come in Lombardia, il Principato di Trento nel 1788 attraverso il "*Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento*" comunemente chiamato Codice "*Barbacoviano*"[6], procedette, preliminarmente, alla abrogazione di tutta la normativa previgente al fine di rendere la riforma produttiva di maggiori effetti.

Grazie all'esperienza trentina comparve, per la prima volta, un forte richiamo alla definizione conciliativa della controversia specie nel caso di liti tra parenti ed affini, prevedendo, in questo caso, una vera e propria fase conciliativa pre-processuale. Si diede, in questo modo, importante rilievo all'oralità allorquando, nella fase conciliativa, il giudice al fine di comprendere meglio l'oggetto del contendere, potesse interrogare le parti, assumendo così un ruolo centrale nel processo dirigendolo ed occupandosi pienamente non solo della fase istruttoria ma anche di quella decisoria.

Gli ideali rivoluzionari prodotti dalla Rivoluzione Francese e la svolta napoleonica spinsero la Francia ad un frenetico lavorio al fine adottare un moderno sistema codicistico. Il primo a vedere la luce fu il *Code de Napoléon*, il Codice civile dei Francesi, che fu promulgato il 21 marzo del 1804 a cui fecero seguito il Codice di procedura civile (1806), il Codice di commercio (1807)[7], il Codice di procedura penale (1808)[8] e il Codice penale (1810).

Tra il 1804 e il 1809 il *Code civil* entrò in vigore in quasi tutti i territori della penisola italiana ponendo fine di esistere a tutte quelle consuetudini locali, statuti, vincoli di feudalità e fedecommessi che per secoli avevano caratterizzato la vita del nostro paese. Più in generale, esso si fece foriero dei principi del 1789, come l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la laicità dello Stato, la libertà di coscienza, la libertà di lavoro, l'eguaglianza tra i figli legittimi in materia di eredità, l'introduzione del divorzio, pur fornendo di questi principi un'interpretazione più restrittiva di quella prodottasi negli anni della Rivoluzione, come nel caso del rafforzamento dell'autorità maritale nei confronti delle donne[9].

Promotore della traduzione in italiano e in latino del Codice francese e responsabile della sua introduzione nel Regno italico fu Giuseppe Luosi (1755-1830), dal 1805 Gran Giudice e Ministro della Giustizia. Terminata nei primi giorni del 1806, la versione italiana fu presentata a Napoleone, che si trovava a Monaco di Baviera, da una delegazione capeggiata dallo stesso Luosi. Il nuovo codice entrò in vigore nel Regno italico il 1 aprile del 1806[10].

Anche la vigenza nell'Italia Napoleonica del *Code de precédure civile* francese, primo a poter essere considerato un vero e proprio codice di procedura attesa la sua organicità e complessità, non riuscì a migliorare il sistema del processo civile italiano ancora troppo con-

[3] M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 19.

[4] *Civilgerichtsordnung.*

[5] Più ampliamente L. M. Paliero, *I poteri di direzione formale del giudice nel processo civile tedesco e italiano: uno studio comparato*, tesi di dottorato di ricerca, Università di Milano, 2014, rel. M. Taruffo, *online*.

[6] Francesco Virgilio Barbacovi (Taio, 12 settembre 1783 - Trento, 23 novembre 1821) fu Cancelliere e Ministro di giustizia per il Principato di Trento. Durante il suo mandato ricevette l'incarico di redigere il *Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento,* detto appunto *Barbacoviano* dal nome del suo estensore.

[7] Il *Code de commerce* del 1807 rappresentava un completamento del "*Code civil*". Prevedeva appositi tribunali commerciali, costituiti da commercianti, chiamati a giudicare in modo più rapido e meno formale le controversie in materia. Se nel mondo dell'ancien régime il diritto commercial era quello di coloro che facevano parte delle corporazioni mercantili ed avevano il "privilegio" di avere propri giudici, ciò non poteva più essere dopo la caduta delle corporazioni e l'affermazione dell'uguaglianza civile. Base del diritto commerciale fu allora non più un requisito personale (appartenenza alla corporazione), ma oggettivo: l'aver posto in essere "atti di commercio".

[8] Il *Code d'instruction criminelle* del 1808 segna la separazione tra il diritto penale sostanziale e quello processuale stabilendo numerose garanzie basilari quali la pubblicità degli atti processuali, la motivazione della sentenza e sua appellabilità, il controllo della Cassazione, il divieto di spostamento della causa dal suo giudice "*naturale*". Uno dei principii fondamentali inseriti nel codice era quello del "*Nullum crimen, nullam poena, sine lege*" ossia la tassatività della lista dei reati. La pena non è rimessa all'arbitrio del giudice, che ora è solo espressione della legge; prima del codice del 1808 non erano ammesse né circostanze attenuanti, né circostanze aggravanti.

[9] Più ampliamente sul tema *L'eredità dell'epoca napoleonica - Il codice*, Treccani, *online.*

[10] Sull'argomento F. Govi, *I classici che hanno fatto l'Italia*, Milano, Regnani, 2010.

dizionato dalle esperienze precedenti a causa delle quali il giudice continuava a rivestire un ruolo marginale a fronte di un dominio assoluto delle parti.

La fine dell'occupazione francese in Italia spinse i restaurati Stati italiani della Chiesa e del Regno di Sardegna, tra il 1814 e il 1815 ad abrogare il Codice civile francese che restò, al contrario, in vigore nei territori liguri del Ducato di Genova, nel Ducato di Modena e nel Granducato di Toscana.

Nel Ducato di Parma e Piacenza, nel Ducato di Lucca, nel Regno delle due Sicilie

venne provvisoriamente lasciato in vigore, dopo la cancellazione degli istituti maggiormente in contrasto con i presupposti ideologici della Restaurazione (divorzio, matrimonio civile, separazione personale, stato civile, comunione dei beni). Nel Regno Lombardo-Veneto, il Codice civile francese dopo essere stato "ripulito" nel 1814, venne sostituito il 1° gennaio 1816 dal Codice civile austriaco del 1811 comunemente chiamato AGBG (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*).

Diversa sorte toccò al Codice di procedura civile francese. Gli Stati italiani intesero utilizzare lo stesso quale substrato delle loro codificazioni importando quei principi che sarebbero stati, successivamente, i cardini dell'assetto processuale moderno quali l'obbligo di motivazione della sentenza, la libera valutazione delle prove da parte del giudice e la pubblicità delle udienze[11].

Esempio di questo sistema codificatorio è rappresentato dal *Codice per lo Regno delle due Sicilie* del 1819, presentandosi come una codificazione nuova, molto ampia, articolata in cinque parti corrispondenti ai cinque codici napoleonici (civile, penale, procedura civile, procedura penale, commercio).

Tra tutte le esperienze codificatorie del periodo, quella che assumerà una maggiore importanza, anche ai fini della nostra indagine, sarà quella del Regno di Sardegna che costituirà la struttura portante del primo Codice di procedura civile unitario del 1865.

2. Il periodo post unitario

La straordinaria epopea dell'unificazione territoriale e politica italiana indusse il legislatore dell'epoca a dotare il nascente Regno d'Italia di un *corpus* uniforme di leggi e ovviamente tra queste anche quelle che regolavano il processo civile.

Ormai consapevoli di quanto il diritto fosse una "funzione del potere politico, essendo norma legislativa scritta nazionale assumendo il codice la funzione di strumento per risolvere ogni forma di pluralismo normativo"[12], spinti dall'ansia di concludere il processo unificatorio anche sotto l'aspetto delle norme regolatrici del processo civile, si scelse la strada più rapida consistente nell'adozione in toto della disciplina del processo civile vigente, prima dell'Unità, nel Regno di Sardegna. In altre parole il Codice di procedura civile del 1865 venne letteralmente sovrapposto a quelli vigenti negli Stati preunitari senza neppure procedere ad una fase di coordinamento e transizione, rappresentando un punto di cesura con la tradizione processuale precedente.

La comune consapevolezza di come quelle modalità di codificazione avesse solamente fissato un "punto di partenza" e non un "punto d'arrivo"[13], consentì alla dottrina e alla giurisprudenza di aprire lo spazio a quel dibattito tecnico che portò, in seguito, alle grandi codificazioni italiane del novecento.

Come innanzi anticipato, il Codice del Regno di Sardegna, adottato dal nascente Regno d'Italia nel 1865, fu approvato a Firenze, divenuta nel frattempo capitale del Regno, da Vittorio Emanuele II con Regio Decreto del 25 giugno 1865.

Il codice, presentato al Re dal guardasigilli Vacca, recepì l'opera del suo predecessore, il pugliese Giuseppe Pisanelli[14], il quale si ispirò al modello del Codice napoleonico di procedura civile al netto di quegli elementi di novità che stridevano con la tradizione processuale italica.

La vittima più illustre di questa epurazione reazionaria posta in essere dal Codice del Regno di Sardegna, trasmigrata, per forza di cose anche dal codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865, fu l'oralità[15].

Come il processo previsto dal Codice del Regno di Sardegna, anche il processo disciplinato dal codice del 1856 si presentava come un processo bifasico, totalmente nelle mani delle parti, pervaso dal più assoluto formalismo non essendo previsto, tra l'altro, alcun contatto diretto tra il giudice e le parti[16].

Esso prevedeva due riti, uno formale e uno sommario.

La prima fase del rito formale era finalizzata allo scambio degli scritti difensivi tra le parti, lasciando alla volontà delle stesse la determinazione del tempo di durata dello scambio[17]. Spirati i termini o esaurito

[11] M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi, cit.*, p. 101 ss.

[12] Ampiamente sul tema C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari 1985, 2009.

[13] Ampiamente sul tema S. Satta, *Codice di procedura civile*, voce *Enciclopedia del diritto*, pp. 279-281.

[14] Giuseppe Pisanelli nacque a Tricase (in Terra d'Otranto, oggi provincia di Lecce) il 29 dicembre 1812 e morì a Napoli il 5 aprile 1879. Egli, da guardasigilli, presentò al Senato, il 26 novembre 1863, il progetto del I libro del Codice di procedura civile accompagnato da una relazione tuttora celebre. Successivamente fu nominata una Commissione, che varò il nuovo codice, presentato dal guardasigilli Vacca al Re a giugno 1865. Ampiamente O. Confessore, *Giuseppe Pisanelli,* Milano, 1979.

[15] Cfr. L. M. Paliero, *cit*. p. 38

[16] Ampiamente sul tema E. Fazzalari, *Cento anni di legislazione sul processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4 , 1965, pp. 492 e ss.

[17] "La comparsa è notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore, la notificazione si fa mediante consegna della copia nell'ufficio del procuratore dell'altra parte. L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale e

lo scambio di memorie poteva aprirsi la seconda fase del processo, quella della iscrizione a ruolo[18] e successiva discussione innanzi al giudice. L'oralità nel processo formale si riduceva ad una semplice dissertazione innanzi al giudice sulle conclusioni già rassegnate in forma scritta atteso che, tutto il processo, dalla trattazione all'istruzione probatoria, si era già svolto in forma prevalentemente scritta[19]. La signoria sul processo veniva lasciata alle parti potendo il giudice solamente ammettere i mezzi istruttori e decidere, con provvedimenti immediatamente impugnabili e, previo l'accordo delle parti, sulle questioni incidentali che si ponevano.

Il rito sommario, che si applicava alle questioni di pronta soluzione e di modesto valore economico, prevedeva l'elisione della fase scritta aprendosi direttamente con la citazione a giudizio ad udienza fissa obbligando, di fatto, il convenuto a costituirsi in giudizio sulla scorta esclusivamente di quanto contenuto nell'atto di citazione a giudizio. Nell'udienza di discussione era tuttavia concessa la possibilità di proporre delle nuove domande, modificare le conclusioni già rassegnate negli scritti introduttivi e richiedere, qualora necessari al fine della decisione, l'ammissione dei mezzi istruttori[20].

La novità introdotta dal Codice Pisanelli, che stravolse il modo di svolgimento del processo, fu la possibilità per gli attori, prescindendo dalla complessità della causa, dell'esistenza di motivi d'urgenza e del valore della controversia, di ottenere dal Presidente del tribunale un'autorizzazione a citare direttamente in udienza il convenuto.

Tale maggiore celerità del rito sommario, derivante proprio dalla soppressione della fase dell'istruzione scritta della causa, portò ad una crescita esponenziale delle cause con tale rito preferendo, gli avvocati, scontrarsi direttamente nell'udienza di discussione che doversi districare tra le lungaggini di una infinita trattazione scritta.

Era il "procedimento delle sorprese", quello in cui, attesa l'assenza di una fase preparatoria della discussione, le parti potevano mostrare atti propri e documenti decisivi per la risoluzione della controversia, innanzi al giudice per la prima volta[21].

La contropartita per una così forte deformalizzazione del processo era rappresentata dalla carenza di norme specifiche per il rito sommario, consentendo, ai sensi dell'art. 393 c.p.c.[22], un costante e continuo rinvio alle norme del processo formale sino al punto che fu naturale per dottrina e giurisprudenza plasmare il rito sommario anche alle attività istruttorie più complesse, assolutamente non contemplate nella disciplina originaria ma necessarie a garantire "un serena coabitazione tra rito sommario e istruzione complessa"[23].

In definitiva il secolo che portò alla nascita del Regno d'Italia, per usare una felice espressione di un fine e colto processualista contemporaneo, il mio maestro, Franco Cipriani[24], partorì altresì "tre nuovi italiani: il

della copia", art. 163 c.p.c. del 1865; "Il procuratore del convenuto fa notificare a quello dell'attore la sua risposta entro giorni quindici dalla scadenza del termine della citazione. Può anche rispondere nell'atto stesso, con quale notifica la sua costituzione a norma dell'art. 159", art. 164 c.p.c. del 1865; "L'attore, entro giorni quindici dalla notificazione della risposta, può far notificare la sua replica; il convenuto, entro giorni quindici successivi alla notificazione delle replica, può far notificare la sua controreplica, e cosi successivamente", art. 165 c.p.c. del 1865.

[18] "Quando sia decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere, la parte che vi ha interesse più far iscrivere la causa suo ruolo di spedizione. La parte che non vuole rispondere può farla iscrivere anche prima della scadenza del detto termine. L'iscrizione della causa è notificata all'altra parte", art. 173 c.p.c. del 1865.

[19] "Quando sia stato nominato un giudice relatore, esso fa la relazione della causa. Quando la relazione debba farsi dalle parti il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; i difensori delle altre parti possono rettificarlo. Se l'autorità giudiziaria non creda sufficientemente stabilito il fatto, il presidente nomina un relatore e rimanda la causa ad un'altra udienza", art. 349 c.p.c. del 1865; "Dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni, e poi svolgono succintamente le ragioni su cui sono fondate. Le parti assistite dai loro procuratori, possono difendersi da sé stesse. L'autorità giudiziaria deve vietarlo se la passione o l'inesperienza posso impedir loro di trattare convenientemente la causa", art. 350 c.p.c. del 1865.

[20] "Sono trattate con procedimento sommario: 1) le domanda per provvedimenti conservatorj o interinali; 2) le cause in appello delle sentenze dei pretori; 3) le altre cause, per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa", art. 389 c.p.p. del 1865.

[21] "Nei procedimenti *sommarj* la causa è iscritta a sul ruolo di spedizione prima di essere portata all'udienza. Nella stessa udienza i procuratori consegnano al cancelliere i mandati per originale o per copia, e gli atti dichiarazione di residenza o di dichiarazione o elezione di domicilio delle parti, in conformità degli art. 158, n.2 e 159, n.2 e si comunicano per copia le comparse conclusionali. Il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; osservato nel resto il disposto del capoverso dell'art. 349. Finita la discussione, i procurato devono consegnare tutti gli atti della causa al cancelliere, a norma dell'art. 352; il cancelliere appone la sua firma immediatamente sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte", art. 390 c.p.c. del 1865; "Quantunque il giudizio sia cominciato con procedimento sommario, il tribunale o la corte può ordinare che sia proseguito in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa. Nel caso di consenso delle parti ciò può ordinarsi dal presidente. La presente disposizione è applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali", art. 391 c.p.c. del 1865.

[22] "*Nelle parti non espressamente regolate dal presente capo il procedimento sommario prende norma dalle disposizioni del capo precedente , per quanto siano applicabili*", art. 392 c.p.c. del 1865.

[23] Ampiamente sul tema T. Allevi, *La riforma del processo civile tra errori storici e prospettive future*, Iusletter, *online*.

[24] Franco Cipriani (Bari 8 novembre 1939 - Bari 27 aprile 2010) è stato docente, per oltre quarant'anni di diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Bari. Illustre e raffinato studioso del diritto processuale è stato autore di numerosissime pubblicazioni che rappresentano dei punti imprescindibili per lo studio della scienza processuale civile.

codice, il processo e Lodovico Mortara"[25], del quale ci occuperemo appresso.

3. Il Novecento: dalla "procedura civile" al "diritto processuale civile"

I primi mesi del nuovo secolo si aprirono con un cambio della compagine governativa: caduto il governo Saracco[26], si affacciò un nuovo esecutivo guidato da Giuseppe Zanardelli[27], alla presidenza, e Francesco Cocco-Ortu, alla giustizia. Il nuovo esecutivo riuscì a far approvare dal Parlamento la Legge 31 marzo 1901 n. 107 la quale recepì le istanze formulate circa dieci anni prima da un giovane e promettente giurista, Lodovico Mortara[28], chiamato, subito dopo, ad occuparsi proprio dell'attuazione della riforma[29].

Difatti, ad esso è possibile ricondurre la paternità del Regio Decreto 31 agosto 1901 n. 413 con il quale la riforma venne materialmente attuata attraverso un opera di "codificazione della prassi"[30] che permise di "assicurare e mantenere alla lite, fino dall'inizio e durante tutto lo svolgimento, compatibilmente col generale sistema dei giudizi civili, l'azione direttiva e l'intervento del magistrato", la cui "funzione di vigilanza e direzione, conseguenza logica del principio dell'oralità, almeno relativa, del processo civile, prevalse in tutti i più recenti ordinamenti"[31].

In altre parole si tradusse in regola ciò che la prassi aveva già da tempo realizzato: la trasformazione, di fatto, del rito sommario in quello ordinario lasciando tuttavia sopravvivere il rito formale stesso[32].

Confermando la bipartizione del processo ordinario, già presente nel codice del 1865, la riforma epocale che consegnò alla storia la figura di Mortara[33], attribuì al giudice quei tanto attesi poteri di direzione formale del processo al fine di renderlo, così, più fluido ma soprattutto più rapido.

Nello specifico la prima fase del processo ordinario veniva caratterizzata dall'attività del Presidente del collegio il quale provvedeva a tutte le attività preparatorie, disponendo in ordine alle istanze istruttorie. Particolare era la disciplina del rinvii, limitati al numero di cinque, disposizione quasi sempre – dalla notte dei tempi del processo civile (*sic*!) – disattesa.

La seconda fase del processo ordinario era di tipo collegiale: innanzi al Collegio veniva discussa la causa con la possibilità di dedurre eventuali nuove eccezioni, difese e richieste istruttorie.

Nonostante le buone intenzioni del suo ideatore, la riforma Mortara non prevedendo un regime delle preclusioni non riuscì, nella pratica, a realizzare le finalità per cui era stata ideata. L'assenza di un limite temporale all'attività processuale delle parti, consentì a queste di esercitare il pieno potere di indirizzo del processo relegando, ancora una volta, il giudice ad un ruolo assolutamente marginale[34].

Il punto di svolta dell'approccio sistematico al processo civile non lo si rinviene in atti parlamentari ma in quelli della commissione che procedette alla nomina del successore di Lodovico Mortara sulla cattedra di procedura civile all'Università di Napoli.

Il 9 marzo 1905, la commissione, nell'assegnare la cattedra a Giuseppe Chiovenda[35], descrisse, nella relazione finale, il metodo scientifico utilizzato da quest'ultimo nelle sue opere, segnando "almeno amministrativamente" il superamento dell'idea stessa di

[25] Nel virgolettato F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi. La Procedura Civile nel Regno d'Italia (1866-1936*), Giuffrè, 1991, p. 13.

[26] Il governo guidato da Giuseppe Saracco durò 236 giorni, dal 24 giugno 1900 al 15 febbraio 1901.

[27] Il governo guidato da Giuseppe Zanardelli durò 991 giorni, dal 15 febbraio 1901 al 3 novembre 1903.

[28] Lodovico Mortara, nacque a Mantova il 16 aprile 1855, figlio secondogenito del "*colto rabbino di Mantova*", Marco (rabbino maggiore di Mantova dal 1843 al 1894) e di Sara Castelfranco, nel virgolettato G. Liberati, *I demani nel Mezzogiorno continentale tra giurisprudenza e prassi,* (1985), in *Il Mezzogiorno preunitario, Economia, società, istituzioni,* a cura di A. Massafra, Bari, 1988, p. 596 ss.

[29] F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit,* p. 83.

[30] Così L. Mortara, *Manuale della procedura civile,* I, Torino, 1903, p. 259.

[31] F. Cocco-Ortu, *Relazione al Re sulle disposizioni per il coordinamento e l'attuazione della legge 31 marzo 1901.*

[32] M. Taruffo, *cit*., pag. 169 in L.M. Paliero, *I poteri di direzione, cit*., pag. 41.

[33] "*Eccellenza, ho l'onore di dichiararLe che accetterò con gratissimo animo l'ufficio di Consigliere della Corte di cassazione di Roma, qualora Vostra Eccellenza, come mi fece benignamente intendere, si compiaccia conferirmi tale dignità, in segno di altissima fiducia a cui spero corrispondere non indegnamente. Gradisca le espressioni del mio profondo e riconoscente ossequio. Della E.V. devotissimo*", così L. Mortara il 4 dicembre 1902 al guardasigilli Cocco - Ortu in merito alla sua richiesta di nomina quale Consigliere di cassazione per i meriti acquisti dalla riforma del processo, in F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit,* p. 86.

[34] M. Taruffo, *cit*. pag. 173.

[35] Giuseppe Chiovenda (Promosello, 2 febbraio 1872 - Promosello 7 novembre 1937), dopo la laurea conseguita nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma il 5 luglio del 1893 con una tesi sul processo civile romano, esercitò la professione di avvocato. Divenne libero docente nella facoltà romana nell'anno accademico 1900-01; dopo aver ottenuto un incarico a Modena nel maggio 1900, divenne professore straordinario di procedura civile e ordinamento giudiziario nell'Università di Parma per l'anno accademico 1901-02 per poi essere chiamato nella facoltà giuridica di Bologna già il 9 dicembre 1902. Nell'anno accademico 1905-06 si trasferì nella facoltà giuridica di Napoli per la cattedra di cui era stato titolare, prima di passare in magistratura, Lodovico Mortara. Nel dicembre del 1906 Chiovenda venne chiamato "*per chiara fama*" alla cattedra di Roma. Ormai divenuto punto di riferimento nel campo della procedura civile, pubblicò nel 1906 il volume *Principii di diritto processuale civile*; vedono la luce anche numerosi saggi, poi raccolti nei due volumi Saggi di diritto processuale civile 1900-1930. Alla nuova disciplina processual civilistica, di cui è stato da subito riconosciuto il fondatore ha fornito anche un luogo identitario con la «*Rivista di diritto processuale civile*», fondata insieme a Francesco Carnelutti nel 1924. Amplius v. *Giuseppe Chiovenda*, in *Dizionario biografico Treccani,* online.

"procedura civile" per fare spazio a quello di "diritto processuale civile" [36] quale scienza del processo civile dovendosi, invece, attendere il 1936 per la rettifica del nome della disciplina da "procedura civile ed ordinamento giudiziario" a "diritto processuale civile", "prova provata della scientificità dello studio del processo civile"[37].

Nel 1912, all'epoca del quarto Governo Giolitti, l'allora guardasigilli propose un disegno di legge[38], di natura squisitamente finanziaria, che da li a breve avrebbe scatenato una ondata di proteste da parte degli operatori del diritto: l'istituzione del giudice unico di primo grado con delega al Governo per la realizzazione delle norme di attuazione e di coordinamento.

La commissione istituita dal Governo, per redigere le norme di attuazione e coordinamento, fu affidata a Mortara il quale, terminata la stesura del Codice di procedura penale del 1913[39], accettò l'incarico dando vita ad una imponente riforma di 64 articoli che confluì nel Regio Decreto 27 agosto 1913 n. 1015 con il quale si assegnava al Presidente del collegio il compito di nominare il giudice unico.

Mortara assegnò a questa nuova figura un ruolo fondamentale di direzione del processo sottraendolo di fatto alle parti, potendo esso decidere la causa immediatamente, quando possibile, evitando così le lungaggini di una complessa fase istruttoria. Il giudice unico, nel caso in cui la causa non fosse stata di pronta soluzione, poteva procedere all'assunzione delle prove, e ordinare, se necessario al fine di una maggiore comprensione della questione, la comparizione personale delle parti. La cifra della novella era rappresentata dalla possibilità del giudice unico di emettere la sentenza, immediatamente esecutiva qualora richiesto dalle parti[40]. Tuttavia quanto ideato dal Mortara non resse l'urto della feroce opposizione di giuristi del calibro di Vittorio Scialoja, Carlo Lessona e Antonio Castellari i quali, sollevarono questioni di costituzionalità del nuovo sistema processuale sino al punto da provocarne la sua abrogazione con il conseguente ritorno al giudice collegiale[41].

La riforma, così come strutturata da Mortara venne cancellata e "noi abbiamo dovuto aspettare ottant'anni[42] per tornare dove il figlio del rabbino di Mantova ci aveva lungimirantemente portati nel 1913"[43].

4. Leopoldo Conforti, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti ed Enrico Redenti: la genesi del Codice "degli italiani"

Nel periodo successivo l'abrogazione della riforma Mortara sul giudice unico, due "titani", "sempre l'un contro l'altro" iniziarono a calcare l'arena del panorama accademico italiano: Piero Calamandrei[44] e Francesco Carnelutti[45].

Il naufragio di tutti i tentativi di riforma del Codice di procedura civile dal 1912 in poi, posti in essere da Mortara, Chiovenda, Carnelutti e Redenti[46], spinse, nel pieno dell'epoca fascista, il nuovo guardasigilli Dino Grandi a convocare tale Leopoldo Conforti[47], sconosciuto sostituto procuratore generale della Cassazione per riordinare il progetto presentato il 4 maggio 1939, da Arrigo Solmi.

[36] F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit.,* p. 112.
[37] F. Cipriani, *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 24.
[38] Il disegno di legge, dopo la sua approvazione prese il nome di Legge 19 dicembre 1912 n. 1311.
[39] È notorio come Mortara fu il principale artefice del Codice di procedura penale del 1913: v. il discorso tenuto il *5* marzo 1912 al Senato da L. Mortara, *Sul nuovo codice di procedura penale,* Roma, 1912, pp. 68, nonché, per tutti, E.T. Liebman, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile,* (1956), in *L'efficacia del giudicato penale nel processo civile. Il difensore,* Milano, 1960, p. 13. Il c.p.p. 1913 era un codice garantista ed era fondato sul «principio della presunzione d'innocenza dell'imputato, che tanto è stato sfruttato nelle aule giudiziarie a danno della giustizia penale»: così A. Rocco, *Prefazione,* in V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice,* I, Torino, 1931, p. IX in F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit,* p. 172.
[40] M. Taruffo, *cit*., pag. 173 in L.M. Paliero, *I poteri di direzione, cit*. p. 41
[41] Legge 24 dicembre 1914 n. 1404.
[42] La Legge 26 novembre 1990 n. 353 di riforma dell'ordinamento giudiziario, all'art. 88, istituiva la figura del giudice unico nelle materie di competenza del Tribunale.
[43] F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit,* p. 181.
[44] Piero Calamandrei nacque a Firenze il 21 aprile 1889. Allievo del giurista Carlo Lessona si laureò in Giurisprudenza all'Università di Pisa nel 1912. Si trasferì quindi a Roma dove dal dicembre 1914 iniziò a frequentare Giuseppe Chiovenda e partecipò a vari concorsi universitari finché nel 1915 fu nominato professore di procedura civile all'Università di Messina. Successivamente (nel 1918) fu chiamato all'Università di Modena per poi passare a quella di Siena diventandone ordinario nel 1919 in seguito alla morte di Lessona. Nel 1924, scelse di passare alla nuova facoltà giuridica di Firenze, dove tenne, fino alla morte avvenuta il 27 settembre 1956, la cattedra di diritto processuale civile.
[45] Francesco Carnelutti nacque ad Udine il 15 maggio 1879. Completò gli studi classici a Treviso e si laureò in Giurisprudenza all'Università degli Studi di Padova. Dopo la laurea insegnò, quale incaricato (1909-12), diritto industriale presso l'università commerciale Bocconi di Milano; ottenne successivamente nel 1912 la cattedra di diritto commerciale presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Catania; nel 1915 da Catania si trasferì all'università di Padova quale professore ordinario di diritto processuale civile: cattedra che tenne, insegnando occasionalmente quale incaricato anche altre discipline nella facoltà padovana, sino al trasferimento alla cattedra di diritto processuale civile dell'università di Milano, nel 1936. Dal 1943 fu chiamato alla facoltà di giurisprudenza dell'università di Roma. Morì a Milano l'8 marzo 1965.
[46] Cfr. F. Cipriani, *Il codice di procedura*, *cit*, p. 23.
[47] Leopoldo Conforti nacque a Marano Marchesato (Cs) il 15 gennaio 1891. Completati gli studi a Roma nel 1913 dopo aver sostenuto l'esame di procedura civile con Chiovenda, nel 1914 entrò in magistratura. Nel 1925 venne assegnato alla Procura presso il Tribunale di Roma e da li passo poi in Cassazione come sostituto procuratore generale. Morì a Marano Marchesato il 15 gennaio 1962.

Immediatamente Grandi si rese conto che per la riuscita del suo progetto di riforma sarebbe stato necessario coinvolgere anche quei giuristi che rappresentavano la massima espressione della dottrina di quel periodo quali proprio Redenti, Calamandrei e Carnelutti, conscio che la loro indiscussa autorevolezza sarebbe servita da viatico al nascente codice.

Con Enrico Redenti[48], il quale aveva già fatto da solo il progetto di riforma del 1936 e partecipato al progetto Solmi, Grandi parlò personalmente ottenendo la sua collaborazione, "obtorto collo"[49]. Con Pietro, o meglio, Piero Calamandrei[50], Grandi si servì dell'intermediazione del suo capo di gabinetto, Dino Mandrioli[51], padre del processualista Crisanto.

Calamandrei, conscio che un suo rifiuto avrebbe messo in serio pericolo la sua cattedra, accettò di incontrare e collaborare con Conforti occupandosi di districare il problema della differenziazione dei ruoli tra "giudice unico" e "collegio". Calamandrei, in realtà, aveva già in mente la soluzione tant'è che nella missiva indirizzata a Mandrioli, datata 6 novembre 1936, esso parlò per la prima volta, nel senso poi recepito dal codice, della figura del "giudice istruttore" a cui affidare la fase preparatoria del processo[52].

Con Carnelutti la questione fu più complessa in quanto lo stesso, avendo ben inteso cosa si stesse realizzando attorno al Codice di procedura civile, anticipò tutti inviando a Dino Mandrioli una missiva con cui chiedeva la copia della relazione fatta da Grandi alla Commissione delle Assemblee Legislative (C.A.L.)

Durante tale discorso, tenutosi alla C.A.L. il 16 ottobre 1939, Grandi espose le linee generali del suo progetto di riforma dei codici chiarendo che, per volere dello stesso duce, tutto l'iter si sarebbe dovuto concludere entro il 1940[53].

La mossa di Carnelutti non sfuggì ad una astuta volpe quale Grandi il quale colse l'occasione per coinvolgerlo nel riordino del progetto Solmi, lasciando intendere – non troppo velatamente – che attesi i tempi ristretti il progetto in esame fosse da considerarsi il migliore possibile e che quindi, la collaborazione di Carnelutti, sarebbe dovuta essere totale ma su quel testo e non su altri. In buona sostanza il tentativo di Carnelutti di rimettere tutto in discussione attraverso la presentazione di un proprio progetto alternativo, naufragò immediatamente con la conseguenza che lo stesso, conscio delle ritorsioni che avrebbe potuto subire, preferì collaborare piuttosto che rifiutare.

Il progetto di Conforti fu inviato a Redenti, Calamandrei e Carnelutti il 13 novembre 1939 assegnando agli stessi 20 giorni per le loro osservazioni.

Successivamente alle osservazioni che i tre fecero pervenire al ministero, Grandi che nel frattempo era stato nominato presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni mantenendo l'incarico di guardasigilli, fissò una riunione collegiale al fine di concludere la fase di studio del progetto di riforma. Era il 30 novembre 1939.

La riunione tra i tre processualisti, il ministro Dino Grandi e Leopoldo Conforti si tenne al Ministero dal 18 al 21 dicembre 1939 alla presenza anche di Dino Mandrioli, Gaetano Azzariti, Antonio Azara, Giuseppe Lampis nonché dei due segretari Andrea Lugo e Mario Berri.

A distanza di pochi giorni, precisamente il 10 gennaio 1940, Grandi assicurò a Mussolini l'imminente approdo parlamentare dei "*Codici Mussoliniani*" tant'è che il 30 gennaio 1940 la C.A.L. espresse parere favorevole sul progetto di riforma del Codice di procedura civile.

Il 26 febbraio 1940, il ministro-presidente conscio della estrema complessità della materia, con una mossa astutissima, chiese a Calamandrei di approntare lo schema della parte tecnica della relazione sul Codice di Procedura Civile che lo stesso Grandi avrebbe dovuto tenere in occasione dell'approvazione del codice il 21 aprile 1940.

Il primo aprile del 1940 Calamandrei consegnò a Grandi, a cui oramai dava del "tu", le note tecniche per il discorso del 21 aprile (poi posticipato al 10 maggio) ricevendo da Grandi un ulteriore incarico: la revisione definitiva dell'intero progetto. In tale modo, conscio del rifiuto di Carnelutti di assumersi la paternità di un progetto non da esso revisionato, Grandi, il 1 aprile del 1940, affidò l'intero peso della revisione definitiva del Codice di procedura civile a Piero Calamandrei.

L'approvazione del testo provvisorio del Codice di procedura civile da parte del Consiglio dei ministri il

[48] Enrico Redenti nacque a Parma il 15 dicembre 1883. Si trasferì a Roma con la famiglia per completare gli studi universitari di diritto dove ebbe la fortuna di conoscere giuristi del calibro di Vittorio Scialoja, Vincenzo Simoncelli, Cesare Vivante e poi Giuseppe Chiovenda. Si laureò il 15 ottobre 1904, discutendo con Simoncelli una dissertazione sui "Magistrati del lavoro"; da qui prenderà vita il "*Massimario della giurisprudenza dei probiviri*" pubblicato nel 1906 e ristampato nel 1993 a cura di Severino Caprioli. Decisivo fu l'incontro con Giuseppe Chiovenda, che lo avviò allo studio del diritto processuale civile, del quale sarà in seguito uno dei padri nobili. Morì a Parma il 1 gennaio 1963.

[49] F. Cipriani, *Il Codice di procedura*, *cit*. pag. 29.

[50] "*Nel 1914, un giovane studioso, ancora indeciso se chiamarsi Pietro o Piero Calamandrei, fiorentino, 25 anni, autore fino a ieri di festose favole per il Corriere dei Piccoli e allievo, come sappiamo, di Lessona, col quale s'era laureato due anni prima a Pisa con una tesi eh'era stata poco dopo pubblicata (57), recensì due libri freschi di stampa, uno del suo maestro, l'altro di Wach*", così F. Cipriani, *Storie di Processualisti e di Oligarchi, cit,* p. 183.

[51] Dino Mandrioli nacque a San Giorgio di Pisano (Bo) il 24 dicembre 1892. Entrato giovanissimo in magistratura, nel 1936 divenne sostituto procuratore generale presso la Cassazione. Morì a Milano nel 1961. Su di lui v. T. Carnacini, *Ricordo di tre magistrati* (Gaetano Azzariti, Dino Mandrioli, Leopoldo Conforti) in *Riv. Trim. dir. proc. civ*., 1961, pag. 1273 ss.

[52] F. Cipriani, *Il Codice di procedura*, *cit*., pag. 29, nota n. 62.

[53] Atti della Commissione delle Assemblee Legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto definitivo del Codice di procedura civile, Roma, 1940, pp. 150 ss.

2 aprile 1940, spianò la strada verso l'approvazione definitiva del progetto di riforma[54].

Il testo provvisorio, revisionato dal linguista Alfredo Schiaffini, fu trasmesso a Carnelutti, Redenti e Calamandrei i quali ritennero di non fare alcun intervento.

Allo scoppio della Seconda guerra mondiale, Calamandrei fu richiamato alle armi e solo il provvidenziale quanto interessato intervento di Grandi gli impedì di andare sul fronte, ritenendo più utile il suo impiego per la stesura della relazione al Re sul Codice di procedura civile.

Come "*Paolo sulla strada di Damasco*"[55], Calamandrei mentre era alle prese con la revisione della relazione al Re, intuì come fosse necessario effettuare una presentazione che non seguisse pedissequamente il procedere degli articoli del codice ma che si incentrasse sulle scelte che avevano sotteso alle soluzioni prospettate nel nuovo codice. L'idea piacque sia a Grandi che a Mandrioli, i quali, ricevuta la relazione da Calamandrei e affidata al giovane professore di diritto corporativo a Perugia, Giuseppe Chiarelli, per "fascistizzarla", poterono considerare chiusa definitivamente la fase preparatoria al codice, mancando solo la promulgazione che avvenne nell'anniversario della marcia su Roma, il 28 ottobre 1940 a San Rossore e a Roma, sempre nello stesso giorno, durante una solenne manifestazione in Campidoglio.

Il codice tuttavia, con la scusa ufficiale della imminente approvazione delle leggi sull'ordinamento giudiziario e sugli onorari degli avvocati, entrò in vigore solo un anno e mezzo dopo, il 21 aprile 1942, nel pieno della Seconda guerra mondiale.

L'ultimo rimpasto di governo della tragica esperienza fascista portò il 6 febbraio 1943 Alfredo de Marsico[56] a succedere ad Dino Grandi il quale sin da subito elogiò il lavoro del suo predecessore. Tuttavia la tragedia ormai era compiuta, il 25 luglio 1943 Mussolini venne destituito proprio con la spallata di de Marsico e Grandi. La nomina di Pietro Badoglio da parte del Re a capo del governo segnò l'epilogo della drammatica esperienza fascista.

Gli eventi si succedettero rapidamente: dalla nomina di Badoglio all'abolizione della Camera dei fasci e delle corporazioni passarono solo 2 giorni. Per i codici "mussoliniani", ritenuti massima espressione degli ideali fascisti si aprì una pericolosa fase nella quale rischiarono di subire la damnatio memorie come tutto quanto prodotto in quel ventennio.

Dino Grandi, in quei giorni convulsi, conscio del pericolo che stava correndo l'opera monumentale realizzata, quella "aere perennius"[57] che lo avrebbe di fatto consegnato alla storia, chiese, prima di riparare in Spagna, proprio a Calamandrei, nominato rettore dell'università di Firenze e Presidente del Sindacato degli avvocati per il tramite di due missive datate 4 agosto 1943 e 18 agosto 1943, di prendersi cura del "nostro codice" dalla furia distruttiva che infuocava in Italia.

"Non so cosa sarà di me – scriveva Grandi a Calamandrei il 18 agosto 1943 – […] Desidero ringraziarti e affidare a te la difesa del nostro codice di procedura civile che è in massima parte opera tua. Non si tratta di un codice fascista, ma bensì di codice degli italiani. Io l'ho difeso contro i nazifascisti, prego ora te di difenderlo contro coloro che vorranno distruggerlo"[58].

Calamandrei ebbe così l'arduo compito di consentire al codice non di sopravvivere al fascismo ma di farlo nascere per la terza volta[59], riuscendoci mirabilmente.

5. Conclusioni

La ricostruzione degli avvenimenti si interrompe volutamente al 1943 ritenendo, più funzionale alla nostra indagine, far soffermare il lettore sull'ultimo carteggio intercorso tra Grandi e Calamandrei e sulla gravosa responsabilità lasciata sulle spalle di quest'ultimo.

L'abiura di tutto ciò che era stato prodotto durante il periodo fascista e quindi marchiato dall'infamia[60] di quel virus che portò, tra tutte, alle leggi raziali, non poteva e non doveva travolgere il "mostriciattolo"[61],

[54] F. Cipriani, *Il Codice di procedura, cit*., pp. 40 e seg.

[55] F. Cipriani, *Il Codice di procedura, cit*., pp. 48.

[56] Alfredo de Marsico (Sala Consilina 29/5/1888 - Napoli 8/8/1985) è stato libero docente in diritto e procedura penale nella università di Roma dal maggio 1915; successivamente vinse la cattedra nella stessa disciplina a Camerino (novembre 1922), Cagliari (marzo 1926), Bari (novembre 1926), Bologna (novembre 1931), Napoli (1935). Dall'ottobre 1935 divenne ordinario di diritto processuale penale, e dal giugno 1940 ordinario di diritto penale nell'università di Roma, dove insegnò, con la sospensione dovuta all'epurazione, fino al 1958.

[57] *"Exegi momnumentum aere perennius", "Ho eretto un monumento più duraturo del bronzo"* declamava il poeta Q. Orazio Flacco (Venosa, 8 dicembre 65 a. C. - Roma, 27 novembre 8 a. C.) nelle Odi (III, 30,1) riferendosi alla sua poesia che avrebbe reso, come di fatto è stato, immortale la sua fama.

[58] Sulla esistenza della lettera alla vigilia del 18 agosto 1943 F. Cipriani dubita, ritenendola soltanto un parto dei "*confusi ricordi di Grandi*", F. Cipriani, *Il Codice di procedura, cit*., pp. 77.

[59] "*È perciò necessario che la nostra commemorazione del cinquantenario del codice del 1940-42 prosegua, apparendo evidente che quel codice nacque tre volte, la prima quando fu promulgato, la seconda quando entrò in vigore e la terza quando, nel 1947, riuscì a salvarsi dall'abrogazione*", così F. Cipriani, *Il Codice di procedura, cit*. pp. 78.

[60] Fu proprio Gaetano Azzariti a riferire a Calamandrei, alcuni anni dopo 1943, come il codice fosse stato "*solo sfortunato*" e "*che la sua sfortuna dipendeva solo dalla "data di nascita", trasformatosi in marchio d'infamia*", G. Azzariti, in *Intervento all'"*Incontro*"* fra magistrati, professori universitari e avvocati per lo studio del *tema Il giudice istruttore nel processo civile*, Milano, 1955, p. 166, in F. Cipriani, *Il codice di procedura*, *cit*., p. 80.

[61] Così P. Calamandrei in riferimento al codice, il 9 febbraio 1947 nella lettera all'avv. Dante Livio Bianco in M. Taruffo, *La giustizia civile*, *cit*., p. 290 in nota; "*È da credere che la sopravvivenza del codice stesse molto a cuore a Calamandrei e ch'egli, per motivi che si possono ben immaginare, preferì ricorrere ad una strategia*

quell'immane lavoro realizzato da giuristi assolutamente non fascisti quali Calamandrei e Carnelutti[62].

Il codice del 1940, proprio quel codice dalla "relazione troppo fascista"[63], finalizzato "ad avvicinare il processo civile al popolo … (rendendolo N.d.A) più popolare, cioè più vicino e più accessibile anche alle persone umili e non abbienti"[64] , che si presentava dalla rigidità "più apparente che reale"[65], risultava e risulta, a tutti gli effetti, come una sintesi di soluzioni tecnico-giuridiche che prescindevano dagli ideali fascisti. Solo per citarne alcune di queste sintesi, basti pensare all'accrescimento dei poteri istruttori del giudice, contemperati dalla vigenza del principio generale della disponibilità delle prove in capo alle parti di cui all' art. 115 c.p.c.; ancora, in ordine al regime delle preclusioni previste per limitare l'attività probatoria e allegativa delle parti, calmierate, sia in primo che in secondo grado, dalla discrezionalità del giudice. Pur se ritenuto da autorevole parte della dottrina un astuto *escamotage* di Calamandrei[66], il nuovo Codice di procedura civile era figlio degli insegnamenti di Chiovenda[67] e dalla nuova concezione della funzione pubblicistico sociale del processo civile[68].

Sul finire del secolo scorso, la crisi economica e il minore impegno di spesa nel settore giustizia compromisero fortemente la funzione del processo civile quale "strumento di lotta alle diseguaglianze sociali" per far strada ad una lettura più orientata sull'aspetto economico trasformando il processo civile in un fattore di "corretto funzionamento dell'economia della

difensiva più guardinga e molto sofisticata: per esempio, e a quanto pare, decise che con gli avvocati, almeno in privato avrebbe ostentato il massimo disprezzo per quel «mostriciattolo»", F. Cipriani, *Il Codice di procedura*, *cit*., pp. 83.

[62] "… mi pregò (Grandi N.d.A.) innanzitutto di dargli del tu, dandomene anche lui, era nota la mia posizione antifascista, i ministri successori di Rocco avevano escluso me e Calamandrei da qualsiasi collaborazione", così F. Carnelutti in F. Cipriani, Il Codice di procedura, cit. p. 437; "Grandi per mandare avanti questo lavoro (il Codice di procedura civile N.d.A.) formò delle commissioni e scelse i collaboratori senza tenere alcun conto della loro posizione politica, ad esempio per la procedura civile chiamò Carnelutti, Calamandrei e Redenti, i primi due mai iscritti al partito", così G. Azzariti in F. Cipriani, Il Codice di procedura, cit. pp. 440; "Io informai il Ministro tramite Mandrioli suo capo gabinetto della mia posizione politica. Mandrioli mi disse che Grandi conosceva benissimo il mio atteggiamento. Quando fui ricevuto da Grandi e mi dette del lei e mi tese la mano, dissi poi a Carnelutti che mi pareva il ministro di un paese civile", così P. Calamandrei in F. Cipriani, *Il Codice di procedura, cit*., pp. 441.

[63] S. Satta, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it*, 1947, IV, c. 47.

[64] Relazione al Re per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile, su Gazzetta Ufficiale, del 28 ottobre 1940, n. 253, p. 4015.

[65] A. Carratta, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Rivisita trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pag. 130.

[66] Autorevole parte della dottrina ritenne assolutamente strumentale il tentativo di Calamandrei di ricondurre agli insegnamenti di Chiovenda il Codice procedura civile; tanto era finalizzato, a loro dire, ad attribuire al Codice una paternità indiscutibilmente antifascista. F. Cipriani, anche alla luce dell'evidente negazione che la figura del "*giudice istruttore*" rappresentava degli insegnamenti chiovendiani, intravide in quanto fatto da Calamandrei e successivamente dai "*giovani*" processualisti quali Andrioli e Micheli nel saggio Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario contenuto in un fascicolo dell'Annuario di diritto comparato, XIX, 1946, pp. 199 ss., per i quali "le idee accolte nel codice risalivano a Chiovenda, che non era stato fascista e che le aveva prospettate ancor prima dell'avvento del fascismo: era dunque per puro caso, una coincidenza, che quel codice fosse stato fatto dal fascismo … [omissis] … il codice aveva respinto le «poliziesche» idee del progetto preliminare Solmi", una mossa geniale: "in piena armonia con la relazione al Re, il codice, oggi più che mai, venne glorificato e attribuito a Chiovenda" con la conseguenza che " chiunque avesse voluto abrogare il codice per motivi politici, avrebbe dovuto fare i conti con «il nostro maestro» Chiovenda e con la maxirelazione Andrioli-Micheli", F. Cipriani, Il codice di procedura, cit. pp. 84 ss. Tanto troverebbe conferma anche nella parole di Calamandrei il quale scriveva "*È certo che quando il giurista partendo dalla conoscenza del diritto vigente è tratto a prevedere e a suggerire l'*ius condendum, fa opera non di puro scienziato, ma, anche senza volerlo, opera di politico, in quanto i suoi suggerimenti, sebbene appoggiati su premesse scientifiche […] agiscono come forze che dirigono la condotta degli uomini e contribuiscono a preparare le leggi dell'avvenire", P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, «Rivista di diritto processuale civile», XVIII, 1941, p. 55.

[67] "… il Ministro voleva una riforma tecnica per migliorare per quanto fosse possibile il codice senza tenere affatto conto della politica. Il codice, chiamato fascista, non ha subito infatti alcun influsso politico e si richiama ai principi giuridici italiani. Ciò per direttiva del ministro Grandi", così L. Conforti in F. Cipriani, Il Codice di procedura, cit. pp. 438; " L'opera di difesa delle nostre tradizioni giuridiche è compresa nella codificazione. Grandi ha operato questa difesa tenendo presenti i principi giuridici italiani. Quest'opera di difesa fu difficile perché contrastata dal partito e dall'influsso di concetti di antiromanità giuridica in auge in Germania. I tedeschi sostenevano che il cittadino non aveva diritti soggetti ma solo in quanto facente parte di una comunità", così G. Azzariti in F. Cipriani, Il Codice di procedura, cit. pp. 439; "… tutti e tre (Calamandrei, Carnelutti e Redenti N.d.A.) accettammo di dare la collaborazione purché potessimo esprimere liberamente i nostri pareri tecnici. Il codice è un codice di carattere libera e democratico", così P. Calamandrei in F. Cipriani, Il Codice di procedura, cit. pp. 440, "Il lungo elenco, esistente in atti, di provvedimenti da lui predisposti e fatti approvare, fornisce la prova migliore di tale attività, che a lui principalmente deve attribuirsi per aver saputo, con direttive precise, chiare e soprattutto sane, fornire maggiore fervore e maggiore energia alla nostra difficile amministrazione da lui diretta. Di tutto egli si occupò: dette al paese nuove leggi civili, quali si confacevano alle sue mutate condizione etiche, sociali ed economiche, riformò l'ordinamento giudiziario … [omissis] … dette vigoroso impulso alla codificazione delle leggi civili…chiamando a collaborare al difficile compito i giuristi più illustri, anche antifascisti (i proff. Messina e Messineo pel codice civile, i proff. Carnelutti e Calamandrei pel codice processuale civile) … [omissis] … adunque nessuna ombra di faziosità e di preconcetti politici totalitari riscontra la Corte nell'attività legislativa del Grandi nella quale pertanto non ritrovasi alcun elemento che possa far ritenere di avere il medesimo contribuito alla rovina della Patria e a mantenere in vigore il regime fascista … [omissis]", Corte d'Assise di Roma, sez. II spec. sent. 1 dicembre 1947.

[68] A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 23 e ss.

società"[69].

Solo di recente, grazie alla Corte europea di giustizia si è fatta strada una prospettiva del tutto nuova – attesa l'incidenza sempre maggiore della stessa nella disciplina processuale degli Stati membri – che ha individuato la funzione sociale del processo civile nella correlazione tra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia trasformando l'autonomia processuale "uno spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli standards o i correttivi di derivazione comunitaria"[70].

In conclusione è lecito chiedersi se il Codice di procedura civile del 1940, così rimaneggiato sino al punto da rappresentare, per usare le parole di Nicola Picardi, un desolante "mosaico di sopravvivenze" laddove tra "tra discipline transitorie e sovrapposizioni scoordinate avanza lo spettro della illeggibilità"[71], può considerarsi ancora il "codice degli italiani" nel quale poter intravedere in prospettiva, quel "Theatrum"[72] in cui si tiene la rappresentazione "agitata e complessa della vita sociale"[73] e in cui la giustizia manifesta, codificandosi, se stessa. L'auspicio è che il complesso sistema del processo civile recuperi quella dimensione fattuale che lo aveva caratterizzato, quanto meno idealmente, alle origini, "mescolandosi con la società che è fatta non di individui isolati e isolabili ma di nessi, di relazioni, di vincolazioni" diventando il proscenio di dimensioni precedentemente rimosse quali proprio il "sociale" ed il "collettivo"[74] .

Se il mantra dello "*jure condendo*"[75] ha caratterizzato intere generazioni di giuristi, è giunto il momento, non più procrastinabile, di riflettere sul futuro del processo civile, attraverso una vera e propria rivoluzione culturale avvertendo, oggi più che mai, l'ingombrante assenza di uomini dell'autorevolezza di Mortara, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Conforti e di tutti le altre grandi menti illuminate che hanno contribuito a rendere unica la scienza processuale italiana.

Nella estrema complessità di questo particolare periodo storico, tra una legislazione d'urgenza chiamata a garantire la giurisdizione anche attraverso innovativi strumenti, nella realtà, confliggenti con un sistema giustizia assolutamente atrofizzato e non compiutamente digitalizzato e le ombre gettate sulla magistratura italiana dai recenti avvenimenti di cronaca, è necessario far recuperare al cittadino l'idea di una giustizia "confortante", nella certezza di trovare, innanzi al magistrato la "buona fede e l'onestá … [omissis] come a casa propria, in un'atmosfera di fiducia e di vicinanza umana"[76].

[69] Ampiamente A. Carrata, *cit.*, pag. 134.

[70] S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano. 2002, p. 311. in A. Carratta, *cit.*, pag. 135.

[71] B. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2013, p. 17.

[72] Il riferimento, non assolutamente azzardato, è all'opera G.B. De Luca (Venosa 1614 - Roma 1683) *Theatrum veritatis et justitiae (1669-1673)* nel quale il De Luca propone una dottrina essenziale, aliena da sfoggi di raffinatezze antiquarie ed erudite, ma capace tratteggiare un'immagine fortemente realistica della vita effettiva del diritto. "Quale nesso lega il Teatro, la Verità e la Giustizia? Un'immagine affiora alla mente nel pronunciare il titolo di quest'opera: la giustizia umana non è altro che un Teatro, un palcoscenico su cui va quotidianamente in scena il perpetuo scontro fra l'assoluta verità e la manchevole giustizia umana. Tuttavia, in quest'immagine c'è molto di più. In essa si percepisce una prospettiva che abbraccia un secolo intero, che viene più volte rilevata da scrittori moderni e contemporanei. Non è semplicemente la giustizia ad essere teatrale, ma è il concetto stesso di Stato che assume questa qualità. La giustizia del Seicento è "forza legale" – o meglio ancora "teatrale" – dall'acceso valore simbolico e pedagogico, utile a creare una rete di disciplinamento e di controllo sul territorio.", G. Bollino, *Il cardinal De Luca e le leggi in volgare*, tesi di laurea, Università degli studi di Bari, relatore prof. G. Liberati, 2011.

[73] G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno,* 1907, in *Saggi di diritto processuale, (1894-1937)*, I, p. 379 ss., spec. p. 380. Chiovenda tiene anche a puntualizzare (p. 379, in nota) che con questo lavoro, che riproduce il testo della conferenza tenuta presso il *Circolo giuridico* di Napoli l'11 marzo 1906, "iniziò la propaganda da me condotta nell'ultimo quarto di secolo per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione", in A. Carratta, *cit.*, pag. 117 in nota.

[74] P. Grossi, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, in *www.lincei.it*, p. 18.

[75] B. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne, cit.,* p. 1.

[76] Relazione al Re per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile, *cit.*, p. 4015.

Serafino Sorrenti
Cyber Security Advisor - Componente della Taskforce Covid-19 Presidenza del Consiglio dei Ministri

Agenda Digitale: il ruolo strategico della banda larga nell'emergenza sanitaria Covid-19. Un caso reale di realizzazione: Regione Siciliana

abstract

Covid-19 and Telemedicine. During the emergency period caused by the Covid-19 s pandemic, it was possible to test how insufficient the level of digitization of the national health system is. It is evident that the application of the digital revolution also to the world of healthcare, as well as more generally of the public administration, is a strategic theme to reduce deficits and public debt, to relaunch the country's competitiveness, to have more functional services, to find new ones. solutions to the full advantage of the territory and civil society.

keywords

Digital agenda – Covid-19 – Cybersecurity.

abstract

Covid-19 e Telemedicina. Nel periodo di emergenza causato dalla pandemia da Covid-19 si è potuto testare quanto sia insufficiente il livello di digitalizzazione del sistema sanitario nazionale. Risulta evidente come l'applicazione della rivoluzione digitale anche al mondo della sanità, così come più in generale della Pubblica amministrazione sia un tema strategico per ridurre deficit e debito pubblico, per rilanciare la competitività del Paese, per avere servizi più funzionali, per trovare nuove soluzioni a tutto vantaggio del territorio e della società civile.

parole chiave

Agenda digitale – Covid-19 – Cybersecurity.

sommario

1. Premessa. – **2.** L'introduzione del digitale nelle politiche pubbliche. – **3.** La telemedicina nell'emergenza Covid-19. – **4.** L'obiettivo dell'assistenza a domicilio. – **5.** Conclusioni.

1. Premessa

La pandemia causata dalla SARS-CoV2 ha evidenziato la fragilità di molti sistemi sanitari nazionali, mettendo in luce una scarsa resilienza, tale da aver determinato, in alcuni casi, la perdita di tante vite umane. Si è potuto testare quanto sia insufficiente il livello di digitalizzazione del sistema sanitario nazionale, pur in presenza di una dotazione di strumenti digitali ad uso personale come smartphone e tablet, largamente utilizzati dai cittadini (al di sopra delle media europea). Un sistema sanitario sostanzialmente analogico nell'erogazione delle prestazioni rende a volte illogico il processo di diagnosi e cura nel terzo millennio. Un paziente con una potenziale malattia a diffusione respiratoria, come una sindrome influenzale e/o febbricitante, è stato costretto a recarsi presso lo studio del suo medico curante, o a richiedere un contatto diretto presso il proprio domicilio anche semplicemente per ottenere il "certificato telematico di malattia" o la cosiddetta ricetta elettronica che spesso diventa il "promemoria cartaceo" della ricetta stessa. Risulta evidente come l'applicazione della rivoluzione digitale anche al mondo della sanità, così come più in generale della Pubblica amministrazione sia un tema strategico per ridurre deficit e debito pubblico, per rilanciare la competitività del Paese, per avere servizi più funzionali. Non è possibile immaginare un processo di digitalizzazione del Paese orientato alla crescita del sistema economico nel suo complesso, che faccia leva solo sul progresso dell'industria lasciando indietro l'aspetto pubblico, politico ed amministrativo, su un piano distinto ed arretrato. Molto è stato fatto ma molto è ancora da fare: in particolare, sul tema Industria 4.0 l'Italia risulta particolarmente avanti, grazie soprattutto all'intervento del Ministero dello Sviluppo Economico che, con il lancio del Piano Nazionale Industria 4.0, ha stanziato 13 miliardi di euro fino al 2020 per la promozione del digitale nei processi produttivi. Sembra quindi essere questo il momento giusto per promuovere una maggiore collaborazione tra Mercato e Amministrazioni per superare – ancora una volta – l'approccio "a silos" proprio del passato, per abbracciare una modalità di crescita del Sistema Paese più partecipata, che preveda una collaborazione virtuosa tra il mondo del privato e quello del pubblico, per favorire lo sviluppo di nuovi servizi e nuove soluzioni, a tutto vantaggio del territorio e della società civile.

2. L'introduzione del digitale nelle politiche pubbliche

Le Regioni hanno un ruolo fondamentale nel dirigere le politiche pubbliche verso il sostegno ai settori più strategici, con il fine ultimo di generare benessere e migliorare la qualità della vita dei cittadini. Pur avendo gli obiettivi nazionali come termine di riferimento,

le amministrazioni regionali hanno il vantaggio di dover attuare le Agende Digitali Regionali, che trovano fondamento nell'Obiettivo Tematico 2 della Programmazione 2014-2020 e permettono di finanziare diversi progetti digitali sui vari Assi nei quali si articolano i conseguenti Piani Operativi Regionali (POR) finanziati con i fondi strutturali europei. La Regione Sicilia, soprattutto in relazione ai temi dell'eGovernment e della sanità, ha mosso importanti passi negli ultimi anni, promuovendo una Agenda Digitale che abilita la fruizione per cittadini, imprese ed amministrazioni di una serie di servizi molto innovativi, in chiave "*digital first*". In questa direzione si colloca l'ultima Agenda Digitale pubblicata nel mese di marzo 2018, con la delibera n°116; tale programma sviluppa su base regionale gli obiettivi nazionali di crescita e sviluppo inclusivo, intelligente e sostenibile, promuovendo la realizzazione di piattaforme di interoperabilità, portali, open data e servizi online dalla user experience molto avanzata, senza dimenticare i temi di spending review ed efficientamento di dati, infrastrutture e sistemi attualmente gestiti dalla Regione. La Regione Sicilia rappresenta un caso d'investimento reale verso il tema del Digitale e verso le moderne tecnologie di informazione e comunicazione, che si dimostrano capaci (nella loro immaterialità) di generare benessere e migliorare la qualità della vita dei cittadini. L'obiettivo dell'Agenda Digitale regionale è quello di sfruttare il potenziale delle tecnologie ICT per favorire pertanto innovazione, crescita economica e competitività dell'ecosistema isolano. Uno degli aspetti principali della strategia è rappresentato dal tema dei servizi al cittadino: in particolare, la digital transformation applicata al tema della PA genera l'opportunità di rinnovare il concetto di cittadinanza attiva e nuovi diritti per il cittadino. In particolare ciò significa: il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti ed i servizi in modalità digitale, semplificando l'accesso ai servizi, abilitando meccanismi di Open Government e riuso dei dati [1].

L'Agenda Digitale Siciliana intende realizzare un vero e proprio "luogo digitale" in cui Amministrazioni, Imprese e Società Civile possano incontrarsi, usufruire di servizi, comunicare/scambiare dati e informazioni, decidere e partecipare attivamente al governo del territorio. Tale luogo digitale è la Piattaforma Digitale Integrata, proposta cardine dell'Agenda siciliana che abilita i meccanismi di eGovernment, Open Government e Cittadinanza Digitale grazie alla sua struttura di portale generalista accessibile via internet ed alle sue funzioni di Customer Relationship Management [2].

La nuova ADR individua pertanto due macro-ambiti di operatività:

- Regione Siciliana (Regione Digitale)
- Sanità Regionale (Sanità Digitale).

[1] Fonte: Agenda Digitale Sicilia – Delibera n° 116 del 06/03/2018.
[2] Fonte: Regione Digitale, Allegato A dell'Agenda Digitale Siciliana.

L'introduzione e la piena diffusione del digitale comporta molteplici effetti benefici; non soltanto l'erogazione di servizi innovativi sempre più vicini ai reali bisogni dei cittadini, ma anche un grande efficientamento dei costi e della spesa pubblica, a tutto vantaggio del cittadino che vedrà comunque riconosciuto il suo diritto alla salute. L'adozione massiva e coordinata delle ICT diventa, in estrema sintesi, strumentale per settori specifici ed esigenze eccezionali come quella della pandemia: efficientamento complessivo del SSN; maggiore trasparenza del sistema; sviluppo di nuova consapevolezza e responsabilizzazione di pazienti e *caregivers*; realizzazione di servizi innovativi in grado di promuovere comportamenti e stili di vita virtuosi; pieno coinvolgimento di tutti gli stakeholders. Lo scarso utilizzo di questi strumenti ha messo in difficoltà un sistema che si è trovato impreparato quando il lockdown ha limitato contatti fisici, rimandando esclusivamente alle consultazioni telefoniche il rapporto con i medici, sia per le valutazioni dei pazienti in isolamento COVID-19, sia per quelli, certamente in grande numero, cui sono stati sospesi i controlli di routine e limitati gli accessi negli ambulatori del MMG e nei PS ospedalieri.

Con pochi investimenti si potrebbe scongiurare quello che per Sergio Pillon, coordinatore della Commissione Tecnica del Ministero della Salute per lo sviluppo della telemedicina nazionale, è un concetto semplice: «Oggi nell'era del digitale pensare di dover riempire lo studio del medico ogni volta che abbiamo l'influenza stagionale, coronavirus a parte, è anacronistico e persino stupido». Sanità digitale perciò vuol dire meno ricoveri in ospedale, un monitoraggio o un consulto a distanza con specialisti. Anche il risparmio permesso con la Sanità digitale per il sistema sanitario nazionale torna utile in questi tempi perché significano fondi in più per ciò che davvero conta (terapie intensive…) [3].

3. La telemedicina nell'emergenza Covid-19

Per l'Organizzazione Mondiale della Sanità, Telemedicina letteralmente significa "guarigione a distanza" ed indica l'uso delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione per migliorare gli esiti di salute dei pazienti, aumentando l'accesso alle cure e alle informazioni mediche [4]. Le tecnologie digitali per la salute, comprese nella definizione di Salute Digitale e soprattutto nelle componenti di Medicina e Terapie Digitali, offrono la possibilità di superare i modelli di medicina basata sul rapporto diretto tra paziente e medico. Indicano invece la strada per offrire un nuovo modello, nel quale la distanza e la necessità di distanziamento non

[3] Gianpiero Ruggiero, esperto in valutazione e processi di innovazione del CNR, *https://www.agendadigitale.eu/sanita/telemedicina-cosa-serve-per-farle-funzionare-in-italia/*
[4] Analisi della Fondazione Onda in collaborazione con Giuseppe Recchia, Co-Founder and CEO di da Vinci Digital Therapeutics,

rappresentano una barriera, ma una opportunità per utilizzare in modo più efficiente il tempo e ridurre i rischi della prossimità [5]. Sull'utilizzo della telemedicina in questa fase emergenziale l'Istituto superiore di sanità ha pubblicato sul suo sito istituzionale il 12° rapporto del 2020 dedicato all'emergenza Covid-19 dal titolo "Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19". Il rapporto affronta il tema dei servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria offrendo indicazioni, individuando problematiche operative e proponendo soluzioni utili sostenute dalle evidenze scientifiche, ma anche impiegabili in modo semplice nella pratica. Si sottolinea che «è necessario prima di tutto realizzare e rendere disponibili quelle soluzioni che siano attivabili rapidamente, in pochi giorni, che siano utilizzabili dalle persone a domicilio con le dotazioni tecnologiche a loro disponibili nell'immediato e che siano attivabili per periodi di tempo congrui alle necessità poste dalla situazione di emergenza. In base all'esperienza cinese di evoluzione dell'epidemia, in prima approssimazione, tali servizi devono garantire l'attività per non meno di 90 giorni ed è fortemente consigliabile prevederne modalità di proroga in caso di ulteriori necessità correlate all'eventuale permanere della situazione di emergenza sanitaria» [6].

Ci sono tre situazioni tipo di persone che possono necessitare di controlli sanitari a domicilio:

- Persone non affette da patologie precedenti al momento in cui è stata necessaria la quarantena o l'isolamento, asintomatiche e che rientrino nella definizione di contatto stretto o di caso confermato [7].
- Persone non affette da patologie precedenti al momento in cui è stato necessario l'isolamento, che presentino sintomi da lievi a moderati compatibili con infezione COVID-19 e che rientrino in una delle definizioni di caso sospetto, probabile o confermato[8].
- Persone affette da patologie croniche, malattie rare e persone in condizioni di fragilità, oppure che richiedono trattamenti di lungo periodo o di particolare assistenza e/o supporto non ospedalieri, e che necessitano di mantenere la continuità dei servizi durante la quarantena, l'isolamento o nel periodo di applicazione delle norme di distanziamento sociale.

Il 28 aprile 2020 le associazioni dei pazienti con malattie croniche e rare hanno sottoscritto una lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte e al Ministro della Salute Roberto Speranza. La richiesta accorata è stata quella di ridisegnare il sistema sanitario nazionale senza indugio facendo ricorso alla Telemedicina quale modello nazionale di assistenza domiciliare territoriale efficace e capace di portare risultati positivi sia sull'assistenza al paziente che nei risparmi delle risorse. Le Associazioni (AIDO, AISC, AISM, ALAMA APS, AMICI DEL CUORE BASSANO DEL GRAPPA, AMIP, ANACC ONLUS, APMARR APS, ASSOCIAZIONE ITALIANA AMICI DEL CUORE DI SALERNO, ASSOCIAZIONE ITALIANA PAZIENTI BPCO ONLUS, CONACUORE ODV, DIABETE FORUM, DIABETE ITALIA, FAND, UNIAMO F.I.M.R ONLUS) si sono fatte portatrici degli interessi e delle difficoltà di tutti i pazienti interessati alla donazione di organi, tessuti e cellule, affetti da scompenso cardiaco, da sclerosi multipla, da malattie allergiche e respiratorie, da malattie cardiovascolari, da ipertensione polmonare, da angioma cavernoso cerebrale, da malattie reumatologiche e rare, da BCPO, da diabete, da malattie rare (una popolazione di oltre 10 milioni di persone). Nel documento si fa riferimento alla situazione di emergenza che sta vivendo il Paese e ai drammatici dati sulla mortalità, in particolare di persone fragili, gran parte delle quali affette dalle patologie rappresentate. Le associazioni hanno chiesto che si valutasse l'urgenza di armonizzare le varie esperienze di telemedicina che già esistono in singole realtà e si proceda con un modello unico di home care cure, in special modo per patologie croniche e rare a stadi avanzati e gravi, utilizzando la telemedicina quale supporto per far rimanere il paziente a casa con la dovuta e necessaria assistenza, con impatto positivo anche economico sul SSN [9].

Il provvedimento può e deve rappresentare il modello di sanità del futuro e sarà indispensabile per affrontare la fase della ripartenza e della convivenza con il virus. La richiesta avanzata trova supporto e sostegno nelle linee guida del Ministero della Salute elaborate da un apposito tavolo tecnico istituito presso il Consiglio Superiore di Sanità, condivise con le Regioni e le Province autonome già nel febbraio 2014, nonché nel documento elaborato lo scorso Aprile dall'Istituto Superiore di Sanità (Rapporto ISS COVID.19 N. 12/2020 del 13 aprile) e dalle numerose delibere adottate nelle singole Regioni. Le Associazioni si sono dichiarate pronte a fare la loro parte assicurando il contributo dei pazienti quali utilizzatori informati per collaborare con medici e strutture ospedaliere al fine di utilizzare i sistemi della telemedicina. Un documento firmato dai principali stakeholder sanitari e rappresentanti di pazienti con patologie neoplastiche, pubblicate nelle giornata del malato oncologico, il 17 maggio 2020 approfondisce il tema e la necessità della Telemedicina. Nella fase di emergenza le visite di follow-up sono state convertite a contatti telefonici / telematici, che ovviamente non hanno la pretesa di sostituire le visite fisiche, ma hanno consentito la

[5] Analisi della Fondazione Onda in collaborazione con Giuseppe Recchia, Co-Founder and CEO di da Vinci Digital Therapeutics.
[6] Rapporto Iss Covid 19 – 22, n. 12/2020.
[7] Circolare Ministeriale. 0007922 – 09/03/2020.
[8] Circolare Ministeriale 0007922 – 09/03/2020.
[9] Comunicato stampa Apmarr.

tempestiva discussione degli esami di laboratorio, degli esami strumentali e di eventuali segni e sintomi di malattia. Con l'inizio della fase 2, ridottasi la pressione in termini di assistenza ai pazienti COVID, rimane la necessità di riorganizzare i servizi sanitari nel rispetto delle misure di distanziamento e di protezione individuale. Pertanto, fermo restando che sia auspicabile un ritorno alle visite fisiche per i pazienti oncologici in corso di follow-up, sarà utile fare tesoro delle opportunità offerte dalla telemedicina e dai programmi di tele-consultazione dei malati di cancro con le strutture ospedaliere, attivati nella prima fase di emergenza. Gli strumenti sono semplici: Televista, Teleconsulto, Telemonitoraggio e Teleassistenza, così come definiti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni, le Province Autonome con l'Intesa sancita il 20 febbraio 2014 che ha approvato il documento recante "Telemedicina – Linee di indirizzo nazionali". Tale documento esamina aspetti inerenti all'inquadramento strategico degli interventi, alle opportunità offerte, alla definizione e classificazione dei servizi di telemedicina, ai possibili modelli organizzativi, alla integrazione della telemedicina nel servizio sanitario, nonché agli aspetti della remunerazione e valutazione economica di tali servizi, proponendo, tra l'altro, un setting di indicatori. L'intesa sottolinea come: «La Telemedicina non rappresenta una specialità medica separata, ma è uno strumento che può essere utilizzato per estendere la pratica tradizionale oltre gli spazi fisici abituali. Si configura, nel quadro normativo generale, come una diversa modalità di erogazione di prestazioni sanitarie e socio-sanitarie e pertanto rientra nella cornice di riferimento che norma tali processi...» [10]. [(1)], l'attuazione di questi modelli assistenziali è tuttavia ancora scarsa e frammentata, limitata a numeri ridotti di pazienti e di contesti.

4. L'obiettivo dell'assistenza a domicilio

L'obiettivo dell'assistenza a domicilio in telemedicina è quello di portare servizi medico-assistenziali a chi è in isolamento per sorvegliare le loro condizioni di salute, in relazione sia alla prevenzione e cura del COVID-19 sia alla continuità assistenziale necessaria per altre patologie e/o condizioni che lo richiedano. Per ridurre al minimo indispensabile il numero degli accessi al domicilio del paziente alcune attività possono essere eseguite in modalità di tele-assistenza, facendo uso di strumenti digitali, qualora il paziente e/o il suo care-giver siano sufficientemente autonomi e abbiano familiarità con tali strumenti. Fra queste attività si possono evidenziare: le interviste per la verifica dello stato di salute del paziente, accompagnate dagli opportuni consigli di comportamento e di educazione sanitaria; alcune medicazioni (ad esempio quelle relative a ferite chirurgiche, lesioni da pressione, lesioni cutanee croniche), che possono essere effettuate dal care-giver sotto la guida dell'infermiere; l'evidenziazione di situazioni particolari, che richiedano comunque la necessità di un intervento a domicilio da parte dell'infermiere. Gli obiettivi di tale scenario possono essere schematizzati così:

Replicare gli attuali processi clinico-organizzativi, in modo da non richiedere variazioni nell'organizzazione esistente e poter far coesistere sia le attività svolte in presenza che quelle erogate con modalità di teleassistenza;

- Gestire tutte le comunicazioni con il paziente in un unico ambiente integrato, che consenta sia l'interazione in audio e video, sia lo scambio di comunicazioni e di file tanto in modalità sincrona (durante la comunicazione) che in modalità asincrona (es. prima della chiamata).
- Archiviare in modo strutturato la documentazione scambiata con il paziente, per renderne possibile la futura integrazione nel più ampio sistema di presa in carico e telemedicina in corso di realizzazione da parte della ASL.
- Consentire agli infermieri di avere, anche in contatti successivi, visibilità delle comunicazioni precedentemente intercorse con il paziente e dei documenti scambiati;
- Tenere traccia delle attività eseguite, sia ai fini della tutela responsabilità dell'infermiere, sia ai fini della rendicontazione delle attività eseguite per il relativo rimborso.

Le esigenze derivanti dalla epidemia, accompagnate dalle raccomandazioni espresse sia a livello nazionale che da diverse Regioni, stanno dando un impulso notevole alla implementazione di soluzioni software, in gran parte specializzate e circoscritte a specifiche patologie e processi di cura, separate ed indipendenti fra loro. A titolo di esempio valgano i casi della Regione Veneto che ha approvato la delibera della Giunta Regionale "Attivazione di servizi di assistenza sanitaria erogabili a distanza: Telemedicina" (n. 568 del 05 maggio 2020 – Bur n. 63 del 08/05/2020 – Codice interno: 419799) e la Regione Toscana con la Delibera n. 464 del 06-04-2020, Oggetto DGR/497/2014 "Intesa Stato - Regioni sulle Linee di indirizzo nazionali di telemedicina" – Indirizzi operativi (ESTRATTO DAL VERBALE DELLA SEDUTA DEL 06-04-2020 (punto N. 23).

Può essere introdotto gradualmente, con una prima fase pilota circoscritta ad alcuni pazienti, un piano di procedure e impegni già posti in essere in questa fase di emergenza per poi essere man mano esteso agli altri assistiti, compatibilmente con le altre priorità e le contingenze che dovessero subentrare nel frattempo. Lo scenario si basa – per iniziare – sull'utilizzo di WhatsApp, che si ritiene preferibile rispetto ad altri

[10] Il 20 febbraio 2014 la Conferenza Stato Regioni ha sancito l'intesa sulle linee di indirizzo sulla Telemedicina (repertorio atti n.16/CSR).

strumenti di messaggistica e di comunicazione (video e non) in quanto

- opera su qualunque smartphone, sia iPhone che Android;
- è gratuito ed ampiamente diffuso e conosciuto;
- è sufficientemente intuitivo e di facile utilizzo anche da parte del paziente e/o del suo care-giver;
- implementa nativamente sistemi di crittografazione "end to end" a protezione della sicurezza delle comunicazioni, sia per quanto riguarda i messaggi che le immagini ed i documenti trasmessi. Tutte le comunicazioni sono quindi trasmesse e registrate sui server di WhatsApp in forma crittografata senza possibilità di decodifica da parte di nessuno, salvo il mittente ed il destinatario.

L'unico pre-requisito è la disponibilità di uno smartphone su cui sia installato whatsapp.

Per il Servizio

- Vengono utilizzati tablet in tecnologia Android, dislocati negli uffici del Servizio ADI, che vengono dedicati esclusivamente alle attività di teleassistenza e che vengono utilizzati esclusivamente all'interno dell'ufficio, al pari delle stazioni di lavoro fisse [11].
- I tablet vengono configurati in modo da richiedere una password per l'accesso; password che è fornita ai soli infermieri incaricati dell'assistenza per via telematica e viene cambiata una volta al mese, al nuovo turno.
- Le chat di WhatsApp vengono configurate in modo che i file e le immagini inviate dal paziente non siano automaticamente copiati anche nella "galleria" del tablet, ma rimangano solo all'interno della chat del paziente.
- Le chat di WhatsApp vengono configurate in modo da non effettuare automaticamente il backup in ambiente cloud.
- Per ogni paziente gestito, viene definita una cartella nell'ambito della "galleria" di immagini tablet, nella quale saranno registrate tutte le immagini trasmesse dal paziente nonché eventuali "screenshot" che dovessero essere acquisiti dall'infermiere durante le videochiamate, per documentare lo stato di eventuali lesioni e/o problemi di salute.
- Il nome della cartella viene definito secondo il criterio standard: cognome-nome-anno di nascita. Visto il numero di pazienti limitato, questo dovrebbe essere sufficiente per evitare il rischio di errata identificazione; è comunque cura dell'infermiere verificare preventivamente eventuali omonimie, e -nel caso- aggiungere un suffisso discriminativo.
- Tutte le comunicazioni con un paziente vengono eseguite sempre attraverso lo stesso tablet, in modo da concentrare sullo stesso dispositivo tutti i dati del paziente stesso e fornire al paziente un unico riferimento telefonico nei confronti del Servizio. A tal fine, i tablet sono etichettati con gli intervalli delle lettere iniziali del cognome dei pazienti correlati (es. "A-M" e "N-Z")
- Accanto ad ogni tablet è mantenuto un registro su cui l'infermiere annota l'ora di inizio e l'ora di fine dell'utilizzo del tablet. Il registro viene controfirmato con frequenza settimanale dal Responsabile del Servizio.

Lo scenario progettato non comporta variazioni negli aspetti organizzativi attualmente in essere presso il centro; non richiede acquisto di software e/o hardware con i relativi costi, tempi ed impegni sia in termini amministrativi che di gestione tecnologica; basandosi su strumenti software di uso diffuso, non richiede particolari forme di formazione e/o supporto nei confronti dei medici e dei pazienti (che già si suppone siano in grado di accedere ad un supporto informatico in quanto già interagiscono via mail con il centro); permette anche di erogare le televisite in modalità di "smart-working".

Parallelamente, con una visione temporale di pochi mesi e senza determinare impegni aggiuntivi, è consigliabile avviare una attività per la selezione, il raffinamento e l'impianto di una piattaforma più organica ed aperta, che possa essere gradualmente introdotta nelle attività quotidiane, integrando e capitalizzando su quanto implementato fino al momento e consentendo l'aggiunta – sicura, integrata e non frammentata – di sistemi e di app multi-vendor, specializzati rispetto a esigenze puntuali.

Il supporto al sistema sanitario mediante servizi di telemedicina, come ad esempio il video-consulto, consentono ai pazienti di confrontarsi con il medico attraverso una intermediazione audio/video. Ciò non deve far perdere di vista il problema della sicurezza informatica e della protezione dei dati, perché le piattaforme che consentono il tele-consulto devono essere in grado di garantire la tutela dei dati sensibili. Le informazioni scambiate durante il colloquio tra paziente e medico non possano essere intercettate, sottratte o alterate. Per questo motivo non tutte le piattaforme di videoconferenza sono adeguate ai fini sanitari. Anche nell'ambito sanitario, è il GDPR è la normativa che regola i livelli di sicurezza, per quanto riguarda la protezione dei dati personali.

5. Conclusioni

Questa epidemia insegna che non si può indugiare. Bisogna arrivare a un modello di assistenza più moderno, che sappia prevedere la piena integrazione dei servizi e delle soluzioni di telemedicina, sia nei confronti dei sistemi informatici che delle diverse cartelle cliniche esistenti. I progetti di telemedicina pos-

[11] Alla data del documento, due tablet sono già stati resi disponibili e configurati per effettuare prove e verifiche sulla procedura descritta.

sono portare a risultati apprezzabili, ma fino ad ora sono sempre stati progetti di ridotte dimensioni, che hanno consentito di comprendere l'utilità delle nuove tecnologie senza utilizzarle fino in fondo. Risulta indispensabile il perfezionamento del modello organizzativo sanitario e una maggior presa di coscienza dell'utilità del sistema.

Va considerato che l'impianto e l'utilizzo sicuro di un qualsiasi sistema informatico nell'ambito di un processo clinico-organizzativo richiede in ogni caso tempi, impegni (e costi) non trascurabili, sia per il processo di acquisizione, sia nella fase implementativa, dal punto di vista organizzativo e tecnico e della formazione. Impegni e tempi non compatibili con le esigenze dell'attuale momento. La strategia migliore per dare risposte rapide, funzionali ed economiche si può identificare nell'utilizzo di strumenti di uso comune**,** gratuiti, già conosciuti e facilmente utilizzabili anche dai pazienti, organizzati e gestiti in un quadro organico all'interno dell'azienda che permetta:

a) l'integrazione nei processi clinico-assistenziali esistenti, senza richiedere variazioni organizzative; b) l'utilizzo dei sistemi informatici esistenti e già in uso, senza determinare ulteriori frammentazioni dei dati necessari alla cura del paziente, fra archivi e cloud distinti, proprietari e non connessi; c) la protezione dei dati personali secondo quanto previsto dal GDPR, sia sotto il profilo tecnologico che organizzativo; d) la registrazione e la tracciabilità delle attività effettuate, sia nell'ottica della sicurezza del paziente che della rendicontazione amministrativa.

Con questo approccio, è stata progettata una metodologia secondo cui le singole aziende possano, anche autonomamente, definire "manuali operativi" dettagliati (non generiche linee guida) per l'implementazione di soluzioni di telemedicina nell'ambito dei processi clinico-assistenziali all'interno della loro struttura. La metodologia è riassumibile in tre passi principali:

1. Analisi del processo clinico-organizzativo usuale, basato sull'erogazione delle prestazioni in presenza.
2. Definizione dello stesso processo gestendo l'interazione con il paziente attraverso strumenti telematici di uso comune che presentino le necessarie garanzie di sicurezza, dettagliando le modalità d'uso, le eventuali criticità e le relative soluzioni.
3. Definizione degli adempimenti necessari ai fini della rispondenza, dal punto di vista organizzativo e tecnologico, a quanto prescritto dal Regolamento UE 2016/619 (GDPR).

Seguendo questa metodologia, nell'ambito di collaborazioni volontarie con varie aziende sanitarie e team multidisciplinari di esperti da varie università, è stato definito un insieme di manuali, strutturati come evidenziato in figura.

Indice — **Struttura tipo dei manuali**

Premessa
1. Scenario clinico-organizzativo in presenza
2. Scenario con l'utilizzo di soluzioni di telemedicina
   2.1 Ambiti e requisiti
   2.2 Schema riassuntivo
   2.3 Modalità di attuazione
   2.4 Ambiente tecnologico
   2.5 Pre-requisiti
   2.6 Attività preliminari di arruolamento ed informazione del paziente
   2.7 Esecuzione della televisita
   Preliminarmente alla televisita
   Erogazione della televisita
   2.8 Successivamente alla televisita
3. Protezione dei dati personali
   3.1 Check-list degli aspetti previsti dal Regolamento UE 2016/619
   3.2 Lettera informativa per il paziente
Allegato 1: Aspetti normativi
Allegato 2: Software per la produzione di file PDF protetti da password
Allegato 3: Meccanismi di crittografazione adottati dalla piattaforma di comunicazione
Allegato 4: Scheda di rilevazione di indicatori sulla modalità di erogazione in telemedicina

Conformemente allo spirito di collaborazione, di pubblicità dei risultati e di indipendenza da fornitori, i manuali sono liberamente disponibili alle organizzazioni sanitarie sul sito *www.dati-sanita.it*.

Gaetano Scuotto
Avvocato

Sulle modalità di liquidazione del danno da perdita parentale.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, 01 luglio 2020, n. 13269

abstract

For the purposes of the liquidation of parental damage, the Tables prepared by the Court of Milan set the minimum and maximum limits within which, however, the Magistrate can, freely and with appropriate motivation, establish the amount of compensation.

keywords

Parental damage – Liquidation according to equity – Tables of Milan.

abstract

Ai fini della liquidazione del danno parentale, le Tabelle predisposte dal Tribunale di Milano fissano i limiti minimi e massimi all'interno dei quali, tuttavia, il Magistrato può, liberamente e con idonea motivazione, stabilire il quantum del risarcimento.

parole chiave

Danno parentale – Liquidazione secondo equità – Tabelle di Milano.

Danno parentale – modalità di liquidazione – Tabelle di Milano – criterio equitativo

Per la stima del danno non patrimoniale per la morte di un prossimo congiunto, in mancanza di criteri legali, la prassi giurisprudenziale ha concepito criteri standard per rendere omogenee e prevedibili le decisioni, tra i quali i criteri del tribunale di Milano che hanno avuto ampia diffusione e che prevedono, per ogni vincolo di parentela, una misura massima ed una minima in modo da lasciare al giudice la valutazione equitativa. Tuttavia una forbice molto ampia comporta in sostanza un sistema di liquidazione secondo "equità pura" con la conseguenza che la decisione sul quantum, non può essere oggetto di gravame in Cassazione se non supera i limiti minimi e massimi, creando così una restrizione impropria del mezzo impugnatorio.

Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile,
01 luglio 2020, n. 13269 - Pres. Scoditti, Rel. Rossetti

(*Omissis*)

Fatti di causa

1. L'11 marzo 2003 nel territorio del comune di (OMISSIS) perse la vita in conseguenza di un sinistro stradale B.E.

In data che il ricorso non indica la madre (C.I.) ed i fratelli della vittima (B.F. e B.C.) convennero dinanzi al Tribunale di Cosenza il proprietario (P.S., che decederà nelle more del giudizio, e rispetto alla quale la domanda sarà coltivata nei confronti degli eredi S.F., S.L., S.M., S.S. e S.V.) e l'assicuratore della r.c.a. del veicolo che, secondo la prospettazione attorea, aveva provocato il sinistro (Unione Assicurazioni s.p.a., che in seguito muterà ragione sociale in TUA Assicurazioni s.p.a.; d'ora in avanti, "la TUA"), chiedendone la condanna al risarcimento del danno.

2. Con sentenza 31.1.2013 n. 172 il Tribunale di C. accolse la domanda, e condannò l'assicuratore a pagare alla madre della vittima la somma di Euro 260.000, e a ciascuno dei fratelli la somma di Euro 134.000.

La sentenza venne appellata dalla Duomo Unione Assicurazioni in via principale, e dai congiunti di B.E. in via incidentale.

3. Con sentenza 5 ottobre 2017 n. 1712 la Corte d'appello di Catanzaro:

- rigettò il gravame incidentale nella parte tendente a ricostruire la dinamica del sinistro, confermando la responsabilità esclusiva dei convenuti;
- elevò a Euro 275.000 il risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla madre della vittima, per tenere conto dell'invalidità psichica patita dalla donna in conseguenza della morte del figlio;
- ritenne che il Tribunale avesse erroneamente eseguito l'operazione di detrazione, dal credito risarcitorio spettante ai fratelli della vittima, degli acconti

pagati dall'assicuratore della responsabile; effettuati gli opportuni conteggi, la Corte d'appello determinò tale credito nella somma di Euro 120.140,14, oltre interessi compensativi;
- escluse che la morte di B.E. avesse causato ai congiunti un danno patrimoniale consistente nel venir meno d'un apporto economico del defunto in favore della famiglia;
- escluse che i danneggiati potessero pretendere tre diverse voci di danno non patrimoniale (danno esistenziale, danno biologico e danno morale);
- negò il diritto al risarcimento del danno consistito negli esborsi sostenute per le spese funerarie, ritenendo che tali spese non fossero state dimostrate tempestivamente;
- negò il diritto al risarcimento del danno consistito negli esborsi sostenuti per la costituzione di parte civile, perché tali spese erano state già liquidate dal giudice penale.

4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dai congiunti della vittima, con ricorso fondato su cinque motivi.

Ha resistito la TUA con controricorso.

Ragioni della decisione

1. Col primo motivo i ricorrenti prospettano il vizio di omesso esame di un fatto decisivo art. 360 c.p.c., n. 5.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che il "fatto decisivo" che la Corte d'appello non avrebbe esaminato è rappresentato dalle conclusioni precisate dagli odierni ricorrenti nel grado di appello, all'udienza di precisazione delle conclusioni del 21 dicembre 2016.

Sostengono i ricorrenti che la Corte d'appello, nel trascrivere in sentenza le conclusioni contenute nella comparsa di costituzione risposta contenente l'appello incidentale, avrebbe trascurato di prendere in esame le "nuove voci di danno prima mai menzionate" contenute nelle conclusioni rassegnate in udienza.

1.1. Il motivo sarebbe inammissibile per plurime ragioni, la più evidente delle quali è la carenza di interesse a proporlo.

I ricorrenti, infatti, si dolgono che non sia stata esaminata una domanda che essi stessi dichiarano di avere proposto tardivamente, e che in quanto tale si sarebbe comunque dovuta dichiarare inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c., quand'anche fosse stata esaminata.

2. Col secondo motivo i ricorrenti lamentano, formalmente richiamando l'art. 360 c.p.c., n. 5, che la Corte d'appello avrebbe liquidato il danno non patrimoniale applicando le tabelle milanesi "vigenti" al momento del verificarsi del danno, invece che al momento della liquidazione.

Deducono che, se la Corte d'appello avesse applicato le tabelle diffuse dal Tribunale di Milano nell'anno 2014 (le ultime disponibili al momento della decisione d'appello), i danneggiati avrebbero "avuto diritto" ad una liquidazione maggiore, dal momento che quelle tabelle prevedevano quale massimo ristoro a favore della madre della vittima la somma di Euro 327.900, ed a favore dei fratelli la somma di Euro 142420, ben maggiori di quelle liquidate dal Corte d'appello.

2.1. Il motivo è inammissibile.

La tesi che i ricorrenti vorrebbero sostenere può così riassumersi: per stabilire se la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dall'uccisione di un prossimo congiunto sia stata equa od iniqua occorre avere riguardo non già al quantum concretamente liquidato dal giudice di merito, ma alla c.d. "tabella" da cui l'ha ricavato. Per cui, mutata la tabella nelle more del giudizio, qualsiasi importo accordato sulla base della tabelle meno recente sarebbe, per ciò solo, erroneo.

Si tratta, tuttavia, d'una tesi erronea.

Per la stima del danno non patrimoniale da uccisione d'un prossimo congiunto, in mancanza di criteri legali, da molti anni gli uffici giudiziari di merito hanno concepito criteri standard, al fine di rendere omogenee e prevedibili le decisioni.

Tra questi criteri, larga diffusione ha avuto quello adottato dal Tribunale di Milano. Questo criterio consiste nello stabilire ex ante la misura del risarcimento in base alla natura del vincolo che legava la vittima ed il congiunto superstite (coniugio, filiazione, maternità, ecc.). Per ciascun tipo di vincolo parentale è prevista una somma variabile tra un minimo ed un massimo, molto divaricati tra loro. La scelta del risarcimento concretamente dovuto nel caso specifico è rimessa alla valutazione equitativa del giudice.

2.2. Questa Corte, con la sentenza Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011, Rv. 618048 - 01, stabilì che la tabella diffusa dal Tribunale di Milano sin dal 2009 e denominata "Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante (...) dalla perdita o grave lesione del rapporto parentale" dovesse costituire "d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità" (Cass. 12408/11, cit., p. 3.2.5 dei "Motivi della decisione").

Vero è che in seguito si sono registrate talune decisioni dissonanti (ed in particolare Sez. 3 -, Sentenza n. 29495 del 14/11/2019, Rv. 655831 - 01, secondo cui "nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale (...) le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale").

Nella presente sede tuttavia, ed al fine di decidere il secondo motivo del ricorso, non è necessario stabilire quale delle due dissenzienti opinioni sia preferibile.

Infatti un sistema che lascia al giudice la facoltà di scegliere il risarcimento ritenuto equo tra un minimo ed un massimo molto distanti tra loro è, nella sostan-

za, un sistema equitativo puro, con l'unico temperamento del divieto di scendere al di sotto, o salire al disopra delle soglie tabellari.

2.3. In un sistema equitativo puro, lo stabilire se la misura del risarcimento più adatta a ristorare il danno nel caso concreto sia quella minima, quella media o quella massima prevista dalla "tabella" è una valutazione di puro fatto, riservata al giudice di merito ed insindacabile in questa sede.

Così, nel caso di specie, la "tabella" della cui mancata applicazione i ricorrenti si dolgono (diffusa dal Tribunale di Milano nell'anno 2014) prevedeva, quale risarcimento dovuto al genitore per l'uccisione d'un figlio, una somma variabile da un minimo di Euro 163.990 ad un massimo di Euro 327.990.

La Corte d'appello ha tuttavia liquidato a C.I., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito in conseguenza della perdita prematura del figlio, la somma di Euro 260.000.

Il giudice di merito, dunque:

a) non ha violato l'art. 1226 c.c., così come interpretato da questa Corte nella ricordata sentenza n. 12408/11, perché ha fatto correttamente riferimento, per la liquidazione del danno non patrimoniale, alla tabella diffusa dal Tribunale di Milano;
b) non ha violato il principio per cui, nella liquidazione del danno non patrimoniale, occorre fare riferimento alla tabella più recente in uso al momento della decisione, perché l'importo liquidato è compreso nel range previsto dalla tabella in uso al momento della decisione.

Nè è consentito a questa Corte sindacare se, per le peculiarità del caso concreto, quell'importo sarebbe dovuto attestarsi sulla misura massima, su quella media o su quella minima prevista dalla tabella.

3. Col terzo motivo i ricorrenti lamentano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1226,2056 e 2059 c.c. Il motivo contiene due censure.

Con una prima censura i ricorrenti si dolgono del fatto che il danno non patrimoniale patito dalla madre della vittima sia stato liquidato nella misura media rispetto agli standard previsti dalle tabelle, mentre quello accordata ai fratelli sia stato liquidato nella misura massima. Deducono che tale ragionamento sarebbe "irrazionale ed antinomico".

Con una seconda censura i ricorrenti lamentano che la Corte d'appello avrebbe erroneamente "inglobato il danno biologico iure proprio riportato dalla ricorrente C.I. nell'ambito di un'unica voce di danno riconosciuta e genericamente ed unitariamente denominata danno parentale".

3.1. La prima delle suesposte censure è inammissibile.

In primo luogo è inammissibile perché investe una tipica valutazione di fatto riservata al giudice di merito.

In secondo luogo è inammissibile perché si fonda su un assioma: e cioè che il dolore morale sofferto dai fratelli di persona tragicamente deceduta non potrebbe non essere di intensità inferiore a quello sofferto dalla madre. Ma una regola di questo tipo non è costituisce affatto una massima di comune esperienza, nè una legge scientifica: non tutte le madri sono Medea, e non tutti i fratelli sono Castore e Polluce. E', per contro, potere-dovere del giudice di merito, secondo quanto le parti hanno allegato e provato, accertare con gli strumenti a sua disposizione quale sia stata la reale entità del danno nel caso concreto. Ma lo stabilire se tale accertamento sia stato corretto rispetto alle prove offerte, come già detto, è questione che esula dal perimetro del giudizio di legittimità.

3.2. Anche la seconda delle censure contenute nel terzo motivo odi ricorso è inammissibile.

Il giudice di primo grado liquidò il danno patito dalla madre della vittima nella misura di Euro 260.000.

Il giudice di secondo grado riformò tale statuizione, elevando tale importo a Euro 275.000, per tenere conto "delle conseguenze lesive dell'evento luttuoso sul piano dell'integrità psicofisica del congiunto superstite", reputando che la morte del fio avesse causato ad C.I. una malattia psichica guarita con postumi permanenti pari al 15%.

Il danno biologico è stato dunque concretamente liquidato dalla Corte d'appello ed ovviamente nulla rileva, sul piano della correttezza giuridica della decisione, se la liquidazione sia avvenuta a parte o in una unica cifra. Nè i ricorrenti prospettano che l'importo liquidato a titolo di ristoro della lesione della salute sia erroneo sotto altro profilo, o sottostimato.

4. Col quarto motivo i ricorrenti lamentano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1226,2043,2056,2059 c.c..

Si dolgono del fatto che la Corte d'appello abbia rigettato la domanda di risarcimento del danno esistenziale.

4.1. Il motivo è inammissibile ai sensi dell'art. 360 bis c.p.c., avendo le SS.UU. di questa Corte stabilito ormai da dodici anni che "di danno esistenziale nel nostro ordinamento non mette conto discorrere" (Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008).

5. Col quinto motivo i ricorrenti lamentano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1223,1226,2043 c.c.; nonché dell'art. 115 c.p.c..

Si dolgono del rigetto della domanda di risarcimento delle tre voci di danno patrimoniale da essi dedotte: il rimborso delle spese funerarie; il rimborso delle spese di costituzione di parte civile; il ristoro del lucro cessante derivante dalla perdita dell'apporto economico che la vittima avrebbe dato alla famiglia. Deducono che, al contrario di quanto ritenuto dalla Corte d'appello, le prove documentali degli esborsi sostenuti per le prime due voci erano "in atti". quanto alla terza voce di danno, deducono che gli studi compiuti dalla vittima (in una scuola alberghiera), la

sua verosimile realizzazione lavorativa futura, e i bassi redditi della madre e dei fratelli, dovevano indurre la Corte d'appello a ritenere altamente probabile una contribuzione economica della vittima in favore della famiglia, se non fosse prematuramente scomparsa.

5.1. Nella parte in cui censura il rigetto della domanda di risarcimento del danno per spese funerarie, il motivo è inammissibile ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6.

Il ricorrente, infatti, sostiene che la Corte d'appello avrebbe ritenuto non presenti in atti documenti che invece vi erano, ma non deduce nè dove si trovino tali documenti, nè quando siano stati prodotti, nè quale ne fosse il contenuto.

Nella parte in cui censura il rigetto della domanda di risarcimento delle spese di costituzione di parte civile il motivo è inammissibile, perché estraneo alla ratio decidendi.

Tale domanda è stata infatti rigettata dalla Corte d'appello sul presupposto che quelle spese fossero già state liquidate dal giudice penale, valutazione che non viene nemmeno sfiorata dal ricorso.

Nella parte restante, infine, il motivo è inammissibile, perché ancora una volta censura un apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito.

6. Le spese del presente giudizio di legittimità vanno a poste a carico dei ricorrenti, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 1, e sono liquidate nel dispositivo.

Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater (nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17).

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. La vicenda processuale. – **1.** Il danno da perdita del rapporto parentale. – **2.** La liquidazione del danno e le Tabelle di Milano e Roma. – **3.** La decisione ed i velati dubbi sulle Tabelle di Milano.

Premessa. La vicenda processuale

Il giudizio ha ad oggetto la richiesta di risarcimento avanzata dai congiunti (madre e fratelli) di un soggetto, vittima di un incidente stradale, in seguito al quale perse la vita.

In primo grado, accertata le responsabilità nel sinistro, il giudice condannava i convenuti in giudizio

a risarcire alla madre della vittima la somma di € 250.000,00 a titolo di danno parentale, ed ai fratelli, per le stesse causali, la somma di € 134.000,00 ciascuno. La Corte d'Appello, investita della questione, rigettò il gravame incidentale nella parte tendente a ricostruire la dinamica del sinistro, confermando la responsabilità esclusiva dei convenuti; elevò a Euro 275.000 il risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla madre della vittima, per tenere conto dell'invalidità psichica patita dalla donna in conseguenza della morte del figlio; ritenne infine che il Tribunale avesse erroneamente eseguito l'operazione di detrazione, dal credito risarcitorio spettante ai fratelli della vittima, degli acconti pagati dall'assicuratore della responsabile; effettuati gli opportuni conteggi, la Corte d'appello determinò tale credito nella somma di Euro 120.140,14, oltre interessi compensativi.

Gl'istanti ricorrevano in Cassazione essenzialmente censurando il fatto che la Corte d'Appello non avesse utilizzato la versione più aggiornata delle Tabelle di Milano e che vi fosse stata una irragionevole differenza nella liquidazione del danno tra la madre della vittima (per cui venivano utilizzati i valori medi di dette tabelle) ed i fratelli della vittima (per i quali invece venivano utilizzati i valori minimi).

1. Il danno da perdita del rapporto parentale

La scomparsa di un parente costituisce un evento doloroso dal quale scaturisce spesso un vuoto esistenziale incolmabile, che si ripercuote nella vita quotidiana e genera un vero e proprio mutamento delle proprie abitudini vitali.

Per questa ragione, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato la figura del c.d. "danno da perdita del rapporto parentale", annoverabile tra le categorie di danno non patrimoniale previsto ex art. 2059 c.c. e risarcibile nei confronti dei familiari di un soggetto defunto a causa dell'illecito altrui.

In particolare la Corte di Cassazione ha definito il danno da perdita del rapporto parentale come consistente"nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti".[1], e più di recente «nella perdita di un prossimo congiunto da cui consegue normalmente una condizione di vuoto esistenziale da parte dei familiari, determinato dal fatto di non poter più godere della sua presenza e di non poter più sperimentare tutte quelle relazioni fatte di affettività, condivisione, solidarietà che caratterizzano un sistema di vita che viene irreversibilmente stravolt.[2]

[1] Cass. Civ., sez. III, 09 maggio 2011, n. 10107; cfr. Cass. Civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546.

[2] Cass. Civ. 20 ottobre 2016, n° 21230.

Il danno parentale consiste, dunque, nella privazione di un valore non economico, ma personale che va al di là del crudo dolore che la morte in sé di una persona cara provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, costituito dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare. Viene valutato il vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti.

2. La liquidazione del danno e le Tabelle di Milano e Roma

L'esatta liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale costituisce uno dei profili più problematici della fattispecie in esame in quanto, trattandosi di lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali insuscettibili di conversione economica, la liquidazione del danno in parola avviene principalmente attraverso un criterio equitativo (artt. 1226 e 2056 cod. civ.).

Il giudicante, tuttavia, a differenza del danno all'integrità psico-fisica per il quale si può ancorare ad un elemento comunque oggettivo come la percentuale dell'invalidità permanente, nel danno parentale deve considerare tutte soggettive variabili (intensità del vincolo familiare, situazione di convivenza, l'età della vittima primaria e dei danneggiati secondari), al fine di addivenire ad una liquidazione del risarcimento che sia effettivamente commisurata alle conseguenze negative che l'evento lesivo ha prodotto ai congiunti della vittima.

Invero, come accaduto per il danno biologico, nei vari uffici giudiziari si è da sempre sentita l'esigenza di omogeneizzare la quantificazione del danno da perdita del congiunto, nell'intento di limitare la discrezionalità del singolo giudice ed evitare ingiuste differenze nelle liquidazioni, allineandole così su tutto il territorio nazionale.

I tribunali più attivi su questo versante sono stati da sempre il Tribunale di Roma ed il Tribunale di Milano che hanno elaborato delle specifiche tabelle di quantificazione del danno da perdita parentale. Del resto il sistema tabellare è stato da sempre utilizzato dagli uffici giudiziari e dagli Osservatori per offrire agli operatori un contributo utile a rendere più equa e prevedibile la liquidazione del danno non patrimoniale. Tuttavia, se da un lato le tabelle romane si sono sempre fondate sull'individuazione di somme specifiche utilizzando criteri prestabiliti, di contro le tabelle milanesi, nelle varie edizioni, per il ristoro del danno parentale hanno sempre previsto per ogni grado di parentela un range, ovvero una somma minima ed una massima liquidabile al danneggiato, entro cui il giudice può liberamente muoversi.

Entrambe le Tabelle, per diversi anni, hanno trovato applicazione nei diversi fori, almeno fino a quando la Cassazione, in occasione della nota sentenza n. 12408/2011, stabilì che le Tabelle predisposte dall'Osservatorio presso il Tribunale di Milano dovessero costituire"d'ora innanzi, per la giurisprudenza di questa Corte, il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità". In particolare, secondo la Suprema Corte "l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale – e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. –, salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono"[3]. Tale principio è stato poi più volte ribadito dalla Suprema Corte[4] nonché recepito dalla quasi totalità delle corti di merito tanto che, nel 2017, è stata la stessa Corte di Appello di Roma a ribadire che "l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 c.c. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost. riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c."[5].

La Tabella romana - Edizione 2018, tuttavia, si **è** proposta nuovamente come contro altare alle tabelle milanesi, in aperto contrasto con la richiamata Sen-

[3] Cass. Civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408.
[4] Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2015 n. 10263.
[5] Corte Appello di Roma, Sezione terza civile, 21 dicembre 2016, n. 7200.

tenza della Cassazione n. 12408/2011 (c.d. "sentenza Amatucci"), come si evince sin dalla stessa relazione illustrativa. Secondo i giudici capitolini la Tabella milanese non sarebbe conforme alla legge n. 24/2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco") ed agli artt. 138 e 139 d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209, come novellati dalla legge n. 124/2017 (c.d. "Legge Concorrenza"). In particolare, per quanto attiene poi alla liquidazione del danno parentale, le Tabelle romane prevedono il meccanismo del "valore punto", come analiticamente spiegato nei par. 58 e ss. della Relazione alle Tabelle romane – Edizione 2019, basato sulla attribuzione al danno di un punteggio numerico a seconda della sua presumibile entità e nella moltiplicazione di tale punteggio per una somma di denaro, che costituisce il valore ideale di ogni punto. Tale sistema muove dalla enucleazione – pur consapevole della molteplicità dei fattori che devono essere considerati nella determinazione del danno da morte – di una serie di fattori presenti in tutti i casi. Più precisamente sono individuati cinque fattori di influenza del risarcimento – una volta ritenuta provata la esistenza di una seria relazione affettiva, vale a dire: a. il rapporto di parentela esistente tra la vittima ed il congiunto avente diritto al risarcimento, potendosi presumere che il danno sia maggiore quanto più stretto il rapporto; b. l'età del congiunto: il danno è tanto maggiore quanto minore è l'età del congiunto superstite; c. l'età della vittima: anche in questo caso è ragionevole ritenere che il danno sia inversamente proporzionale all'età della vittima, in considerazione del progressivo avvicinarsi al naturale termine del ciclo della vita; d. la convivenza tra la vittima ed il congiunto superstite, dovendosi presumere che il danno sarà tanto maggiore quanto più costante e assidua è stata la frequentazione tra la vittima ed il superstite; e. presenza all'interno del nucleo familiare di altri conviventi o di altri familiari non conviventi); (fino al 4°, inclusi, quindi, i cugini): infatti il danno derivante dalla perdita è sicuramente maggiore se il congiunto superstite rimane solo, privo di quell'assistenza morale e materiale che gli derivano dal convivere con un'altra persona o dalla presenza di altri familiari, anche se non conviventi. La asserita "forza" delle Tabelle romane viene individuata, quindi, dagli stessi autori, nella maggiore prevedibilità della decisione.

Del vero di recente, l'impostazione del sistema "romano", da tempo ai margini ed ormai caduto in disuso, sembra aver avuto un implicito avallo dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione che, in una pronuncia del novembre 2019, ha così affermato "Nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale – diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica – le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale"[6]. La Suprema Corte con questa pronuncia, inaspettatamente, ha nei fatti ridimensionato il ruolo di "faro" delle tabelle milanesi ai fini della realizzazione dell'equità delle liquidazioni sul territorio nazionale, quantomeno per il danno parentale. Con tale arresto, difatti, viene posto in evidenzia come, a differenza delle tabelle per le macrolesioni, l'assenza di parametri oggettivi (tranne che per il grado di parentela) e l'estrema ampiezza della forbice delle liquidazioni, diano una tale discrezionalità al Giudice da non potersi realizzare l'auspicata uniformità delle liquidazioni nei diversi fori.

3. La decisione ed i velati dubbi sulle Tabelle di Milano

Proprio in relazione al richiamato precedente dello scorso novembre, l'annotata sentenza presenta profili di particolare interesse velando non pochi dubbi sul valore e sulla tenuta delle tabelle di Milano per il danno parentale. Difatti se gli Ermellini ricordano l'orientamento consolidatosi dal 2011, ci tengono a ricordare l'esistenza dell'indirizzo «dissonante» (individuato nella pronuncia Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2019, n. 29495) per poi concludere sul punto che "Nella presente sede […] non è necessario stabilire quale delle due dissenzienti opinioni sia preferibile". Tale affermazione va però messa in correlazione con un successivo passaggio in cui si legge che la "tabella milanese", per i casi di danni da perdita del congiunto, sarebbe eccessivamente indeterminata ed in definitiva si risolverebbe in un "sistema equitativo puro" e, dunque, implicitamente ritenuto inidoneo a realizzare l'equità di trattamenti ovvero a favorire la liquidazione di somme quanto più omogenee in casi simili.

Detto questo la Corte di Cassazione, dando comunque per scontato l'applicazione nel caso di specie delle Tabelle di Milano, afferma il principio per cui un sistema che lascia al giudice la facoltà di scegliere il risarcimento ritenuto equo tra un minimo ed un massimo, molto distanti tra loro, è, nella sostanza, un sistema equitativo puro, con l'unico temperamento del divieto di scendere al di sotto, o salire al disopra delle soglie tabellari e lo stabilire se la misura del risarcimento più adatta a ristorare il danno nel caso concreto sia quella minima, quella media o quella massima prevista dalla "tabella" è una valutazione di puro fatto, riservata al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, con la conseguente implicita compromissione del mezzo di gravame.

[6] Cassazione civile sez. III, 14/11/2019, n. 29495.

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sulla responsabilità del ristoratore per i danni subiti dal cliente.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 28 maggio 2020, n. 9997

abstract

The Court of Cassation clarifies the legal framework of the restaurant owner's liability and the regime of the burden of proof.

keywords

Damage to the customer – Catering contract – Liability.

abstract

La Corte di Cassazione chiarisce l'inquadramento giuridico della responsabilità del ristoratore ed il regime dell'onere della prova.

parole chiave

Danni al cliente – Contratto di ristorazione – Responsabilità.

Contratto di ristorazione – obblighi di protezione – responsabilità del ristoratore – presupposti

Nel contratto di ristorazione il creditore della prestazione affida la propria persona alla controparte e tanto basta per far sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto ex art. 1374 c.c. In caso di incidente, il ristoratore può evitare la condanna solo se dimostra il caso fortuito che non poteva essere né previsto né evitato e che comunque ha fatto tutto il possibile per evitare l'incidente. La prevedibilità dell'evento va accertata in concreto e non presunta.

Corte di Cassazione, Sezione VI civile,
28 maggio 2020, n. 9997 - Pres. Frasca – Rel. Rossetti

(*Omissis*)

Fatti di causa

1. Nel 2007 M.F. e N.M., dichiarando di agire sia in proprio che quali genitori esercenti la potestà genitoriale sulla figlia minore M.S., convennero dinanzi al Tribunale di Roma, sezione di Ostia, L.A., esponendo che la propria figlia minore M.S., mentre si trovava all'interno del ristorante gestito dal convenuto, patì lesioni personali allorché uno dei camerieri, nel mentre serviva una pizza ancora fumante, la fece cadere sull'arto superiore della propria figlia, che ne restò ustionata.

Chiesero perciò la condanna del convenuto al risarcimento dei danni rispettivamente patiti.

2. Con sentenza 20 novembre 2008 n. 285 il Tribunale di Roma rigettò la domanda.

La sentenza venne appellata dai soccombenti; la Corte d'appello di Roma, con sentenza 5 luglio 2017 n. 4460 accolse il gravame.

3. Per quanto in questa sede ancora rileva, la Corte d'appello reputò che il gestore del ristorante dovesse ritenersi responsabile dell'accaduto ai sensi dell'art. 1218 c.c.

La Corte d'appello ritenne dimostrato che "effettivamente il rovesciamento della pizza sul braccio di M.S. era stato cagionato da un caso fortuito e precisamente da un urto improvviso ed imprevedibile", inferto da un avventore alla cameriera intenta al servizio ai tavoli, e che la persona la quale aveva malaccortamente urtato la cameriera era uno dei commensali della danneggiata.

Soggiunse tuttavia la Corte d'appello che, dal momento che la vittima ed i suoi commensali costituivano una "comitiva di giovani turbolenta", fosse per il gestore del ristorante "del tutto prevedibile la possibilità che la cameriera fosse urtata da uno dei componenti del gruppo, di talché avrebbero dovuto essere adottate delle adeguate cautele ed attenzioni".

4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da L.A. con ricorso fondato su quattro motivi; hanno resistito con controricorso M.F., M.S. e N.M..

Ragioni della decisione

1. Le parti resistenti hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per tardività.

Tale eccezione è infondata.

La sentenza impugnata è stata pubblicata il 5 luglio 2017.

Essa non è stata notificata per i fini di cui all'art. 325 c.p.c.

Poiché il presente giudizio è iniziato nel 2007, ed in ragione del suo oggetto non sfugge alla sospensione feriale dei termini, l'odierno ricorrente aveva a disposizione ai sensi dell'art. 327 c.p.c., per proporre il proprio ricorso per cassazione, un anno e 62 giorni (in virtù del cumulo della sospensione feriale dell'anno 2017 e di quella dell'anno 2018), decorrenti dal 5 luglio 2017.

Il suddetto termine scadeva dunque il 5 settembre 2018, mentre il ricorso per cassazione è stato proposto il 2 febbraio 2018.

2. Col primo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1173,1176, 1218 e 2043 c.c..

Deduce che la Corte d'appello avrebbe dovuto qualificare la domanda proposta dagli attori come domanda extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., e di conseguenza addossar loro l'onere della prova della colpa e del nesso causale.

Sostiene, a tal riguardo, il ricorrente che il contratto di ristorazione ha ad oggetto unicamente la fornitura, da parte del ristoratore, delle pietanze e delle bevande; ne trae la conclusione che l'infortunio occorso ad un cliente durante il periodo in cui si trattiene nel ristorante, originato dalla condotta di un altro avventore, non rientrerebbe nel "programma contrattuale" cui si obbliga il ristoratore.

2.1. Il motivo è infondato.

Chi accede in un ristorante, stipulando per facta concludentia un contratto rientrante nel genus del contratto d'opera, ha diritto di pretendere dal gestore che sia preservata la sua incolumità fisica.

Il contratto di ristorazione, infatti, nella sua struttura socialmente tipica comporta l'obbligo del ristoratore di dare ricetto ed ospitalità ad all'avventore. In mancanza di questo elemento, non di contratto di ristorazione si dovrebbe parlare, ma di compravendita di cibi preparati o da preparare.

Nel contratto di ristorazione pertanto, come in quello d'albergo o di trasporto, il creditore della prestazione affida la propria persona alla controparte: e tanto basta per fare sorgere a carico di quest'ultima l'obbligo di garantire l'incolumità dell'avventore, quale effetto naturale del contratto ex art. 1374 c.c..

Nè può condividersi, a tal riguardo, quanto dedotto dal ricorrente a pagina 4, per ultimo capoverso, del proprio ricorso, e cioè che gli "obblighi di protezione" possono essere invocati soltanto quando "l'esposizione al pericolo della persona del contraente rappresenti un corollario specifico di quel tipo contrattuale".

Premesso che non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per "corollario specifico" d'un contratto, va qui ricordato che gli effetti del contratto discendono:

a) dalla volontà delle parti;
b) dalla legge;
c) dall'equità (art. 1374 c.c.).

Effetto derivante dalla legge, e quindi onnipresente in ogni contratto, è l'obbligo di salvaguardare l'incolumità fisica della controparte, quando la prestazione dovuta sia teoricamente suscettibile di nuocerle.

Tale obbligo discende dall'art. 32 Cost., norma direttamente applicabile (c.d. Drittwirkung) anche nei rapporti tra privati, e sussiste necessariamente in tutti i contratti in cui una delle parti affidi la propria persona all'altra: e dunque non solo nei contratti di spedalità o di trasporto di persone, ma anche in quelli - ad esempio - di albergo, di spettacolo, di appalto (quando l'opus da realizzare avvenga in presenza del committente), di insegnamento d'una pratica sportiva, di ristorazione.

3. Col secondo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 2043, 2049 e 2697 c.c.; nonché degli artt. 40 e 41 c.p.

Al di là di tali riferimenti normativi, effettivamente non pertinenti rispetto al contenuto del motivo (pagine 5-8 del ricorso), nella illustrazione del motivo vengono formulate due distinte censure.

Da un lato si sostiene che la Corte d'appello ha erroneamente attribuito all'odierno ricorrente la responsabilità per l'accaduto, senza previamente individuare quale sarebbe dovuta essere la condotta alternativa corretta che questi avrebbe dovuto tenere, ovvero l'obbligo giuridico da lui violato.

Sotto altro profilo, il ricorrente deduce che la Corte d'appello ha violato le regole che disciplinano l'accertamento del nesso di causa. Sostiene essere stato accertato in punto di fatto, e comunque essere incontestato, che l'incidente si verificò perché la cameriera addetta al servizio ai tavoli venne urtata da un membro della comitiva cui si accompagnava la vittima, il quale "in piedi si agitava scompostamente nella sala"; e che il fatto del terzo, integrando gli estremi del caso fortuito, esclude il nesso di causa tra inadempimento e danno.

3.1. Nella parte in cui lamenta la violazione delle regole sulla causalità (materiale) il motivo è infondato.

Secondo il ricorrente, poiché il fatto del terzo costituisce un caso fortuito, esso esclude necessariamente il nesso di causa tra la condotta inadempiente (o, in caso di fatto illecito, tra la condotta colposa) ed il danno.

La tesi non può condividersi.

Nel caso di specie il danno è stato arrecato non dal terzo, ma dal personale dipendente del ristorante gestito dal convenuto.

Si è dunque trattato di un danno corpore corpori illatum, ed in virtù del principio di equivalenza causale la sussistenza del nesso era indiscutibile: quel di cui unicamente si poteva contendere era se il personale dipendente del convenuto poteva o non poteva, con l'ordinaria diligenza, prevenire il fatto dannoso: giudi-

zio che attiene però all'accertamento della colpa, non del nesso causale.

3.2. Nella parte in cui lamenta la violazione delle regole sulla colpa il motivo è fondato.

La Corte d'appello ha accertato in punto di fatto che la vittima si infortunò perché la cameriera che stava servendo le pietanze fu urtata da una terza persona, perse l'equilibrio e lasciò cadere una pizza bollente sul braccio della danneggiata.

Accertati questi fatti concreti, la Corte d'appello ha ritenuto che tale dinamica dell'accaduto non escludesse la responsabilità del ristoratore, così ragionando:

(a) il fatto del terzo integra gli estremi del caso fortuito;
(b) il caso fortuito non esclude la colpa dell'autore del danno, se la condotta del terzo sia prevedibile od evitabile;
(c) nel caso di specie la "agitazione" dei ragazzi che componevano la comitiva presente nel ristorante era prevedibile, e si sarebbe potuta evitare da parte del ristoratore adottando "le adeguate cautele".

3.3. La prima e la seconda delle suddette affermazioni sono corrette, la terza invece costituisce, nel caso specifico, falsa applicazione degli artt. 1218 e 1176 c.c.

È certamente vero che il fatto del terzo può integrare gli estremi del caso fortuito, ed è altresì vero che il caso fortuito, per escludere la colpa del danneggiante, deve avere due caratteristiche:

- non poteva essere previsto, né evitato;
- il responsabile aveva l'obbligo (legale o contrattuale) di prevederlo od evitarlo.

Tali precetti, sebbene non espressamente dettati dal codice civile, discendono da una tradizione millenaria e sono dal codice presupposti, più che imposti: basterà ricordare al riguardo che già un rescritto dell'imperatore Augusto, inviato ai prefetti del pretorio Fusco e Destro (e tramandato dal Codex Iustiniani, Libro IV, Titolo XXIV, p. 6, De casu fortuito) sancì che "quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint (..), nullo bonae fidei judicio praestantur".

Il precetto passò tal quale nel diritto intermedio ("casus fortuitus non est sperandus, et nemo tenetur divinare"), e da questo pervenne immutato all'età delle codificazioni, ed ai codici attuali.

In questi, tuttavia, fu conservata la regola secondo cui il debitore è liberato dal caso fortuito (si vedano ad esempio l'art. 1492 c.c., comma 3, in tema di perimento della cosa venduta; l'art. 1637 c.c., in tema di accollo da parte dell'affittuario del rischio di caso fortuito; l'art. 1686 c.c., comma 3, in tema di responsabilità del vettore; l'art. 1805 c.c., in tema di responsabilità del comodatario), ma se ne obliò la giustificazione (il "cum praevideri non potuerint" del rescritto augusteo), probabilmente perché ritenuta dal legislatore ovvia e scontata.

Pertanto l'evento fortuito, ma prevedibile od evitabile, non libera l'autore del danno da responsabilità, contrattuale od aquiliana che sia (così, da ultimo, Sez. 3 -, Ordinanza n. 25837 del 31/10/2017, Rv. 646461 - 01).

3.4. La prevedibilità o l'evitabilità del caso fortuito, quando questo sia costituito dal fatto d'un terzo, non può essere presunta in astratto, ma va accertata in concreto. E l'accertamento in concreto di tali circostanze esige che si stabilisca in facto:

(a) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176 c.c., comma 2), potesse con la diligenza da lui esigibile prevedere quel che sarebbe poi accaduto;
(b) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176 c.c., comma 2), potesse concretamente adottare condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta.

Anche questi principi sono pacifici da due millenni: la fattispecie oggi all'esame di questa Corte, infatti, riecheggia un celebre caso di cui riferisce Ulpiano (Libri XVIII Ad Edictum, in Dig., IX, 2, 11, pr., si cum pila quidam luderent), in cui si discuteva della responsabilità d'un barbiere che, mentre radeva un cliente, lo ferì alla gola perché colpito al braccio da un pallone, scagliato da ragazzi che giocavano nei pressi.

In quel caso il grande giureconsulto ritenne il barbiere in colpa non già per aver ferito il cliente, ma per avere scelto di esercitare la propria professione in un luogo dove notoriamente i ragazzi giocavano a palla. Allo stesso modo, nel presente giudizio, l'affermazione della prevedibilità del caso fortuito si sarebbe potuta affermare solo a condizione che fosse accertata in concreto che l'urto inferto ad uno dei camerieri, da parte di un avventore, fosse una circostanza ampiamente prevedibile da qualunque ristoratore diligente.

Tale accertamento, però, nel caso di specie è mancato.

3.5. La sentenza impugnata, infatti, non ha accertato in concreto la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento dannoso, ma le ha postulate in astratto.

La decisione d'appello non ha indagato se la esagitazione della persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protraesse da tempo, ed in tal caso da quanto tempo; non ha stabilito in che cosa sia consistita; non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato; non ha accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori.

In mancanza di questi accertamenti, la Corte d'appello ha falsamente applicato gli artt. 1176 e 1218 c.c., perché ha escluso in iure l'efficacia esimente del caso fortuito, senza accertare in facto se quel caso fortuito fosse prevedibile od evitabile.

4. Il terzo motivo di ricorso resta assorbito dall'accoglimento del secondo.

5. Col quarto motivo il ricorrente lamenta che la Corte d'appello abbia stimato il danno alla persona patito da M.S. in Euro 30.000 "senza ulteriori motivazioni".

5.1. Il motivo è manifestamente fondato.

La Corte d'appello ha ritenuto che M.S., in conseguenza dell'infortunio, patì "non un danno funzionale, ma solo un danno estetico non emendabile", ed ha liquidato tale pregiudizio complessivamente nell'unitaria cifra di 30.000 Euro.

Tuttavia la sentenza non indica in cosa consistette tale pregiudizio estetico; quale ne fu l'entità; se abbia causato solo una invalidità permanente od anche una invalidità temporanea; in che termini percentuali potesse stimarsi l'invalidità da esso provocata; attraverso quali criteri è pervenuta alla determinazione del suddetto importo.

La sentenza pertanto, oltre ad adottare una motivazione solo apparente, ha finito in tal modo per violare l'art. 1223 c.c., in quanto ha liquidato il danno non patrimoniale senza accertarne in concreto l'entità.

6. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.Q.M.
(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. Il fatto storico, – **1.** Il contratto di ristorazione. – **2.** La responsabilità del ristoratore. – **3.** La decisione della Corte di Cassazione.

Premessa

La Suprema Corte di Cassazione, con l'annotata sentenza, ha affrontato l'annosa questione della responsabilità del ristoratore in relazione al diritto alla salute del cliente e del regime dell'onere probatorio che spetta all'uno ed all'altro in ipotesi di domanda di risarcimento danni.

La vicenda, poi giunta all'attenzione degl'Ermellini, prende le mosse da una richiesta di risarcimento danni avanzata dai genitori di una ragazza minore che, mentre si trovava all'interno di un ristorante, patì lesioni personali allorché uno dei camerieri, nel mentre serviva una pizza ancora fumante, la fece cadere sull'arto superiore della ragazza, che ne restò ustionata.

I genitori chiesero perciò la condanna del ristoratore al risarcimento dei danni rispettivamente patiti.

In primo grado il Tribunale di Roma rigettò la domanda. La sentenza venne appellata dai soccombenti e la Corte d'appello di Roma, accolse il gravame.

La Corte d'appello, da un lato reputò che il gestore del ristorante dovesse ritenersi responsabile dell'accaduto ai sensi dell'art. 1218 c.c. e che "effettivamente il rovesciamento della pizza sul braccio di M.S. era stato cagionato da un caso fortuito e precisamente da un urto improvviso ed imprevedibile", tuttavia aggiunse che, dal momento che la vittima ed i suoi commensali costituivano una "comitiva di giovani turbolenta", fosse per il gestore del ristorante del tutto prevedibile la possibilità che la cameriera fosse urtata da uno dei componenti del gruppo, di talché avrebbe dovuto adottare delle adeguate cautele ed attenzioni.

1. Il contratto di ristorazione

Il contratto ristorativo viene definito, sia in dottrina sia in giurisprudenza, come il contratto atipico in forza del quale una parte, detta *ristoratore*, si obbliga nei confronti di un altro soggetto, detto *cliente*, a fornire la somministrazione di pasti e bevande – generalmente nello stesso luogo ove avviene la produzione – dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro.

Per quanto riguarda la forma, il contratto di ristorazione è un contratto a forma libera e non vincolata.

Il contratto di ristorazione è un contratto consensuale in quanto si perfeziona con il consenso, ossia attraverso l'accordo delle parti legittimamente manifestato non essendo necessaria la consegna della cosa per il suo perfezionamento.

Parti del contratto di ristorazione sono l'imprenditore ristorativo e il cliente che attraverso l'accordo – di regola manifestato tra persone presenti e nello stesso luogo – danno vita a un rapporto giuridico di tipo patrimoniale.

Il contratto è perfetto nel momento e nel luogo in cui i soggetti si sono scambiati le dichiarazioni reciproche. L'incontro delle dichiarazioni di regola si perfeziona tramite un documento, la comanda, in cui viene annotata l'ordinazione del cliente. L'offerta, però, può assumere anche la forma particolare di offerta a prelievo diretto, che si attua mediante macchine a gettoni o automatici oppure attraverso i servizi cosiddetti *self service* o *free-flow*. In entrambi i casi il contratto si conclude quando il cliente versa il prezzo e precisamente con l'introduzione del denaro richiesto nel distributore e nel pagamento del prezzo del bene prelevato[1].

In quanto contratto atipico, al contratto di ristorazione si applicheranno in primo luogo le norme del *contratto in generale*, contenute nel Titolo II del Libro IV del codice civile; in secondo luogo, in quanto contratto misto, si potrà applicare la disciplina del tipo nominato con cui presenta maggiori affinità come il contratto d'opera ovvero di appalto (criterio della combinazione). La diversità tra contratto d'opera ed appalto si ravvisa nel fatto che l'appaltatore deve essere in grado di organizzare i mezzi necessari al compimento del servizio; diventa quindi fondamentale l'elemen-

[1] Corte di Cassazione, 3 dicembre 1999, n. 11568.

to della organizzazione. Nel contratto di ristorazione, invece, la dottrina afferma che l'organizzazione di mezzi non sia elemento necessario, potendosi ammettere che l'opera o il servizio siano frutto del lavoro prevalentemente proprio del soggetto. Se quindi l'opera e il servizio sono svolti mediante l'organizzazione di impresa, il contratto di ristorazione potrà qualificarsi come contratto d'appalto e il soggetto potrà ricondursi alla figura dell'imprenditore commerciale; se invece è prevalente il lavoro proprio dell'esecutore e dei suoi familiari, il contratto potrà qualificarsi come contratto d'opera ai sensi dell'art. 2222 c.c.

2. La responsabilità del ristoratore. Contrattuale ed extracontrattuale

Il ristoratore può essere chiamato a rispondere dei danni subiti dalle cose appartenenti al cliente, ovvero dalla persona stessa del cliente.

Su di un piano strettamente giuridico la responsabilità di quanto accade in sala va riferita al ristoratore quale imprenditore esercente un'azienda commerciale, sul quale incombono responsabilità e rischi derivanti dai molteplici rapporti.

Sul punto viene innanzitutto in rilievo l'obbligo per il ristoratore di fornire i pasti e le bevande richieste, che costituisce l'oggetto principale del contratto di ristorazione. Sussiste pertanto la responsabilità contrattuale del ristoratore in relazione ad eventuali inadempimenti o vizi denunziati dal cliente da cui siano derivati danni risarcibili. In questi casi, a norma degli artt. 2697 e 1218 c.c., al cliente sarà sufficiente dimostrare la sussistenza del contratto ristorativo, allegando l'inadempimento del ristoratore, il quale sarà tenuto a fornire la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Ad esempio parte della giurisprudenza, sui contratti ristorativi aventi ad oggetto cerimonie nuziali, ponendo l'attenzione sull'enorme rilievo che la cerimonia nel suo complesso, ivi compresi i successivi festeggiamenti, riveste (essendo il momento in cui l'unione tra i coniugi è suggellata al cospetto dell'ambiente familiare-sociale cui i coniugi appartengono), ha stabilito che determina inadempimento contrattuale e diritto al risarcimento del danno morale ed esistenziale, anche la qualità particolarmente scadente del banchetto nuziale, dovuta alla scarsità del cibo, alla lentezza del servizio ed alla scortesia ed impreparazione dei camerieri[2].

In aggiunta, può gravare sul ristoratore anche una responsabilità di natura extracontrattuale per danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il cui risarcimento richiede però prove offerte dal cliente sulla riconducibilità dell'evento lesivo, a titolo di dolo o colpa, a condotte, attive od omissive, dell'imprenditore ristorativo. Ciò accade ad esempio nel caso di danni, alla persona e/o a cose, che i clienti subiscano all'interno del locale nel corso o a causa del servizio (cadute, macchie agli indumenti, responsabilità per cose in custodia in caso di furto...).

Ad esempio il ristoratore potrebbe essere chiamato a rispondere del furto subito dal cliente all'interno del locale. In linea generale, in tali ipotesi può dirsi concluso tra cliente e ristoratore un contratto di deposito avente ad oggetto la consegna, dal primo al secondo, di un bene determinato al fine di custodirlo così facendo sorgere nel depositario esercente la ristorazione l'obbligo della restituzione. Vengono infatti estese al ristoratore, per espressa disposizione di cui all'art. 1786 c.c.[3], le norme previste dagli artt. 1783 e s.s. c.c. in materia di deposito in albergo.

Ferma in ogni caso la profonda distinzione, tra albergatore e ristoratore, al fine della determinazione della responsabilità in caso di furto, più limitata per l'imprenditore ristorativo. La Suprema Corte sul punto ha affermato che «Ancorché l'art. 1786 c.c. ha previsto l'estensione ad altre categorie di imprenditori della disciplina della responsabilità "ex receptio" dell'albergatore, l'obbligo di sorveglianza per la tutela delle cose portate in albergo dal cliente e non consegnate in custodia è più esteso (anche in senso spaziale) di quello, analogo, incombente al ristoratore od al trattore, ai sensi degli art. 1786 e 1783 c.c. (nel testo anteriore alle modificazione introdotte dalla l. 10 giugno 1978 n. 316), stanti le differenze strutturali delle due imprese nonché le diverse modalità di esecuzione è correlativamente, di godimento delle rispettive prestazioni. Ne consegue che mentre per l'albergatore sussiste la responsabilità "ex recepto" per tutte le cose portate dal cliente in albergo, per il ristoratore o trattore tale responsabilità, per le cose non consegnategli in custodia, deve ritenersi limitata a quelle di cui è opportuno liberarsi per il miglior godimento della prestazione (ad esempio, cappotto, cappello, ombrello, ecc.), restando sotto la diretta vigilanza del cliente le altre cose che porta addosso e che non costituiscono intralcio alla consumazione del pasto e della cui sottrazione, perdita o deterioramento, ove il cliente se ne sia liberato, il ristoratore non deve quindi rispondere.»[4]. In definitiva, secondo la giurisprudenza, la cd. responsabilità *ex recepto* del ristoratore sussiste solo per le cose non consegnategli in custodia ma per le quali sia necessario che il cliente si liberi per un miglior godimento della prestazione, come per esempio il cappotto, il cappello o l'ombrello, mentre restano sotto la diretta sorveglianza del cliente tutti gli altri beni che non costituiscono intralcio per la consumazione del pasto e

[2] Tribunale sez. XI - Roma, 21 luglio 2009, n. 16202.

[3] Art. 1786 c.c. "Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili".

[4] Cassazione civile sez. III, 09/11/1987, n.8268; Cassazione civile sez. III, 04/10/1991, n. 10393.

della cui sottrazione pertanto il ristoratore non deve quindi risponderne, come la borsa, il portafogli o il cellulare[5].

Può sussistere, infine, in capo al ristoratore una responsabilità per danni alla persona occorsi durante la consumazione dei pasti. Del resto, dalla natura contrattuale dell'attività ristorativa deriva in capo al gestore, unitamente alle prestazioni principali e accessorie del relativo contratto, un generale obbligo di protezione nei confronti dei propri clienti, in virtù del quale è tenuto a garantire alla propria clientela la sorveglianza e la sicurezza, rispetto a pericoli di danno del luogo ove la predetta attività viene svolta, garantendone il pacifico godimento. Tale dovere comporta la necessità per l'imprenditore di adottare idonee misure atte a prevenire danni a coloro che si trovano all'interno del locale a consumare il pasto e trova fondamento nella correttezza da osservarsi nell'adempiere le obbligazioni ex art. 1175 c.c., la cui violazione costituisce inadempimento contrattuale del ristoratore, fonte di responsabilità. Naturalmente, eventi pregiudizievoli per il bene salute del cliente possono dar luogo, oltre che all'anzidetta responsabilità contrattuale, anche a responsabilità extracontrattuale dell'imprenditore (per violazione del generale principio del *neminem laedere*) e responsabilità da cose in custodia ex art. 2051 c.c. Il ristoratore deve cioè fare in modo che il bene (ad es. un pavimento, una scalinata, una vetrata, ecc.) non presenti fonti di pericolo tali da danneggiare eventuali avventori. Questo, ad esempio, vale per un pavimento scivoloso su cui è stata passata la cera, senza il cartello con l'avviso al pubblico; o ancora per una foglia di lattuga vicino il banco dei prodotti ortofrutticoli nel supermercato; o per un gradino traballante sulla scalinata di un ristorante, ecc. Ciò naturalmente, purché la fonte di pericolo non sia ben visibile. Difatti, tanto più è evidente il pericolo, tanto meno possibilità ci saranno per il malcapitato di ottenere il risarcimento del danno[6].

3. La decisione della Corte di Cassazione

Nel caso di specie, come sopra ricordato, i genitori di una minore agivano in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni riportati dalla figlia, rimasta ustionata ad un braccio a causa della caduta di una pizza bollente, mentre questa veniva trasportata da una cameriera a un tavolo. La Corte d'Appello riteneva che il gestore del ristorante dovesse dichiararsi responsabile dell'accaduto ai sensi dell'art. 1218 c.c. considerando inoltre dimostrato che "effettivamente il rovesciamento della pizza sul braccio della minore era stato cagionato da un caso fortuito e precisamente da un urto improvviso ed imprevedibile", inferto da un avventore alla cameriera intenta al servizio ai tavoli, e che la persona la quale aveva urtato la cameriera era uno dei commensali della danneggiata. Tuttavia, aggiungono i giudici dell'appello, dal momento che la vittima ed i suoi commensali costituivano una "comitiva di giovani turbolenta", per il gestore del ristorante era "del tutto prevedibile la possibilità che la cameriera fosse urtata da uno dei componenti del gruppo e, pertanto, avrebbero dovuto essere adottate delle adeguate cautele ed attenzioni".

Con il secondo dei motivi del ricorso per Cassazione, il ricorrente/ristoratore evidenziava come la Corte d'Appello lo avesse erroneamente ritenuto responsabile dell'evento, senza indicare l'obbligo che avrebbe dovuto adempiere per evitarlo, ovvero senza individuare l'obbligo giuridico da lui violato. Riteneva violato le regole che disciplinano l'accertamento del nesso causale, in quanto in primo grado era stato accertato in punto di fatto che l'incidente si verificò in quanto la cameriera addetta al servizio ai tavoli venne urtata da un membro della comitiva cui si accompagnava la vittima, il quale "in piedi si agitava scompostamente nella sala", nonché che il fatto del terzo, integrando gli estremi del caso fortuito, esclude il nesso di causa tra inadempimento e danno.

La Corte di Cassazione, se da un lato ha ritenuto il motivo infondato in relazione al preteso regime del nesso causale, dall'altro lo ha ritenuto fondato per quanto riguarda il dovere di accertamento della "colpa". Nello specifico gli Ermellini hanno specificato che, se è certamente vero che il fatto del terzo può ben integrare gli estremi del caso fortuito, è altrettanto vero che il caso fortuito, per escludere la colpa del danneggiante/responsabile deve essere imprevedibile e/o inevitabile. Qualora il pericolo fosse prevedibile – come ritenuto nel caso di specie dalla Corte d'Appello – il presunto responsabile deve predisporre tutte le cautele necessarie e/o possibili al fine di evitare l'evento, mancando le quali non può avvantaggiarsi dell'esimente "caso fortuito".

Tuttavia, secondo gli Ermellini, la prevedibilità o l'evitabilità del caso fortuito, quando questo sia costituito dal fatto d'un terzo, non può essere però presunta in astratto, ma va sempre accertata in concreto, e l'accertamento di tali circostanze, ad onere del Giudice del merito, esige che si stabilisca: "(a) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176 c.c., comma 2), potesse con la diligenza da lui esigibile prevedere quel che sarebbe poi accaduto; b) se il professionista medio (e dunque, nella specie, il ristoratore "medio", di cui all'art. 1176 c.c., comma 2), potesse concretamente adottare condotte diverse, e salvifiche, rispetto a quella effettivamente tenuta".

Nel caso di specie la Cassazione ha rinvenuto la omissione di tale accertamento in quanto i Giudici del merito avrebbe dovuto (ma non lo hanno fatto) verificare una serie di circostanze: "se la esagitazione della

[5] Tribunale Roma sez. XII, 02/10/2018, n. 18596.
[6] Corte App. Aquila, sent. n. 852/2015.

persona che urtò la cameriera fu subitanea o si protraesse da tempo, ed in tal caso da quanto tempo; non ha stabilito in che cosa sia consistita; non ha accertato se fu la cameriera ad avvicinarsi incautamente ad uno scalmanato, o se fu quest'ultimo a raggiungerla imprevedibilmente ed urtarla, allontanandosi dal posto fino a quel momento occupato; non ha accertato se vi erano stati precedenti richiami all'ordine da parte del gestore del ristorante, o se questi avesse colpevolmente tollerato l'ineducazione dei suoi avventori.".

Per la Suprema Corte, mancando tali accertamenti, nel condannare il ristoratore, la Corte d'Appello aveva falsamente applicato gli artt. 1176 e 1218 c.c. escludendo *in iure* l'efficacia esimente del "caso fortuito", senza però accertare *in facto* se quel caso fortuito fosse concretamente prevedibile od evitabile. Rinviava pertanto la causa alla Corte d'Appello affinché si procedesse a detto accertamento.

Pasquale Mautone
Avvocato Cassazionista - Docente Scuola di Specializzazione per le professioni legali - SSPL - Federico II - Napoli

Sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 18 luglio 2019, n. 19302

abstract

Economic dismissal and profit in a recent intervention of the court of cassation of 2019, n. 19302, in the wake of the well-known arrest of 2016, n. 25201.

keywords

Dismissal for objective reasons – Constant reduction in revenues – Burden of proof.

abstract

Licenziamento economico e profitto, in un recente intervento della corte di cassazione del 2019, n. 19302, sulla scia del noto arresto del 2016, n. 25201.

parole chiave

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Costante riduzione dei ricavi – Onere della prova.

Il giustificato motivo oggettivo si sostanzia in ogni modifica della struttura organizzativa dell'impresa che abbia quale suo effetto la soppressione di una determinata posizione lavorativa, indipendentemente dall'obiettivo perseguito dall'imprenditore.

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro,
18 luglio 2019, n. 19302 - Pres. Esposito - Rel. Spena

(*Omissis*)

Rilevato

che con sentenza in data 8 giugno - 18 luglio 2017 numero 501 la Corte d'Appello di Palermo confermava la sentenza del Tribunale della stessa sede nella parte in cui aveva accolto la domanda proposta da Z.D. nei confronti del datore di lavoro T.G. per l'impugnazione del licenziamento intimatogli in data 13 ottobre 2010 per giustificato motivo oggettivo; riformava parzialmente la sentenza, riducendo l'importo della condanna, quanto alle differenze di retribuzione; compensava per un terzo le spese processuali del doppio grado e condannava il datore di lavoro a rifondere al lavoratore la restante quota delle spese;

che, per quanto ancora in discussione, a fondamento della decisione assunta sul licenziamento la Corte territoriale osservava essere pacifico – ed attestato dai documenti – che il bilancio dell'impresa nell'anno antecedente al licenziamento aveva registrato un utile di esercizio (Euro 41.143,88) ed una riduzione delle passività (da Euro 400.552,06 ad Euro 351.417,35).

Dalle scritture contabili e dalle deposizioni dei testi emergeva sì un leggero calo dei profitti tra l'anno 2008 e l'anno 2010 (da Euro 48.577 ad Euro 41.143,88) ma i risultati di gestione erano rimasti positivi e, soprattutto, le grandezze economiche non erano sufficienti a dimostrare la ricorrenza di una congiuntura sfavorevole non meramente contingente influente in modo decisivo sull'andamento dell'attività, tanto da imporre la risoluzione del rapporto di lavoro.

Tanto più che il datore di lavoro aveva posto rimedio a tale situazione, provvedendo alla trasformazione del rapporto di lavoro di altri dipendenti da full time in part-time; l'esito del giudizio giustificava il disposto regolamento delle spese;

che avverso la sentenza ha proposto ricorso T.G., articolato in due motivi, cui ha opposto difese Z.D. con controricorso;

che la proposta del relatore è stata comunicata alle parti – unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza camerale – ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.;

che il controricorrente ha depositato memoria.

Considerato

che la parte ricorrente ha dedotto:

- con il primo motivo: errata valutazione circa la non ricorrenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento; violazione o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3.

Con il motivo si denunzia il contrasto della pronuncia impugnata con il principio di diritto enunciato dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. sez. lav. n.

25201/2016), secondo cui anche le ragioni dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, che determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un posto di lavoro, possono legittimare il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo.

Il ricorrente ha esposto che nella fattispecie di causa era stata provata una costante riduzione dei ricavi che, per quanto potesse apparire di minima entità, era di una certa rilevanza per una ditta di piccole dimensioni (quasi Euro 13.000 nell'arco temporale 2008- 2010); alla luce di questo decremento costante degli utili la ditta, stante il concomitante calo delle vendite ed il dilagare della crisi economica, prevedendo ulteriori contrazioni delle vendite e degli utili, aveva maturato la decisione di procedere alla riduzione dell'orario di lavoro per i tre dipendenti in servizio. A fronte alla mancata accettazione di tale modifica da parte del solo Z. aveva provveduto al suo licenziamento; la decisione era stata dettata dall'esigenza di rimediare al trend negativo degli utili ed aveva fatto seguito al rifiuto del lavoratore ad accettare la trasformazione del rapporto di lavoro da full time a part-time.

Il licenziamento rientrava nell'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, in considerazione della diminuzione del volume d'affari e dell'andamento negativo dei ricavi aziendali;

con il secondo motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c.

Con il motivo si impugna la statuizione resa sulle spese di lite; il ricorrente ha dedotto che il principio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c. si riferisce al solo caso in cui una parte sia integralmente vittoriosa; nel caso di parziale soccombenza la imputazione delle spese, in mancanza di compensazione, deve essere operata secondo il principio di causalità sicché è possibile anche la condanna dell'attore parzialmente vittorioso al pagamento di una parte delle spese di lite nel caso in cui, sulla base di una ideale valutazione di carattere sostanziale – (cioè non fondata sul mero esito formale della lite) – il giudice ritenga che il convenuto per difendersi dalle pretese infondate abbia affrontato oneri superiori a quelli necessari per difendersi dalle pretese fondate ed il maggior onere risulti superiore a quello che l'attore avrebbe dovuto sostenere per la proposizione delle sole domande fondate;

che ritiene il Collegio si debba accogliere il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo;

che invero la giurisprudenza di questa Corte, a partire da alcuni arresti dell'anno 2016 (Cass. sez. lav. 20.09.2016, n. 18409; 28.09.2016 n. 19185) e, con dichiarato intento nomofilattico, con l'arresto del 7.12.2016 n. 25201, ha superato il proprio precedente orientamento secondo cui le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa" che giustificano il licenziamento ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, consisterebbero nella necessità di far fronte a "situazioni economiche sfavorevoli non contingenti" o a "spese straordinarie".

Nei citati arresti si è infatti riconosciuto che il giustificato motivo oggettivo si sostanzia in ogni modifica della struttura organizzativa dell'impresa che abbia quale suo effetto la soppressione di una determinata posizione lavorativa, indipendentemente dall'obiettivo perseguito dall'imprenditore, sia esso, cioè, una migliore efficienza, un incremento della produttività - e quindi del profitto - ovvero la necessità di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli o a spese straordinarie. Tale principio, cui ha inteso assicurare continuità la giurisprudenza successiva (per tutte: Cass. sez. lav. 15.02.2017 n. 4015; 24 maggio 2017 n. 13015; 2 maggio 2018 n. 10435; 23 maggio 2018, n. 12794), deve essere in questa sede ribadito.

Il controllo in sede giudiziale della sussistenza del giustificato motivo si sostanzia dunque:

- in primo luogo, nella verifica della effettività e non pretestuosità della ragione obiettiva, per come dichiarata dall'imprenditore (sicché ove lo stesso datare di lavoro abbia motivato il licenziamento sulla base di situazioni sfavorevoli o spese straordinarie la mancanza di prova delle medesime produce la illegittimità del licenziamento non già perché non integranti in astratto il giustificato motivo obiettivo ma perché in concreto si accerta che il motivo dichiarato non sussiste ed è pretestuoso; cfr. Cass. Civ. sez. lav. 15.2.2017 n. 4015);
- di poi, del nesso causale tra la ragione accertata e la soppressione della posizione lavorativa (in termini di riferibilità e coerenza del recesso rispetto alla riorganizzazione).

A tali principi non si è attenuta la sentenza impugnata laddove a fondamento dell'accoglimento della impugnazione del licenziamento ha posto la assenza di prova di "una congiuntura sfavorevole non meramente contingente e influente in modo decisivo sull'andamento della attività, tanto da imporre la risoluzione del rapporto di lavoro", così richiamando il principio rispetto al quale le pronunce sopra richiamate hanno segnato un percorso di discontinuità.

Nè la decisione può idoneamente sorreggersi, contrariamente a quanto si assume in memoria, sull'ulteriore rilievo che il datore di lavoro "aveva posto rimedio a tale situazione" - provvedendo alla trasformazione di altri rapporti di lavoro da full-time in part-time - perché tale giudizio trasmoda in un inammissibile sindacato sulle scelte di gestione aziendale, riservate all'imprenditore.

che, pertanto, in conformità alla proposta del relatore, la sentenza impugnata deve essere cassata in accoglimento del primo motivo di ricorso, assorbito il secondo e la causa rinviata alla Corte di Appello di

Palermo in diversa composizione che si adeguerà nella decisione al principio di diritto qui ribadito;

che il giudice del rinvio provvederà, altresì, alla disciplina delle spese del presente grado.

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. Il fatto storico. – **1.** Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il precedente del 2016, n. 25201. – **2.** La decisione della Corte di Cassazione sulla scia del noto arresto del 2016, n. 25201.

Premessa. Il fatto storico

La Corte di Cassazione torna a statuire sul controverso punto del "giustificato motivo oggettivo", pronunziandosi sulla sentenza della Corte di Appello di Palermo che confermava la sentenza del Tribunale della stessa sede nella parte in cui aveva accolto la domanda proposta del lavoratore Z.D. nei confronti del datore di lavoro T.G., per l'impugnazione del licenziamento intimatogli in data 13 ottobre 2010 per giustificato motivo oggettivo, con riforma parziale della sentenza, riducendo l'importo della condanna, quanto alle differenze di retribuzione, con compensazione per un terzo delle spese processuali del doppio grado di giudizio e condanna al datore di lavoro a rifondere al lavoratore la restante quota delle spese.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello ha proposto ricorso per cassazione parte datoriale T. G., articolato in due motivi, cui ha opposto difese Z.D. con controricorso.

La Suprema Corte torna sul discusso e delicato tema dell'applicazione dei principi di diritto in materia di giustificato motivo oggettivo per soppressione della posizione lavorativa, con dichiarato intento nomofilattico della sentenza Cass. 07.12.2016, n. 25201 (Presidente: Vincenzo Di Cerbo - Relatore Fabrizio Amendola), secondo cui l'imprenditore può legittimamente recedere dal rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo laddove intenda modificare la struttura organizzativa dell'impresa, con conseguente soppressione di una determinata posizione lavorativa, indipendentemente dall'obiettivo perseguito dall'imprenditore, sia esso, cioè, una migliore efficienza, un incremento della produttività – e quindi del profitto – ovvero la necessità di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli o a spese straordinarie (ma vedansi successivamente anche Cass. 3 maggio 2017, n. 10699; Cass. 3 dicembre 2018, n. 31158; Cass. 18 luglio 2019, n. 19302).

1. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il precedente del 2016, n. 25201

La sentenza oggetto di commento, sulla scia della statuizione del 2016, n. 25201, conferma due orientamenti interpretativi: da un lato quello che afferma che il licenziamento debba essere determinato dalla necessità di far fronte a situazioni sfavorevoli non contingenti che impongano scelte in termini di riassetto organizzativo dell'azienda (caducazione di determinati posti di lavoro); dall'altro la legittimità del recesso datoriale a seguito di riorganizzazioni e ristrutturazioni aziendali adottate nell'esercizio della libertà d'impresa (finalità volte al risparmio di costi o all'incremento dei profitti).

La Suprema Corte prende in considerazione da un lato, la tutela del lavoro garantita dalla Costituzione e dall'altro la libertà di iniziativa economica privata contemplata dal primo comma dell'art. 41 Cost., consapevole della necessità di un contemperamento tra questi beni e valori contrapposti coinvolti nel rapporto di lavoro individua un limite oltre il quale la tutela del lavoro non può spingersi.

Occorre sottolineare che ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il Giudice accertare, essendo sufficiente dimostrare l'effettività del mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa, a meno che il datore di lavoro non abbia motivato il licenziamento richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli.

Appare evidente che ove il datore di lavoro adduca una ragione di tipo organizzativo, il Giudice deve accertare preliminarmente l'effettività del riassetto organizzativo attraverso criteri oggettivi che consentano di verificare che quello specifico riassetto organizzativo ha determinato la soppressione di una determinata posizione lavorativa[1]; ma non è men vero che la sentenza conferendo legittimazione al requisito "organizzativo" in sé e per sé considerato, non indica idonei criteri per individuare la suddetta ragione organizzativa, in assenza dei quali il riassetto organizzativo degrada a pura e semplice "soppressione del posto di lavoro", anche perché risulta acquisito che l'espressione del giustificato motivo oggettivo, *ex* art. 3, legge n. 604/1996, configuri una norma a "fattispecie aperta" o a "precetto generico" e non una "clausola generale" [2].

Infatti, non bisogna sottacere che qualificare il giustificato motivo oggettivo *ex* art. 3, legge n. 604/1966, quale "clausola generale" implica che le espressioni delle ragioni inerenti "all'attività produttiva", all' "organizzazione del lavoro" e al suo "regolare funzionamento" rimanda a *standard* di valutazione esterni all'or-

[1] Cfr: G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo"*: la fattispecie, in WP D'Antona, It., n. 317/2016.

[2] Cfr: M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, pp. 3 e ss, Giappichelli, 2016.

dinamento, come i concetti della scienza economica ed aziendalistica[3], alla migliore esperienza" [4], alla "normale razionalità economica" [5], o alla "adeguatezza" [6]. Queste soluzioni non appaiono coerenti con la natura del giustificato motivo oggettivo quale limite esterno dell'atto di recesso, e non interno *ex* art. 41, comma 1, Cost., poiché determinano una funzionalizzazione dell'attività dell'imprenditore a interessi che gli sono almeno in parte estranei (ad esempio, coerenti con l'interesse generale o con la tutela dell'occupazione)[7].

Inoltre, proprio nella sentenza del 2016 si fa riferimento all'articolo 41 Cost., ove il Collegio ribadisce il principio "che la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto di lavoro non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità" con i limiti dettati dallo stesso articolo e "sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato".

Occorre evidenziare che nel dirimere la questione, il controllo legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve riguardare le seguenti circostanze: 1) che il riassetto organizzativo operato dall'imprenditore sia effettivo e non pretestuoso; 2) che il datore di lavoro abbia verificato l'impossibilità di una diversa e proficua utilizzazione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale (c.d. obbligo di *repêchage*); 3) che la scelta del lavoratore da licenziare sia avvenuta osservando le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1175 c.c.; 4) che il datore abbia rispettato il preavviso o corrisposto la relativa indennità sostitutiva. Ed ancora: sul versante probatorio, incombe sul datore l'onere di dimostrare l'effettività del motivo oggettivo addotto, il nesso causale con il licenziamento con riferimento anche all'attività in concreto svolta dal lavoratore licenziato, l'impossibilità di utilizzazione del lavoratore medesimo in altre mansioni compatibili, nonché il rispetto dei principi di correttezza e buona fede; viceversa, incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'eventuale intento discriminatorio e di allegare eventuali nuove assunzioni effettuate successivamente al proprio licenziamento.

2. La decisione della Corte di Cassazione sulla scia del noto arresto del 2016, n. 25201

Il fondamento della decisione della Cassazione, con un rinvio alla statuizione del 2016, si fonda sull'orientamento secondo cui le ragioni inerenti l'attività produttiva di cui all'art. 3 della L. n. 604 del 1966 possono derivare anche "da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti", poiché "opinare diversamente significherebbe affermare il principio, contrastante con quello sancito dall'art. 41 Cost., per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non anche ai fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, del quale il datore di lavoro ha il naturale interesse ad ottimizzare l'efficienza e la competitività"[8]. Ed ancor più di recente si è considerato "estraneo al controllo giudiziale il fine di arricchimento, o non impoverimento, perseguito dall'imprenditore, comunque suscettibile di determinare un incremento di utili a beneficio dell'impresa e, dunque, dell'intera comunità dei lavoratori"[9].

Sempre nella stessa prospettiva appaiono collocarsi nel corso del tempo quelle decisioni che, senza concretamente indagare sulla preesistenza di una situazione sfavorevole, riconducono ad un giustificato motivo oggettivo di licenziamento la soppressione del posto seguita alla cd. esternalizzazione dell'attività a terzi[10], ovvero alla ripartizione delle mansioni tra il personale già in forza all'azienda[11].

Si esclude che la situazione di crisi aziendale possa desumersi quale requisito implicito di legittimità del recesso dalla legislazione applicabile alla fattispecie oggetto di causa, e si evidenziano una serie di considerazioni sulle libere scelte imprenditoriali che hanno come presupposto logico il riconoscimento alla libertà d'impresa di un ruolo prevalente sulla tutela del lavoro. Inoltre viene evidenziato come l'art. 41, comma 3, Cost., affidi al legislatore "il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali" e lascia intendere come l'esercizio di tale potere legislativo non si sia tradotto nella previsione del licenziamento per motivi economici come e*xtrema ratio*.

Anzi, afferma che spetta all'imprenditore stabilire liberamente la dimensione occupazionale dell'azienda, e come tale scelta non risulti sindacabile al di fuori dei confini stabiliti dal legislatore, lasciando intendere che non siano positivamente ravvisabili confini coinciden-

[3] Cfr: P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990, pagg. 280 e ss.

[4] Cfr: M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino - G. Mazzoni, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, pagg. 687 ess.

[5] Cfr: G. Giugni, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1969, pag. 103 e ss.

[6] Cfr: F. Mazziotti, *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Utet, Torino, pagg. 59 e ss.

[7] Cfr: M. Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, pp. 49 e ss, Giappichelli, 2016.

[8] Cfr: Cass. n. 10672 del 2007 su *www.adapt.it*; Cass. n. 12094 del 2007 su *www.adapt.it*

[9] Cfr: Cass. n. 23620 del 2015 su *www.italgiure.giustizia.it*

[10] Cfr: Cass. n. 6222 del 1998 su *www.adapt.it*; Cass. n. 13021 del 2001 *www.adapt.it*; Cass. n. 18416 del 2013 su *www.italgiure.giustizia.it*

[11] Cfr: Cass. n. 24502 del 2011 su *www.adapt.it*; Cass. n. 18780 del 2015 su *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. n. 14306 del 2016 su *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. n. 19185 del 2016 su *www.italgiure.giustizia.it*

ti con la tesi della *extrema ratio* e come sia pertanto precluso al Giudice ogni valutazione sul punto.

La sentenza ripercorre quanto sostenuto dalla Suprema Corte anche nella precedente sentenza n. 23620/2015[12], secondo cui l'utile gestione dell'impresa costituisca un bene per l'intera comunità, con la conseguenza che dovrebbe ritenersi costituzionalmente imposta una più forte protezione, rispetto alla tutela del lavoro, dell'iniziativa economica privata e della sua libertà in quanto garanzia di maggiore produttività che coincide con l'interesse collettivo e con l'utilità sociale.

Tale valutazione sembra alquanto debole e le motivazioni esposte in sentenza non sembrano fornire un solido fondamento giuridico al maggior peso, rispetto alla tutela del lavoro, dell'iniziativa economica privata e alla garanzia di maggiore produttività che coincide con l'interesse collettivo e con l'utilità sociale. In realtà viene spostata l'indagine dal contenuto precettivo della clausola sul giustificato motivo oggettivo alle scelte imprenditoriali finendo per confondere i due piani e non distinguerne più le "ragioni", intese come causa della riorganizzazione dell'imprenditore, e le "scelte" da questi adottate nell'esercizio della libera iniziativa economica[13].

La Corte fa coincidere il giustificato motivo oggettivo con le scelte imprenditoriali, con la conseguenza di precludere ogni spazio alla valutazione del Giudice che, ove effettuata, investirebbe proprio lo spazio della libera iniziativa economica, quel compito che il legislatore del 1966 aveva affidato al Giudice, di farsi interprete della clausola generale introdotta con l'art. 3 e di riempire, quindi, la nozione di giustificato motivo oggettivo sulla base delle norme a rilevanza costituzionale. Come *testè* evidenziato, si ritiene che debba essere data continuità, al fine di consolidarlo al secondo orientamento delineato (ovvero quello derivante "da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e, quindi, comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti") non apparendo immeritevole di considerazione l'obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l'attività dell'impresa attraverso le modalità, e, quindi, la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli.

A sostegno di tale orientamento viene citata la giurisprudenza della Consulta che ha avuto occasione di affermare che nell'art. 4 Cost. non è dato rinvenire un diritto all'assunzione o al mantenimento del posto di lavoro. L'indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro previsto dall'art. 4 e dall'art. 35 Cost. ha portato nel tempo ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, pur essendo tali garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi attuazione, in rapporto alla situazione economica generale[14]. Pertanto, non pare dubbio che spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprende. Tale scelta è sicuramente libera nel momento genetico in cui nasce l'azienda e si instaurano i rapporti di lavoro in misura ritenuta funzionale allo scopo.

L'impostazione proprio di Cass. sez. lav. n. 25201/2016, a cui la sentenza in commento di fatto rinvia, valorizza l'articolo 30, comma 1, della legge 183 del 2010 (Collegato lavoro), secondo cui in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie del lavoro privato e pubblico contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di (…) recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. Inoltre, viene posto in rilievo che l'interpretazione accolta non palesa profili di tensione, sia con l'ordinamento dell'Unione Europea, laddove all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali", sia con la Carta sociale europea che all'art. 24 si limita a stabilire l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati, senza un valido motivo e tra essi pone quello "basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa".

La sentenza non manca di una propria coerenza interna, ma la giurisprudenza non è univoca[15] e un'interpretazione iperliberista della norma potrebbe avere un effetto *boomerang* di rivalutazione di quell'orienta-

[12] Cfr: Cass. n. 23620/2015 su *www.italgiure.giustizia.it*, nonché in Nuovo Not. Giur., 2016, 125 ss., con nota di M. Giaconi, *Legittimo il licenziamento per incrementare il profitto: va a beneficio della comunità dei lavoratori*; in RIDL, 2016, II, 293, con nota di N. Frasca.

[13] (Cfr: A. Vallebona, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto* in Massimario di Giurisprudenza del lavoro - Maggio 2017, pag. 318, ed anche G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa* in Massimario di Giurisprudenza del lavoro - Maggio 2017, pag. 317 e ss, nonché M.G. Cassia, *Il licenziamento economico: le diverse opzioni interpretative e le relative conseguenze sugli oneri di allegazione e prova*, in Massimario di Giurisprudenza del lavoro Maggio 2017, pag. 322 e ss.

[14] Cfr.: Corte Cost. n. 45 del 1965; n. 194 del 1970; n. 129 del 1976; n. 189 del 1980; n. 2 del 1986; n. 46 del 2000; n. 541 del 2000; n. 303 del 2011 su *www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do*

[15] Cfr: L. De Angelis, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale nel posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, in RIDL, 2001, I, 123 ss.; L. De Angelis, *Il licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in LD, 2007, 465 ss.

mento giurisprudenziale che individua soltanto nella crisi dell'impresa il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Appare evidente, a fronte di questa interpretazione, che il datore di lavoro si guarderà bene dall'indicare le ragioni economiche alla base del licenziamento, per non cadere sotto la scure dell'accertamento del giudice, ma si limiterà a dedurre genericamente nella lettera di licenziamento l'esistenza di un riassetto organizzativo alla base del licenziamento. D'altra parte la sentenza omette di indicare parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di accertare la veridicità e la effettiva sussistenza delle ragioni organizzative addotte dal datore di lavoro per timore che il suo sindacato possa essere considerato di merito.

Una interpretazione correttiva sulla legittimità del licenziamento determinato da ragioni esclusivamente organizzative e non provocate necessariamente da motivo economico, viene fornita da una parte della dottrina[16] ove si tiene a precisare che il riassetto organizzativo, anche se determina la soppressione del posto di lavoro, non comporta necessariamente una riduzione dei costi, ma può lasciarli invariati o determinare almeno temporaneamente un aumento degli stessi. Il giudice per accertare *ex post* la veridicità e la sussistenza delle ragioni addotte dall'imprenditore che giustificano la soppressione del posto e conseguentemente il licenziamento deve utilizzare un criterio oggettivo come quello della "inutilità sopravvenuta della prestazione" (da non confondere con l'assolvimento dell'obbligo di repechage) e la non sostituzione del lavoratore licenziato con altro soggetto e deve avvalersi dei suindicati criteri e parametri oggettivi nell'ipotesi in cui una più efficace gestione aziendale sia addotta dall'imprenditore come causale del licenziamento[17].

Nell'avallare il principio, che non permettere ad un imprenditore di "sopprimere una specifica funzione aziendale" (licenziamento) in caso di crisi economica è considerato come un "limite gravemente vincolante l'autonomia di gestione dell'impresa", introduce l'analizzato e discusso principio che il profitto aziendale e la difesa della competitività possono costituire giusta causa per il licenziamento; il tutto in contrapposizione alla interpretazione secondo cui il licenziamento rappresenta l'"*estrema ratio*", non solo nei casi "straordinari", come le situazioni economiche sfavorevoli, ma anche in quelli "ordinari", in cui l'azienda decide di sopprimere una funzione per aumentare redditività e profitto.

[16] In tal senso: sub 1, G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo"*.
[17] In tal senso: sub 1, G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo"*.

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Accertamento della maternità ex art. 269 c.p.c. – parto anonimo – rinuncia alla genitorialità giuridica da parte della madre.

L'azione giudiziale di accertamento della maternità ex art. 269 c.p.c., nel caso in cui la madre abbia esercitato il diritto al cd. parto anonimo, è sottoposta alla condizione della sopravvenuta revoca della rinuncia alla genitorialità giuridica da parte della madre, ovvero alla morte di quest'ultima, non essendovi più in entrambi i casi elementi ostativi per la conoscenza del rapporto di filiazione e così dovendosi interpretare, secondo una lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata, la suddetta norma.

Cass., sez. I, 22.09.2020, n. 19824 - Pres. Valitutti, Est. Fidanzia

Area già edificabile e poi assoggettata a vincolo di inedificabilità assoluta – inserimento della stessa in un programma di "compensazione urbanistica" – assoggettamento ad ICI – esclusione – fondamento.

Le Sezioni Unite, pronunciando su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato il seguente principio di diritto: Un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso.

Cass., sez. un. 29.10.2020, n. 23902 - Pres. Tirelli, Est. Stalla

Compravendita – stipula di un contratto preliminare – immobili da costruire – fideiussione rilasciata successivamente – nullità del contratto preliminare – nullità di protezione – si esclude abuso del diritto – nullità di protezione.

Una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente, la proposizione della domanda di nullità di protezione prevista dall'art. 2 d.lgs n. 122/2005 costituisce abuso del diritto.

Cass., sez. II, 18.09.2020, n. 19510 - Pres. Lombardo, Est. Giannaccari

Comunità Europea – medici specializzandi – mancata o tardiva attuazione di direttive comunitarie – corsi di specializzazione iniziati anteriormente all'anno 1982 ed in corso al 1° gennaio 1983 – risarcimento del danno – spettanza – rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

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

Cass., sez. un. 29.10.2020, n. 23901 - Pres. Tirelli, Est. Valitutti

Lavoro – lavoro subordinato – sanzioni disciplinari – difese del lavoratore – giustificazioni scritte –successiva richiesta di audizione orale – possibilità – sussiste.

Al lavoratore sanzionato disciplinarmente deve essere riconosciuta la possibilità di piena esplicazione del diritto di difesa e quindi anche la possibilità dopo aver presentato giustificazioni scritte senza formulare alcuna richiesta di audizione orale, di maturare un ripensamento circa la maggior adeguatezza difensiva della rappresentazione orale degli elementi di discolpa.

Cass., sez. lav., 22.09. 2020, n. 19846 - Pres. Nobile, Est. Pagetta

Straniero – protezione umanitaria – valutazione comparativa tra integrazione sociale raggiunta in Italia e situazione del paese di origine – necessità – fattispecie.

In tema di protezione umanitaria occorre accordare rilievo centrale alla valutazione comparativa tra il grado di integrazione effettiva nel nostro paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel paese d'origine al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità umana. Nel giudizio di comparazione occorre dunque tener conto sia delle condizioni in cui si troverebbe il richiedente in caso di reinserimento nel paese d'origine, sia delle sue attuali prospettive di inserimento in Italia sia sulla base di dati oggettivi che soggettivi quali la minore età o maggior fragilità del richiedente. (Nella specie erroneamente il giudice di merito ha valutato e dato per scontata la capacità di un possibile successo nel reinserimento nel paese d'origine del richiedente in quanto si era reso capace di superare, anche in minore età, molte situazioni difficili, non procedendo a valutare la sua condizione attuale in Italia al termine del suo percorso di integrazione)

Cass., sez. III, 24.09.2020, ord. n. 20147 - Pres. Travaglino, Est. Rubino

a cura di
Antonio De Simone
Avvocato
Walter Giacomo Caturano
Avvocato

Rassegna di merito

AMMORTAMENTO ALLA FRANCESE, ISC E TEMO: SANZIONATI CON CONDANNA PER LITE TEMERARIA EX ART.96 CPC

La temerarietà della lite può essere ravvisata sia nella coscienza della infondatezza della domanda e sia nel difetto di normale diligenza per l'acquisizione di tale coscienza. L'art. 96 co. 3 c.p.c. ha introdotto un meccanismo che, sulla scia della dottrina e delle prime pronunce della giurisprudenza, deve ritenersi non solo e non tanto risarcitorio, quanto anche e soprattutto sanzionatorio, e come tale sottratto (a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 96, co. 1, c.p.c.) dalla rigorosa prova del danno, essendo lo stesso condizionato unicamente all'accertamento di una condotta di grave negligenza o addirittura malafede processuale della parte.

Trib. Cuneo, 21.07.2020, n. 415 .- Giudice Ruggiero Berardi

COSTI ASSICURATIVI E LEXITOR: GLI UNICI COSTI RIMBORSABILI SONO QUELLI CHE IL CLIENTE NON DOVRÀ PIÙ SOSTENERE

In tema di ripetizione delle spese collegate alla erogazione del credito in ragione della anticipata estinzione di un finanziamento, la sentenza della Corte di Giustizia UE dell'11 settembre 2019 (c.d. Lexitor) non è pertinente. Quella sentenza, emessa a seguito di giudizio pregiudiziale sulla interpretazione di una norma polacca, si limita ad osservare che al cliente, in caso di estinzione anticipata, spetta il rimborso delle spese collegate al finanziamento che siano non solo ricorrenti, ma altresì quelle fisse per evitare che il soggetto finanziatore possa riversare sulle spese fisse anche eventuali costi ricorrenti così da non recargli un ingiusto profitto, ma non appare attagliarsi al sistema normativo italiano che, rispetto a quello polacco, è certamente molto più garantista per il cliente avendo esattamente disciplinato i diritti restitutori in caso di estinzione anticipata, con l'art. 125 sexies TUB.

La normativa nazionale non fa alcun riferimento ai costi iniziali sostenuti dal cliente e la circostanza non appare né una dimenticanza né una eccessiva sproporzione a svantaggio del cliente. Gli unici costi che possono essere oggetto di domanda di rimborso, come peraltro recita l'art. 125 sexies TUB, sono quelli che non dovrà più sostenere avendo rimborsato anticipatamente il debito.

Trib. Mantova, 07.07.2020 - Giudice Giorgio Bertola

DIRITTO DI ABITAZIONE CASA CONIUGALE: INOPPONIBILE AL CREDITORE IPOTECARIO LA TRASCRIZIONE DEL VERBALE DI SEPARAZIONE CONSENSUALE

È inopponibile il diritto di abitazione della casa coniugale assegnata in sede di separazione quando la procedura esecutiva trova titolo in un'ipoteca iscritta in epoca anteriore.

Trib. Velletri, 01.07.2020, n. 990 - Giudice Enrico Colognesi

È VALIDAMENTE PROPOSTA L'ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE QUANDO LA PARTE HA PROVATO L'INERZIA DEL TITOLARE

L'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene. Se, a questo punto, il tempo decorso dalle annotazioni passive integri il periodo necessario per il decorso della prescrizione, diviene onere del cliente provare il fatto modificativo, consistente nell'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata e, dunque, possa spostare l'inizio del decorso della prescrizione alla chiusura del conto. Ne deriva che grava sull'attore in ripetizione, al fine di poter considerare detti versamenti alla stregua di meri atti di ripristino della disponibilità – come tali, non aventi lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della

banca e, dunque, inidonei al decorso della prescrizione – l'onere di provare l'esistenza di un affidamento.

Trib. Napoli, 27.07.2020, n. 5326 - Giudice Vincenzo Scalzone

FIDEIUSSIONE – ANTITRUST: L'ONERE DELLA PROVA DELLA SUSSISTENZA DI UNA INTESA ANTICONCORRENZIALE SPETTA A COLUI CHE AGISCE PER CHIEDERE LA NULLITÀ

L'onere della prova della sussistenza di una intesa anticoncorrenziale spetta a colui che agisce per chiedere la nullità di un contratto fra banca e cliente. In particolare, quest'ultimo – in qualità di opponente – deve produrre o allegare il contenuto del provvedimento di Banca di Italia del 2005 che ha accertato l'esistenza di una intesa restrittiva della libertà di concorrenza di cui alla L. n. 287 del 1990, ex art. 2., e dimostrare che il contenuto delle clausole della fideiussione oggetto del giudizio siano del medesimo tenore rispetto agli artt. 2, 6 e 8, dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) le quali, peraltro, solo se applicate in modo uniforme, risulterebbero in contrasto con detta disciplina.

Trib. Ferrara, 20.07.2020, n. 409 -Giudice Maria Marta Cristoni

IL CRITERIO DEL "SALDO ZERO" NON PUÒ ESSERE APPLICATO QUANDO LA BANCA È CONVENUTA

Costituisce onere dell'attore produrre il contratto di conto corrente ed i relativi estratti conto, atteso che solo la produzione di detta documentazione consente, da un lato, di accertare la dedotta illegittimità delle clausole impugnate e, dall'altro, di ricostruire in maniera puntuale il rapporto contrattuale intercorso tra le parti, verificando la concreta applicazione di addebiti illegittimi.

Ai fini della ricostruzione dei rapporti dare/avere tra le parti, non appare utilizzabile il criterio dell'azzeramento del saldo contabile (cd. "saldo zero") quando la banca è parte resistente. Tale criterio, infatti, rappresenta uno strumento sanzionatorio a carico dell'istituto di credito solo quando lo stesso sia parte attrice, inadempiente alla produzione di tutti gli estratti conto relativi al periodo di accertamento; pertanto, onde evitare che possa avvantaggiarsi di un eventuale saldo a proprio credito, se ne ammette, appunto, l'azzeramento.

Trib. Pescara, 25.06.2020, n. 692 - Giudice Cleonice G. Cordisco

IL LIMITE STABILITO DALLA LEGGE PER GLI INTERESSI USURARI DEVE ESSERE SUPERATO AL MOMENTO DELLA PATTUIZIONE

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Trib. Pavia05.05.2020, n. 500 - Giudice Antonio Codega

LA MANCATA MENZIONE NEL PRECETTO DELLA SPEDIZIONE DELL'ATTO NOTARILE COSTITUENTE TITOLO IN FORMA ESECUTIVA È IRRILEVANTE

La mancata menzione nel precetto della spedizione dell'atto notarile costituente titolo in forma esecutiva e della data di apposizione della formula esecutiva sullo stesso non ne inficia la validità, non risultando tale vizio tra quelli provocanti la nullità del precetto secondo la previsione di forma-contenuto del detto atto dettata dal comma 2 dell'art. 480 c.p.c.

Trib. Frosinone, 30.06.2020, n.430 - Giudice Roberta Bisogno

LA PARTE CHE CONTESTA LA VIOLAZIONE DEL TASSO SOGLIA DEVE PRODURRE I DECRETI MINISTERIALI

In tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, se è richiesta da un creditore di una procedura fallimentare occorre aver riguardo, quale dies a quo, del decreto con il quale ciascuno di essi è stato ammesso, in via tempestiva o tardiva (L. Fall., artt. 97,101 e 99), al passivo. È quello infatti il momento in cui gli stessi subiscono gli effetti della irragionevole durata dell'esecuzione fallimentare nella quale si sono insinuati, rimanendo, per gli stessi, irrilevante, la durata pregressa della procedura, alla quale sono rimasti, fino a quel momento, estranei.

Trib. Civitavecchia, 02.10.2020, n. 1371 - Giudice Alessandra Dominici

LA PREVISIONE DI UN PIANO DI AMMORTAMENTO "ALLA FRANCESE" NON VIOLA COMPORTA ALCUNA FORMA DI CAPITALIZZAZIONE

Nel mutuo con ammortamento alla francese, la quota interessi dovuta per ciascuna rata di ammortamento è calcolata applicando il tasso convenuto solo sul capitale residuo e ciò esclude ogni forma di anatocismo, che consiste nel diverso fenomeno del calcolo di interessi su interessi. L'anatocismo rilevante agli effetti dell'art. 1283 c.c. si determina soltanto se gli interessi maturati sul debito in un dato periodo si aggiungono al capitale, costituendo in tal modo la base di calcolo produttiva di interessi. Invece, la previsione di un piano di rimborso alla francese implica che gli interessi

di periodo vengano calcolati esclusivamente sul capitale residuo e, alla scadenza della rata, gli interessi maturati non vengono capitalizzati, ma sono pagati come quota interessi della rata di rimborso.

Trib. Novara, 01.07.2020, n. 324 - Giudice Elena Scotti

LA CONSEGNA AL DOMICILIO DELLA CARTELLA DI PAGAMENTO FA PRESUMERE LA CONOSCENZA DELL'ATTO

In tema di notifica della cartella di pagamento mediante raccomandata, la consegna del plico al domicilio del destinatario risultante dall'avviso di ricevimento fa presumere, ai sensi dell'art. 1335 c.c., in conformità al principio di cd. vicinanza della prova, la conoscenza dell'atto da parte del destinatario, il quale, ove deduca che il plico non conteneva alcun atto o che lo stesso era diverso da quello che si assume spedito, è onerato della relativa prova.

Trib. Reggio Emilia, 15.07.2020, n.730 - Giudice Gianluigi Morlini

LITE TEMERARIA–FIDEIUSSIONE ANTITRUST: SUSSISTE IN CASO DI OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE CONTRO DECRETO INGIUNTIVO DEFINITIVO

La manifesta inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione impone anche la condanna di cui all'art. 96, terzo comma, c.p.c. per lite temeraria, in ragione della condotta tenuta dall'opponente il quale, nonostante il rilevo del motivo di inammissibilità dell'opposizione contenuto del decreto di fissazione udienza, ha omesso di prendere posizione sul punto ed ha dato impulso dal giudizio notificando il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione udienza all'opponente.

Trib. Verona, 10.06.2020 - Giudice Attilio Burti

PROTESTO ASSEGNI: LA BANCA NON HA L'OBBLIGO DI AVVISARE IL TRAENTE DELLA MANCANZA DI PROVVISTA

Non sussiste alcun obbligo, normativamente previsto, in capo al trattario di avvisare il traente della mancanza sul conto corrente a questi intestato della provvista necessaria per il pagamento integrale dell'importo del titolo in questione, atteso che a norma dell'art. 8-bis l. 386/90 nei casi di emissione di assegni senza provvista, previsti dall'articolo 2 della citata legge, il trattario dà comunicazione del mancato pagamento al pubblico ufficiale che deve levare il protesto o effettuare la constatazione equivalente mentre con il preavviso di cui all'art. 9-bis l. 386/90 il trattario comunica al traente che, scaduto il termine indicato nell'articolo 8 senza che abbia fornito la prova dell'avvenuto pagamento, il suo nominativo sarà iscritto nell'archivio di cui all'articolo 10 bis e che dalla stessa data gli sarà revocata ogni autorizzazione ad emettere assegni.

Trib. Napoli Nord, 07.07.2020 - Giudice Giovanni Di Giorgio

RIPETIZIONE INDEBITO: OCCORRONO GLI ESTRATTI INTEGRALI A FAR DATA DELL'APERTURA

Il correntista che agisce sia per la ripetizione dell'indebito che per la rideterminazione del saldo è onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda qualora siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione, posto che affinché possa dirsi assolto l'onere probatorio in capo allo stesso è necessario che produca, oltre al contratto anche tutti gli estratti conto trimestrali, i quali, recando in ordine cronologico tutte le annotazioni attive e passive sul conto, risultano indispensabili ai fini della ricostruzione dell'andamento del rapporto in sede di consulenza tecnica d'ufficio.

Trib. Castrovillari, 07.07.2020 - Giudice Gaetano Laviola

USURA: IL T.E.G.M. VIENE CALCOLATO FACENDO RIFERIMENTO AI SOLI TASSI D'INTERESSE CORRISPETTIVI

Il T.E.G.M., sulla cui base viene calcolato il tasso soglia, non viene calcolato facendo riferimento ai tassi d'interesse moratori, ma solo a quelli corrispettivi. Consegue che applicarlo puramente e semplicemente anche agli interessi moratori significa dare vita a un'applicazione priva di base normativa, che in caso di interpretazione estensiva (tasso soglia calcolato con riferimento agli interessi corrispettivi da riferirsi anche agli interessi moratori) sarebbe priva di razionalità.

Trib. Milano, 21.04.2020, n. 2481 - Giudice Anna Giorgia Carbone

Diritto e procedura penale

Gli effetti "intermedi" della condotta estorsiva. La costrizione del soggetto passivo e il conseguente atto di disposizione patrimoniale 746
di Federico Nesso

L'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p. e normativa emergenziale Covid-19. *Nota a Cassazione Penale, Sezione II, 19 ottobre 2020, n. 28936* 763
di Filippo Marco Maria Bisanti

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 774
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 780
a cura di Andrea Alberico

Rassegna di merito 783
a cura di Giuseppina Marotta

Federico Nesso
Sostituto Procuratore in servizio alla Procura presso il Tribunale di Torre Annunziata

Gli effetti "intermedi" della condotta estorsiva. La costrizione del soggetto passivo e il conseguente atto di disposizione patrimoniale

abstract

The essay explores the objective case of the crime of extortion from the point of view of the conduct of the taxable person, focusing, therefore, on the notion of constraint, to which it is subject, as well as on the so-called patrimonial disposition act, which sustantiates the cooperation of the victim himself in the production of the final effects of the crime, identified in the unjust profit and in the pecuniary damage. Furthermore, by recovering the notions of violence and criminally relevant threat, as outlined in another previous work of which the present is the natural continuation, a critical rereading of some of the most widespread and crystallized jurisprudential orientations is proposed, however the result of an undue elephantiasis of the concepts of violence, threat and coercion. In the background, the attempt to arrive at a structure of criminal law authentically in line with the principle of legality and with the consequent necessary fragmentation of the punitive system.

keywords

Extortion – Cooperation of the taxable person – Notions of violence and threat.

abstract

Il saggio esplora la fattispecie oggettiva del delitto di estorsione dal punto di vista della condotta del soggetto passivo, soffermandosi, pertanto, sulla nozione di costrizione*, cui esso si trova sottoposto, nonché sul cd.* atto di disposizione patrimoniale*, nel quale si sostanzia* la cooperazione *della vittima stessa nella produzione degli effetti finali del reato, individuati nell'ingiusto profitto e nel danno patrimoniale. Inoltre, recuperando le nozioni di* violenza *e di* minaccia penalmente rilevanti*, così come delineati in altro prcdente lavoro di cui il presente costituisce la naturale continuazione, si propone una rilettura critica di alcuni dei più diffusi e cristallizzati orientamenti giurisprudenziali, frutto tuttavia di un'indebita elefantiasi dei concetti di violenza, minaccia e costrizione. Sullo sfondo, il tentativo di pervenire ad un assetto del diritto penale autenticamente in linea con il principio di legalità e con la conseguente necessaria* frammentarietà *del sistema punitivo.*

parole chiave

Estorsione – Cooperazione del soggetto passivo – No*zioni di violenza e minaccia.*

sommario

1. La cooperazione della vittima come tratto caratteristico del delitto di estorsione ed esigenza di chiarirne l'esatto significato attraverso un'attenta ricostruzione delle nozioni di coercizione e di atto di disposizione patrimoniale, pacificamente indicati, in dottrina, come gli effetti intermedi del reato. – **2.** La costrizione come effetto dell'altrui violenza o minaccia penalmente rilevanti. La (tendenziale) equivalenza tra violenza e coazione assoluta da una parte, e tra minaccia e coazione relativa dall'altra. – **2.1.** Precisazioni sulla costrizione da violenza: compatibilità della violenza-mezzo con la costrizione relativa, in quanto l'azione violenta si combina con la minaccia (esplicita o implicita) di prosecuzione o di aggravio del male già inflitto. Configurabilità della coazione anche in caso di violenza personale indiretta (cioè su terzi) o di violenza reale (cioè su cose). Necessità di accertamento della coazione secondo la logica del caso per caso, in base ad una valutazione *ex ante* fondata su criteri oggettivi e soggettivi. Compatibilità della coazione con l'eventuale pluralità di *motivi* della condotta della vittima, purché questa coincida esattamente con quella che l'agente ha inteso imporre**.** – **2.2.** Precisazioni sulla costrizione da minaccia: analisi dei requisiti della gravità e proporzionalità della minaccia, e loro assorbimento nella gravità corrispondente al reato preannunciato, nonché degli ulteriori requisiti della percepibilità, realizzabilità, credibilità e serietà, e loro corretto inquadramento (non come aspetti della definizione di minaccia penalmente rilevanti, ma) come fattori del più complesso giudizio sull'idoneità coattiva della minaccia. Piena ammissibilità della minaccia avente ad oggetto un terzo o una cosa, ed irrilevanza della minaccia o della violenza contro se stessi. Disamina della coerenza (pur senza coincidenza) delle due specie di minaccia, quella penale e quella civile. – **2.3.** Estorsione di cose mobili altrui e rapina: l'imprescindibilità o meno della cooperazione della vittima quale unico e affidabile criterio distintivo. – **3.** L'atto di disposizione patrimoniale: le diverse

possibili articolazioni della condotta imposta al coartato, anche come mero *pati*, purché da essa derivino, direttamente o indirettamente (in quanto si limiti a tollerare la condotta dell'agente), conseguenze patrimoniali per sé dannose. – **4.** Conclusioni. Il significato precipuo della violenza e della minaccia penalmente rilevanti. Breve disamina critica di alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali.

1. La cooperazione della vittima come tratto caratteristico del delitto di estorsione ed esigenza di chiarirne l'esatto significato attraverso un'attenta ricostruzione delle nozioni di coercizione e di atto di disposizione patrimoniale, pacificamente indicati, in dottrina, come gli effetti intermedi del reato.

Si è osservato, in dottrina, che il reato di estorsione, come delineato dall'art. 629 c.p., si compone di una duplice condotta[1], quella del soggetto agente, che corrisponde alla violenza o minaccia motivanti[2], e quella del soggetto passivo, che, subendo su di sé l'effetto psicologico della coazione, si determina a tenere un certo comportamento, attivo od omissivo, economicamente dannoso e tradizionalmente definito come *atto di* disposizione patrimoniale.

La duplicità delle condotte fonda la pacifica qualificazione dell'estorsione come delitto contro il patrimonio mediante cooperazione della vittima[3], giacché questa svolge un ruolo in qualche modo attivo nella dinamica complessiva del fatto, ma, d'altra parte, l'attività esegetica dell'art. 629 c.p. è costellata di numerose e non lievi incertezze, riguardanti, anzitutto, gli stessi concetti di violenza e minaccia[4]. Il presente lavoro, tuttavia, intende soffermarsi in particolare sulle questioni riguardanti i cd. effetti intermedi del reato, ossia la coazione e l'atto di disposizione patrimoniale, così da chiarirne i concetti, arrivando, infine, a precisare in cosa consista esattamente la cennata *cooperazione* della vittima[5].

2. La costrizione come effetto dell'altrui violenza o minaccia penalmente rilevanti. La (tendenziale) equivalenza tra violenza e coazione assoluta da una parte, e tra minaccia e coazione relativa dall'altra.

La costrizione, intesa dal punto di vista del paziente, rappresenta, in linea generale, la condizione di chi è obbligato a tenere un certo contegno (attivo o inerte) che è contrario o, comunque, diverso da quello che avrebbe tenuto se fosse stato libero. Si tratta, in altri termini, della contrapposizione tra la condotta realmente adottata perché imposta e quella volontaria, che viceversa rimane puramente ipotetica, in quanto è stata impedita. Imposizione e impedimento – aspetti inscindibili del medesimo fenomeno costrittivo, come nel classico detto delle due facce della stessa medaglia – dipendono da un certo fattore, *esterno* alla volontà e ad essa antagonista, che può essere di varia natura. Così, si può essere costretti dal bisogno (vendo la casa di proprietà perché mi trovo in difficoltà economica) o dalla necessità (lascio il lavoro per ragioni di salute) o da un obbligo giuridico (pago perché ho un certo debito; eseguo l'ordine di un mio superiore), e, d'altra parte, non sempre l'accettazione e l'esecuzione della volontà altrui costituisce una costrizione, ciò dovendosi escludere ogni qualvolta essa venga fatta propria dall'agente (ad es. perché persuaso, o ingannato, o per volontaria obbedienza)[6].

[1] In questi termini, Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 115s. e 183 s., che conduce lo studio del reato di estorsione distinguendo la condotta dal lato dell'agente, da una parte, e la condotta dal lato della vittima, dall'altra.

[2] Per la corretta identificazione della condotta tipica nella *violenza o minaccia motivanti*, v. per tutti, Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 379: «Questa [la condotta costitutiva del reato] … va identificata nel ricorso alla violenza ed alla minaccia motivanti, non certo – come pur potrebbe ritenersi – nella "costrizione", da ricondursi invece, in parallelo a quanto dimostrabile per la "induzione" nella truffa e per la "costrizione o induzione" nella concussione, al momento causale». Sul concetto di minaccia motivante, v. Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 20 s., che, a sua volta, rinvia ad Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 137. Sulla violenza come mezzo di coazione, v. Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 22-23, ma sia consentito anche il rinvio a Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020,* parag. 2.

[3] Sulla bipartizione dei delitti contro il patrimonio in delitti con la *cooperazione della vittima* e delitti di *aggressione unilaterale*, v. Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 11s., Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 13 s., nonché Baccaredda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 27 s.

[4] Sul concetto di violenza, v. in particolare le monografie di Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, e di Viganò F., *L'offesa mediante violenza*, 2002 (ripreso ed ampiamente citato da Baccaredda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 346). Per la minaccia, v. Gatta G.L., *La minaccia,* 2013. Sia consentito anche il rinvio, per una rielaborazione di entrambi i concetti, a Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*.

[5] Parla di un *quadruplice evento* del reato Mantovani F., *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 192, potendosi specificare che i primi due (la coazione e l'atto dispositivo) si qualificano, appunto, come *effetti intermedi,* e gli altri due (ingiusto profitto e altrui danno), come *effetti finali* (Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale, II, 2. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 159, 161, dove, invero, solo la *coazione psicologica* è definita espressamente come evento intermedio, ma tale definizione è almeno implicitamente riferita anche all'atto di disposizione patrimoniale, giacché è chiaro, nel corretto ragionamento proposto nel testo, che l'atto, a sua volta, si pone tra la condotta dell'agente e gli eventi finali del profitto e del danno).

[6] L'espressione "accettazione ed esecuzione" della volontà altrui è di Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 86, secondo il quale la costrizione si ha «una volta che la vittima agisca come vuole

Per quanto interessa l'estorsione (e gli altri analoghi reati latamente complessi)[7], l'imposizione di rilievo è unicamente quella procurata dalla violenza o dalla minaccia altrui[8]. In questo più specifico senso, la costrizione indica la lesione della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo quale deriva dall'essere sottoposto all'altrui violenza o minaccia finalizzate[9]: quando non vi è violenza o minaccia penalmente rilevanti non vi può essere costrizione nel senso richiesto per la sussistenza dell'estorsione.

Dal punto di vista logico, la costrizione può manifestarsi in astratto, rispetto al rapporto tra la volontà del paziente e la sua condotta esteriore (come si è detto, attiva o di semplice inerzia), nei seguenti modi: totale assenza di volontà, quale può aversi soltanto nelle situazioni di incoscienza, naturali (come il sonno o lo svenimento) o indotti (mediante ipnosi, sostanze psicotrope o mezzi traumatici) (si pensi al compimento di atti sessuali che vengano fatti compiere o subire ad una persona incosciente); resistenza attiva, tuttavia vinta dall'altrui azione costrittiva (si pensi a chi trattiene il braccio per non farsi sfilare l'orologio o per non sottoscrivere un atto; a chi provi a gridare o a muoversi pur essendo imbavagliato o legato); supina acquiescenza, che si ha quando il paziente, rinunciando ad ogni forma di resistenza od opposizione all'altrui condotta che gli viene imposta, si limita a volerla subire (si pensi a chi tolleri, essendo stato minacciato, che il gregge altrui transiti o pascoli nel proprio fondo)[10]; infine, attiva esecuzione dell'altrui volere, a fronte di un dissenso che rimane puramente interiore (si pensi a chi consegni il portafogli o compia atti sessuali, sotto minaccia).

Le prime due situazioni (stato di incoscienza e resistenza attiva) – ove l'apporto volitivo del paziente è del tutto nullo, tanto che eventuali movimenti corporei (come lo stendersi di un braccio) o sono del tutto impediti o, se anche possibili, risulterebbero puramente meccanici – sono correttamente descritti dal tradizionale brocardo *non agit sed agitur* e possono definirsi come costrizione (o coazione) assoluta. Le altre due situazioni (supina acquiescenza ed esecuzione attiva) – ove è ravvisabile l'apporto volitivo del soggetto passivo, che, dunque, sebbene costretto, coopera in qualche modo con l'agente – si possono descrivere, invece, con la tradizionale espressione latina *tamen coactus voluit* e qualificare come costrizione (o coazione) relativa[11].

Quanto al rapporto tra mezzo ed effetto costrittivo,

l'agente… Questo momento segna una spersonalizzazione dell'agente: egli abbandona, sul terreno della pratica, la propria volontà e si fa esecutore di quella dell'altro». Tali considerazioni non sono inesatte, ma imprecise, e rischiano di qualificare impropriamente come costrizione tutte le ipotesi in cui taluno aderisce alla volontà altrui. Sulla distinzione tra coazione (derivante da minaccia) e inganno, v. Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 52s.

[7] Si rammenti che, per reati complessi in senso lato, s'intendono, in dottrina, quei reati «per la sussistenza dei quali basta un solo reato con l'aggiunta di elementi ulteriori non costituenti reato» (Mantovani F., *Diritto Penale. Parte Generale*, 2001, p. 500), adducendosi «come esempio la violenza carnale, in cui il fatto, in sé penalmente neutro, del congiungimento carnale si innesta, per così dire, sulla fattispecie criminosa della violenza privata» (Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, p. 647). La validità del concetto dogmatico di reati complessi in senso lato non è negata da alcun autore, discutendosi soltanto se esso vada sussunto (peraltro, senza apprezzabili diversità pratiche) nella disciplina del reato complesso (in senso stretto) *ex* art. 84 c.p. (in questo senso, Mantovani F., *op. cit.*, p. 501) ovvero, secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza, del più generale principio di specialità *ex* art. 15 c.p. (in questo senso, Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, p. 643). Quanto all'estorsione, è evidente che essa, agli elementi di per sé costituenti reato come minaccia (art. 612 c.p.) o violenza alla persona (artt. 581, 582 c.p., ecc.), aggiunge gli ulteriori elementi della costrizione a compiere l'atto di disposizione patrimoniale, con profitto per l'agente e correlativo danno per la persona offesa.

[8] Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 64-65: «Costringere ha vari significati… In proposito si deve ripetere che è impreciso identificare la violenza con la costrizione, la causa con l'effetto». D'altra parte – prosegue l'autore – «la esigenza di porre immediatamente in risalto la causa della costrizione» può essere soddisfatta con «la *sua* specificazione… [il corsivo è mio] – costrizione "da violenza" o "da minaccia" – senza essere indotti a un uso di termini che non rendono la essenza».

[9] Baccaredda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 569: «Il momento della costrizione è uno dei punti centrali della fattispecie: esso è l'effetto della condotta del soggetto agente in cui si concreta la lesione del primo dei beni giuridici tutelati dalla norma: la libertà di autodeterminazione».

[10] Si deve a Tommaso d'Aquino il limpido chiarimento di alcuni fondamentali concetti in tema di volontarietà (cf. *Summa Teologica, I-II, Quest. 6*): in primo luogo, che "Due sono gli atti della volontà", di cui il primo è l'atto del volere in sé e per sé ossia l'intimo volere come atto immediato della volontà (art. 4). In tal senso, la volontà non ammette coercizione, la volontà non può essere il frutto della violenza altrui, semmai dell'inganno. In altro significato, l'atto «appartiene alla volontà, perché, da essa comandato», come il camminare o il parlare. «Perciò – prosegue il Filosofo – rispetto agli atti da essa comandati la volontà può subire violenza, perché con la violenza si può impedire che le membra eseguiscano il comando della volontà». Poste queste premesse, si può comprendere, allora, che anche l'atto esteriore imposto alla volontà con violenza si definisce cionondimeno volontario sia pure nel senso limitato che la volontà accetta di subirlo: «… un fatto può dirsi volontario in due maniere: primo, all'attivo, p. es., quando si vuol compiere una data azione; secondo, al passivo, quando cioè la si vuol subire da un altro. Perciò quando l'azione viene inflitta da un agente esterno, mentre rimane in colui che la subisce la volontà di subirla, l'atto non è violento assolutamente parlando: poiché sebbene colui che subisce l'azione non vi contribuisca col suo agire, vi contribuisce però col suo voler subire. E quindi l'atto non si può considerare involontario» (art. 5) (la sottolineatura è mia).

[11] A mio avviso, non v'è ragione di distinguere tra coazione e coercizione, sembrando semplicemente dei sinonimi. L'importante è non confondere il mezzo (la condotta coartante, sia essa violenza o minaccia) e l'effetto (la coercizione o coazione, appunto). Distingue, invece, il significato dei due termini, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 86: «Dipenda da una coazione relativa o da una coazione assoluta, una volta che la vittima agisca come vuole l'agente, si ha la costrizione, che, perciò, non può essere relativa o assoluta: o è o non è». Ma si è già detto sopra (v. nota 179) che si tratta di considerazioni alquanto imprecise.

ancora la logica impone di considerare che la coazione assoluta può essere realizzata dalla violenza, ma non anche dalla minaccia, che, incidendo unicamente sul piano psicologico, non può certo impedire la resistenza attiva della vittima né causare la perdita di coscienza, se non nel caso limite dello svenimento dovuto alla paura o allo shock emotivo[12].

All'opposto, mentre non può seriamente revocarsi in dubbio che la minaccia possa determinate una coercizione solo relativa, giacché essa, per definizione, non fa altro che porre la vittima dinanzi ad un'alternativa[13], non può dirsi altrettanto per la violenza in senso proprio[14]: finché questa è in atto, infatti, non può che provocare una coercizione assoluta, in quanto cancella completamente l'apporto volitivo del soggetto passivo, il quale – come detto sopra – o si ritrova in stato di incoscienza o vede sopraffatto il suo tentativo di resistenza attiva. Diversamente, per la violenza impropria la soluzione dev'essere rimessa al caso concreto, dovendosi apprezzare di volta in volta se l'incapacitazione di volere o di agire del paziente sia stata totale o parziale (si pensi agli effetti più o meno pesanti della somministrazione di sostanza stupefacente)[15].

Le considerazioni appena svolte danno ragione della tradizionale identificazione della violenza fisica, *vis absoluta* e *vis corporis corpori illata* da una parte (intese come sinonimi) e della violenza morale, *vis compulsiva* e *vis animo illata* dall'altra (a loro volta intese come espressioni tra loro del tutto fungibili o equivalenti)[16]. Si tratta di assimilazioni imprecise, perché confondono il mezzo (la violenza o la minaccia) con l'effetto (la costrizione), ma non del tutto erronee: in effetti, come si è visto, la minaccia (o violenza morale, secondo la diversa denominazione utilizzata dai civilisti) può provocare solo una coercizione relativa (a parte il caso-limite di cui si è detto sopra), mentre la violenza fisica di per sé non può che determinare uno stato di coazione assoluta (a parte situazioni di coercizione relativa che, tuttavia, possono verificarsi soltanto per effetto della cd. *violenza impropria*).

2.1. *Precisazioni sulla* costrizione da violenza*: compatibilità della violenza-mezzo con la costrizione relativa, in quanto l'azione violenta si combina con la minaccia (esplicita o implicita) di prosecuzione o di aggravio del male già inflitto. Configurabilità della coazione anche in caso di violenza personale indiretta (cioè su terzi) o di violenza reale (cioè su cose). Necessità di accertamento della coazione secondo la logica del caso per caso, in base ad una valutazione ex ante fondata su criteri oggettivi e soggettivi. Compatibilità della coazione con l'eventuale pluralità di motivi della condotta della vittima, purché questa coincida esattamente con quella che l'agente ha inteso imporre.*

Ciò posto in ordine alla coercizione in generale, occorre sviluppare alcune precisazioni che riguardano, anzitutto, la modalità violenta, cioè la costrizione da violenza. Ebbene, secondo l'insegnamento tradizionale, l'estorsione presuppone la cooperazione del soggetto passivo e ciò ha sempre sollevato difficoltà riguardo alla compatibilità dell'estorsione con la coazione assoluta[17]. Il problema, però, dev'essere preliminarmente delimitato all'ipotesi dello «spoglio violento» della cosa mobile altrui, atteso che esso rappresenta il solo «settore di interferenza» dell'estorsione con la

[12] In argomento, v. Thompson A.D., *Svenimenti*, 2018, in www.msdmanuals.com, oppure Gindro R., *Svenimento (o sincope): sintomi, cause, prevenzione, cosa fare*, 29 maggio 2019, in *www.farmacoecura.it*. Sulla impossibilità che la minaccia possa conseguire l'effetto della coercizione assoluta (senza tuttavia considerare il suddetto caso-limite), cf. Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 68. Di diverso avviso si dicono Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 87 e Dassano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, 1976, parag. 13, secondo i quali vi sarebbe coercizione assoluta allorché la minaccia risulti talmente grave da lasciare da lasciare, nel minacciato, un margine decisionale "puramente teorico". Orbene, al di là dell'evidente imprecisione del criterio, giacché non può stabilirsi quale sia il grado di gravità del male minacciato oltre il quale non vi sarebbe più alcuna concreta possibilità di rifiuto (il Ragno si riferisce alla generica "minaccia di morte"; il Dassano si limita a richiamare il caso del "rapinatore… con la rivoltella spianata"), non può non rilevarsi che il rifiuto non dipende necessariamente dalla *gravità* della minaccia, ben potendo il soggetto passivo decidere di sottostare a minacce lievi o dalla scarsa efficacia intimidatoria, e ciò semplicemente per evitare in radice rischi maggiori (si pensi a chi ceda subito alla richiesta di un rapinatore incerto, male o null'affatto armato, consegnandogli pochi spiccioli pur di farlo andare via) o, viceversa, di opporsi finanche eroicamente alle richieste di cosche mafiose, pur a costo della vita. In definitiva, la minaccia, per sua natura, per quanto grave possa essere, lascia sempre una scelta alla vittima (a meno che non ne provochi, come si è detto, la perdita di coscienza).

[13] La minaccia pone il paziente «di fronte a un'alternativa e alla necessità di un'opzione», dovendo scegliere tra il rischio di subire il male minacciato «oppure sottrarvisi realizzando la condotta richiesta» (Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 21).

[14] La violenza in senso proprio indica l'estrinsecazione di forza fisica sul corpo del paziente (*vis corpori afflicta*), posta in essere o con la sola forza fisica dell'agente (uno schiaffo, un pugno, ecc.) (*vis corporis corpori data*) o con l'ausilio di un qualsiasi strumento materiale adatto allo scopo (un bastone, una pietra, ecc.). In argomento, v. Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962. Per il suo collegamento alla commissione di un reato violento, in termini di percosse (art. 581 c.p.), lesioni (art. 582 c.p.) e omicidio (art. 575 c.p.), quantomeno nei termini del tentativo (art. 56 c.p.), v. Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*, in particolare parag. 2.1.1.

[15] Il concetto di violenza impropria trova il suo fondamento normativo nell'art. 628, co. 3, n. 2), c.p., in tema di aggravanti della rapina, e consiste nel porre taluno, anche solo momentaneamente e parzialmente, in uno stato di incapacità di volere o di agire. Sul punto, v. Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*, in particolare parag. 2.1.2.

[16] Così Pugliatti S., *Scritti giuridici, vol. I, 1927-1936*, 2008, p. 660.

[17] Cf. per tutti Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 387.

rapina[18], lì dove, qualora tale interferenza non sia ravvisabile già in astratto, ad es. perché l'aggressione «ha per oggetto una cosa immobile», non v'è nessuna difficoltà ad ammettere la configurabilità del delitto di cui all'art. 629 c.p. anche in caso di costringimento assoluto[19]. Così delimitato il problema, deve allora chiarirsi se ed in che modo il ricorso alla violenza, pur finalizzato, in ipotesi, a conseguire la cosa mobile altrui (come ad es. il denaro), possa dar luogo (non alla coercizione assoluta e, quindi, al reato di rapina, ma) alla mera coercizione relativa e, quindi, al reato di estorsione. Orbene, è chiaro che, fin quando la condotta violenta realizza l'azzeramento della volontà del paziente con la produzione dello stato di incoscienza o con la repressione della resistenza attiva, non potrà aversi alcuno spazio per la cooperazione della vittima. D'altra parte, però, si è già visto che, nel reato di estorsione (e negli altri analoghi reati latamente complessi), la violenza (come la minaccia) non è fine a se stessa ma è motivante, cioè finalizzata ad ottenere dalla vittima un certo contegno[20]. Pertanto, è evidente che l'agente, dopo o durante l'esercizio dell'azione violenta (come le percosse, l'imbavagliamento, la somministrazione di narcotici, ecc.), dovrà pur indicare all'altro cosa vuole che egli faccia, a ciò accompagnando, esplicitamente o implicitamente, la minaccia che, in caso contrario, la violenza continuerà o diverrà ancora peggiore (si pensi al caso classico della tortura)[21]. In altri termini, occorre che, prima o poi, l'agente lasci al paziente un minimo di autonomia affinché cooperi, ma ciò non toglie che inizialmente lo abbia potuto deprivare di ogni libertà o finanche della stessa coscienza[22]. Questo è possibile perché la violenza si combina, per così dire, con il preannuncio di un male futuro (cioè con una minaccia) che verrà inflitto se il soggetto passivo non cede e si renda finalmente disponibile a cooperare, assicurando o la supina acquiescenza all'altrui condotta (ad es. il transito o il pascolo del bestiame o del gregge altrui nel proprio fondo) o l'esecuzione attiva dell'altrui volontà (ad es. periodica consegna di una certa somma di denaro). Siffatta combinazione della violenza motivante con la minaccia non è mai sfuggita alla dottrina, che, anzi, è arrivata persino a dubitare dell'autonomia concettuale della violenza-mezzo, qualificandola al più come minaccia particolarmente efficace[23]. Si tratta di una conclusione eccessiva, che, tuttavia, coglie pienamente l'essenza del fenomeno: la violenza, propria o impropria, che, in ogni caso, resta tale (perché altro è l'inflizione di un male, altro è il suo mero preannuncio), sfocia in una minaccia, a sua volta motivante.

Per il resto, il collegamento della violenza con la minaccia rende del tutto agevole risolvere la questione se rilevi, ai fini dell'integrazione del reato di estorsione, anche la violenza su terzi (cd. violenza personale indiretta) o su cose (cd. violenza reale)[24]. Si è appena visto, infatti, che la coercizione relativa non dipende dalla violenza di per sé ma dalla minaccia motivante che si accompagna ad essa. Se, dunque, è evidente

[18] Sulla distinzione dell'estorsione dall'attiguo reato di rapina, v. *infra* parag. 2.3.

[19] Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 192, il quale opportunamente spiega, altresì, che l'eventuale restrizione dell'estorsione, anche al di fuori degli spazi di interferenza con il delitto di rapina, ai soli casi di costrizione relativa, oltre a determinare una limitazione non sorretta dal dato testuale dell'art. 629 c.p., determinerebbe «la inaccettabile incongruenza che, mentre lo spoglio realizzato con una coazione relativa sarebbe punito *ex* art. 629, lo spoglio commesso col più grave fatto di coazione assoluta sarebbe sanzionato con la più lieve pena dell'art. 610». D'altra parte, v'è chi in dottrina (Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 138) ha ravvisato la difficoltà di ipotizzare «atti di disposizione aventi ad oggetto immobili» imposti da «una coazione totale della vittima», ma a ciò può agevolmente replicarsi che, quando l'ipotesi si verifica, per quanto la si voglia ritenere rara, cionondimeno, sussistendone i requisiti, andrà qualificata come estorsione (si pensi al caso, ipotizzato da Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 99-100, in cui «il proprietario di un fondo minacciasse di morte il proprietario del fondo limitrofo, ove non acceda al suo desiderio di far transitare, senza che sussista alcuna servitù di passaggio, il suo bestiame attraverso il suo fondo»).

[20] Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 90: «La coazione dev'essere teleologicamente orientata: diretta a costringere la vittima a fare o ad omettere qualcosa voluta dall'agente, in altri termini ad accettare ed eseguire quanto è nel volere di questi. Quindi la violenza non è fine a se stessa, ma mezzo».

[21] Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 90: «La vittima per evitare la continuazione del male o la sua rinnovazione accetta di tenere il contegno voluto dall'agente». Si tratta di un'affermazione esatta, ma pare solo di dover precisare che la minaccia possa avere ad oggetto non semplicemente la reiterazione dello stesso male, ma anche un male maggiore di quello già inflitto. Si pensi all'agente che compia atti violenti su cose, prospettando un'aggressione alla persona, se la vittima non cede.

[22] Non è, quindi, corretto quanto osserva Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 156, lì dove afferma, a proposito dei termini di applicabilità all'estorsione dell'aggravante di cui all'art. 628, co. 3, n. 2), c.p., che: «È giocoforza… riconoscere che lo stato di incapacità deve comunque lasciare al soggetto un *minimum* di possibilità di volere». Sulla stessa linea di pensiero, Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 1002, nota 43, sostiene che l'aggravante in parola, «quando all'aggredito sia tolta del tutto la capacità di volere», sembrerebbe applicabile «solo ai casi in cui la persona, oggetto materiale della violenza, e quella nei confronti della quale si intende realizzare l'ingiusto profitto con altrui danno, sono diverse». Invero, nessuno dei due autori considera che l'incapacitazione, sia pure totale, può essere transitoria, nel qual caso nulla impedisce, fermo restando la sussistenza dell'aggravante, che l'agente ottenga la cooperazione della vittima dietro minaccia di altre violenze.

[23] Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 157. Negano l'autonomia concettuale della violenza rispetto alla minaccia, Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 382, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 91. Altro autore (De Marisco, cit. in Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 997) qualifica la violenza come «modo di minaccia simbolica e indiretta».

[24] Sull'argomento, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 517-518. Per la questione della violenza sullo stesso soggetto agente, v. *infra* parag. 2.2.

che non è possibile realizzare una coercizione assoluta se non agendo direttamente sul corpo della vittima, è altrettanto evidente che l'effetto motivante – che si ripete, dipende dalla minaccia, non dalla violenza in sé – possa essere realizzato colpendo un certo significativo rapporto che, in ipotesi, leghi la vittima stessa ad una terza persona, ad una cosa o ad un animale, con la minaccia, esplicita o implicita, che la violenza sul bersaglio[25] (la terza persona, la cosa o l'animale appunto) continuerà o aumenterà se la vittima non si piega all'esito che l'agente intende imporle (per es. la vendita di un immobile). In definitiva, è possibile, in astratto, che il bersaglio della violenza sia diverso dalla vittima della coercizione. Questa, infatti, è, comunque, destinataria della minaccia (nei termini appena descritti) e, quindi, vittima della coercizione (almeno potenzialmente). Ovviamente, l'efficacia motivante dipenderà dall'intensità del rapporto che la vittima ha con il bersaglio[26]. D'altra parte, però, sarebbe privo di logica stabilire preclusioni astratte: può dirsi che tendenzialmente i rapporti significativi sono quelli di parentela o di amicizia o, comunque, affettivi (che, fra l'altro, si possono avere anche con un animale o, in un certo senso, con oggetti inanimati) ovvero quelli attinenti alla proprietà o, in generale, al patrimonio, ma da ciò non può inferirsi che lo strumento del ricatto non possa far leva, altresì, su un più generale sentimento di solidarietà o di sensibilità che ciascuno può nutrire anche nei confronti di persone, animali o cose a lui estranei[27]. Né si dica che con ciò si introduce un elemento di indiscriminata incertezza nell'ambito della fattispecie incriminatrice: invero, la precisione dell'incriminazione è assicurata dalla esatta delineazione della condotta tipica come violenza propria o impropria o come violenza sulle cose, cui si accompagna, in ipotesi, la minaccia (implicita o esplicita) nei termini suddetti[28]. L'idoneità a coartare, dunque, andrà valutata, ai fini della sussistenza del reato (quantomeno nei limiti del tentativo), necessariamente caso per caso, non per questo arrecando un vulnus al principio di legalità. Cionondimeno, la questione andrebbe ampiamente approfondita, ma, nei limiti del presente lavoro, possono fissarsi soltanto alcuni punti, senza pretesa di esaustività.

Anzitutto, il pur frequente richiamo dottrinale alla necessità del nesso causale o eziologico tra la condotta dell'agente e la costrizione costituisce un'evidente improprietà linguistica[29]. La causalità, infatti, attiene ai fenomeni naturali, e, quindi, potrà essere invocata unicamente nelle situazioni riconducibili alla violenza impropria (ad es. lì dove si dovranno accertare gli effetti psicotropi di una certa sostanza) ovvero alle conseguenze della violenza fisica per verificare se la vittima ne abbia riportato o meno una malattia nel corpo o nella mente (secondo l'espressione utilizzata dall'art. 582 c.p.). Di contro, quando si tratterà di valutare i comportamenti volontari (quand'anche coartati) della vittima, l'indagine dovrà concentrarsi sui motivi dell'agire, non sulle cause, perché, come è stato giustamente osservato, «una persona ha ragioni, non cause, delle proprie azioni»[30]. Ciò porta a concludere che l'effetto costrittivo si realizza allorquando la vittima abbia agito con il fine specifico di evitare il male prospettato dall'agente, tenendo quel contegno da lui richiesto, che, viceversa, in assenza della minaccia (correlata alla violenza), non avrebbe mai tenuto. A queste condizioni, può dirsi che la minaccia è stata determinante e, quindi, coartante. D'altra parte, poiché le decisioni umane scaturiscono da una sorta di *consilium* interiore, dove la persona sceglie di perseguire un determinato fine anziché altri, e seleziona i mezzi adeguati per realizzarlo[31], non risulta convincente

[25] Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 101: «La minaccia [*così come la violenza, ndr*] presuppone un autore, un bersaglio e una vittima». A ciò deve aggiungersi che la vittima della coazione (il coartato), a sua volta, può essere distinto dal soggetto (ad es. una persona giuridica) che è destinato a subire gli effetti dannosi dell'atto di disposizione patrimoniale.

[26] Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 159: «La violenza sul terzo configura, dal punto di vista psicologico, una minaccia nei confronti del soggetto passivo», «purché sia idonea a riflettersi su quest'ultimo [il corsivo è mio] a causa dei particolari legami tra di loro esistenti (*vis* diretta sul figlio per costringere il padre a fare od omettere)».

[27] Si pensi all'uccisione di alcuni ostaggi con la minaccia di ucciderne altri, o alla distruzione di opere d'arte o all'avvelenamento di cani randagi, con la minaccia di compiere ulteriori fatti simili. Potrà anche osservarsi che si tratta di ipotesi-limite, scarsamente probabili, appartenenti forse più alla finzione cinematografica che alla realtà. Cionondimeno, essi restano possibili e rientrano a pieno titolo nella nozione penalmente rilevante di violenza (personale o reale) motivante.

[28] Per una ricostruzione dei concetti di violenza e minaccia in linea con le esigenze legate al principio di legalità e alla conseguente esigenza di tassatività, determinatezza e precisione della fattispecie incriminatrice, v. Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*.

[29] Richiamano, fra gli altri, il *nesso causale*, Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 384, Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 190, Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 159.

[30] SZASZ T.S., *Farmacrazia. Medicina e politica in America*, 2001, cit. in Merzagora Betsos I., *Colpevoli si nasce?*, 2012, p. 13. E nello stesso senso, Tommaso d'Aquino, *Quaestiones disputatae de Malo, q. 6*, trad. it. in *Tommaso d'Aquino*, *Il male e la libertà*, 2002, p. 695: «…colui che muove, agisce per un fine», cui si rinvia, altresì, per la dimostrazione filosofica della libertà umana, contro ogni possibile deriva deterministica. Si venda anche Tommaso d'Aquino, *Summa Teologica, I-II, Quest. 6, art. 1.*

[31] Tommaso d'Aquino, *Il male e la libertà*, 2002, p. 699-700, nota 34: «Se ben lo si intende, il consiglio rende bene ciò che Tommaso vuol dire: è come un consesso, in cui si discute e si pondera, si fa una disamina delle possibili azioni da compiere, considerando i diversi punti di vista su di esse. Cfr. *S. th.*, I-II, q. 14, a. 3: "Il consiglio propriamente implica l'idea di conferenza tra diverse persone. E lo indica il nome stesso: infatti consiglio è come dire consesso, poiché più persone vi siedono insieme per discutere […]. …nei fatti particolari e contingenti, per conoscere con certezza una cosa, è necessario considerare molte condizioni

la posizione di chi sembra sostenere che la minaccia debba costituire il motivo (non solo determinante, ma anche) unico della scelta della vittima[32]. Al contrario, appare logico presupporre che questa abbia potuto effettuare una valutazione di più ampio raggio, ed essere mossa, pertanto, da una pluralità di motivazioni, tra cui, in ipotesi, anche quella di evitare il male annunciatogli con la minaccia, motivazione questa che, sebbene possa non essere unica, cionondimeno resta determinante se ed in quanto la vittima, in sua assenza, avrebbe agito diversamente. D'altra parte, è possibile che il paziente abbia vagliato anche ragioni di segno diverso, che l'hanno portato a decidere, pur sottoposto alla pressione psicologica dell'altrui minaccia, di non tenere il contegno che si intendeva imporgli. In tal caso, la condotta dell'agente potrà essere apprezzata unicamente sotto il profilo del mero tentativo, ma non vi sono ragioni per inferire che i criteri di valutazione della sua attitudine coartante debbano mutare[33]. Tali criteri, come si diceva, vanno ponderati caso per caso secondo un giudizio *ex ante*, e coincidono con fattori di natura, tanto oggettiva (come la gravità del male inflitto e preannunciato) quanto soggettiva (come la capacità a delinquere del soggetto attivo o le condizioni psicologiche della vittima)[34]. Infine, in base a quanto detto, risulta possibile, con buona certezza, proporre due ultime precisazioni: in primo luogo, che è rilevante unicamente l'effetto motivante della condotta dell'agente e non anche l'effetto puramente emotivo nel foro interno della vittima, non determinando alcuna differenza pratica che questi si sia piegato all'altrui imposizione per paura, timore (cd. *metus*) o per un lucido calcolo di convenienza: «la minaccia – è stato osservato – menoma la libertà anche quando non offusca il raziocinio»[35]; in secondo luogo, che la coazione non può ritenersi sussistente se risulta che il paziente,

o circostanze, che uno non può facilmente considerare da solo, mentre è più difficile che possano sfuggire a molti, perché uno osserva quello che sfugge all'altro…". Ora nel consiglio, che precede il giudizio e la decisione sull'azione da compiere, anche se questa disamina o discussione è fatta dal soggetto, quindi da uno solo, tuttavia è fatta considerando i diversi punti di vista, come in un consesso in cui molti discutono e dialogano prima di decidere. A ben vedere, al di là della specifica situazione a cui si riferisce questo passo, qui Tommaso indica il corretto procedere di ogni umana ricerca». E ancora, *Quaestiones disputatae de Malo, q. 6*, trad. it. in Tommaso d'Aquino, *Il male e la libertà*, 2002, p. 701: «Poiché, dunque, la volontà muove se stessa con il consiglio, inoltre il consiglio è una sorta di ricerca, non dimostrativa, ma che ha il procedimento aperto agli opposti, la volontà muove se stessa non secondo necessità».

[32] In questi termini sembrerebbero schierarsi Fiandaca-Musco, *Diritto penale - Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 159-160, nonché Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 82 (sulla scia del De Marsico, *ivi* citato).

[33] Di diverso avviso Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 291, secondo cui, «nel contesto dei reati con evento di costrizione consumati e non già tentati», «il problema dell'idoneità della minaccia… sarebbe in realtà uno pseudo-problema» (il corsivo è mio), in quanto la relativa dimostrazione sarebbe «assorbita nella prova del nesso di causalità psichica tra la minaccia, il timore, quale evento psichico intermedio, e la costrizione quale evento psichico intermedio». Invero, è bensì da ammettersi che, dinanzi alla realizzazione, da parte della vittima, del comportamento imposto dall'agente ben difficilmente si potrà escludere che la minaccia sia stata determinante, ma, d'altra parte, dal punto di vista del rigore logico, il giudizio *ex post* rischia di tradursi nella classica e vuota tautologia del *post hoc, propter hoc*. Inoltre, il richiamo al concetto di causa e alla produzione di eventi psichici (definiti come «una modificazione della realtà psichica») (p. 290), sembra riflettere la già segnalata pretesa (ma impropria) simmetria tra eventi naturalistici e azioni volontarie, e sfociare, quindi, in espressioni, come la definizione testé menzionata, più metaforiche che di effettivo contenuto razionale. Infine, al di là della differenziazione puramente terminologica, non appare chiaro in cosa si distinguerebbe realmente il «nesso di causalità psichica», asseritamente rilevante per il reato consumato, dalla «idoneità della condotta», asseritamente rilevante per il solo tentativo. Né meno ancora si individuano i diversi criteri del relativo accertamento. Più corretta, allora, appare la posizione di chi (Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 524-525), applica il criterio dell'*idoneità* tanto al reato consumato quanto al mero tentativo: «La minaccia può risultare idonea anche se la vittima non ne sia risultata intimidita, e sia conseguentemente rimasto frustrato l'obiettivo di produrre una costrizione… Allo stesso modo, l'idoneità non è necessariamente insita nel prodursi dell'effetto coattivo».

[34] Sul giudizio *ex ante* e sui relativi criteri, sempre nella prospettiva della valutazione del singolo «caso concreto», v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 523. In termini analoghi, Cangemi V., *O si dimette, o la licenzio*, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, p. 881s., cui si rinvia anche per la menzione del conforme orientamento della Cassazione, nonché Dassano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, parag. 18: «L'impossibilità di risolvere il problema in modo generale ed astratto e soprattutto univoco porterà quindi l'interprete ad una indagine in concreto, che tenga conto non solo del male prospettato, bensì anche della sua apparenza di serietà ed eseguibilità, della forma, del tempo, del luogo e di ogni altra modalità dell'azione, della capacità a delinquere del soggetto attivo, dei suoi eventuali precedenti, delle consuetudini locali, delle condizioni psicologiche del soggetto passivo e della conoscenza di queste da parte del primo. E oggetto di particolare considerazione dovrà essere il rapporto di immediatezza con cui viene presentata la realizzazione del male prospettato». Lo stesso A. propone, inoltre, di considerare anche il rapporto di proporzionalità «tra le due prospettive, l'una consistente nel male minacciato, l'altra in quel tipo di comportamento, attivo od omissivo, che viene imposto al soggetto… Così, ad esempio, non sarà idonea a costringere a congiunzione carnale la minaccia di un danno che comporti un modesto pregiudizio economico».

[35] Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 51. Escludono la rilevanza del *metus* anche Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 58 e Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 40. Nella stessa linea di pensiero, Dassano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, 1976, parag. 18, che distingue la capacità intimidatoria dalla capacità coercitiva, osservando che l'una non implica necessariamente l'altra, e viceversa. Ritengono rilevante il *metus*, Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 100, 143 e Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 384s., secondo cui la costrizione si articolerebbe in un duplice possibile «evento psicologico» nel paziente, consistente o in «una condizione di timore», o nella condizione di incapacità di cui all'art. 628, co. 3, n. 2), c.p. In giurisprudenza, si rifà al concetto di *timore*, Cass. 13 ottobre 2011, n. 9921, Rv. 252277.

anziché tenere esattamente la condotta richiesta dall'agente, pur agendo per effetto della minaccia, ne abbia posto in essere un'altra. Il problema si è posto, in sede civile, ove ci si è interrogati se sussiste la coazione e, quindi, sia annullabile un qualsiasi contratto che «non sarebbe stato concluso se non fosse intervenuta la violenza» ovvero se coazione e annullabilità possano affermarsi «solo se il contratto costituisce la specifica alternativa che l'autore della violenza impone alla vittima, onde sfuggire al male ingiusto minacciato»[36]. Ebbene, la soluzione più restrittiva s'impone alla luce dell'evidente considerazione che la prima ipotesi (la scelta della vittima di aderire ad un contratto o, più in generale, di tenere un contegno differente da quello che l'agente intendeva imporre) mostra un grado di autonomia decisionale di per sé incompatibile con il concetto stesso di coercizione[37] (fermo restando, è ovvio, che possa ravvisarsi, a carico dell'agente, la responsabilità per un tentativo penalmente rilevante).

2.2. Precisazioni sulla costrizione da minaccia*: analisi dei requisiti della gravità e proporzionalità della minaccia, e loro assorbimento nella gravità corrispondente al reato preannunciato, nonché degli ulteriori requisiti della percepibilità, realizzabilità, credibilità e serietà, e loro corretto inquadramento (non come aspetti della definizione di minaccia penalmente rilevanti, ma) come fattori del più complesso giudizio sull'idoneità coattiva della minaccia. Piena ammissibilità della minaccia avente ad oggetto un terzo o una cosa, ed irrilevanza della minaccia o della violenza contro se stessi. Disamina della coerenza (pur senza coincidenza) delle due specie di minaccia, quella penale e quella civile.*

Seguendo il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata, è possibile dimostrare che la minaccia penalmente rilevante consiste nel preannuncio di commettere un reato ai danni di colui che si intende coartare[38]. In tal modo, la nozione, se, per un verso, assume una fisionomia tutta interna al sistema penale – senza il rimando a norme extra-penali, per giunta dai contorni sfuggenti come gli artt. 2043 e 1438 c.c. – e perfettamente in linea con il principio di legalità (e con le sue articolazioni interne di necessaria tassatività, determinatezza e precisione delle fattispecie incriminatrici), dall'altra si mostra coerente (ma non coincidente) con l'attiguo istituto civilistico della violenza morale, della quale, in definitiva, costituisce una più limitata sottospecie[39]. In particolare, se è vero che ogni minaccia penalmente rilevante, oltre a fondare la possibilità della sanzione penale, potrà farsi valere sicuramente anche in ambito civile sub artt. 1434s. c.c., non varrà la reciproca, atteso che la violenza morale abbraccia situazioni riconducibili al generico illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. o alla minaccia di esercitare un diritto ex art. 1438 c.c., che di per sé non rilevano penalmente[40]. Per gli stessi motivi, si rafforza quella simmetria concettuale tra violenza e minaccia motivanti che non è sfuggita alla più attenta dottrina[41]: se, infatti, la violenza propria implica l'effettiva ed attuale commissione di un reato, per l'appunto, di natura fisicamente violenta (percosse, lesioni, ecc.)[42], la minaccia ne costituisce il preannuncio[43]. Tuttavia, non si può restringere ulteriormente il concetto limitandolo al preannuncio dei soli reati connotati da violenza fisica, non essendo ravvisabili a tal fine ragioni né di ordine logico né letterale, in quanto l'art. 612 c.p., correttamente assunto a fondamento normativo della nozione di minaccia penalmente rilevante[44], riferendosi all'ingiustizia del male, non consente una limitazione del genere.

[36] Sacco-De Nova, *Il contratto*, 2016, p. 577, che correttamente propende per la soluzione più restrittiva citando una risalente pronuncia del Tribunale di Brescia del 12 gennaio 1953. Nella stessa linea di pensiero, cf. Trib. civ. Milano sent. n. 4736/2017 del 28 aprile 2017, pubblicata in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

[37] Potrebbe dirsi, utilizzando i termini di Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 219, che la vittima, avendo scelto diversamente, non ha assunto «il volto di chi, idealmente è stato preso per il collo e messo con le spalle al muro di fronte a un *out-out*»: di fare od omettere quanto richiestogli o di subire il male preannunciato.

[38] Sul punto deve rinviarsi a quanto ampiamente argomentato in Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*, parag. 2.2s.

[39] È noto, infatti, che la dottrina, sulla scia dell'esperienza romanistica, identifica la violenza come *genus* che comprende in sé due *species*, la *vis physica*, ossia la violenza in senso stretto, come *vis corpori illata*, e la *vis moralis*, ossia la minaccia, come *vis animo illata* (cf. sul punto Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 18 e, per la dottrina civilistica, Pugliatti S., *Scritti giuridici, vol. I, 1927-1936*, 2008, p. 660), Orbene, la minaccia penalmente rilevante, intesa come preannuncio di commettere un reato, costituisce un'ulteriore specificazione, una sottospecie appunto, della nozione civilistica di violenza morale o minaccia.

[40] La minore estensione della nozione di minaccia penalmente rilevante rispetto al concetto civilistico di violenza morale riflette chiaramente il principio della *extrema ratio*, nel senso che solo le minacce più gravi (quelle – si ripete – che ci concretano nel preannuncio della commissione di un reato) risulteranno sanzionabili (oltre che con l'annullabilità del contratto, anche) con l'applicazione di una pena.

[41] Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 144, 230.

[42] Si rinvia a quanto argomentato in Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*, parag. 2.1s.

[43] L'idea, avanzata dalla dottrina più risalente, e certamente non condivisibile, che ravvisava «nella minaccia un *tentativo* del delitto minacciato» (Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 56), conteneva, dunque, un qualche fondamento di verità, quantomeno nel senso che la minaccia rappresenta un *quid medium* tra le attività puramente preparatorie di un delitto, come tali penalmente irrilevanti in ossequio al principio *nemo cogitationis poenam patitur*, e l'esecuzione vera e propria dello stesso, che rileva quantomeno nei termini del tentativo. Evidentemente, la punibilità della minaccia *ex se* è giustificata dal fatto che l'agente ha esternato il suo intento criminoso, comunicandolo o, comunque, facendolo conoscere alla vittima. Sul delitto tentato, sia consentito il rinvio alla magistrale elaborazione di Petrocelli B., *Il delitto tentato*, 1955.

[44] Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 175-176.

In quanto preannuncio di commettere un reato, non v'è alcuna ragione di interrogarsi, come ha dovuto fare tradizionalmente la dottrina, sugli ulteriori requisiti del male minacciato, in termini di gravità o di misura obiettiva o di proporzionalità rispetto «all'oggetto della costrizione»[45]: in ogni caso, la gravità è quella corrispondente al fatto-reato preannunciato, ed ogni altra questione investe semplicemente il diverso requisito dell'idoneità coattiva, il cui apprezzamento, come si è detto[46], deve farsi caso per caso in base ad un «criterio misto oggettivo-soggettivo»[47] o, meglio, combinando parametri di natura tanto obiettiva quanto soggettiva. In quest'ottica, i soggetti deboli, particolarmente vulnerabili ed impressionabili, non sono esclusi dalla tutela penale[48], ma, nel contempo, si scongiura che la valutazione possa essere rimessa ai criteri distorti dello "psicopatico" o del nevrastenico[49]: in entrambi i casi, infatti, la razionalità e l'equilibrio del giudizio è assicurato dal riferimento alla gravità obiettiva corrispondente al reato che l'agente ha dichiarato, come mezzo motivante, di voler commettere. Non è rilevante, invece, la realizzabilità effettiva del reato[50], essendo sufficiente che il soggetto passivo abbia percepito la minaccia (avendola ascoltata direttamente o perché terzi gliel'hanno riportata)[51], ne abbia compreso il significato per sé negativo (avendo sufficiente capacità di intendere)[52], la ritenga credibile (cioè concretamente realizzabile da parte dell'agente, anche lì dove obiettivamente non lo sia, come nel caso di un assassinio che si minaccia di voler compiere tramite un sortilegio) e seria (cioè sorretta dall'intenzione, anche solo apparente, dell'agente di portarla a compimento). È evidente, però, che percepibilità, credibilità e serietà[53] non incidono sulla nozione di minaccia, di cui, pertanto, non costituiscono requisiti, rilevando unicamente ai fini dell'effetto coattivo e dovendo, quindi, essere apprezzati solo sul piano del caso concreto e dell'idoneità della minaccia a costringere la vittima ad agire in un certo modo.

Infine, tenuto conto di quanto già osservato in tema di costrizione da violenza, non vi ha alcun ostacolo a ritenere che la minaccia possa avere come bersaglio anche un terzo, un animale o una cosa, ponendosi, in questi casi, solo un problema, da affrontarsi caso per caso, di efficacia coartante della minaccia stessa[54].

[45] Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 57. Quanto alla *gravità*, v. Gatta G. L., *La minaccia,* 2013, p. 287, Conti L., *Estorsione*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 995 nonché Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 522, quest'ultimo anche per ampi riferimenti giurisprudenziali.

[46] V. *retro* parag. 2.1.

[47] Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 57.

[48] L'esigenza di tutela penale dei soggetti deboli è condivisibilmente sottolineata da Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 285.

[49] Esprime questa preoccupazione, a sua volta condivisibile, Dassano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, 1976, parag. 18.

[50] Cf. in senso conforme, Gatta G. L., *La minaccia,* 2013, p. 163, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 37 e Salvini A., *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, p. 1001.

[51] Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 58: «Non necessaria è la presenza del soggetto passivo, purché la minaccia pervenga… a conoscenza di questi». L'eventuale minaccia telefonica, che l'Autore menziona in nota insieme ai riferimenti giurisprudenziali, risulta, invero, del tutto assimilabile alla minaccia effettuata di persona. Pertanto, appare più utile sottolineare che la percezione della minaccia può avvenire anche indirettamente, appunto per il tramite di terzi. In tal caso, ovviamente, l'intenzione o meno dell'agente di servirsi di loro come intermediari nella formulazione della minaccia rileverà unicamente sul piano soggettivo della sussistenza o meno del dolo, ma non anche della fattispecie oggettiva del reato.

[52] Opportunamente Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 105 osserva: «Non ogni minaccia rivolta a un incapace [di intendere] è dunque irrilevante: solo quella che l'incapace, in ragione del proprio stato [che può essere quella dell'infermo di mente o dell'infante] non può di fatto percepire, neanche parzialmente. Con l'ulteriore precisazione che la minaccia è invece configurabile se rivolta a soggetto momentaneamente incapace (ad es., perché ubriaco) in presenza di più persone, che gliene riferiscano il contenuto una volta ritornato in condizioni normali». Ha ragione Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 33, quando sottolinea la necessità che il paziente avverta il male come tale, lì dove, un'eventuale sua distorta valutazione delle cose, come nel masochista che si attende «dallo stesso annuncio [del male] soddisfacimento della propria voluttà di dolore», renderebbe impossibile la coazione. Di contro, è del tutto indifferente lo stato d'animo dell'agente, a nulla rilevando se egli agisca con intenzione sadica o all'opposto con sofferenza, rilavando unicamente l'intenzione di coartare l'altro.

[53] In ordine ai concetti di *credibilità* e *serietà* della minaccia, v. Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 277, Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 57, Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 995, Salvini A., *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, p. 1001, e Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 522 (quest'ultimo anche per ampi riferimenti giurisprudenziali). Invero, gli autori citati non usano i predetti termini tutti con lo stesso significato, ma non appare utile, ai fini del presente lavoro, analizzare nello specifico le differenze, essendo sufficiente sottolineare che il concetto di *serietà*, così come riportato nel testo (intenzione, almeno apparente, dell'agente di portare effettivamente a compimento il male preannunciato) è tratto da Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 36, mente gli altri Autori (in particolare, Gatta e Mantovani) lo intendono come sinonimo di credibilità. Piuttosto, qualche considerazione dev'essere svolta in ordine alla percepibilità. Ebbene, non v'è dubbio che la coazione possa aver luogo solo se la vittima abbia effettivamente percepito la minaccia, a ciò non bastando l'astratta percepibilità. D'altra parte, una minaccia che non fosse in alcun modo percepibile, come quella formulata «a bassa voce verso una persona lontana», non sarebbe perseguibile «neppure come reato tentato» (Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 58). Non vi dovrebbero essere dubbi, quindi, sul fatto che il reato consumato possa aversi solo con la percezione della minaccia, mentre, in caso di mera percepibilità, si prospetterebbe il tentativo. Eppure, in una risalente pronuncia, la Cassazione, nell'escludere giustamente la consumazione del reato di minaccia in un caso in cui una lettera minatoria non era giunta a destinazione in quanto sottoposta a sequestro da parte dell'Autorità Giudiziaria, non sembra aver considerato la possibile integrazione quantomeno della tentata minaccia (Cass. 28 dicembre 1979, n. 2301, Rv. 144388).

[54] V. *retro* parag. 2.1.1.

Non è, invece, configurabile alcuna minaccia penalmente rilevante allorché il bersaglio della minaccia o della violenza motivante sia lo stesso soggetto agente, in quanto le violenze su di sé (ad es. il suicidio o le automutilazioni, o il cd. sciopero della fame ed, in generale, tutti gli atti autolesionistici) non costituiscono reato[55].

Per concludere, non appare superfluo osservare che la delineata disciplina della minaccia penalmente rilevante mostra una viva coerenza con la corrispondente normativa civilistica: così, il «male ingiusto e notevole» di cui all'art. 1435 c.c. si specifica, per l'ambito penale, come quel male la cui ingiustizia e gravità corrisponde a quella del reato preannunciato. Per il resto, le due specie di minacce (quella civile e quella penale) mostrano identiche modalità operative – potendo assumere come bersaglio anche i beni (art. 1435 c.c.) o i congiunti della vittima (art. 1436, co. 1, c.c.) – e soggiacciono agli stessi criteri di accertamento, oggettivi (come la gravità del male) e soggettivi (come l'età, il sesso e, in generale, la «condizione delle persone»: art. 1435 c.c.), fino alle necessità di una verifica caso per caso, secondo il prudente apprezzamento del giudice, della capacità coercitiva della minaccia allorché il male preannunciato riguardi «altre persone», estranee della cerchia degli stretti congiunti della vittima (art. 1436, co. 2, c.c.). Al contrario, non può mai assumere rilevanza penale la minaccia di esercitare un diritto (ossia la minaccia di un male *ex se giusto*) (art. 1438 c.c.), a ciò ostando il principio del *nullum crimen sine lege*, assunto nel suo pregnante significato di ineludibile necessità di *tassatività, determinatezza e precisione* delle fattispecie incriminatrici[56].

*2.3. Estorsione di cose mobili altrui e rapina: l'*imprescindibilità *o meno della cooperazione della vittima quale unico e affidabile criterio distintivo.*

Esula dai confini del presente lavoro il raffronto della fattispecie estorsiva con altre analoghe figure di reato[57], e tuttavia risulta imprescindibile la disamina del principale criterio distintivo rispetto alla rapina, in quanto ciò è immediatamente funzionale a delineare un'ultima precisazione sul concetto di coazione da violenza o da minaccia[58]. A tale riguardo, si è già dimostrato sopra[59] che il suddetto criterio non può essere ravvisato nella dimensione assoluta o relativa della costrizione, anzitutto perché l'estorsione, quando non interferisce con la fattispecie contemplata dall'art. 628 c.p., espressamente limitata allo spoglio violento dell'altrui cosa mobile, è perfettamente compatibile anche con la costrizione assoluta[60]. Inoltre, si è visto che la violenza fisica, di per sé, non può che determinare (quando ha successo, s'intende) una coazione assoluta, dovendo poi, se posta in essere con finalità motivante, tradursi in una minaccia e lasciare spazio alla cooperazione della vittima[61]. Quanto alla violenza impropria, deve accertarsi caso per caso se essa abbia determinato l'*annullamento* della volontà del paziente ovvero soltanto una significativa menomazione[62]. Viceversa, la minaccia non può mai realizzare una coazione assoluta (salvo il caso-limite dello svenimento), giacché residua sempre, in capo al soggetto passivo, una possibilità di scelta, se non altro di affrontare il male che gli è stato prospettato. Le diverse ricorrenti affermazioni dottrinali peccano di evidente semplicismo: così, si sostiene che la violenza (propria) potrebbe realizzare una costrizione anche solo relativa[63], senza il supporto, tuttavia, di un'adeguata analisi del rapporto tra la volontà del paziente e la condotta violenta dell'agente, analisi che avrebbe portato all'opposta conclusione di considerare possibile soltanto la coazio-

[55] Per le difficoltà di valutazione della rilevanza penale della «minaccia di suicidio o di altri atti autolesivi» come mezzo coattivo, v. Gatta G.L., *La minaccia,* 2013, p. 127 s. È appena il caso osservare che l'effetto coattivo che minacce del genere possano avere sul piano psicologico, specie quando vi sia a monte un legame personale particolarmente forte (si pensi al figlio che minacci il suicidio di fronte alla propria madre), non può avere alcuna conseguenza penale, in quanto non deriva da una condotta penalmente tipica, cioè qualificabile come violenza o minaccia penalmente rilevanti. Propende per la rilevanza penale del preannuncio del male contro se stessi persino in caso di minaccia-fine, oltre che di minaccia-mezzo, Dasano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, 1976, parag. 3, ma sull'erroneo presupposto che esse si risolvano nel mero effetto coattivo o intimidatorio.

[56] D'altra parte, non dovrebbe sfuggire che, diversamente opinando, tutti i contratti annullabili *ex* art. 1438 c.c. si tradurrebbero, in maniera pressoché automatica, in altrettante ipotesi di estorsione contrattuale ai sensi dell'art. 629 c.p. Per giunta, la tutela penale risulterebbe di raggio ben più ampio di quella civilistica, potendo questa essere invocata solo a fronte di contratti effettivamente stipulati, mentre la sanzione penale potrebbe colpire anche il semplice tentativo.

[57] Sul punto, basti il rinvio a Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 628s. e Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 209s., anche in ragione del notevole supporto bibliografico, dottrinale e giurisprudenziale.

[58] Nel prosieguo della trattazione, saranno continuamente ripresi concetti già esaminati e spiegati nelle pagine precedenti, cui, pertanto, mi limito a rinviare, specie al parag. 4.1. Si rammenti che oggi la distinzione tra rapina ed estorsione ha un immediato impatto pratico, essendo sensibilmente diverse le rispettive cornici edittali della pena, ciò che ha sollevato anche dubbi di costituzionalità, peraltro sempre respinti dalla Consulta (v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 496). Per la più limitata rilevanza pratica del distinguo finché i due reati sono stati caratterizzati «per l'identità della pena edittale, pene accessorie ed effetti penali della condanna», v. Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 1001.

[59] V. *retro* parag. 2.1.1.

[60] Così Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 192.

[61] V. *retro* parag. 2.1.1.

[62] L'efficace distinzione tra annullamento e menomazione della volontà del soggetto passivo è di Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 84.

[63] In tal senso, ad es., Mantovani F., *Diritto Penale – Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 61.

ne assoluta[64]; analogamente, l'asserita compatibilità di tale forma di coazione con la minaccia risulta fondata sulla sbrigativa liquidazione della facoltà di scelta che, comunque, innegabilmente residua in capo al soggetto passivo, definendola come puramente teorica o priva di ogni ragionevole libertà, e ricorrendo ad esemplificazioni scarne e semplicistiche, come la «drammatica e ricorrente alternativa tra la "borsa o la vita"» o come la minaccia a «rivoltella spianata», apoditticamente considerate per irresistibili[65]. Non occorre, invero, un particolare approfondimento critico per rendersi conto che trattasi di affermazioni del tutto generiche, non essendo chiaro a quali condizioni la scelta, ad es. anche solo di opporsi ad ogni costo all'altrui minaccia, sarebbe solo teorica, né a quale tipo di arma andrebbe riferito il concetto di coazione assoluta (solo quelle da fuoco o anche le armi improprie? *quid iuris* in caso di minaccia con siringa infetta?) né meno ancora risulterebbe comprensibile per quale ragione le minacce provenienti da cosce mafiosi e sfocianti nel tristemente noto fenomeno del pizzo, dovrebbero sussumersi nella fattispecie dell'estorsione, con esclusione della rapina, pur a fronte di una capacità intimidatoria spesso ben maggiore di qualunque altra[66]. Queste considerazioni, invero, impongono di escludere che la differenza tra le due figure delittuose in esame possa riscontrarsi nel diverso grado di coercizione o nelle diverse modalità della condotta tipica, giacché anche la rapina è compatibile con una coercizione solo relativa mentre la violenza e la minaccia non si atteggiano diversamente nell'uno o nell'altro reato. Piuttosto, la differenza, come argomentato da una risalente e lucida dottrina[67], non dipende né dall'agente né dal soggetto passivo, ma dalle circostanze di fatto in cui si trovano: se tali circostanze consentono che l'autore possa realizzare lo spoglio della cosa mobile altrui anche a prescindere dalla cooperazione della vittima, si tratterà sempre (ricorrendone gli altri presupposti) di rapina, anche qualora vi sia stata la consegna del bene (si pensi a chi, dietro minaccia, acconsenta di scendere dalla propria auto lasciando che l'altro se ne appropri); viceversa, qualora la cooperazione sia imprescindibile, nel senso che l'agente non potrebbe impadronirsi della cosa mobile altrui nemmeno se realizzasse il male preannunciato, allora il fatto dev'essere qualificato come estorsione (si pensi al caso della minaccia di morte al funzionario di banca affinché riveli la combinazione di una cassaforte o l'apra lui stesso)[68].

Tale criterio distintivo consente di mettere definitivamente a fuoco la nozione di coazione come primo effetto della condotta estorsiva: essa dev'essere necessariamente solo relativa allorché si tratti di cose mobili; ciò non implica, tuttavia, una peculiare connotazione della condotta tipica, giacché violenza e minaccia non sono di per sé differenti rispetto alla rapina, ma solo una diversa situazione di fatto, che rende, in ipotesi, la cooperazione della vittima del tutto imprescindibile. Sul piano dogmatico, è quindi corretto l'inquadramento dell'estorsione tra i delitti con la cooperazione della vittima, e della rapina tra i delitti di aggressione unilaterale, ma con la precisazione che anche l'estorsione, quando non si tratti dello spoglio di cosa mobile altrui, può manifestarsi come pura forma di aggressione unilaterale dell'altrui patrimonio[69], come nel caso

[64] V. *retro* parag. 4.1.

[65] Le citazioni sono riprese da Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 61, e da Dassano F., *Minaccia*, in *Enc. dir.*, 1976, parag. 13.

[66] Forse non è un caso che proprio chi, in dottrina, ha meglio approfondito la natura della *violenza*, ha correttamente escluso che la minaccia possa realizzare una «privazione assoluta della capacità d'azione» della vittima (Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 68). D'altra parte, però, lo stesso A. ammette che la violenza fisica, citando come esempio la tortura, possa avere anche «l'effetto di piegare, non annientare l'altrui volontà», ma ciò solo perché non considera il fenomeno della combinazione della violenza motivante con la minaccia, e che, pertanto, è la minaccia insita nella prima a determinare la coazione relativa, non la violenza in sé.

[67] Conso G., *Elementi differenziali tra rapina ed estorsione*, in *Giur. it.*,1948, p. 145s. e, dello stesso autore, *Ancora sulla differenza tra rapina ed estorsione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 596s.

[68] Non colgono nel segno le obiezioni mosse da Mantovani F., *Diritto Penale – Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 107, allorché osserva che il criterio «della prescindibilità o imprescindibilità del comportamento del soggetto passivo… si sofferma all'effetto e non risale alla causa del fenomeno, dipendendo a ben vedere… dal trovarsi la vittima alla mercé dell'aggressore e, pertanto, non sono che il riflesso esteriore dell'effetto della *vis* utilizzata». A ciò è agevole replicare che la necessità del contegno cooperativo della vittima non dipende affatto dal grado di coercizione, ma dalla situazione di fatto che consente o non consente all'agente di impadronirsi della cosa anche se l'altro non cede alla minaccia. Così, nel caso classico della minaccia o la borsa o la vita, logica vuole che l'alternativa sia letta più realisticamente come o solo la borsa e fai salva la vita, o la borsa e perdi anche la vita, giacché è di palmare evidenza che, se il paziente rifiutasse la consegna, la sua uccisione consentirebbe all'altro di andar via con la borsa. Di contro, se il funzionario di banca, sottoposto alla «minaccia dell'arma spianata», non rivela la combinazione della cassaforte, la sottrazione del denaro non potrebbe aver luogo neppure se egli fosse ammazzato.

[69] È il caso segnalare che aderiscono alla tesi di Conso, Zagrebelsky V., *Rapina*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1968, p. 777 e Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 1003, ai quali si rinvia anche per la menzione e la critica degli altri diversi criteri proposti dalla dottrina, tra cui quello della consegna basato sul dato puramente testuale (criterio al quale aderisce, invece, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 320, secondo cui: «..la differenza tra rapina ed estorsione non è nel grado dell'effetto della coazione… ma solo in relazione al fatto che in una fattispecie figura la sottrazione e nell'altra la *consegna* della cosa mobile»). Per la critica a questo criterio, si veda, tra gli altri, Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 377-378, che aderisce alla tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza basata «sulla distinzione fra coazione assoluta… e coazione relativa». Così anche, Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 68s. e 138s. (con ampi riferimenti giurisprudenziali), Carmona A., *I reati contro il patrimonio*, 2016, p. 196s., Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 46, e Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 381.

di chi venga imbavagliato e legato per vedersi costretto a subire il transito del gregge altrui nel proprio fondo, o per vedersi trascinare via da esso ad opera dell'agente che intende occuparlo [70].

3. L'atto di disposizione patrimoniale: le diverse possibili articolazioni della condotta imposta al coartato, anche come *mero pati*, purché da essa derivino, direttamente o indirettamente (in quanto si limiti a tollerare la condotta dell'agente), conseguenze patrimoniali per sé dannose.

L'altro effetto intermedio della condotta tipica è il fare o l'omettere qualche cosa cui la vittima viene costretta. Si è giustamente osservato che il comportamento coartato deve necessariamente rivestire un significato economico, altrimenti il profitto e il danno, cui l'art. 629 c.p. testualmente si riferisce, non potrebbero, a loro volta, avere consistenza economica, sicché risulterebbe deprivata di ogni significato la collocazione dell'estorsione tra i delitti contro il patrimonio[71]. Peraltro, danno economico e ingiusto profitto costituiscono pacificamente gli unici «elementi specializzanti» dell'estorsione rispetto al reato di violenza privata (art. 610 c.p.)[72], e distinguono l'estorsione da altri reati, dove alla violazione della libertà di autodeterminazione, si accompagna la lesione di interessi di natura non patrimoniale (come ad es. la violenza sessuale o la concussione)[73]. Si ritiene, dunque, che il contegno imposto debba riflettersi, direttamente o indirettamente, sul patrimonio del soggetto passivo (il quale, si ricordi, può essere anche un soggetto diverso dal coartato) e, perciò, è stato comunemente denominato, in dottrina, atto di disposizione patrimoniale[74]. Esso può assumere le più svariate forme, traducendosi in un atto positivo (come il dare qualcosa, ad es. una somma di denaro, o un *facere stricto sensu*, per es. il costituire una dote o lo strappare un contratto) o in un atto negativo, cioè un'omissione (*rectius*: un *non facere*, come la mancata esazione di un credito), e può avere ad oggetto *diritti* (reali o di credito) e *facoltà* (come quella di passaggio in un fondo) inerenti a beni mobili o immobili, ovvero anche mere aspettative di diritto (come può aversi nel caso della costrizione a rinunciare all'eredità così da lasciare l'agente come unico erede)[75], o persino la consegna *momentanea* di una cosa (cd. estorsione d'uso)[76].

In senso analogo anche Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale, II, 2. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 156, dove, sia pure in tema di aggravante del procurato stato di incapacità di volere o di agire, si osserva: «È giocoforza… riconoscere che lo stato di incapacità deve comunque lasciare al soggetto [passivo] un *minimum* di possibilità di volere, compatibile con la situazione di *metus* che caratterizza l'estorsione». Una menzione a parte merita l'articolata tesi del Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 106, che, tuttavia, finisce per essere ampiamente fondata sul medesimo criterio del distinguo tra coazione assoluta e coazione relativa e, comunque, risulta inidonea a dar conto dell'effettiva portata dirimente della *cooperazione* della vittima. Parimenti, si iscrive nella medesima linea di pensiero, Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, che, tuttavia, dopo aver rimarcato che, in tema di estorsione, «Il costringimento… deve essere relativo» (p. 570) e dopo aver passato in rassegna critica i vari criteri distintivi proposti in dottrina (p. 628s.), suggerisce di completare il criterio della «coartazione della volontà» – che dev'essere tale per cui «la condotta attiva od omissiva della vittima… deve rappresentare l'estrinsecazione di una scelta, di una decisione, per quanto la volontà sia stata menomata» – affiancandovi gli ulteriori criteri per cui dovrebbe verificarsi »se la vittima abbia avuto, nella circostanza concreta, la possibilità di agire diversamente o se la rapidità con cui l'aggressione ha avuto luogo non le abbia consentito di ponderare realmente l'opportunità di rifiutare il comportamento preteso dal soggetto agente». Tuttavia, appare evidente che tale proposta, senza riparare in nulla ai difetti della teoria fondata sulla distinzione tra coazione assoluta e coazione relativa, finisce anche per sommarvi le ulteriori incertezze derivanti dall'indeterminatezza del criterio della rapidità, il quale, peraltro, poco o nulla sembra differenziarsi dal tradizionale criterio dell'intervallo di tempo fra la minaccia del male e la sua esecuzione, esso stesso sottoposto a critica (p. 631).

[70] In linea generale, si è giustamente fatto notare, in dottrina (Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 192; Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 628), che non si pone alcun problema di distinzione dalla rapina, oltre che nei casi in cui si tratti di beni immobili, anche quando venga imposto alla vittima un *facere stricto sensu* (per es. la sottoscrizione di una cambiale) o un *omittere* (per es. la mancata messa in mora del debitore). È chiaro che, in casi del genere, potendo la coazione essere anche assoluta, non si rende imprescindibile la fattiva collaborazione della vittima (che ad es. può vedersi costretta materialmente a vergare l'atto).

[71] Conti L., *Estorsione*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 1003; Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 385; Salvini A., *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, p. 1002.

[72] Per tutti, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 650. Si vedrà, più avanti, che nessuna significativa differenza può essere costruita sulla mancata menzione del tollerare nel testo dell'art. 629 c.p.

[73] Gatta G. L., *La minaccia,* 2013, p. 22-23.

[74] Cf. Mantovani F., *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 192, Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 387, nonché Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale, II, 2. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 160, che parla di «comportamenti dispositivi».

[75] Mantovani F., *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 192. In termini del tutto analoghi, Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale, II, 2. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 160.

[76] Così, Mantovani F., *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 2016, p. 193 nonché Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 154, la cui posizione è citata e condivisa da Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 573-574, il quale opportunamente chiarisce che possono ricondursi a tale concetto, non solo il comportamento di chi, ottenuta, con violenza o minaccia, la consegna della cosa altrui, «serbi l'intenzione di usarla momentaneamente e restituirla immediatamente dopo la sua utilizzazione», ma anche il «comportamento di colui che, avendo la disponibilità della cosa a soli fini di custodia, con violenza o minaccia costringa il proprietario di essa a tollerarne l'uso», ovvero ancora il comportamento «di colui che s'impossessi della cosa con il fine di acquisirla definitivamente e poi, per ripensamento o per cause estranee alla sua

Si è osservato correttamente che il riferimento dell'art. 629 c.p. all'omissione implica un utilizzo improprio del termine, giacché ovviamente sarebbe del tutto assurdo limitare la rilevanza della coercizione ai soli casi in cui il soggetto passivo avesse l'obbligo giuridico di realizzare il contegno che gli viene impedito[77] (si pensi al caso del custode o della guardia privata che venga costretta, con violenza o minaccia, a non dare l'allarme). Al contrario, l'omissione imposta consiste molto più frequentemente nel mancato esercizio di un diritto o di una facoltà. Si tratta cioè, come detto sopra, di un *non facere*, che può consistere anche semplicemente in una mancata reazione, ossia in un tollerare (cd. *pati*), come avviene da parte di chi, essendo stato minacciato, subisca, senza reagire, il pascolo dell'altrui bestiame nel proprio fondo. Non è corretto, invece, equiparare l'omissione al *facere*, giacché il mancato esercizio di un diritto non equivale all'atto formale della rinunzia ad esso[78]. Piuttosto, deve ribadirsi che la semplice tolleranza dell'altrui comportamento dannoso, traducendosi, in sostanza, nel mancato esercizio della facoltà di reazione, rientra perfettamente nel concetto di omissione (inteso come *non facere*), per cui il dato letterale della sua mancata menzione, nel testo dell'art. 629 c.p. (in ciò distinguendosi dalla formulazione dell'art. 610 c.p.), non comporta alcuna apprezzabile conseguenza giuridica, essendo – si ripete – il *pati* null'altro che una specificazione dell'*omittere*[79].

Per quanto detto, risulta chiaro che l'espressione dottrinale atto di disposizione patrimoniale, pur valida, dev'essere assunta in un'accezione assolutamente lata, comprendendo qualsiasi condotta, attiva od omissiva, del coartato, che abbia un «significato economico»[80]. Non è necessario, invece, che si tratti della formazione di un atto avente valore giuridico[81] (come una rinuncia, una remissione di debito, un contratto, ecc.). Qualora, però, ciò avvenga, si è posta la questione, in dottrina e in giurisprudenza, se sussista il danno anche qualora l'atto giuridico coartato risulti invalido. Ebbene, al di là delle suggestioni che possono provenire da indebite sovrapposizioni tra diritto civile e diritto penale, la consapevolezza che non il negozio giuridico in sé, ma il danno è elemento necessario della fattispecie incriminatrice, dovrebbe indurre l'interprete a orientare l'indagine sul danno non riducendola alla sola questione degli effetti giuridici derivanti dal negozio. In quest'ottica, l'efficacia dell'atto annullabile, come tale idoneo a determinare, almeno momentaneamente, l'assunzione di un'obbligazione, la perdita o il trasferimento di un diritto, potrebbe considerarsi di per sé sufficiente a generare un danno attuale (e non meramente potenziale) solo accedendo ad una concezione strettamente giuridica del patrimonio, inteso cioè come «complesso di rapporti giuridici, economicamente valutabili, che fanno capo ad una persona»[82], concezione però soggetta ad ampie critiche e ricusata dalla dottrina prevalente, che preferisce, piuttosto, adottare una nozione mista, economico-giuridica, del patrimonio[83]. Analogamente, solo la concezione giuridica del patrimonio potrebbe giustificare la pretesa insussistenza del danno in caso di atto nullo, attesa (di regola) la sua totale inefficacia. Al contrario, nel momento in cui si ammette che, nel concetto di patrimonio, è ineludibile la dimensione della concreta utilità economica quale può aversi solo con la materiale disponibilità del bene, dovrebbe risultare evidente ed innegabile che il danno dipende non dalla questione giuridico-formale degli effetti negoziali, ma dal dato materiale dell'effettiva esecuzione della prestazione: così, se il soggetto passivo ha eseguito la prestazione a suo carico (ad es. ha consegnato il bene), non può negarsi che egli abbia subìto un danno, quantomeno in termini di perdita del possesso, anche qualora l'atto sia nullo (si pensi ad una compravendita immobiliare priva della forma scritta), inesistente o, comunque, inefficace. Per la stessa ragione, se l'esecuzione è mancata o

volontà, la riconsegni». È chiaro che quest'ultima ipotesi andrebbe approfondita alla luce del principio *ex* art. 56, co. 3, c.p., in tema di cd. desistenza volontaria.

[77] L'osservazione è di Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 99. Sull'obbligo giuridico come presupposto logico della nozione tecnica di omissione, v. *retro* parag. 3.2, nonché Mantovani F., *Diritto Penale. Parte Generale*, 2001, p. 135 s., e Fiore, *Diritto Penale. Parte generale*, 2013, p. 251 s.

[78] Non appare logico quanto affermato dal Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 104, allorché conclude l'esame dell'omissione, pur correttamente impostata nei termini sopra riportati, asserendo che: «Sostanzialmente il coartato che omette *fa*; la omissione, non essendo legata ad un obbligo giuridico di cui manifesti la inosservanza, è formula che molto spesso attiene alla "rinunzia a diritti, azioni, pretese"». In realtà, il semplice mancato esercizio di un diritto non può essere confuso con la sua *formale rinuncia*, che, viceversa, costituisce, in tutta evidenza, un *facere*.

[79] In tal senso, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 99; Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 385, ed, in termini, particolarmente chiari ed efficaci, Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 572-573. Contrari, Salvini A., *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, p. 1006 e Conti L., *Estorsione*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 998, ma senza un particolare approfondimento critico della questione. Carmona A., *I reati contro il patrimonio*, 2016, p. 199, ricorda che, in dottrina, si è spesso ipotizzato che la mancata menzione del *pati* nel testo normativo «possa essere dovuta alla circostanza che questa ipotesi, sia riconducibile nella fattispecie della rapina, laddove, la vittima non avendo alcuna possibilità di scelta, in qualche modo "tollera" il comportamento posto in essere dal soggetto agente».

[80] Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 385.

[81] Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 573.

[82] Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 255.

[83] Per un'ampia critica alla teoria giuridica del patrimonio, v. . Mantovani F., *Diritto Penale – Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 17-18, nonché Militello V., *Patrimonio*, 1995, p. 1, cui si rimanda anche per la formulazione della teoria *mista*, cui l'A. aderisce. Sulle diverse concezioni del patrimonio, v. anche Barillà L., *Estremi del danno e del profitto*, 2003, p. 1s., con ricche indicazioni bibliografiche.

non è stata ancora effettuata, il danno si appalesa come puramente potenziale anche in caso di atto efficace, per cui il reato potrà configurarsi al più nella misura del mero tentativo[84].

In ordine alla successione causale tra condotta tipica ed eventi del reato occorre resistere all'idea di un rigido schematismo – semplice ed elegante forse, ma non corretto – dove in maniera del tutto lineare la condotta tipica causa la coazione, questa causa l'atto di disposizione patrimoniale e quest'ultimo causa gli eventi finali del danno e dell'ingiusto profitto[85]. In realtà, la dinamica è più complessa e si apre a diverse alternative. Innanzitutto, si è già visto come soltanto in relazione alla violenza (propria ed impropria) possa parlarsi in maniera appropriata di nesso causale; di contro, per la minaccia deve parlarsi di efficacia motivante[86]. Ciò significa, in altri termini, che il comportamento del soggetto passivo può ritenersi causato dalla condotta tipica solo quando ne sia stata del tutto annullata la volontà (con la provocazione di uno stato di incoscienza o con la sopraffazione della resistenza attiva del paziente)[87]. Quando, invece, si tratta di atto volontario, sebbene coartato, allora il comportamento del soggetto passivo troverà la propria causa nella sua stessa volontà. Ma, come si è detto, gli atti volontari non hanno cause, ma motivi: è il fine che muove la volontà, e, nel caso degli atti volontari coartati, il fine (o si dica anche il motivo) della condotta (attiva od omissiva) è quello di sfuggire al danno minacciato dall'agente (come male preannunciato o come rinnovazione o aggravamento del male già realizzato con la violenza). Dal punto di vista del soggetto passivo, insomma, il danno, che deriva al suo patrimonio dal tenere il contegno che gli è stato imposto, costituisce il prezzo che egli è disposto a pagare pur di sottrarsi al danno minacciato, che egli evidentemente ritiene peggiore.

A sua volta, non è detto che danno e profitto siano cagionati da un atto dispositivo del paziente. Quando, infatti, questi è costretto ad un mero *pati*, costituirebbe una vuota *fictio* attribuire ad esso e non direttamente alla condotta dell'agente, la qualità di *causa efficiente* degli eventi finali[88]. Tale conclusione, peraltro, ha un'importante ricaduta pratica in punto di distinzione tra rapina ed estorsione di cosa mobile altrui. Si è dimostrato che il criterio fondante è quello dell'imprescindibilità della cooperazione della vittima, e tuttavia, in sede di analisi del reato di truffa, anch'esso fondato, tra l'altro, sull'elemento dell'atto di disposizione patrimoniale, è stato autorevolmente sostenuto che esso debba essere «causa immediata dell'evento, senza che sia necessaria un'ulteriore attività del reo», altrimenti ricadendosi in un'ipotesi di usurpazione unilaterale dell'altrui patrimonio, e non più di usurpazione mediante cooperazione della vittima[89]. Orbene, tali considerazioni, se limitate alla truffa, sembrano fondate, prospettandosi una questione di distinzione dall'attigua figura del furto aggravato dal mezzo fraudolento, non a caso richiamato dalla stessa dottrina in esame. Viceversa, poiché l'estorsione non solleva un problema analogo, non sarebbe supportata da alcun fondamento normativo la pretesa necessità che il danno debba trovare nel contegno della vittima di estorsione la sua causa immediata. Dunque, il criterio dell'imprescindibilità della cooperazione del

[84] È appena il caso osservare che, in mancanza dell'esecuzione, la nullità del negozio lascia affiorare persino l'ipotesi dell'insussistenza dello stesso tentativo di estorsione, per inidoneità della condotta a realizzare profitto e danno, salva ovviamente la responsabilità per altro reato (ad es. violenza privata) in relazione alla minaccia o alla violenza commessa e alla stipula del negozio quand'anche inefficace, ovvero per estorsione tentata qualora l'agente abbia provato con violenza o minaccia ad ottenere l'esecuzione dell'atto. Di contro, attesa l'efficace, sia pure caducabile, dell'atto solo annullabile, in mancanza di esecuzione, risulta senz'altro configurabile il tentativo. In termini analoghi all'impostazione seguita nel testo, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 574s. (anche con ampie citazioni giurisprudenziali decisamente conformi all'interpretazione prospettata). Restano, invece, rigidamente legati alla dicotomia civilistica atto annullabile (potenzialmente foriero di danni) - atto nullo (idoneo a determinare danni), Carmona A., *I reati contro il patrimonio*, 2016, p. 199, Marini G., *Estorsione*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 385, Fiandaca-Musco, *Diritto penale – Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 160 (che, però, cita Cass. 24 giugno 1966, nel «senso della rilevanza della nullità»), Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 387. Per un più complesso approfondimento dell'argomento, certamente esorbitante rispetto ai confini del presente lavoro, nell'ottica del distinguo tra *reati-contratto* e *reati in contratto*, v. Mantovani F., *Diritto Penale – Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 61s. e la monografia di Leoncini I., *Reato e contratto*, 2006. Per l'ampia materia dell'invalidità contrattuale, v. Sacco-De Nova, *Il contratto*, 2016, p. 1455s., cui si rinvia anche per l'analisi dei casi di *contratto nullo con effetto* (p. 1461 s.) e della controversa distinzione tra contratto nullo e contratto inesistente (p. 1472 s.).

[85] Sembra alludere a questa rigida struttura lineare, Mantovani F., *Diritto Penale – Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 192, allorché indica la condotta tipica come «*causa* di quattro progressivi effetti».

[86] V. *supra*, parag. 2.1.2.

[87] V. *retro*, parag. 2.

[88] Particolarmente efficace sul punto, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 107-108, che giustamente osserva che la mancata reazione della vittima non può essere inteso come atto dispositivo del patrimonio, ma semplicemente come condizione che facilita la condotta dell'agente, cui si deve direttamente la produzione del danno. L'esempio articolato dall'A. è quello, più volte richiamato in questo lavoro, del proprietario che tollera il passaggio del gregge altrui sul proprio fondo. Ovviamente avrebbe, in teoria, il diritto di impedirlo o di chiedere un prezzo, ma, in ipotesi, lo subisce perché costretto con violenza o minaccia. Per quanto osservato, non risulta condivisibile Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 191, allorché afferma che una caratteristica del danno sarebbe quella di «essere insito nello stesso atto di disposizione patrimoniale» tanto che non vi sarebbe estorsione «quando il pregiudizio patrimoniale derivi quale mera conseguenza di un comportamento non concretatesi [*sic*] in un atto patrimonialmente dispositivo».

[89] Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 62.

soggetto passivo può essere applicato in tutta la sua ampiezza, comprendendo non solo i casi in cui la vittima dispone direttamente del suo patrimonio (ad es. consegnando la somma di denaro estorta), ma anche quelle diverse situazioni nelle quali l'agente, ottenuta con violenza o minaccia l'indispensabile cooperazione del soggetto passivo, proceda egli stesso alla sottrazione della cosa mobile. È il caso già menzionato del funzionario di banca costretto ad aprire la cassaforte o a fornire la combinazione[90].

4. Conclusioni. Il significato precipuo della violenza e della minaccia penalmente rilevanti. Breve disamina critica di alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali.

A conclusione di questo breve saggio, non appare superfluo sottolineare come esso abbia maturato una definizione del concetto di costrizione seguendo un percorso ricostruttivo diametralmente opposto rispetto ai più consueti schemi dottrinali e giurisprudenziali, riconducibili alla diffusa teoria della coazione (o della costrizione del volere): secondo questa impostazione, tanto la violenza quanto la minaccia motivanti risultano definiti unicamente in ragione della loro attitudine coercitiva, ciò che li porta ad essere identificati con qualunque mezzo idoneo ad annullare o limitare la capacità di autodeterminazione del paziente[91]. Si tratta, però, di un'evidente confusione di piani, quello del mezzo (la violenza o la minaccia) con quello del fine (la coercizione)[92]. Per giunta, alla pretesa di definire il mezzo col semplice riferimento al fine, non si accompagna alcun effettivo sforzo definitorio della costrizione, il cui concetto, invero, resta a sua volta del tutto in ombra, rendendo sfumato ed incerto il confine con altre contigue situazioni di pressione psicologica, come l'induzione o, persino, la mera proposta contrattuale. Così, ad esempio, sono stati ricondotti al paradigma della coazione e, quindi, dell'estorsione la semplice proposta diretta ad ottenere risultati come le dimissioni di una dipendente in alternativa al licenziamento disciplinare e alla denuncia penale[93] ovvero come il pagamento di una somma di denaro in cambio della rinuncia all'aggiudicazione definitiva di un bene oggetto di procedura esecutiva[94]. È, invece, possibile evitare simili storture ricostruendo i concetti di violenza e di minaccia su basi rigorosamente normative, in linea con i basilari principi di legalità e di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme incriminatrici[95]. In tal modo, la violenza in senso proprio, respinta l'odierna tendenza interpretativa tesa alla sua spiritualizzazione o dematerializzazione[96], può correttamente identificarsi, recuperando il necessario substrato materiale del concetto[97], nell'uso della forza fisica con l'intensità quantomeno della percossa (art. 581 c.p.) o dell'atto diretto e idoneo a cagionare una lesione personale (art. 582 c.p.). Analogamente, la violenza in senso improprio, scongiurato l'equivoco del mezzo con l'effetto, lungi dal costituire una sorta di clausola di chiusura atta ad attrarre nell'orbita della violenza tutti i mezzi coercitivi diversi dalla minaccia, rivela anch'essa una fisionomia ben delimitata: in particolare, sul fondamento normativo dell'art. 628, co. 3, n. 2), c.p., essa ricomprende, in primo luogo, tutti quei mezzi – come la "suggestione ipnotica o in veglia" o la "somministrazione di sostanze alcooliche o stupefacenti" cui espressamente si riferisce l'art. 613 c.p. – in grado di produrre uno stato di alterazione mentale tale per cui il paziente non è più in grado di esprimere scelte consapevoli, così da renderlo incapace di volere, come avviene tipicamente nei casi di stordi-

[90] V. *supra* parag. 2.1.3. L'esempio è tratto da Conti L., *Estorsione*, in *Enc dir.*, 1966, p. 1003, il quale correttamente osserva: «…nell'estorsione all'aggressore non è concesso in ogni caso prescindere da una determinazione volitiva dell'aggredito o del danneggiabile, in assenza della quale egli non potrebbe raggiungere il suo scopo. […]. Così risponderà estorsione e non di rapina chi, minacciando il cassiere di una banca o la direzione della medesima nel caso di diniego del cassiere, si procuri la combinazione della cassaforte senza la quale sarebbe nell'impossibilità di impadronirsi del denaro in essa contenuto».

[91] Così, espressamente, in tema di violenza, Antolisei F., *Manuale di diritto di diritto penale. Parte speciale, I*, 1996, p. 136-137, per il quale, in particolare, «La violenza propria comprende ogni energia fisica adoperata dal soggetto sul paziente per annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione», mentre «La violenza impropria comprende ogni altro mezzo che produca il medesimo risultato, esclusa la minaccia». Questa, a sua volta, viene fatta coincidere con un qualsivoglia strumento di pressione psicologica diretto a scopi illeciti: «ciò che rileva – si afferma (Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, 2015, p. 157) – è… la finalizzazione della minaccia all'ottenimento di un profitto ingiusto con altrui danno». Per la giurisprudenza, cf., *ex pluribus*, Cass. 3 dicembre 2007, n. 7482, Rv. 239014, che, in tema di delitto di minaccia a pubblico ufficiale di cui all'art. 336 c.p., espressamente qualifica la minaccia come «qualsiasi coazione, anche morale… purché sussista la idoneità a coartare la libertà di azione del pubblico ufficiale».

[92] Pecoraro Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, 1962, p. 64-65, e più ampiamente p. 13s. Negli stessi termini, Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 2: «Nella denominazione "mezzo per coartare" si trova già una separazione tra violenza e coazione, che spesso inesattamente vengono fatte equivalere. Coazione è negazione della libertà… del soggetto su cui la violenza è esercitata. La violenza, invece, è solo mezzo allo scopo».

[93] Caso trattato da Cass. 12 aprile 1999, n. 1281, Rv. 216825, alla quale si rinvia anche per la completa ricostruzione della vicenda processuale e per la menzione delle pronunce di merito.

[94] Così Cass. 17 febbraio 2017, n. 11979, Rv. 269559, con nota critica di Bernardi S., *Sulla minaccia di un "male giusto"*, in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2018, p. 190s.

[95] Per la ricostruzione dei concetti di *violenza* e di *minaccia penalmente rilevanti* qui riproposti in termini sintetici, v. Nesso F., *La condotta tipica nel delitto di estorsione*, in *Dirittifondamentali.it 2/2020*.

[96] Mezzetti E., *Violenza privata e minaccia*, 1999, p. 3. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 346. Maldonato L., *Delitti commessi con violenza alla persona*, 2019, p. 3.

[97] Paiusco S., *Violenza privata e parcheggio riservato ai disabili*, 2017, p. 1.

mento, mediante narcosi o mezzi traumatici)[98]; in secondo luogo, abbraccia quegli ulteriori mezzi – come l'imbavagliamento, che annulla la capacità di parlare, o l'immobilizzazione o la reclusione in uno spazio ben delimitato, che annullano la capacità di muoversi – che impediscono al soggetto passivo (non di tenere non una determinata e specifica condotta, ma) un qualsiasi comportamento, così da ridurlo in una condizione di incapacità di agire[99]. Infine, la minaccia, correttamente intesa, si identifica nel preannuncio della commissione di un reato ai danni di chi si intende coartare. Poste queste premesse, la costrizione rilevante ai fini del delitto di estorsione si definisce univocamente – come già detto sopra[100] – come la condizione psicologica di chi si trovi soggetto all'altrui violenza o minaccia assunti nei perspicui significati testé delineati. È possibile, inoltre, pervenire ad un profondo ripensamento di alcuni radicati orientamenti giurisprudenziali, che, tuttavia, si giustificano solo in ragione di una indebita elefantiasi[101] del concetto di condotta violenta o minacciosa, cui viene sottratta ogni idoneità selettiva dei fatti passibili di sanzione penale, tanto da minare lo stesso principio della frammentarietà del diritto penale. Così, in particolare, non dovrebbero qualificarsi come violenza la semplice spinta per guadagnarsi la fuga ai fini della rapina impropria (art. 628, co. 2, c.p.)[102] o la fuga in auto a velocità sostenuta con pericolo per la pubblica incolumità ai fini della resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.)[103], ovvero ancora il rifiuto di spostare la propria auto ai fini della violenza privata (art. 610 c.p.)[104]. Neppure dovrebbero sussumersi nel concetto di minaccia penalmente rilevante, ai fini dell'estorsione (art. 629 c.p.), la minaccia di licenziamento o di non assunzione[105], di procedere per l'assegnazione definitiva del bene oggetto di procedura esecutiva[106] o di adire le vie legali, ovvero ancora di

[98] Gli esempi sono tratti da Mantovani F., *Diritto Penale - Parte Speciale. Delitti contro il Patrimonio*, 2016, p. 113.

[99] Si deve a Viganò F., *L'offesa mediante violenza*, 2002, p. 266 (cit. Pinto M., *I delitti contro il patrimonio mediante violenza alle persone*, 2009, p. 98) la proposta del condivisibile criterio dell'impedimento per la vittima di allontanarsi dal luogo in cui si trova.

[100] V. *supra* parag. 2.

[101] L'espressione è di Ragno G., *Il delitto di estorsione*, 1966, p. 40.

[102] Secondo il consueto orientamento, ispirato alla teoria della coazione, Cass. 27 settembre 1985, n. 10599, Rv. 171042, afferma: «Ai fini della configurabilità del reato di rapina impropria è sufficiente l'esplicazione di una energia fisica, qualunque ne sia il grado di intensità, purché idonea a produrre una coazione personale. Essa pertanto può consistere in una semplice spinta, in uno strattone, in uno schiaffo o simili al derubato ovvero ad altra persona che tenti di impedire la fuga dell'agente» (la sottolineatura è mia). In senso contrario, cf. l'illuminata pronuncia del Trib. Minori L'Aquila, 29 settembre 1993, in *Foro italiano*, II, 1995, p. 580 (ampiamente riportata da Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 348), la quale, sul presupposto che l'agente aveva fatto ricorso soltanto ad uno "spintone" per guadagnarsi la fuga, così limitandosi a far "scansare" la persona che aveva cercato di impedirlo, ha escluso la configurabilità delle percosse (non essendo il gesto di intensità tale da poter provocare dolore) e, quindi, della rapina impropria.

[103] Cf. in tal senso, *ex pluribus* Cass. 10 settembre 2013, n. 40, Rv. 257915 e, più di recete, Cass. 4 luglio 2019, n. 41408, Rv. 277137. Chiaramente diverso è la situazione in cui il guidatore in fuga tenti di *speronare* l'auto del personale di polizia che aveva intimato l'alt (ipotesi trattata da Cass. 6 novembre 2013, n. 4391, Rv. 258242), poiché trattasi, in tal caso, non di generico pericolo ma di atto potenzialmente in grado di procurare lesioni o, quantomeno, riconducibile ad una chiara minaccia in tal senso.

[104] Si tratta di una posizione sostenuta dall'unanime giurisprudenza di legittimità: cf. *ex multis* Cass. 20 aprile 2006, n. 16571, Rv. 23445 nonché Cass. 13 aprile 2017, n. 48369, Rv. 271267. Diverso sarebbe il caso del tentativo di speronamento teso a costringere l'altro a mutare traiettoria di guida e a fermarsi (caso trattato da Cass. 9 marzo 2015, n. 33253, Rv. 264549), affiorando in tal modo, come nell'ipotesi accennata alla nota 103, gli estremi del tentavo di lesioni o di minaccia di procurarle mediante il deliberato urto o pericolo di urto delle due vetture. È appena il caso osservare che, viceversa, il mero rifiuto di non spostare la propria auto, così da costringere l'altro a fare a meno della propria, non determina, invero, per il soggetto passivo, una situazione diversa da quella che ne conseguirebbe dalla sottrazione del suo veicolo da parte di un terzo: anche in tal caso, infatti, egli si vedrebbe costretto a farne a meno (ad es. dovendo tornare a casa con mezzo pubblico o a piedi); cionondimeno, nessuno penserebbe di qualificare il fatto in termini di violenza privata in luogo o in concorso materiale con il furto. Integrerebbe, invece, gli estremi della violenza privata ex art. 610 c.p. il caso in cui il paziente fosse impedito di uscire dalla propria auto: si tratterebbe, infatti, di vera e propria incapacitazione ad agire e, quindi, secondo il condivisibile criterio della restrizione in un luogo determinato, di violenza in senso improprio ai sensi dell'art. 628, co. 3, c.p.

[105] Alle indicazioni bibliografiche che seguono, si vuole solo premettere che, negando rilevanza penale al tipo di minaccia in parola, non s'intende perciò stesso affermarne la legittimità sempre e comunque. Si vuole solo sostenere che la loro eventuale illegittimità andrà valutata esclusivamente sul piano civilistico, ad es. dell'annullamento del licenziamento o delle dimissioni. L'opposto parere, anche se motivato, in ipotesi, su considerazioni di supposta *giustizia sostanziale*, si porrebbe fatalmente in conflitto con i principi di legalità e di frammentarietà del diritto penale, oltre che della sua concezione come *extrema ratio*. Sull'argomento, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 553 s., Rocchi F., *Estorsione*, 2013, in *Diritto on line*, p. 9-10 (cd. estorsione lavorativa), nonché Cangemi V., *O si dimette, o la licenzio*, in *Lavoro nella Giur.*, 2019, p. 881s., Piovesana A., *Un accordo peggiorativo della retribuzione può integrare gli estremi del reato di estorsione?*, in *Lavoro nella Giur.*, 2002, p. 652s., Sella C., *Grave disagio occupazionale: l'imprenditore che ne trae vantaggio pone in essere un'estorsione?*, in *Diritto pen. e proc.*, 2018, p. 1022s. ed, in un'ottica civilistica del possibile *annullamento delle dimissioni* del dipendente, Cagetti D., *Sulle dimissioni sotto minaccia di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, p. 563 s., Mutarelli M.M., *Sull'incerta annullabilità delle dimissioni rassegnate per il timore di un provvedimento che il datore non può adottare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 445 s., Piovesana A., *I vizi del consenso nelle dimissioni del lavoratore*, in *Lavoro nella Giur.*, 2004, p. 726 s., e Seminara A.P., *Annullabilità delle dimissioni per violenza*, in *Giur. it.*, 2017, p. 824 s.

[106] Qualifica tale condotta in termini di estorsione, Cass. 17 febbraio 2017, n. 11979, Rv. 269559, con nota critica di Bernardi S., *Sulla minaccia di un "male giusto"*, in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2018, p. 190s. Val la pena menzionare altra più risalente pronuncia, in cui la S.C. ravvisava, invece, la piena legittimità della condotta di un soggetto, il quale, aggiudicatosi provviso-

non restituire la refurtiva[107]. Di contro, potrà ravvisarsi l'estorsione solo se la minaccia di sporgere denuncia o querela sia consapevolmente calunniosa[108], mentre le condotte riconducibili al cd. abuso del diritto di cronaca o, più in generale, alla rivelazione a terzi di fatti imbarazzanti (ad es. una relazione extraconiugale o un rapporto con una prostituta) dovrebbero essere valutati sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di una minaccia di diffamazione (art. 595 c.p.)[109]. Analogamente, la minaccia di non prestare soccorso o cure mediche andrebbe considerata penalmente rilevante solo se rapportabile all'art. 593 c.p.[110].

riamente un bene posto all'incanto, aveva in seguito chiesto ed ottenuto, dal maggiore offerente, una certa somma di denaro in cambio della rinuncia ad effettuare un'ulteriore offerta in rialzo: secondo la Cassazione, la somma di denaro rappresentava, in quel caso, il giusto compenso per la rinuncia all'interesse di aggiudicarsi il bene, interesse che l'agente aveva mostrato, con la precedente aggiudicazione, di perseguire seriamente (Cass. 5 maggio 1999, n. 6647, Bornengo, in *Riv. Pen.*, 1999, p. 652, massima cit. da Alibrandi, *Codice penale commentato*, 2019, sub art. 629 c.p., consultabile *on line* all'indirizzo books.google.it).

[107] La minaccia del ladro o del ricettatore di non restituire la refurtiva se non dietro pagamento di una certa somma di denaro (cd. cavallo di ritorno), ancorché ingiusta, perché viola l'obbligo di restituzione *ex* art. 185 c.p. (Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 539), non è penalmente rilevante perché non ha per oggetto la commissione di un reato. L'opposto orientamento dell'unanime giurisprudenza di legittimità e della dottrina prevalente (per le indicazioni bibliografiche più risalenti, v. Salvini A., *Estorsione e sequestro di persona*, in *Noviss. Dig. it.*, 1975, p. 1002, nota 8, per la giurisprudenza, e note 9 e 10, per la dottrina; per le indicazioni più recenti, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 539s.), oltre a non limitare il concetto di minaccia al solo preannuncio della commissione di un reato, non tiene conto che la richiesta di denaro non è altro se non un particolare modo di realizzare il profitto insito nello stesso reato di furto, rapina o estorsione commettendo il quale l'agente è venuto in possesso della cosa altrui.

[108] È difficile comprendere per quale ragione la minaccia di sporgere querela se il minacciato non accetti di versare una certa somma di denaro debba ritenersi fatto illecito, a meno che non si tratti, come specificato nel testo, di una querela consapevolmente falsa, nel qual caso emergerebbe la nozione precipua di minaccia di commettere un reato e, quindi, non potrebbe revocarsi in dubbio la sussistenza dell'estorsione (consumata o tentata). Maggiori remore potrebbero aversi soltanto in relazione alla minaccia di una denuncia per fatti costituenti reato rispetto ai quali il minacciante non rivesta la qualità di p.o. o danneggiato (si pensi alla minaccia di denunciare un'evasione fiscale). In questo caso, la richiesta di denaro parrebbe ingiustificabile, ma, d'altra parte, il giudizio sulla rilevanza penale della condotta non può farsi dipendere da velati giudizi morali e neppure da valutazioni di politica criminale, che soltanto il legislatore penale è competente ad effettuare. In ogni caso, sul tema delle minacce di adire le vie legali, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 557-563, Corbetta S., *Minaccia pretestuosa di adire le vie legali*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, p. 174 s. Mereu A., *Minaccia di azione giudiziaria*, in *Giur. merito*, 2002, p. 131 s. e, sotto il peculiare profillo dell'azione giudiziaria (non semplicemente minacciata, ma) effettivamente intentata, Aimi A., *L'effettivo esercizio di un'azione civile può integrare una minaccia penalmente rilevante?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1° aprile 2011.

[109] La rivelazione della relazione extraconiugale o del rapporto con una prostituta o di altro fatto imbarazzante presuppone, dunque, ai fini della sua eventuale rilevanza come condotta estorsiva, quantomeno la comunicazione "con più persone" (art. 595, co. 1, c.p.). D'altra parte, la stessa rivelazione a più persone non può considerarsi *ex se* illecita dovendosi valutare caso per caso la sussistenza dei ben noti presupposti del cd. diritto di cronaca (che, invero, essendo espressione della più generale libertà di espressione del proprio pensiero *ex* art. 21 Cost., compete a chiunque e non solo al giornalista di professione) che la costante giurisprudenza di legittimità individua nella verità del fatto, interesse pubblico alla sua conoscenza, e continenza del linguaggio (*ex pluribus*, Cass. 20 aprile 2005, n. 19381, Rv. 231562). Orbene, potrà pure considerarsi immorale che taluno realizzi un profitto mediante la rinuncia a rendere pubblico un certo fatto che avrebbe il diritto di rivelare (per es. la rivelazione della relazione extraconiugale alla moglie e ai figli dell'amante), e tuttavia resterebbe fermo che il giudizio morale – utile al più nella prospettiva *de iure condendo* – non dovrebbe sovrapporsi al giudizio penale, che dovrebbe rimanere in ogni caso vincolato al principio di *tassatività* dei reati. Quanto ai fatti legati al cd. caso Corona, senza volersi addentrare in analisi troppo dettagliate delle decisioni che lo hanno riguardato come dei numerosi commenti dottrinali, stupisce non poco che in nessun caso sia stato analizzato il profilo della possibile diffamazione, dando per scontato che la rivelazione di fatti personali di terzi rientri nel concetto di cronaca giornalistica per il sol fatto che si trattava di personaggi noti, senza domandarsi quale mai potesse essere l'interesse sociale a conosce se questo o quel calciatore avesse o non avesse determinate relazioni. Ad ogni buon conto, sul tema delle minacce di esercizio del diritto di cronaca, v. Notargiacomo V., *La Corte di cassazione alla ricerca di un difficile equilibrio tra trattamento lecito di dati personali ed estorsione*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4098s., Tarantino D., *La strumentalizzazione del diritto di cronaca*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 febbraio 2012 ed ancora Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 567-568.

[110] La *guida alpina* (per rifarsi al ben noto caso di scuola della minaccia di un comportamento omissivo) che richieda una retribuzione aggiuntiva con la minaccia di abbandonare a se stessi i propri clienti commette estorsione se questi si trovano in una situazione di pericolo, giacché si tratterebbe della minaccia di commettere ai loro danni il reato di cui all'art. 593 c.p., lì dove, in assenza di tale immediato pericolo, si prospetterebbe una mera questione civilistica di inadempimento contrattuale e di risarcimento dei danni. Analogamente è a dirsi per il medico o lo psicoterapeuta che minacci di non prestare o di non continuare a prestare la propria opera se non dietro una certa maggiorazione del compenso: anche in tal caso, solo la sussistenza di una situazione di immediato pericolo sussumibile nella fattispecie dell'omissione di soccorso *ex* art. 593 c.p., consentirebbe di inferire la sussistenza di una minaccia penalmente rilevante. Per i casi della guida alpina e del medico, v. Baccareda Boy-Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, 2010, p. 536, nonché, per la minaccia di interruzione del trattamento psicoanalitico, p. 563-564.

Filippo Marco Maria Bisanti
Docente a contratto presso l'Università degli Studi di Trento

L'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 c.p.p. e normativa emergenziale Covid-19.

Nota a Cassazione Penale, Sezione II, 19 ottobre 2020, n. 28936

abstract

The Supreme Court of Cassation1 analyzes the spectrum of operations of art. 83, paragraph 2, Decree-law2 17 March 2020, n. 18 (pertaining to the Covid-19 pandemic), in which it prescribes the suspension of the terms for carrying out the custodial interrogation pursuant to art. 294 of the Code of Criminal Procedure4, noting that the rights of defense of the person subjected to preliminary investigations have not been compromised by the entry into force of the emergency legislation, considering the right to expressly request the completion of the deed pursuant to art. 83, paragraph 2, Decree-law NO 18/2020.

keywords

House arrest – Formal custodial interrogation – Suspension procedural time limits.

abstract

La Cassazione analizza lo spettro di operatività dell'art. 83, c. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (afferente alla pandemia del Covid-19), in cui prescrive la sospensione dei termini per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia ex art. 294 c.p.p., rilevando come i diritti di difesa in capo alla persona sottoposta alle indagini preliminari non siano stati compromessi dall'entrata in vigore della normativa emergenziale, considerata la facoltà di richiedere espressamente l'espletamento dell'atto ai sensi dell'art. 83, c.2., d.l. n. 18/2020.

parole chiave

Arresti domiciliari – Interrogatorio di garanzia – Sospensione dei termini processuali.

Arresti domiciliari – Interrogatorio di garanzia

La sospensione dei termini processuali, prevista dall'art. 83, c. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in ragione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, si applica anche all'interrogatorio di garanzia la cui assunzione doveva avvenire entro il periodo di vigenza della sospensione ed a condizione che l'indagato non abbia espressamente richiesto l'espletamento di tale atto.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, c. 3, lett. c), d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in relazione agli artt. 3, 10, 13, 24, 111 Cost., nella interpretazione per cui, nel periodo emergenziale, la sospensione dei termini stabiliti per le indagini preliminari si applica anche al termine previsto per l'interrogatorio di garanzia salvo richiesta dell'interessato.

Cass. pen., sez. II, 19 ottobre 2020, n. 28936
Pres. Cammino; Rel. Pazienza

(Omissis)

Con ordinanza del 16/06/2020, il Tribunale di Ancona ha rigettato l'appello proposto *ex* art. 310 cod. proc. pen. da FRATTARI Marco avverso l'ordinanza emessa il 15/05/2020 rigettata una richiesta arresti domiciliari, per termine di dieci giorni dal G.i.p. del predetto Tribunale, con la quale era stata di declaratoria di perdita di efficacia della misura degli arresti domiciliari, per omesso espletamento dell'interrogatorio di garanzia nel (il G.i.p. aveva ritenuto detto termine sospeso ai sensi dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 2020).

2. Ricorre per cassazione il FRATTARI, a mezzo del proprio difensore, deducendo.

2.1. Violazione degli artt. 302 e 294 cod. proc. pen. Si censura l'interpretazione delle disposizioni emergenziali accolta dai giudici del merito cautelare, anche perché le stesse fanno riferimento alla possibilità per il solo "imputato" in stato di custodia cautelare, e non anche per l'indagato, di richiedere la trattazione del procedimento anche durante il periodo di sospensione. Si deduce inoltre che l'interpretazione accolta si pone in contrasto con plurime decisioni della Consulta, oltre che con gli artt. 24 e 13 Cost., dovendo invece l'interrogatorio di garanzia essere assimilato – per evitare tali criticità, come sostenuto anche in un parere

del C.S.M. – ai procedimenti di convalida dell'arresto e del fermo, esclusi dalla sospensione.

2.2. Omessa pronuncia sulla questione di legittimità costituzionale sollevata con i motivi di appello. Si lamenta la totale assenza di motivazione sul punto.

2.3. Questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 comma 3 d.l. n. 18 del 2020, come interpretato dal G. i. p. e poi dal Tribunale, per contrasto con gli artt. 3 (essendo irragionevole la differenza di disciplina rispetto ai procedimenti di convalida), 10 (per violazione del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e della CEDU, nella parte in cui richiedono la più tempestiva presa di contatto con il giudice della persona arrestata o detenuta, a prescindere dalla fase procedimentale in cui è avvenuta la provazione della libertà), 13 (costituendo l'interrogatorio di garanzia un diritto fondamentale della persona sottoposta alla custodia), 24 (per la privazione del più efficace strumento di difesa a disposizione della persona *in vinculis*) e 111 (per la disparità tra accusa e difesa conseguente al differimento dell'interrogatorio) della Costituzione.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è nel suo complesso infondato e deve essere rigettato.

2. Il Tribunale di Ancona, rigettando l'appello presentato nell'interesse del Frattari avverso il provvedimento del G.i.p. del Tribunale di Ascoli Piceno emesso in data 15/05/2020, ha condiviso il percorso argomentativo con cui quest'ultimo aveva disatteso la richiesta di declaratoria di perdita di efficacia della misura cautelare degli arresti domiciliari, eseguita in data 17/04/2020: richiesta fondata sulla prospettata violazione degli artt. 294 e 302 cod. proc. pen., in conseguenza del mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia entro il termine di dieci giorni dall'inizio di esecuzione della misura. In linea con il G.i.p., il Tribunale pur dando atto di una situazione di incertezza interpretativa – ha ritenuto che il decorso del predetto termine fosse stato sospeso per effetto delle disposizioni emergenziali dettate – in conseguenza del diffondersi della pandemia da COVID-19 – dall'art. 83 d.l. 7 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27. Il Collegio anconetano ha anche escluso qualsiasi compromissione dei diritti difensivi derivante da tale interpretazione, valorizzando da un lato la possibilità, riconosciuta dalle medesime disposizioni emergenziali al soggetto sottoposto a misura cautelare ed al suo difensore, di chiedere l'immediato espletamento dell'atto processuale. D'altro lato, il Tribunale ha sottolineato che il G.i.p., con apposito provvedimento emesso in data 17/04/2020 e comunicato al FRATTARI ed al suo difensore, aveva espresso la propria adesione alla tesi della sospensione del termine, "di fatto sollecitando la possibile volontà delle parti di instare per l'effettuazione dell'incombente, sollecitazione che non ha avuto risposta, tanto che cessato il periodo di sospensione, l'interrogatorio è stato svolto" (cfr. pag 3 dell'ordinanza impugnata).

3. La decisione del Tribunale deve essere condivisa, per le ragioni qui di seguito esposte.

3.1. Per ciò che riguarda il primo motivo è anzitutto opportuno ricordare che l'emergenza sanitaria correlata alla diffusione del COVID-19 ha determinato, nei primi mesi del 2020, la progressiva introduzione per fronteggiare l'aggravamento della pandemia – di alcune disposizioni aventi ad oggetto l'attività giudiziaria, volte da un lato a determinare una consistente temporanea riduzione dell'ambito operativo dell'attività stessa e, dall'altro, a modificare alcuni importanti snodi processuali dell'attività non sospesa. Vengono qui in rilievo, in particolare, le norme che, per il primo periodo emergenziale, hanno disposto oltre al rinvio delle udienze – la sospensione *ex lege* del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto, nei procedimenti civili e penali. Tale sospensione, già prevista dal d.t. 8 marzo 2020, n. 11 per il periodo compreso tra il 9 e il 22 marzo 2020, è stata ribadita dall'art. 83, comma 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprite 2020, n. 27) in termini parzialmente diversi e aspetto di centrale rilievo per le odierne valutazioni con intenti all'evidenza onnicomprensivi (fatte salve le eccezioni di cui si dirà nel paragrafo seguente). Infatti, dopo aver esteso la durata della sospensione ex lege del decorso dei termini al periodo compreso dal 9 marzo al 15 aprile (periodo ulteriormente ampliato fino all'Il maggio dall'art. 36 d.l. 8 aprile 2020, n. 23), il citato comma 2 dell'art. 83 chiarisce che "si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali.

E proprio la sospensione *ex lege* disposta fino all'I l maggio 2020, per effetto delle disposizioni qui appena richiamate, ad assumere rilevanza nella odierna fattispecie, in cui come già accennato i giudici del merito cautelare hanno escluso che la misura degli arresti domiciliari, eseguita in data 17/04/2020, avesse perso efficacia per il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia nei dieci giorni successivi (non assumono quindi rilievo, per la valutazione dell'odierno ricorso, le ulteriori ipotesi di sospensione dei termini previste per il periodo emergenziale, decorrente dal 12 maggio al 30 giugno 2020, in relazione al quale la possibilità di disporre il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali è stata demandata ai Capi degli uffici, nell'ambito delle misure organizzative adottabili ai sensi dei commi 6 e 7 dell'art. 83).

3.2. E' altresì noto che la normativa emanata per fronteggiare l'emergenza epidemiologica ha comunque individuato alcune tipologie di procedimenti per

i in considerazione delle connotazioni di urgenza della trattazione, insite nel rispettivo oggetto – le disposizioni in tema di rinvio delle udienze e di sospensione del decorso dei termini sono destinate a non operare. All'interno di tale categoria, peraltro, il legislatore ha tracciato nel settore penale una distinzione definita in dottrina tra procedimenti "ad urgenza assoluta" (da trattare quindi in ogni caso) e procedimenti "ad urgenza relativa" (da trattare cioè solo ad istanza di parte): una distinzione introdotta già con il d.l. n. 11 del 2020 (dove peraltro si faceva riferimento alle udienze, e non ai procedimenti: cfr. art. 2, comma 2, lett. g), e ribadita nel comma 3 dell'art. 83, comma 3, lett. b) d.l. n. 18 del 2020.

In particolare, rientrano nella prima categoria – ai sensi della prima parte della predetta disposizione, come modificata dalla legge di conversione – i procedimenti di convalida dell'arresto, del fermo e dell'ordine di allontanamento dalla casa familiare, i procedimenti per cui nel periodo di sospensione o nei sei mesi successivi scadono i termini di cui all'art. 304, comma 6, cod. proc. pen, i procedimenti di estradizione per l'estero e quelli per la consegna di un imputato o condannato all'estero in applicazione delle disposizioni in tema di mandato di arresto europeo, nonché i procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive (ovvero pende la relativa richiesta).

Nella seconda parte dell'art. 83, comma 3, lett. b), invece, sono elencati i procedimenti in cui le disposizioni in tema di rinvio delle udienze e di sospensione dei termini non operano "quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda". Si tratta dei procedimenti a carico di persone detenute, quelli in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza, i procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione (e quelli in cui tali misure sono state disposte), nonché i procedimenti che presentano carattere di urgenza per la necessità di acquisire prove indifferibili ai sensi dell'art. 392 cod. proc. pen.

3.3. Come già in precedenza accennato, il difensore del Frattari ha richiesto al G.i.p., e poi al Tribunale in sede di appello *ex* art. 310 cod. proc. pen., la declaratoria di perdita di efficacia della misura degli arresti domiciliari per il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia nel termine di dieci giorni : a fondamento della propria richiesta, la difesa ha dedotto la piena assimilabilità di tale incombente quale presidio posto a garanzia della persona *in vinculis* – ai procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, e quindi l'irrilevanza della mancata inclusione nell'elenco dei procedimenti (anche qui) definiti "ad urgenza assoluta".

3.3.1. Nonostante sia stata accolta da una decisione di merito (che peraltro si è limitata ad affermare apoditticamente la sussistenza di tale identità di ratio: cfr. G.i.p. Trib. La Spezia, ord. 06/04/2020), la tesi non può essere condivisa. Come già evidenziato da plurime voci dottrinali, la riconducibilità del procedimento incidentale ex art. 294 cod. proc. pen. tra quelli "ad urgenza assoluta" appare preclusa, anzitutto, dal carattere tassativo delle eccezioni individuate dal legislatore alla regola generale della sospensione dei termini, dettata per l'emergenza.

A tali conclusioni deve pervenirsi non solo sulla base di fondamentali canoni interpretativi (cfr. art. 14 disp. prel. cod. civ.), ma anche alla luce della stessa evoluzione della normativa dettata per il contenimento dell'emergenza epidemiologica. In sede di conversione del d.l. n. 18, l'originario elenco dei procedimenti ad urgenza assoluta è stato infatti integrato con l'inserimento (cfr. supra, S 3.2) dei procedimenti di convalida dell'ordine di allontanamento dalla casa familiare e di quelli in tema di m.a.e. e di estradizione: è del tutto evidente che il "silenzio" sulle scansioni procedimentali di cui all'art. 294 cod. proc. pen., mantenuto in sede di conversione del decreto-legge, non può che essere interpretato come una chiara indicazione della volontà del legislatore di non includere, tra i procedimenti "ad urgenza assoluta", quelli in cui si rende necessario procedere all'interrogatorio di garanzia (cfr. sul punto anche pag. 3 dell'ordinanza impugnata).

3.3.2. Deve poi osservarsi che anche il presupposto della tesi difensiva costituito come detto dalla piena assimilazione dell'interrogatorio di garanzia alla convalida dell'arresto, e dalla conseguente necessità di una disciplina uniforme dei due procedimenti, agli specifici fini emergenziali che qui interessano – non appare persuasivo. Pur presentando indubbiamente anch'esso connotazioni di urgenza, correlate al pieno ed effettivo espletamento del diritto di difesa, è altrettanto certo che l'interrogatorio di garanzia si differenzia nettamente dal procedimento di convalida perché come osservato anche dal Tribunale di Ancona (cfr. pag. 3 del provvedimento impugnato) – presuppone un provvedimento coercitivo del giudice che, nell'altro caso, non è ancora intervenuto: la funzione del procedimento di convalida è anzi proprio quella di verificare, con l'indefettibile immediatezza delineata dall'art. 13 Cost., la legittimità delle limitazioni della libertà personale poste in essere prima dell'intervento dell'autorità giudiziaria. In altri termini, come si è efficacemente sottolineato in dottrina, "ciò che rende impellente e indifferibile la convalida non è l'esigenza di interrogare al più presto l'arrestato o il fermato bensì quella sottoporre a controllo l'azione degli organi inquirenti e, in particolare, della polizia giudiziaria, riconducendo la fonte dell'eventuale protrarsi della restrizione della libertà a un provvedimento del giudice". Del resto, la differenza strutturale e funzionale tra i due procedimenti risulta plasticamente evidenziata dagli insegnamenti di questa Suprema Corte in tema di interrogatorio di garanzia, secondo i quali non è necessario procedere all'incombente non solo nell'ipotesi di misura disposta

dopo la sentenza di condanna (Sez. U, n. 18190 del 22/01/2009, La Mari, Rv. 243028) o eseguita nel corso del dibattimento (Sez. 6, n. 49995 del 15/09/2017, D'Amato, Rv. 271582), ma anche quando il titolo cautelare sia stato emesso dal Tribunale in accoglimento dell'appello del P.M. ex art. 310 cod. proc. pen., «atteso che la possibilità di esercizio del diritto di difesa è già assicurata dall'instaurazione del contraddittorio in sede di impugnazione cautelare» (Sez. U, n. 17274 del 26/03/2020, Salvati, Rv. 279281).

3.4. Anche sulla scorta di quanto fin qui esposto, deve infine pervenirsi a conclusioni di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata con il terzo motivo (questione peraltro già affrontata e disattesa, sia pure in estrema sintesi dal Tribunale di Ancona a pag. 2 del provvedimento impugnato: del tutto infondata è quindi la censura di omessa pronuncia sul punto, formulata con il secondo motivo di ricorso).

3.4.1. Le già richiamate connotazioni dell'interrogatorio di garanzia, e soprattutto i profili di urgenza correlati alla indiscussa necessità di assicurare all'indagato la possibilità di "confrontarsi" in tempi rapidi con il giudice che – senza alcun previo contraddittorio ha emesso la misura, e quindi di rendere dichiarazioni e/o allegare elementi utili ad una favorevole revisione del quadro cautelare, avrebbero certamente giustificato le più marcate riserve, anche quanto alla compatibilità con gli articoli della Costituzione evocati dalla difesa del Frattari, di una normativa emergenziale che avesse senz'altro escluso l'incombente *ex* art. 294 cod. proc. pen. dal novero degli atti adottabili nel periodo di sospensione generalizzata dell'attività giudiziaria.

Una corretta interpretazione del quadro normativo, peraltro, offre indicazioni del tutto diverse: il procedimento penale in cui è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia rientra indiscutibilmente tra quelli "ad urgenza relativa", essendo stata applicata una misura cautelare in corso di esecuzione (cfr. art. 83, comma 3, lett. b, n. 2, d.l. n. 18). Conseguentemente, la decisione di sottoporsi all'interrogatorio, anche nel periodo di sospensione generalizzata dell'attività giudiziaria (e dei relativi termini), è stata demandata dal legislatore alla valutazione della persona sottoposta a misura e del suo difensore: ed è una valutazione non soggetta a delibazione alcuna da parte dell'autorità procedente, senz'altro tenuta all'espletamento dell'atto nei termini di legge, che riprendono a decorrere per effetto della richiesta.

In buona sostanza, l'assetto normativo ricavabile dalla normativa emergenziale - rimettendo la decisione di espletare l'interrogatorio, nonostante la generalizzata sospensione, alla insindacabile decisione della parte interessata realizza un contemperamento del tutto ragionevole, che come tale si sottrae in radice ai dubbi di legittimità costituzionale prospettati, tra due esigenze concorrenti e potenzialmente in conflitto: da un lato, la necessità di assicurare comunque il pieno ed effettivo esercizio dei diritti di difesa della persona sottoposta a misura cautelare anche nei tempi rapidi di cui all'art. 294 cod. proc. pen., se ritenuto necessario dal soggetto sottoposto a misura; dall'altro, quella di contenere il più possibile la mobilità delle persone, per le note ragioni di tutela della salute pubblica che sono alla base di tutti gli interventi legislativi in precedenza richiamati.

3.4.2. È poi appena il caso di evidenziare l'assoluta inconsistenza del rilievo difensivo, contenuto nel primo motivo di ricorso, imperniato sul fatto che l'art. 83 individua, tra i soggetti legittimati a chiedere che si proceda, "gli imputati", e non anche le persone sottoposte ad indagini.

La questione deve essere evidentemente risolta alla luce del principio dettato dal comma 2 dell'art. 61 cod. proc. pen., secondo cui alla persona sottoposta alle indagini, salvo che sia diversamente stabilito, si estendono tutte le disposizioni relative all'imputato (non solo quelle relative ai diritti e alle garanzie di cui al comma 1): un principio la cui portata generale risulta efficacemente delineata dalla giurisprudenza formatasi in ordine al reato di cui all'art. 374-*bis* cod. pen. (cfr. Sez. 6, n. 42767 del 09/10/2014, Buonaiuce, Rv. 260100, secondo cui «il reato di false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria di cui all'art. 374-*bis* cod. pen. può essere integrato anche quando l'attività di documentazione di determinati fatti o circostanze non rispondenti al vero, rilevante nell'ambito del procedimento penale e non proveniente da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, si riferisca a "condizioni" o "qualità personali" dell'indagato, atteso che questi, in assenza di una diversa e specifica disposizione normativa di segno contrario, è equiparato all'imputato ex art. 61, comma secondo, cod. proc. pen.»).

Appare del resto superfluo soffermarsi sul carattere palesemente irrazionale perché del tutto eccentrico rispetto alle intenzioni legislative di contenimento dell'emergenza epidemiologica dei risultati cui condurrebbe la contraria interpretazione, stando alla quale il riferimento ai soli "imputati" farebbe rientrare tra i procedimenti ad "urgenza relativa", di cui all'art. 83 comma 2, lett. b) n. 2, solo quelli in cui l'azione penale sia stata già esercitata : ovvero proprio i procedimenti per i quali non è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia, alla luce dei principi giurisprudenziali in precedenza richiamati (cfr. supra, § 3.3.2).

3.4.3. È opportuno infine richiamare, per completezza, quanto già puntualmente sottolineato dal Tribunale di Ancona (oltre che nell'ordinanza del G.i.p. appellata ex art. 310 cod. proc. pen.) in ordine all'assoluta insussistenza, nel caso di specie, di pregiudizi di sorta per i diritti del Frattari. Infatti, dopo l'esecuzione della misura degli arresti domiciliari, avvenuta in data 17/04/2020, il G.i.p. ha emesso in data

21/04/2020 un provvedimento, notificato al ricorrente e al suo difensore, con cui – premettendo che il termine *ex* art. 294 cod. proc. pen. era da ritenere sospeso fino all'Il/05/2020, ai sensi dell'art. 83 d.l. n. 18, e che nessuna richiesta di espletamento dell'interrogatorio era fino a quel momento pervenuta ha riservato di procedere all'incombente entro i dieci giorni successivi alla cessazione della sospensione *ex lege* (ciò che in effetti avvenuto: cfr. l'ordinanza in data 15/05/2020, in cui il G.i.p. – nel rigettare la richiesta di declaratoria di perdita di efficacia della misura, ha dato atto di aver effettuato l'interrogatorio nella stessa giornata).

In definitiva, il G.i.p. ha ritenuto di esplicitare la propria interpretazione delta normativa emergenziale all'odierno ricorrente e al difensore, richiamando espressamente il potere di iniziativa della parte quale indispensabile presupposto per far cessare la sospensione dei termini. Tale sollecitazione peraltro non prevista dalla legge né in alcun modo dovuta – non risulta esser stata raccolta dal Frattari né dal suo difensore (che nulla ha dedotto al riguardo nei motivi di ricorso): ciò che contribuisce ulteriormente ad escludere in radice ferme le assorbenti ragioni giuridiche in precedenza esposte qualsiasi apprezzabile pregiudizio per la posizione del Frattari, compiutamente edotto dal G.i.p. procedente in ordine alla normativa applicabile e al suo diritto di chiedere che si procedesse all'interrogatorio nonostante la sospensione *ex lege* dei relativi termini

4. Le considerazioni fin qui svolte impongono il rigetto del ricorso, condanna del Frattari al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

(Omissis)

***Nota a sentenza*

sommario

1. Note introduttive e il caso sottoposto alla cognizione della Cassazione. – **2.** Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18: procedimenti "a urgenza assoluta" e "a urgenza relativa". – **3.** Il bilanciamento di interessi contrapposti nell'interrogatorio di garanzia. – **4.** La decisione. – **5.** Conclusioni.

1. Note introduttive e il caso sottoposto alla cognizione della Cassazione

La disciplina emergenziale che si sussegue dal mese di marzo 2020, figlia dell'esigenza di applicare ovunque una nuova idea di convivenza impostata (si auspica temporaneamente) sul distanziamento sociale, persegue l'obiettivo di mitigare gli effetti catastrofici legati all'evoluzione della pandemia da Covid-19[1].

In una realtà mondiale, fino a poco tempo fa, incentrata su una forma di interazione tra i consociati senza particolari limitazioni di matrice spaziale, la normativa, in un primo istante (si potrebbe dire "fisiologico"), è stata connaturata da un forte e cieco impatto nel sistema processuale penale sicché gli uffici giudiziari, in tempi ristrettissimi, sono stati obbligati ad adeguarsi alle nuove regole determinate dal legislatore.

I rispettivi presidenti e i dirigenti hanno dovuto compiere una ricognizione capillare diretta prima a mettere a fuoco le scelte prescritte dai decreti d'urgenza per poi (e solo dopo averne inteso le ragioni e le finalità perseguite) darne materiale attuazione.

L'applicazione dei precetti imposti con la decretazione d'urgenza ha però assunto una cogenza provvisoria considerato che – come noto – il reale spettro di operatività di una novità legislativa o regolamentare è esclusivamente descrivibile (e commentabile consapevolmente) solamente all'esito della sua effettiva messa in pratica, perché non può esistere una norma che si sottragga al giudizio di coloro i quali devono interpretarla e – ancor più importante – applicarla.

Quel che si vuole evitare nel presente elaborato è di spendere parole generiche di approvazione e/o disappunto circa la riforma in atto, ma l'unico desiderio è di commentare una recentissima sentenza della Cassazione che ha chiarito alcuni aspetti della normativa emergenziale.

La sentenza in esame origina dal contrasto interpretativo sorto in relazione a una specifica disposizione (l'art. 83) del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19".

Sin dalla mera lettura della rubrica, non sfugge come il decreto-legge abbia rappresentato un primo intervento legislativo contraddistinto dall'esigenza di

[1] Ferrajoli, *Diritti costituzionali a confronto nelle fasi di smaterializzazione del processo penale*, in *Fisco*, 2020, 36, p. 3459; evidenzia che «l'emergenza COVID-19, ancora in atto, ha cagionato sconvolgimenti sociali, economici e finanziari la cui portata si può solo prevedere. La natura pandemica del contagio ha imposto, sotto il profilo normativo, un susseguirsi di provvedimenti adottati in via di urgenza dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai singoli Presidenti delle Regioni italiane, oltre ad un decreto (c.d. Cura Italia) che ha rappresentato una sorta di summa dello stato dell'arte. Il settore giuridico, complessivamente considerato nelle sue articolazioni disciplinari e nell'apparato strutturale, è tra quelli che purtroppo hanno subito una battuta d'arresto tra le più serie, tale da ostacolare il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale»; una riflessione per quanto concerne il diritto penale sostanziale al tempo del Covid-19 è formulata da Bernardi, *Il diritto penale alla prova della covid-19,* in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 4, p. 441 ss., ove, in breve, si afferma che «certamente, nella situazione di complessivo disorientamento in cui si trova immerso il nostro Paese, corre il rischio di apparire troppo ottimistico l'auspicio, pur doveroso, che si possa presto avere un complessivo quadro normativo capace di conciliare le opposte istanze di giustizia sostanziale: da un lato le richieste di comprensione per gli errori di inesperienza e negligenza commessi a tutti i livelli in contesti esasperatamente emergenziali, dall'altro la pretesa di ottenere verità e rispetto per le vittime di questa tragedia».

formulare, nel disagio generato da una minaccia epidemiologica, risposte immediate per specifici settori cardine dell'ordinamento, tra cui ovviamente è ricompresa l'attività giudiziaria.

La fattispecie trae spunto dal ricorso per Cassazione promosso da un soggetto sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari.

Con ordinanza emessa il 6 giugno 2020, il Tribunale di Ancona rigettava l'appello, *ex* art. 310 c.p.p., avverso la decisione del G.I.P. con cui non era stata accolta la richiesta di declaratoria di perdita di efficacia degli arresti domiciliari: proprio nel giudizio cautelare di secondo grado era stato censurato il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia nel termine di dieci giorni dall'inizio dell'esecuzione della misura cautelare, così come prescritto puntualmente dall'art. 294 c.p.p., perché il G.I.P. aveva ritenuto tale termine sospeso ai sensi dell'art. 83 d.l. n. 18/2020.

Il ricorrente sosteneva la violazione degli artt. 302 e 294 c.p.p. atteso che l'interpretazione della normativa emergenziale, alla base del non accoglimento dell'appello, non aveva assimilato la fase dell'interrogatorio di garanzia (successiva all'esecuzione di una misura cautelare personale) ai procedimenti di convalida dell'arresto e del fermo che, invece, erano stati esclusi dalla sospensione.

Non solo, per il ricorrente le regole emergenziali *in subiecta materia* si ponevano pure in distonia con i principi costituzionali, considerato che l'art. 83, c. 3, d.l. n. 18/2020, come interpretato dal G.i.p. e poi dal Tribunale, si sarebbe posto in contrasto con gli artt. 3 Cost. (essendo irragionevole la differenza di disciplina rispetto ai procedimenti di convalida), 10 Cost. (per violazione del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e della CEDU, nella parte in cui richiedono la più tempestiva presa di contatto con il giudice della persona arrestata o detenuta, a prescindere dalla fase procedimentale in cui è avvenuta la provazione della libertà), 13 Cost. (costituendo l'interrogatorio di garanzia un diritto fondamentale della persona sottoposta alla custodia), 24 Cost. (per la privazione del più efficace strumento di difesa a disposizione della persona *in vinculis*) e 111 Cost. (per la disparità tra accusa e difesa conseguente al differimento dell'interrogatorio).

All'esito del giudizio la Cassazione rigettava il ricorso ritenendo, peraltro, infondata la questione di legittimità costituzionale.

2. Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18: procedimenti "a urgenza assoluta" e "a urgenza relativa"

Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, ha pianificato una serie di contromisure rispetto all'evolversi della pandemia da Covid-19[2].

L'Esecutivo, nelle premesse, ha espressamente richiamato la straordinaria necessità e urgenza di adottare disposizioni, tra l'altro, in materia di giustizia, così da evitare un'ipotetica paralisi di un sistema già provato da plurime problematiche (si pensi solo alla mole di lavoro arretrato).

Dall'analisi del decreto emergenziale, in ogni sua peculiare sfumatura, emerge – per ogni settore – lo sforzo del Governo di contemperare interessi giocoforza contrapposti tra loro.

Primeggia poi l'esigenza di garantire la celebrazione dei procedimenti e dei processi penali mediante, tuttavia, la riduzione della partecipazione in presenza delle parti interessate.

Il distanziamento sociale applicato alle parti processuali innegabilmente evita occasioni di contatto e quindi riduce la capacità dell'agente patogeno di diffondersi da un ospite ad altri soggetti, ma ciò non deve tradursi nell'eclissi degli indelebili diritti di difesa della persona indagata o imputata.

In altre parole, il virus denominato Covid-19 non può rappresentare un elemento che giustifichi il ritorno, per alcuni aspetti, a un processo nella forma inquisitoria sicché "gli interessi in gioco (libertà personale ed efficienza giudiziaria) non sono omogenei e non dovrebbero nemmeno essere confrontati"[3].

[2] Un commento alla normativa si riscontra in Ciliegi, Cosattini, *Il graduale rientro del processo alla normalità dopo l'emergenza, Lavoro nella giur.*, 2020, 10, p. 932 ss.

[3] Cfr. Cimadomo, *La sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali per emergenza epidemiologica da covid-19. A proposito di virus...*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 7, p. 915 ss: «la limitazione della libertà ante iudicium, costituzionalmente presidiata (art. 13 Cost.), non può essere condizionata da fattori esogeni, quali, appunto, le lungaggini procedimentali non adeguatamente governate. La naturale progressione del procedimento non evoca la semplice concatenazione di atti rispondenti ad un modello legale oppure il mero passaggio di fase o di grado, ma – soprattutto – la corretta ponderazione dei valori in contesa, di guisa che la libertà personale non può subire limitazioni a cagione della necessità di garantire l'ottimale organizzazione degli uffici giudiziari. Inaccettabile, pertanto, la logica che privilegi la carcerazione preventiva a scapito di una visione impostata sulle reali esigenze cautelari, tenuto conto dello stretto rapporto esistente tra l'art. 13 Cost. e l'art. 13, 2° comma, Cost. (…) Non v'è dubbio che quella epidemiologica è stata una emergenza che ha richiesto di intervenire tempestivamente su più fronti, compreso quello dell'organizzazione giudiziaria, intesa non solo come articolazione dell'amministrazione dello Stato, ma, anche, come insieme di regole a presidio delle regole della civile convivenza e delle libertà costituzionalmente garantite. L'imprevedibile violenza dell'evento pandemico ha indotto il legislatore a scelte difficili, non sempre adeguatamente ponderate, soprattutto se comparate con gli effetti che le stesse hanno determinato. Gli interventi legislativi emergenziali dovrebbero essere caratterizzati dalla temporaneità, che è il carattere tale da giustificare alcune deroghe alla disciplina vigente sempre nel rispetto dei valori costituzionali alla base del nostro ordinamento. Per fronteggiare la situazione di emergenza, dunque, possono essere concepiti – e ritenuti accettabili e condivisibili, prima ancora che legittimi – provvedimenti legislativi a carattere eccezionale e temporaneo, parametrati all'altrettanto eccezionalità e temporaneità dell'evento che li ha determinati. È, perciò, difficile cogliere il nesso tra la necessità di fronteggiare l'emergenza epidemiologica ed il regime della sospensione dei termini di durata delle misure cautelari personali. Non v'è dubbio che il legislatore ha introdotto una disciplina funzionale solo alla

Chi può scongiurare l'avverarsi di tale scenario?

È imprescindibile una azione consapevole sia del Governo, chiamato a emanare nuove regole processuali di natura emergenziale conformi ai crismi del giusto processo *ex* art. 111 Cost., nonché una "vigilanza interpretativa" (si conceda la terminologia pragmatica, che però rende l'idea) dell'Autorità giudiziaria che, dovendo dare attuazione alla decretazione d'urgenza, è tenuta in qualunque modo a verificare che i diritti di difesa siano assicurati e resi effettivi.

La sentenza in esame, come si vedrà, è una chiarissima dimostrazione di ciò che è stato appena detto.

Il caso pratico è di per sé semplice e contempla un procedimento di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari[4].

Sorge allora l'esigenza di comprendere quale sia l'attuale collocazione che la legge abbia riservato a questa specifica fase nell'ambito della normativa emergenziale[5].

La norma di riferimento si ricava nell'art. 83 d.l. 17 marzo 2018, n. 18, rubricato in "Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare"[6].

Tenuto conto, come detto, che si tratta di una disciplina transitoria emergenziale che mira a contrastare gli effetti del Covid-19 cercando di ridurre le occasioni di contatto diretto tra le parti processuali, l'intento è utopisticamente inseguito prevedendo il rinvio di ufficio delle udienze pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e sancendo la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto nei procedimenti civili e penali[7].

virtuosa ed ineccepibile organizzazione degli uffici giudiziari e, in concreto, destinata a compromettere – o, se si vuole, a mettere in quarantena – il bene della libertà personale oltre ogni limite di ragionevolezza».

[4] L'impatto del Covid-19 in relazione agli arresti domiciliari è affrontato da Kalb, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 7, p. 910 ss.; invece, per una visione generale della misura cautelare si rinvia a Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale,* Milano, 2016, p. 226; Bellino, *Riflessioni sulle autorizzazioni ex art. 284, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 6, p. 800 ss.; *Stoppioni, Arresti domiciliari e libertà fondamentali: il difficile bilanciamento tra tutela delle "indispensabili esigenze di vita" e vincolo finalistico delle cautele*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 9, p. 1209 ss.; Potetti, *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4146; Cerqua, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in *Le misure cautelari personali*, a curadi Spangher e Santoriello, Torino, 2009, p. 376 ss.; Diddi, *Tipologia di misure*, in Trattato di procedura penale, diretto da Spangher, II, 2, *Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, p. 122; De Amicis, *Art. 284*, in Lattanzi e Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Misure Cautelari*, III, Agg. 2003-2007, Milano, 2008, p. 249; Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, Milano, 2006; Grevi, *Misure cautelari,* in Conso, Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 387; Monaco, voce *Arresti domiciliari*, in *Dig. disc. pen.,* Agg., II, Torino, 2004, p. 1 ss.; Voena, Atti, in Conso, Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 211; Alonzi, *Note critiche a margine del nuovo intervento sulla disciplina delle misure cautelari*, in Spangher, *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "Pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, p. 81; Rossetto, *Arresti domiciliari e custodia cautelare*, a cura di Chiavario, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996, p. 141; Marzaduri, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 59 ss.; Parentini, voce *Arresti domiciliari*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 461; Amato, *Art. 284*, in Commentario del nuovo codice di procedura penale, III, Milano, 1990, p. 88 ss.; Marzaduri, *Custodia cautelare nel diritto processuale penale,* in *Dig disc. pen.,* II, Torino, 1989, p. 379 ss. La misura cautelare impone all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza. A tale misura possono essere aggiunti limiti alla facoltà dell'imputato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano. E' anche possibile una attenuazione del rigore della misura, come avviene, ad esempio, quando l'imputato è autorizzato a recarsi al lavoro in quanto «non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in una situazione di assoluta indigenza». In tema di attenuazione della misura, a titolo esemplificativo, v. Renzetti, *Arresti domiciliari e diritto allo studio: un difficile contemperamento*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2624; Chelo Machìa, *Arresti domiciliari e lavoro: un binomio possibile solo a determinate condizioni*, in *Foro amb.*, 2005, p. 278 ss; sul versante giurisprudenziale sovente la Cassazione ha rimarcato come il concetto di assoluta indigenza non attenga alla sola fisica sopravvivenza, dovendo piuttosto essere determinato in base all'evolversi delle condizioni sociali; in tal senso Così, Cass., Sez VI, 19 luglio 1999, in *Cass. pen.*, 2001, p. 226; Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, in *CED Cassazione* (Rv. 248228).

[5] Per quadro sintetico ma esplicativo della novella si rimanda alla Relazione n. 34/20 dd. 23 marzo 2020 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

[6] L'art. 1 d.l. 8 marzo 2020, n. 11 ("Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria"), entrato in vigore l'8 marzo 2020, aveva previsto che «dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 22 marzo 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli Uffici giudiziari, con le eccezioni indicate all'art. 2, comma 2, lettera g), sono rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020». Il termine è stato successivamente prorogato al 15 aprile 2020 *ex* art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e nuovamente prorogato al giorno 11 maggio 2020, ai sensi di quanto previsto dall'art. 36 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23. La legge 24 aprile 2020, n. 27, entrata in vigore in data 30 aprile 2020, ha convertito in legge il d.l. 17 marzo 2020, n. 18; infine, l'art. 3 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, ha apportato disposizioni di coordinamento e integrative riguardanti la disciplina sulla sospensione dei termini processuali di cui al d.l. n. 18/2020. Al provvedimento di rinvio di udienza si è infatti accompagnata la sospensione dei termini processuali previsti per i vari adempimenti, anche a pena di decadenza, sia per il settore civile che per quello penale, con l'effetto concreto di congelare l'intero svolgimento dell'apparato giudiziario, tranne casi indifferibili.

[7] Ferrajoli, *Diritti costituzionali a confronto nelle fasi di smaterializzazione del processo penale*, cit. p. 3461; l'A., trattando ad ampio spettro dell'opportunità della celebrazione dei processi da remoto, sottolinea come «particolare delicatezza assumono le udienze da celebrarsi nei confronti di imputato che si trovi colpito da misure detentive, ossia di restrizione della libertà personale, proprio in ragione del procedimento riferibile a detta udienza. In questo caso, pensare di poter rinviare de plano la celebrazione della stessa sarebbe del tutto contrario all'esigenza di decidere nel

Sono stati sospesi i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali.

Il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini è stato escluso per una serie di precipui procedimenti qualificati, in dottrina, come "ad urgenza assoluta", cioè da trattare in ogni caso[8].

A titolo esemplificativo rientrano tra questi i procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo o dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare, i procedimenti per la consegna di un imputato o di un condannato all'estero ai sensi della legge 22 aprile 2005, n. 69, i procedimenti di estradizione per l'estero, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive.

Tra i procedimenti "ad urgenza relativa", la sospensione dei termini e il rinvio d'ufficio delle udienze non operano «quando i detenuti, gli imputati, i proposti o i loro difensori espressamente richiedono che si proceda", per: a) procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure

più breve tempo possibile in ordine alla responsabilità dell'imputato. Ciò sia per una esigenza di tutela del medesimo, che ha diritto a essere processato con la massima urgenza proprio in ragione del suo stato personale, sia per il rispetto di durata delle misure cautelari stesse, che potrebbero decadere. L'unica soluzione auspicabile in tale ipotesi appare la trattazione 'normale' del processo, proprio perché si tratta del 'caso limite' verificabile nel nostro sistema penale, ossia il giudizio nei confronti di imputato non 'libero'. In tal caso, è assolutamente legittimo ritenere che sia sufficiente che all'imputato che ne abbia fatto richiesta sia consentito un collegamento in video dal luogo ove sconta la detenzione. La trattazione telematica, che non preveda cioè la presenza fisica del Pubblico ministero e del difensore in occasione di una udienza inserita in un procedimento che preveda un imputato in stato di restrizione della libertà personale, non appare viceversa aderente alle esigenze di tutela del diritto di difesa del nostro ordinamento. Questo per una ragione di gravità, prima ancora che per motivi derivanti da interpretazioni normative o esigenze organizzative».

[8] La S.C. nell'annotata sentenza utilizza proprio la dicotomia procedimenti "ad urgenza assoluta" e "ad urgenza relativa": una ricerca capillare della dottrina sull'argomento ha consentito di rinvenire la paternità di tali espressioni a Beltrani, *I procedimenti penali e i dd.ll. dell'emergenza COVID-19*, in rete *https://www.unicost.eu/i-procedimenti-penali-e-i-dd-ll-dellemergenza-covid-19*. In particolare, secondo l'Autore «la disposizione individua due tipologie di procedimenti urgenti: quelli che è possibile definire ad urgenza "assoluta", da trattare sempre; quelli che è possibile definire ad urgenza "relativa", da trattare soltanto a richiesta di parte. Per entrambi,s'impongono alcune riflessioni. Quanto ai primi: A) il riferimento ai procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, formalmente onnicomprensivo, rischia di risultare irragionevole se inteso nel senso di ricomprendere anche le convalide "a piede libero", che si svolgono quando il P.M. abbia disposto l'immediata rimessione in libertà dell'arrestato o del fermato ex art. 121 disp. att. c.p.p., non ritenendo di dover chiedere l'applicazione di una misura cautelare coercitiva, e per le quali non è previsto il rispetto di termini perentori: in tali casi, sarebbe ben arduo rinvenire una giustificazione sistematica alla deroga alla regola generale, dettata dal comma 1 a tutela della salute pubblica (bene di primario rilievo costituzionale ex art. 32 Cost.), del rinvio di ogni udienza. B) il riferimento alla scadenza dei termini di cui all'art. 304 c.p.p., per la sua onnicomprensività, evoca, ad un tempo: sia i termini massimi di fase, computati tenendo conto delle intervenute sospensioni (art. 304, commi da 1 a 5, c.p.p.); sia i termini massimi complessivi (art. 304, commi 6 e 7, c.p.p.). Trasparente la ratio della disposizione: il giudice titolare del procedimento deve curare che nessun soggetto sottoposto a custodia cautelare (in carcere oppure agli arresti domiciliari: solo a queste misure si riferisce l'art. 304 c.p.p.) riacquisti la libertà per decorrenza dei termini massimi, di fase o complessivi, oltre i quali, nonostante l'emergenza in atto, il legislatore dell'emergenza COVID-19 ha ritenuto che non si possa comunque andare. In virtù del mancato richiamo dell'art. 308 c.p.p., al contrario presente nel comma 4 ad altri fini, deve ritenersi che non sia stata prevista l'urgenza assoluta di trattazione (anche a prescindere da una richiesta di parte) dei procedimenti nei quali sia in scadenza una misura cautelare non detentiva: con scelta discrezionale forse inopportuna, ma certo non illegittima, si è, quindi, ritenuto che, in tali casi, non risulti giustificata la deroga assoluta alla regola generale del differimento di tutte le udienze, fermo restando che l'applicazione pur sempre in atto di una misura cautelare legittimerà la formulazione della richiesta di trattazione. Si pone il problema di stabilire *quid iuris*, soprattutto nei processi di cognizione con pluralità di parti, nel caso in cui i termini di cui all'art. 304 c.p.p. siano in scadenza per alcuni soltanto degli imputati: il problema, inscindibilmente connesso con l'individuazione degli effetti dell'eventuale mancata trattazione pur doverosa, sarà esaminato sub comma 4; C) nessun problema pone il riferimento ai procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive, per individuare le quali soccorre l'elencazione tassativa dell'art. 215, comma 2, c.p. Quanto ai secondi: A) il riferimento ai procedimenti a carico di persone detenute, salvo i casi di sospensione cautelativa delle misure alternative, ai sensi dell'articolo 51-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 appare particolarmente problematico. Una lettura formalistica della disposizione porterebbe a ritenerla applicabile anche nell'ambito dei procedimenti di cognizione, in favore dei soggetti che risultino per altra causa detenuti in esecuzione pena: se intesa in tal senso, tuttavia, la disposizione desterebbe, a nostro avviso, pesanti dubbi di costituzionalità, risultando irragionevole, poiché prevederebbe una deroga alla disposizione generale che stabilisce il rinvio di ogni attività processuale (posta a tutela del diritto alla salute di tutti i soggetti in essa coinvolti), anche in procedimenti penali aventi ad oggetto reati di rilievo minimo, a tutela di non si comprende quale diverso bene di rilievo costituzionale poziore (non certo la sicurezza pubblica, atteso che l'imputato, nei confronti del quale, nell'ambito del procedimento pendente a suo carico, non è stata ritenuta necessaria l'applicazione di misure cautelari, risulta per definizione contestualmente ristretto a titolo definitivo per altra causa). Per tale ragione, riteniamo che la disposizione, scritta troppo cripticamente, ma da interpretare necessariamente in chiave sistematica, vada riferita al solo procedimento di sorveglianza; B) il riferimento ai procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza ricomprende quelli in cui siano applicate misure cautelari o di sicurezza non detentive (ed anche, rispettivamente, reali o patrimoniali), purché tuttora in corso d'applicazione: il riferimento impone, tra l'altro, la celebrazione a richiesta delle udienze in appello nei casi in cui in primo grado sia stata disposta una statuizione di confisca oggetto di gravame. In virtù di tale riferimento, anche l'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.) deve ritenersi assumibile soltanto a richiesta di parte, risultando in difetto il relativo termine sospeso»

alternative, ai sensi dell'articolo 51-*ter* legge 26 luglio 1975, n. 354; procedimenti in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione».

Quanto alle misure cautelari, deve ritenersi che in tale generica e complessiva dizione vadano ricomprese tutte le misure cautelari personali, detentive, non detentive, e interdittive, nonché le misure cautelari reali.

La richiesta per la trattazione del procedimento non pare presupporre che gli interessati debbano essere "informati" di tale facoltà, trattandosi dell'esercizio di una facoltà di legge che il detenuto e il suo difensore sono tenuti a conoscere.

In un momento storico in cui primeggia l'esigenza di "stare a casa" o di "stare distanziati", il legislatore ha scelto quali procedimenti abbiano la priorità e quelli che invece recedono rispetto all'esigenza di garantire il distanziamento sociale.

La volontà non si è tradotta in una recessione assoluta, bensì relativa, dacché è stato lasciato un margine di operatività degli istituti subordinato, tuttavia, a una specifica istanza di parte.

Negli ultimi sono allocati proprio i procedimenti di applicazione di una misura cautelare personale.

3. Il bilanciamento di interessi contrapposti nell'interrogatorio di garanzia

L'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294 c.p.p. rappresenta sicuramente l'archetipo o, se si preferisce, il modello di contraddittorio ordinario postumo prefigurato dal legislatore[9].

Fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, il giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare, se non vi ha proceduto nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto, deve procedere all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare in carcere immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della custodia[10], salvo il caso in cui essa sia assolutamente impedita; per converso, si è applicata un'altra misura cautelare, sia coercitiva che interdittiva, l'interrogatorio deve avvenire non oltre dieci giorni dalla esecuzione del provvedimento o della sua notificazione[11].

La facoltà dell'indagato di confrontarsi con il giudice rappresenta un doveroso vaglio giurisdizionale sulle ragioni dell'ordinanza *de libertate*: un correttivo immediato previsto dal codice di rito con carattere di obbligatorietà per sopperire alla iniziale assenza di contraddittorio[12].

Volto a consentire, attraverso il contatto diretto tra giudice e imputato, l'immediata verifica della ritualità e della fondatezza del provvedimento cautelare, l'interrogatorio *de quo*, diversamente da quello eseguito dal Pubblico Ministero per finalità investigative, assolve essenzialmente funzioni di controllo e di garanzia.

Se da un lato il richiamo alle modalità indicate da-

[9] Marandola, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 52.

[10] Cass., Sez. V, 17 dicembre 2010, n. 15225, in *CED Cassazione* (Rv. 249957): in tema di misure cautelari personali, nel computo del termine di cinque giorni per l'espletamento del cosiddetto interrogatorio di garanzia non si tiene conto del giorno in cui è iniziata l'esecuzione della custodia; Cass., Sez. II, 30 giugno 2010, n. 36315, in *CED Cassazione* (Rv. 248607): il termine di cinque giorni per l'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale, ove vada a scadere in un giorno festivo, è prorogato al giorno successivo non festivo.

[11] I termini per provvedere all' interrogatorio di garanzia variano a seconda del tipo di cautela disposta ovvero "in funzione della diversa incidenza delle singole misure sulla sfera di libertà personale del soggetto" (così Bresciani, *sub* art. 294, in *Comm. Chiavario*, Agg., III, Torino, 1998, p. 262. Cfr. anche Polidoro, aggiornato da Giunchedi, Commento art. 294 c.p.p., in rete *www.leggiditalia.it*; seppure è auspicabile l'instaurazione di un contatto tendenzialmente immediato con il giudice che ha emesso la misura, è solo per la custodia cautelare in carcere che vale il termine di cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione della custodia. Per le altre, invece, il soggetto dovrà essere ascoltato non oltre dieci giorni dall'esecuzione, o notificazione del provvedimento limitativo della libertà personale, compreso l'indagato e/o imputato sottoposto agli arresti domiciliari. Diversa, fino all'intervento della Corte Costituzionale, era anche la natura dei termini: solo per le cautele maggiormente afflittive (custodia in carcere ed arresti domiciliari) all'inutile decorso del termine per interrogare era collegato il meccanismo estintivo di cui all'art. 302, mentre per tutte le altre misure l'adempimento previsto dal c. 1-*bis,* si risolveva in una mera affermazione di principio non assistita da alcuna sanzione processuale. A tale incongruenza ha posto fine Corte cost. 4 aprile 2001, n. 95, in *Gdir*, 2001, 15, p. 82, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 302 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'immediata perdita di efficacia delle misure cautelari coercitive, diverse dalla custodia cautelare (carceraria o domestica), e di quelle interdittive qualora il giudice non proceda all'interrogatorio entro il termine previsto dall'art. 294 c.p.p., c. 1-*bis*; per il Giudice delle leggi «l'attitudine a comprimere beni fondamentali della persona, che rappresenta il tratto comune di tutte le misure cautelari personali, esige che identica sia la sanzione processuale nel caso in cui l'interrogatorio non venga compiuto nel termine prescritto».

[12] Cass. Pen., Sez. II, 21 settembre 2000, n. 26343, che evidenzia la funzione difensiva dell'interrogatorio di garanzia: «la effettività delle garanzie difensive esercitabili attraverso l'interrogatorio di garanzia deve essere valutata con riguardo alla particolare funzione dell'atto, che è quella di consentire un immediato contatto tra la persona privata della libertà ed il giudice che ha emesso la misura sulla base di atti (di regola) non formati in contraddittorio. Con specifico riguardo al termine che deve intercorrere tra l'avviso dell'atto ed il suo compimento, mancando una disciplina specifica, la effettività della garanzie difensive deve essere valutata con riguardo alle circostanze del caso concreto, che devono essere apprezzate con l'obiettivo di verificare se il difensore abbia avuto possibilità di esercitare il suo mandato. Tra le circostanze rilevanti devono essere considerate (a) la distanza tra il luogo ove il difensore svolge la sua attività professionale e quello dove si svolge l'interrogatorio, (b) i collegamenti disponibili per coprire tale distanza, (c) il tempo intercorrente tra l'avviso e l'atto, e, (d) la diligenza del difensore nel chiedere un differimento correlato a concrete ed allegate difficoltà di presenziare personalmente all'atto ed alla impossibilità di nominare sostituti».

gli artt. 64 e 65 c.p.p. obbliga il giudice, anche in sede di interrogatorio, a enunciare alla persona interrogata in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito e a renderle noti gli elementi di prova a carico (nonché le fonti, se ciò non pregiudichi le indagini), la *litis contestatio* non esaurisce le funzioni della legge assegnate all'interrogatorio.

Espressamente l'art. 294 c.p.p, c. 3, dispone, infatti, che il giudice deve valutare se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari previste per l'assoggettamento a custodia dagli artt. 273, 274, 275 c.p.p. ponendo le premesse per una nuova valutazione dei presupposti (rispetto all'iniziale accertamento al momento dell'adozione della misura) alla luce degli elementi che siano stati forniti dall'interessato in sede di interrogatorio.

Stante il ruolo eminentemente difensivo dell'atto è consentito, insomma, al sottoposto a custodia di far presenti le circostanze adducibili a suo favore sotto il profilo del *fumus commissi delicti* e del *periculum libertatis* obbligando il giudice ad un controllo immediato sulla tenuta delle valutazioni pregresse, a fronte degli argomenti emessi in quella sede.

Non a caso il legislatore contempla esplicitamente l'eventualità che sulla scorta dei risultati di tale controllo, qualora ne ricorrano le condizioni, il giudice debba provvedere anche *ex officio* alla revoca o sostituzione della misura ab origine disposta.

L'interrogatorio *ex* art. 294 c.p.p. si inserisce geneticamente nell'iter procedimentale che porta alla privazione della libertà personale costituendo momento indispensabile ed ineliminabile del meccanismo applicativo della misura.

Il diritto a interloquire con il giudice può essere limitato solo in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione delle esigenze processuali prioritarie che, per loro natura, risulterebbero, nell'economia del processo, altrimenti vanificate dal contraddittorio anticipato[13].

La ragionevolezza della preclusione al contraddittorio preventivo caratterizza i provvedimenti che applicano per la prima volta una misura cautelare restrittiva della libertà personale, in considerazione del pericolo che l'indagato, una volta preavvertito, al fine l'instaurazione del contraddittorio, si sottragga all'esecuzione del provvedimento[14].

Ne consegue che l'istituto operi già nei suoi tratti essenziali un bilanciamento di interessi (contrapposti) tra le garanzie difensive dell'imputato e la tutela dell'efficacia del procedimento/processo penale; bilanciamento, ora, da rivedere alla luce del d.l. n. 18/2020.

4. La decisione

La Cassazione rigettava il ricorso non avendo riscontrato alcun *vulnus* del diritto di difesa garantito all'imputato.

Invero, pur presentando indubbiamente anch'esso connotazioni di urgenza, correlate al pieno ed effettivo espletamento del diritto di difesa, è altrettanto certo che l'interrogatorio di garanzia si differenzia nettamente dal procedimento di convalida perché presuppone un provvedimento coercitivo del giudice che, nell'altro caso, non è ancora intervenuto.

Di conseguenza muta anche la *ratio* sottesa alla messa in contatto tra giudice e imputato.

La funzione del procedimento di convalida mira a verificare, con l'indefettibile immediatezza delineata dall'art. 13 Cost., la legittimità delle limitazioni della libertà personale poste in essere prima dell'intervento dell'Autorità giudiziaria.

Ciò che rende impellente e indifferibile la convalida non è l'esigenza di interrogare al più presto l'arrestato o il fermato bensì quella sottoporre a controllo l'azione degli organi inquirenti e, in particolare, della polizia giudiziaria, riconducendo la fonte dell'eventuale protrarsi della restrizione della libertà a un provvedimento del giudice.

Per la Cassazione «il procedimento penale in cui è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia rientra indiscutibilmente tra quelli 'ad urgenza relativa', essendo stata applicata una misura cautelare in corso di esecuzione (cfr. art. 83, comma 3, lett. b, n. 2, d.l. n. 18)» [15].

[13] Giordano, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, 7, p. 920, «sul punto, deve rilevarsi che l'art. 83, comma 2, del D.L. n. 18 del 2020 prevede la sospensione del 'decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti ... penali', non regolando esplicitamente il regime applicabile al termine per l'interrogatorio di garanzia. La mancanza di un'espressa disciplina poteva indurre a ritenere che anche questo fosse stato sospeso dalla legge, venendo a decorrere solo se la persona sottoposta a misura cautelare dovesse chiedere la trattazione del giudizio. La soluzione che è prevalsa, invece, in modo ragionevole, ha ritenuto che, pure nel periodo emergenziale, la tutela del diritto di libertà della persona raggiunta da misura cautelare dovesse essere garantita anche per mezzo dell'adempimento previsto dall'art. 294 c.p.p., in coerenza con le norme che assicurano comunque lo svolgimento dei procedimenti a distanza a carico di detenuti. È stato allora esteso anche all'interrogatorio di garanzia il ricorso allo strumento telematico, introducendo un sistema che, se fosse confermato anche nel periodo post-emergenziale, appare utile a recuperare margini di tutela dei diritti individuali. Per l'interrogatorio da assumere in un'altra circoscrizione, infatti, impiegando i sistemi informatici, è possibile che proceda il giudice che ha emesso il provvedimento, evitando la c.d. rogatoria. L'indagato sottoposto a misura cautelare, dunque, è ascoltato dal "suo" giudice, circostanza che rende necessariamente più efficace la sua difesa, evitando l'intervento di un giudice delegato che non conosce gli atti posti a sostegno della misura cautelare».

[14] Corte cost. 8 marzo 1996, n. 63, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3531.

[15] La sentenza in commento è stata di recente annotata da Napolitano, *Coronavirus: l'interrogatorio di garanzia della persona in misura cautelare personale durante il periodo di sospensione "di tutti i termini procedurali"*, in *Ilpenalista.it*, fasc., 29 ottobre 2020; l'Autore mette in risalto l'unico precedente formatosi in materia e difforme (tra l'altro solamente accennato come "apodittico" dalla Suprema Corte); si tratta di Trib. La Spezia 6 aprile 2020, per cui

La conferma si trae pure nella tassatività dell'elenco delle eccezioni individuate dall'art. 83, comma 3, lett. b) prima parte, alla regola generale della sospensione dei termini procedurali e dei procedimenti: quest'affermazione poggia sul canone interpretativo di cui all'art. 14 delle preleggi, a mente del quale «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»; i successivi interventi operati all' 83 cit., estensivi del catalogo dei procedimenti a trattazione necessaria, nulla dicono in ordine al procedimento incidentale di cui all'art. 294 c.p.p.

Ne discende che "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*": il legislatore, all'originario elenco dei procedimenti a trattazione necessaria, non ha mai inserito espressamente l'interrogatorio di garanzia e pertanto «è del tutto evidente che il silenzio sulle scansioni procedimentali di cui all'art. 294 c.p.p., mantenuto in sede di conversione del decreto-legge, non può che essere interpretato come una chiara indicazione della volontà del legislatore di non includere, tra i procedimenti "ad urgenza assoluta", quelli in cui si rende necessario procedere all'interrogatorio di garanzia».

La normativa emergenziale rimette la decisione di espletare l'interrogatorio alla insindacabile volontà della parte interessata, realizzando così un bilanciamento di interessi contrapposti ragionevole a cui consegue la rimozione in radice dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal ricorrente.

La conformità della disciplina ai principi costituzionali non si rileva solamente sul piano astratto; infatti, il G.I.P. anconetano ha fatto di più.

Prima della scadenza del termine per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia ha esplicitato all'indagato e al suo difensore la propria interpretazione della normativa emergenziale, richiamando espressamente il potere di iniziativa della parte, presupposto per far cessare la sospensione dei relativi termini.

Il G.I.P., proprio nell'ottica di una leale collaborazione con l'interessato (assistito dal proprio difensore), ha avviato un'interlocuzione – che la Cassazione rimarca essere "non prevista dalla legge, né in alcun modo dovuta" – tuttavia non recepita, considerato che l'indagato non ha avanzato alcuna richiesta di fissare comunque l'interrogatorio al fine di esporre, quanto prima, elementi da valutare in suo favore.

Si appalesa dunque evidente la correttezza, non solo in diritto, della soluzione adottata dal Giudice della cautela, laddove alcun apprezzabile pregiudizio ha potuto lamentare l'indagato, compiutamente edotto dal G.I.P. della normativa applicabile, dell'interpretazione offertane, dell'enunciazione del suo diritto di chiedere che si proceda all'interrogatorio, nonostante la sospensione *ex lege* dei relativi termini.

In definitiva, sono ben armonizzati, da un lato, la necessità di assicurare comunque il pieno ed effettivo esercizio dei diritti di difesa della persona sottoposta a misura cautelare ai tempi del Covid-19 (sempre se ritenuto necessario dal soggetto sottoposto); dall'altro, invece, l'esigenza di contenere il più possibile la mobilità delle persone, per le note ragioni di tutela della salute pubblica che sono alla base di tutti gli interventi legislativi in precedenza richiamati.

La garanzia dei diritti difensivi è stata assicurata non solo sul piano normativo, ma anche resa effettiva dalla modalità con cui il G.I.P. ha interpretato e applicato le nuove regole.

5. Conclusione

La sentenza appena commentata pone un piccolo tassello interpretativo della disciplina emergenziale, coadiuvando – così – gli operatori a percorrere l'ostico cammino di capire e applicare le moltitudini di regole dettate dal Governo per far fronte all'epidemia.

L'importanza della pronuncia non si rimarca nella soluzione di uno specifico caso, ovvero la sospensione o meno dei termini *ex* art. 294 c.p.p. all'esito di esecuzione di una misura cautelare, bensì suggerisce degli spunti di riflessione circa l'immanente necessità, ogni qual volta si debba intervenire nel procedimento e nel processo penale, di porre particolare attenzione al contemperamento di tutti gli interessi contrapposti.

Bilanciamento che, se garantito, permetterà alla normativa di sottrarsi, come nell'ipotesi trattata dalla Cassazione, a "lamentele" pretestuose e infondate.

Si è voluto mettere in risalto l'operato del Giudice per le Indagini Preliminari di Ancora che, ricorrendo a ciò che si è voluta definire nei termini di una "vigilanza interpretativa", ha correttamente applicato la normativa emergenziale con un *quid pluris* rappresentato dalla percepita esigenza, per tutelare i diritti di difesa dell'imputato, di avviare autonomamente una (non prevista) interlocuzione volta a renderlo edotto di tutte le facoltà previste dalle legge, ancorché di matrice eccezionale ed emergenziale.

«l'interrogatorio di garanzia dell'indagato sottoposto a misura cautelare personale ex art. 294 c.p.p., non può essere differito per la pandemia da covid -19, perché, pur non essendo menzionato nel D.L. n. 18/2020 art. 83, deve ritenersi che la ratio dell'atto sia la stessa della convalida dell'arresto o del fermo, espressamente previsti, non potendosi rinviare un atto per il quale l'indagato possa difendersi da limitazioni della propria libertà personale».

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni Unite penali

Violenza sessuale. Abuso di autorità. Nozione pubblicistica e/o formale. Locuzione troppo riduttiva.

abstract

With this decision, the United Sections were called to assess whether, in terms of sexual violence, the abuse of authority referred to in Article 609-bis of the Criminal Code, paragraph 1, presupposes in the agent an authoritative position of a formal and publicistic type or, instead, may also refer to powers of supremacy of a private nature that the agent abuses to force the passive subject to perform or suffer sexual acts. TheJudges of the Supreme College to answer the question have first addressed the concrete meaning of the phrase "abuse of authority by highlighting the different formula of the first two paragraphs of Article 609-bis of the Criminal Code. On this point, a distinction is made between a «coercive sexual violence» in which the passive subject carries out or suffers an unintended event because its capacity for action and reaction is annulled or limited, and a «inductive sexual violence» in which the agent persuades the offended person to submit to acts that, otherwise, he would not have done, or to suffer them, taking advantage of his weakness. With this differentiation, the United Sections believe that there is no valid reason for a reductive interpretation of the term abuse of authority that would limit the need for maximum protection of the sexual freedom of the person. Therefore, the very recognition of a broader interpretation of the concept of abuse of authority not only does not negatively affect the principle of typicality, but is more consistent with the aims pursued by the legislator. On the basis of these assessments, the United Sections have formulated the following principle of law: «The abuse of authority referred to in Article 609-bis of the Criminal Code, paragraph 1, presupposes a position of pre-eminence, also of a de facto and private nature, which the agent uses to force the passive subject to perform or suffer sexual acts».

keywords

Sexual violence – Abuse of authority – Notion.

abstract

Con la decisone in esame le Sezioni unite sono state chiamate a valutare se, in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità di cui all'art. 609-bis c.p., comma 1, presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali. I giudici del Supremo Collegio per rispondere al quesito hanno preliminarmente affrontato il significato concreto della locuzione "abuso di autorità evidenziando la differente formulazione dei primi due commi dell'art. 609-bis c.p. Sul punto, si distingue tra una "violenza sessuale costrittiva" in cui il soggetto passivo pone in essere o subisce un evento non voluto poiché ne viene annullata o limitata la capacità di azione e di reazione coartandone la capacità di autodeterminazione, ed una "violenza sessuale induttiva" in cui l'agente persuade la persona offesa a sottostare ad atti che, diversamente, non avrebbe compiuto, ovvero a subirli, approfittando della sua debolezza. Operata questa differenziazione le Sezioni unite ritengono che non vi sia valida ragione per una interpretazione riduttiva della locuzione di abuso di autorità che andrebbe a limitare l'esigenza di massima tutela della libertà sessuale della persona. Pertanto, proprio il riconoscimento di una interpretazione più ampia del concetto di abuso di autorità non solo non va ad incidere negativamente sul principio di tipicità, ma risulta più coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore. Sulla scorta di tali valutazioni le Sezioni unite hanno formulato il seguente principio di diritto: «L'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-bis c.p., comma 1, presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali».

parole chiave

Violenza sessuale – Abuso di autorità – Nozione.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sent. 16 luglio 2020, dep. 01 ottobre 2020, n. 27326

Violenza sessuale – Abuso di autorità – Posizione di preminenza

L'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-bis c.p., comma 1, presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali.

* * *

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite, può essere enunciata nel modo seguente: «Se, in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis* c.p., comma 1, presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali».

La questione prospettata nell'ordinanza di rinvio incentra la sua principale problematica nella corretta interpretazione del concetto di "abuso di autorità" di cui all'art. 609-*bis*, comma 1, c.p., in relazione alla quale si erano formati due orientamenti.

Il primo orientamento aveva un autorevole precedente in una decisione delle Sezioni unite del 2000 (31 maggio 2000 n. 13), che avevano evidenziato che la nuova fattispecie di cui al richiamato comma 1 dell'art. 609-*bis* ha sostituito quella prevista dagli abrogati artt. 519, comma 1, e 520 (nonché dall'art. 521) c.p.; con la conseguenza che l'abuso d'autorità previsto dalla norma vigente coinciderebbe con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all'art. 520 e, comunque, presupporrebbe una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico. In applicazione di tale principio, le Sezioni unite avevano escluso la configurabilità dell'abuso di autorità in un'ipotesi in cui l'agente aveva compiuto atti sessuali con un minore degli anni sedici che gli era stato affidato, nella sua qualità di insegnante privato, per ragioni di istruzione ed educazione, e ritennero corretta la decisione del giudice di merito che aveva qualificato il fatto come atti sessuali con minorenne, il cui consenso è però "viziato" dalla circostanza che non ha compiuto una certa età, art. 609-*quater* c.p., anziché come violenza sessuale – art. 609-*bis* c.p.

Tale soluzione interpretativa era stata peraltro adottata in precedenza, considerando la forza di coartazione che deriva da un esercizio distorto dei poteri connessi con la funzione preminente esercitata dal titolare della posizione sovraordinata, in un caso in cui, però, la natura formale e pubblicistica della autorità della quale era investito l'imputato non era in discussione, trattandosi di un ufficiale comandante un battaglione dell'esercito.[1]

Alla decisione delle Sezioni unite si conformava una successiva pronuncia[2] attinente ad abuso sessuale posto in essere da un insegnante in danno di una minorenne frequentante un corso di formazione professionale, dando peraltro rilievo al fatto che la posizione autoritativa richiesta dall'art. 609-*bis* c.p., comma 1, da individuarsi nei termini indicati dalle Sezioni unite, deve ritenersi distinta dalla ipotesi di violenza sessuale di cui al n. 1 del comma 2 del medesimo articolo, caratterizzata dall'induzione all'atto sessuale di persona in condizioni di inferiorità fisica o psichica e da quella di atti sessuali compiuti con minori degli anni sedici ad opera dell'ascendente o di altri soggetti in rapporto qualificato con la persona offesa, considerata dall'art. 609-*quater* c.p., comma 1, n. 2. Altra pronuncia[3] dando conto della nuova figura di violenza sessuale introdotta ad opera della L. 6 febbraio 2006, n. 38 mediante l'inserimento di un ulteriore comma dopo il primo dell'art. 609-*quater* c.p., ha indicato oltre alla successione di leggi valorizzata dalla sentenza n. 13/2000, anche un argomento definito di carattere sistematico, osservando che, considerando l'abuso di autorità riferibile anche a poteri di carattere privatistico, verrebbe meno la possibilità di distinguere l'ipotesi di reato contemplata dall'art. 609-*bis* c.p., comma 1 dall'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di potere parentale o tutorio ora previsto dall'art. 609-*quater* c.p., comma 2; ciò in quanto l'unica interpretazione idonea a salvaguardare la coerenza normativa è quella che attribuisce carattere pubblicistico all'autorità considerata dalla prima delle richiamate disposizioni e carattere privatistico a quella considerata dalla seconda.

[1] In tal senso Sez. 3,15 ottobre 1999, n. 860, dep. 2000, Colafemmina V, Rv. 215599.

[2] In tal senso Sez. 3, 19 giugno 2002, n. 32513, P, Rv. 22310: questa decisione opera tale distinzione rilevando che, nell'ipotesi di abuso di autorità, vi è la costrizione al compimento degli atti sessuali la quale difetta, invece, negli altri casi, caratterizzati da un consenso viziato dalle condizioni di inferiorità della vittima (art. 609-*bis* c.p., comma 2, n. 1); consenso che ricorre anche nel reato di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p., comma 1, n. 2), ma che si ritiene invalido in conseguenza del rapporto che lega la persona offesa all'autore del reato, sulla base delle tipizzazioni contenute nella norma.

[3] In questo senso: Sez. 3, 26 ottobre 2006, dep. 2007, n. 2283 C, non massimata: Invero, intendendo come autorità ogni posizione sovraordinata pubblicistica o privatistica, precisa la sentenza citata l'art. 609-*quater* c.p., comma 2, resterebbe praticamente privo di effetti, poiché presuppone espressamente la inapplicabilità delle ipotesi previste nell'art. 609-*bis*, tra le quali rientra anche quella di ogni atto sessuale commesso con abuso di autorità.

Altra decisione[4], in linea con la precedente sentenza aveva escluso, che la potestà genitoriale possa essere considerata un istituto di natura pubblicistica, diversamente da quanto ritenuto dal giudice del merito, che l'aveva ritenuta come prevista e disciplinata dall'ordinamento al fine di consentire ai genitori la possibilità di adempiere convenientemente i loro doveri e svolgere compiutamente le loro prerogative. Altre successive pronunce[5], hanno ribadito la natura formale e pubblicistica della posizione autoritativa dell'agente precisando, tra l'altro, che l'abuso di autorità consiste nella strumentalizzazione del proprio potere, realizzato attraverso una subordinazione psicologica tale per cui la vittima viene costretta al rapporto sessuale, risolvendosi, pertanto, in una vera e propria costrizione che non può essere desunta, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa ricoperta dal soggetto agente.

In altre sentenze[6] la nozione ristretta di abuso di autorità è stata ribadita escludendo la posizione pubblicistica dell'agente che esercitava le funzioni di responsabile di un centro di accoglienza quale ente ausiliario riconosciuto dalla regione ed iscritto nel Registro generale del volontariato del tutore e del medico curante, pur distinguendo, in tale ultimo caso, tra attività esercitata nell'ambito del servizio pubblico o, privatamente, intra moenia.

Il secondo orientamento richiamando la prevalente dottrina, propende invece per un concetto di abuso di autorità più ampio, comprensivo di ogni relazione, anche di natura privata, in cui l'autore del reato riveste una posizione di supremazia della quale si avvale per coartare la volontà della persona offesa ed è stato prospettato in una prima decisione[7] ritenendo la convivenza dell'imputato con la madre del minore quale valido presupposto dell'abuso di autorità, senza, tuttavia, manifestare un esplicito dissenso rispetto alle precedenti decisioni, alle quali fa invece riferimento una successiva pronuncia[8] ove, esaminando un caso in cui il fatto era stato commesso con abuso della potestà genitoriale – anche se ai soli fini della verifica della correlazione tra accusa e sentenza – viene dato conto del formarsi di un diverso orientamento che colloca nell'ambito dell'abuso di autorità ogni forma di strumentalizzazione del rapporto di supremazia, senza distinzioni tra autorità pubblica e privata, osservando che, per individuare quest'ultima, viene fatto riferimento all'art. 61 c.p. n. 11. Un primo effettivo confronto con le diverse posizioni è stato però effettuato solo successivamente ritenendo configurato l'abuso di autorità nello stato di soggezione indotto dall'imputato sulla cognata, in un contesto familiare di particolare degrado, caratterizzato dalla supremazia dell'uomo rispetto alla componente femminile[9]. Ancora una volta viene richiamata l'attenzione sul contenuto dell'art. 61 c.p., n. 11 (la cui compatibilità con il reato di violenza sessuale con abuso di autorità è stata, peraltro, ripetutamente riconosciuta dalla giurisprudenza[10] osservando che lo stesso si riferisce, indifferentemente, all'abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità e ricordando come la giurisprudenza ne abbia sempre offerto un'interpretazione pacificamente ampia, riferibile indistintamente tanto all'autorità pubblica che a quella privata, mentre quando il legislatore intende considerare una posizione autoritativa di tipo pubblicistico la indica espressamente, come nel caso dell'art. 608 c.p., il quale fa specifico riferimento al "pubblico ufficiale", menzione che, presente nell'abrogato art. 520 c.p., non è stata ripetuta nella formulazione dell'art. 609-*bis* c.p. con il preciso fine di sanzionare qualsiasi persona che, dotata di autorità pubblica o privata, abusi della sua posizione per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali. In una successiva occasione[11] tale orientamento è stato ribadito, confutando espressamente le osservazioni svolte in precedenti sentenze[12] ove, quale ulteriore elemento a favore della tesi sulla natura necessariamente pubblicistica e formale dell'autorità di cui abusa l'autore della violenza sessuale, viene prospettata la sostanziale inapplicabilità dell'art. 609-*quater* c.p., comma 2 che verrebbe a determinarsi aderendo alla tesi opposta. I Supremi Giudici osservano, a tale proposito, che, oltre ad utilizzare espressioni diverse ("abuso di autorità" nell'art. 609-*bis* e "abuso di poteri" nell'art. 609-*quater*), il delitto di atti sessuali con minorenne, che richiede peraltro una più diretta ed effettiva strumentalizzazione della posizione rivestita dall'agente, si caratterizza per l'assenza di costrizione, richiesta, invece, per la configurabilità della violenza sessuale. Nello stesso senso si

[4] Si veda Sez. 3, 11 ottobre 2011, dep. 2012, n. 2681, R., Rv. 251885.

[5] In tal senso Sez. 4, 19 gennaio 2012, n. 6982, M., Rv. 251955; Sez. 3, n. 36595 del 22/05/2012, T., Rv. 253389.

[6] In quest'ottica Sez. 3, 04 ottobre 2012, n. 47869 M., Rv. 253870; Sez. 3, del 18 luglio 2012, n. 40848, B, non mass.; Sez. 3, 24 marzo 2015, n. 16107M., Rv. 263333.

[7] In tal senso Sez. 3, 03 dicembre 2008, dep. 2009, n. 2119, M., Rv. 242306.

[8] In questo caso Sez. 3, 08 aprile 2009, n. 23873, C., Rv. 244082.

[9] Il caso è trattato da Sez. 3, 19 aprile 2012, n. 19419 I., Rv. 252768.

[10] Sez. 3, 24 gennaio 2019, n. 23463 G, Rv. 275972; Sez. 3, 04 marzo 2010, Cardinali, n. 14837, Rv. 246819; conforme, Sez. 3, 27 marzo 2014, n. 36704, A, Rv. 260172, relativa ad abuso commesso dal datore di lavoro nei confronti di una dipendente, che rinviene un ulteriore elemento di sostegno alla lettura della norma nel contenuto dell'art. 609-*quater* c.p., comma 2, laddove si riferisce al potere da parte di soggetto non necessariamente ricoprente una funzione pubblica, come il convivente della madre del minore abusato).

[11] Cfr: Sez. 3, 30 aprile 2014, n. 49990, G, Rv. 261594 è relativa ad una fattispecie di abuso sessuale commesso dal superiore gerarchico su una dipendente della ditta che impiegava entrambi.

[12] Cfr. Cass. Sez. 3, 26 ottobre 2006, dep. 2007, n. 2283 C e Sez. 3, 11 ottobre 2011, dep. 2012, n. 2681, R., Rv. 251885.

è posta altra pronuncia[13] la quale, ponendo l'accento anche sulla diversa natura del bene giuridico tutelato rispetto alla previgente disciplina, che non è più la moralità pubblica ed il buon costume, ma la libertà personale, che prescinde dalla rilevanza pubblicistica della posizione di autorità e sulla natura di reato comune della violenza sessuale, rileva anche come la presenza di una clausola di riserva nell'art. 609-*quater* c.p. sia di per sè idonea a delimitarne l'ambito di operatività rispetto all'art. 609-*bis* c.p., regolando l'eventuale concorso apparente di norme e che, descrivendo tale ultimo articolo la modalità della condotta come "abuso di autorità", esso considera la strumentalizzazione della dimensione soggettiva dell'autorità, mentre per l'art. 609-*quater*, che si riferisce ad un "abuso dei poteri", rileva la strumentalizzazione della dimensione oggettiva, funzionale, dei poteri connessi alla posizione dell'agente.[14] Anche la dottrina, come si è detto, propende per una interpretazione ampia del concetto di autorità, pur dando atto, in alcuni casi, della difficoltà di individuare le condotte di abuso di autorità rispetto a quelle in cui la costrizione al compimento degli atti sessuali avviene con minaccia.

I Giudici del Supremo Consesso per dare una soluzione ai contrapposti indirizzi ritengono necessario in primo luogo individuare, prima di stabilire quale sia l'origine della posizione autoritativa rilevante per la configurabilità del reato, il significato concreto della locuzione abuso di autorità nel contesto in cui è collocato. La differente formulazione dei primi due commi dell'art. 609-*bis* c.p. evidenzia come, nella violenza sessuale "costrittiva", il soggetto passivo ponga in essere o subisca un evento non voluto poiché ne viene annullata o limitata la capacità di azione e di reazione coartandone la capacità di autodeterminazione, mentre nella violenza sessuale "induttiva" l'agente persuade la persona offesa a sottostare ad atti che, diversamente, non avrebbe compiuto, ovvero a subirli, strumentalizzandone la vulnerabilità e riducendola al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità. In entrambi i casi l'autore del reato incide sul processo formativo della volontà della persona offesa, direttamente compressa, nel primo caso, fino ad impedire ogni diversa opzione ed orientata, nel secondo, conformemente alle intenzioni dell'agente. Si tratta, sottolineano i Giudici Ermellini di due situazioni distinte, che rendono evidente come l'abuso di autorità considerato dal comma 1 sia solo quello che determina una vera e propria sopraffazione della volontà della persona offesa che si risolve in una costrizione e non anche una mera induzione, alla quale viene fatto riferimento solo nel comma 2 nei termini dianzi specificati. Come osservato in dottrina, la condizione in cui versa la persona offesa nei casi di abuso di autorità è una condizione di sudditanza materiale o psicologica ma non psichica e, quindi, di origine patologica in senso stretto. L'abuso di autorità può, peraltro, ritenersi distinguibile anche dalla minaccia funzionale alla costrizione, menzionata sempre nell'art. 609-*bis* c.p., comma 1. Il confine è certamente labile, ma risponde, evidentemente, all'esigenza di ampliare l'ambito di operatività del comma 1 fino a ricomprendervi situazioni non riconducibili alla violenza o minaccia ed è individuabile nel senso che, mentre la minaccia determina un'efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo, costretto a compiere o subire l'atto sessuale, la coartazione che consegue all'abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale che, consegue, dunque, alla strumentalizzazione di una posizione di supremazia.

Quanto finora osservato consente già di rilevare come non vi siano validi argomenti per accedere all'interpretazione maggiormente restrittiva del concetto di abuso di autorità nei termini prospettati dal primo degli indirizzi giurisprudenziali richiamati in precedenza, per una serie di ragioni efficacemente sviluppate nelle decisioni più recenti, che evidenziano la debolezza delle conclusioni cui erano pervenute le precedenti pronunce.

La sentenza 13/2000 delle Sezioni unite, dopo aver dato conto dell'accertamento in fatto, nel giudizio cautelare, dell'assenza di costrizione fisica nei confronti della persona offesa da parte dell'agente, afferma – come si è detto, in via del tutto incidentale – che l'abuso di autorità previsto dall'art. 609-*bis* c.p. coincide con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p. perché la disposizione vigente aveva sostituito quella di cui agli abrogati art. 519 c.p., comma 1 e art. 520 c.p., aggiungendo che, in ogni caso, esso presuppone una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico.

La sentenza, inoltre, confronta l'art. 609-*bis* c.p. con l'art. 609-*quater* c.p., considerando il vizio del consenso del minore determinato dalla differente maturità sessuale dell'agente e richiamando la differenza ontologica e giuridica tra il rapporto intercorrente tra autore del reato e persona offesa rispetto alle due fattispecie richiamate. A tali considerazioni si sono richiamate le successive pronunce adesive. Ciò posto, sottolineano i Supremi Giudici, occorre rilevare, in primo luogo, come non sia determinante il richiamo alle disposizioni del codice penale abrogate, rispetto alle quali quelle vigenti risultano del tutto scollegate.

[13] Sez. 3, 08 marzo 2016, n. 33042 F, Rv. 267453.

[14] Per una più ampia accezione del concetto di abuso di autorità si vedano Cass. Sez. 3, 17 maggio 2016, n. 33049, B, Rv. 267402, così come altre decisioni più recenti che a tale orientamento espressamente aderiscono ex pl. Sez. 3, 15 dicembre 2017, dep. 2018, n. 40301, I, non massimata; Sez. 3, 13 marzo 2018, n. 21997 I, non massimata; Sez. 3, 19 gennaio 2018, n. 20712, U, non massimata.

Invero, la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la pacifica natura di reato comune rendono evidente l'intenzione del legislatore di ampliare l'ambito di operatività della fattispecie e svincolano del tutto l'art. 609-*bis* c.p. dai riferimenti alla figura del pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p., la cui posizione, secondo la lettura della norma offerta dalla coeva giurisprudenza, era di per sè sufficiente alla configurazione del reato, non essendo richiesta la costrizione, bensì il solo nesso occasionale tra la posizione di pubblico ufficiale ed il fatto, tanto da ritenersi penalmente rilevante la condotta posta in essere con soggetto consenziente o indotta dal soggetto passivo, essendo peraltro il reato configurabile soltanto quando quest'ultimo fosse una persona arrestata, detenuta o in affidamento per esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente.[15]

Corretta risulta, poi, l'osservazione secondo cui, quando la legge ha inteso riferirsi a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale, lo ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 608 c.p., concernente l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti, mentre in altre disposizioni il concetto di autorità è inteso in senso ampio, pacificamente comprensivo di posizioni di preminenza non necessariamente di derivazione pubblicistica, come, ad esempio, nel caso dell'art. 61 c.p., n. 11, richiamato dalla giurisprudenza in precedenza menzionata e confrontato anche con il n. 9 del medesimo articolo (nella sentenza n. 49990/2014), ovvero in altre disposizioni richiamate dalla dottrina, quali l'ormai abrogato art. 671 c.p., l'art. 600-*octies* c.p., comma 1, che attualmente sanziona condotte analoghe e gli artt. 571, 600 e 601 c.p. Anche le ulteriori argomentazioni poste a sostegno della interpretazione maggiormente restrittiva, facendo ricorso al confronto tra la fattispecie in esame e quella prevista dell'art. 609-*quater* c.p., comma 2, perdono consistenza non soltanto per la presenza della clausola di riserva e la diversa formulazione, che si riferisce non all'abuso di autorità bensì all'abuso di poteri, ma anche per la diversa conformazione della condotta sanzionata che non richiede, come si è fatto rilevare in più occasioni, la costrizione del minore, il quale è ritenuto non capace di esprimere un valido consenso (in ragione dell'età o del rapporto che lo lega al soggetto attivo), tanto è vero che il bene giuridico del reato non è la libertà di autodeterminazione del minore ma la sua integrità fisio-psichica nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità. [16]

Tali considerazioni trovano ulteriore conferma nel fatto che, in termini generali, l'autorità, come osservato in altro ambito, ha natura relazionale e presuppone un rapporto tra più soggetti, sostanzialmente caratterizzato dal fatto che colui che riconosce l'autorità di chi la esercita subisce, senza reagire, gli atti che ne derivano, sicché in un simile contesto, non può validamente sostenersi che il riconoscimento dell'autorità debba avere esclusivamente natura formale e pubblicistica.

Una simile interpretazione risulta, invero, in evidente contrasto con la esigenza di massima tutela della libertà sessuale della persona che la legge persegue, come pacificamente riconosciuto e rende collocabili nella fattispecie astratta di cui all'art. 609-*bis* c.p., comma 1 anche situazioni che, altrimenti, ne resterebbero escluse, quali quelle derivanti da rapporti di natura privatistica o di mero fatto, come, ad esempio, nel caso dei rapporti di lavoro dipendente (anche irregolare), ovvero di situazioni di supremazia riscontrabili in ambito sportivo, religioso, professionale ed all'interno di determinate comunità, associazioni o gruppi di individui.

Accedendo, pertanto, alla tesi più restrittiva, la prevaricazione esercitata dall'agente sulla persona offesa sarebbe valutabile in sede penale solo se collocabile nell'ambito della minaccia o dell'abuso delle condizioni di inferiorità psichica, restandone esclusa qualora il compimento dell'atto sessuale con soggetto non consenziente avvenga in assenza dei presupposti caratterizzanti le suddette forme di coartazione o induzione.

Esclusa la natura formale e pubblicistica dell'autorità di cui l'agente abusa nel commettere il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p., occorre stabilire se l'autorità "privata" sia solo quella che deriva dalla legge o anche un'autorità di fatto, comunque determinatasi ed è conseguente alle premesse indicate ritenere corretta la seconda ipotesi, poiché, se ciò che rileva è la coartazione della volontà della vittima, posta in essere da una posizione di preminenza, la specifica qualità del soggetto agente resta in secondo piano rispetto alla strumentalizzazione di tale posizione, quale ne sia l'origine.

Va peraltro osservato che il riconoscimento della validità della interpretazione più ampia del concetto di abuso di autorità non incide negativamente sul principio di tipicità.

Occorre in primo luogo ribadire, a tale proposito, che, come peraltro riconosciuto dalla dottrina, tra le finalità della L. 15 febbraio 1996, n. 66 vi era quella di assicurare la massima tutela a tutti coloro che, per caratteristiche personali o in ragione del contesto ambientale o relazionale che li vede coinvolti, vengano indotti o costretti a compiere o subire atti sessuali, sicché una nozione ampia del concetto di autorità risulta del tutto coerente con gli scopi perseguiti dal legislatore.

Inoltre, la sussistenza oggettiva del rapporto autori-

[15] In tal senso Sez. 3, 27 ottobre 1981, dep. 1982, n. 1347, Di Gaspare, Rv. 152136; Sez. 3, 08 maggio 1987, n. 7406 Maione, Rv. 176179; Sez. 3, 28 gennaio 1986, dep. 1987, n. 2909, Panicola, Rv. 175293; Sez. 3, 18 dicembre 2003, dep. 2004, n. 5321, Retillo, Rv. 227440.

[16] In tal senso Sez. 3, 11 aprile 2018, n. 23205 G., Rv. 272790; Sez. 3, 27 maggio 2010, n. 24258 V., Rv. 247289; Sez. 3, 13 maggio 2004, n. 29662, Sonno, Rv. 229358; Sez. 3, 25 febbraio 2004, n. 15287, D'Ettore, Rv. 228610.

tario così come in precedenza individuato, deve essere inequivocabilmente dimostrata mediante un'analisi concreta della dinamica dei fatti idonea a porre in luce un rapporto di soggezione effettivamente intercorrente tra l'agente e la vittima del reato.

Deve, poi, essere dimostrata anche l'arbitraria utilizzazione del potere, dando anche conto della correlazione esistente tra l'abuso di autorità e le conseguenze sulla capacità di autodeterminazione della persona offesa, poiché una condotta che dovesse diversamente estrinsecarsi dovrebbe inevitabilmente essere inquadrata nelle contermini ipotesi di minaccia o induzione.

In altre parole, per la configurabilità del reato in esame occorre dimostrare non soltanto l'esistenza di un rapporto di autorità tra autore del reato e vittima diverso dalla mera costrizione fisica e dalle richiamate ipotesi di minaccia ed induzione, ma anche che di tale posizione di supremazia l'agente abbia abusato al fine di costringere la persona offesa a compiere o subire un atto sessuale al quale non avrebbe in altro contesto consentito, dovendosi dunque escludere la possibilità di desumere la costrizione in via meramente presuntiva sulla base della posizione autoritativa del soggetto agente.

Quanto in precedenza rilevato consente, infine, di ritenere rilevante, per la configurabilità del reato, la valenza coercitiva dell'abuso di autorità tanto nel caso in cui la posizione di preminenza dell'agente sia venuta meno, permanendo tuttavia una condizione di soggezione psicologica derivante dall'autorità da questi già esercitata, quanto in quello di relazione di dipendenza indiretta tra autore e vittima del reato, quando il primo, abusando della sua autorità, concorre con un terzo che compie l'atto sessuale non voluto dalla persona offesa.

Alla stregua di quanto precede, può pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto: «L'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-*bis* c.p., comma 1, presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumen-talizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali».

a cura di
Andrea Alberico
Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale, Avvocato

Rassegna di legittimità

Armi – Porto abusivo – Porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di un'arma legittimamente detenuta all'interno della propria abitazione – Reato di cui agli artt. 4 e 7 della legge n. 895 del 1967 – Configurabilità – Presenza di altro soggetto titolare di licenza – Rilevanza scriminante – Esclusione.

Risponde del reato di porto illegale di arma colui che, detenendo legittimamente un'arma all'interno della propria abitazione, la porti, privo di specifica licenza, in luogo pubblico o aperto al pubblico, a nulla rilevando la presenza, insieme all'agente, di altro soggetto regolarmente titolare di licenza.

Cass., sez. 1,sentenza 9 settembre 2020, n. 27707 (dep. 06 ottobre 2020), Rv. 279584
Pres. Siani, Rel. Aprile, Imp. Mascia, P.M. Pinelli (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Cagliari

Impugnazioni – Cassazione – Sentenza – Annullamento – Con rinvio – In genere – Assoluzione in primo grado – Condanna ai soli effetti civili in appello – Annullamento della sentenza per mancata rinnovazione di una prova dichiarativa decisiva – Rinvio al giudice penale – Necessità – Ragioni.

In caso di annullamento, per mancata rinnovazione dell'assunzione di prove dichiarative decisive, della sentenza di appello, che, in accoglimento del gravame della parte civile, abbia riformato, con condanna ai soli effetti civili, la decisione assolutoria di primo grado, il rinvio per nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice penale, in quanto non è applicabile l'art. 622 cod. proc. pen., permanendo, nonostante l'irrevocabilità della sentenza di assoluzione, un interesse penalistico alla vicenda, sotto il profilo della necessaria applicazione del principio di rilievo costituzionale del "giusto processo", anche in presenza di questioni relative ai soli profili civilistici della stessa.

Cass., sez. 6, sentenza 25 settembre 2020, n. 28215 (dep. 09 ottobre 2020), Rv. 279574-02
Pres. Costanzo, Rel. Vigna, Imp. V., P.M. Angelillis (Conf.)
Annulla con rinvio, Corte di Appello di Bari

Misure cautelari – Personali – Disposizioni generali – Scelta delle misure (Criteri) – Soggetto ultrasettantenne – Assenza di eccezionali esigenze cautelari – Arresti domiciliari – Applicazione condizionata alla disponibilità del braccialetto elettronico – Possibilità – Esclusione.

Nel caso di soggetto ultrasettantenne, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, il giudice non può condizionare l'applicazione della misura degli arresti domiciliari, anche se disposta in sostituzione della custodia cautelare in carcere, alla disponibilità del c.d. braccialetto elettronico.

Cass., sez. 5, sentenza 1º luglio 2020, n. 27963 (dep. 07 ottobre 2020), Rv. 279538
Pres. Bruno, Rel. Miccoli, Imp. Marano, P.M. Cesqui (Diff.)
Annulla senza rinvio, Tribunale della Libertà di Catania

Prove – Mezzidi prova – In genere – Prova scientifica – Teoria non sottoposta al vaglio della comunità scientifica – Utilizzabilità ai fini della decisione – Condizioni – Fattispecie.

In tema di prova scientifica, il giudice può porre a fondamento della decisione una teoria non sottoposta al vaglio della comunità scientifica o non ancora accreditata presso di essa a condizione che risultino idoneamente documentati, da un lato, la base scientifica d'indagine, gli studi pregressi, i fondamentali criteri oggettivi ed i riscontri fattuali a supporto della teoria medesima e, dall'altro, le caratteristiche di professionalità, qualificazione ed indipendenza di chi ne è autore. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la valutazione espressa dai giudici di merito di inattendibilità, sul piano scientifico, dell'indagine denominata "behavioural screening", condotta dai consulenti della difesa su filmati ritraenti la persona offesa in sede di informazioni testimoniali onde far rilevare pretese incoerenze

tra il contenuto delle sue parole ed il linguaggio del suo corpo, significative della non veridicità delle sue dichiarazioni accusatorie).

Cass., sez. 1, sentenza 18 giugno 2020, n. 27115 (dep. 29 settembre 2020), Rv. 279582
Pres. Iasillo, Rel. Boni, Imp. Hurtado, P.M. Birritteri (Parz. Diff.)
Rigetta, Corte di Appello di Trieste

Reati contro il patrimonio – Delitti – Furto – Furto punibile a querela – Spigolamento, rastrellamento, rampollamento – Criteri distintivi – Indicazione.

La fattispecie di furto punibile a querela dell'offeso, prevista dall'art. 626, comma primo, n. 3, cod. pen. - che consiste nel fatto di spigolare, rastrellare o raspollare nei fondi altrui, non ancora spogliati interamente del raccolto - è configurabile quando siano state effettuate le operazioni di raccolta e ad esse siano sfuggiti residui suscettibili di apprensione da parte dell'avente diritto mediante ulteriore raccolta, sicché tale ipotesi non è configurabile quando le operazioni di raccolta non siano state compiute e, a maggior ragione, quando il ciclo di raccolta dei frutti non sia neppure iniziato, sussistendo, in tal caso, l'ipotesi di furto comune di cui all'art. 624 cod. pen.

Cass., sez. fer., sentenza 2 settembre 2020, n. 27537 (dep. 05 ottobre 2020), Rv. 279575
Pres. Bricchetti, Rel. Calaselice, Imp. Martina, P.M. Dall'olio (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Lecce

Reati contro la famiglia – Delitti contro l'assistenza familiare – Violazione degli obblighi di assistenza familiare – Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza – Omessa prestazione dei mezzi di sussistenza – Conseguimento degli stessi mediante il recupero forzoso dei crediti da parte dell'avente diritto – Responsabilità penale dell'obbligato – Elemento soggettivo del reato – Sussistenza.

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, il recupero forzoso dei crediti operato dall'avente diritto non esclude la sussistenza dello stato di bisogno del medesimo, nè dell'elemento soggettivo del reato, ponendosi, rispetto alla perpetrata omissione, come un "post factum" dimostrativo della pregressa facoltà di spontaneo adempimento da parte dell'obbligato.

Cass., sez. 6, sentenza 25 settembre 2020, n. 28215 (dep. 09 ottobre 2020), Rv. 279574
Pres. Costanzo, Rel. Vigna, Imp. V., P.M. Angelillis (Conf.)
Annulla con rinvio, Corte di Appello di Bari

Reati contro la persona – Delitti contro la libertàindividuale – Violenza sessuale – In genere – Abuso di autorità – Presupposto – Posizione di supremazia derivante da autorità anche privata – Configurabilità – Fattispecie.

In tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità che costituisce, unitamente alla violenza o alla minaccia, una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609-bis cod. pen., presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali.

Cass., sez. un., sentenza 16 luglio 2020, n. 27326 (dep. 01 ottobre 2020), Rv. 279520
Pres. Fumu, Rel. Ramacci, Imp. C., P.M. Fimiani (Conf.)
Rigetta, Corte di Appello di Caltanissetta

Reati contro la persona – Delitti contro la vita e l'incolumità individuale – Lesioni personali volontarie – Circostanze aggravanti – Sfregio permanente – Nozione – Fattispecie.

In tema di lesioni personali, integra lo sfregio permanente qualsiasi nocumento che, senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, importi un'apprezzabile alterazione delle linee del volto che incida, sia pure in misura minima, sulla funzione estetico-fisiognomica dello stesso. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto sussistente l'aggravante di cui all'art. 583, comma secondo, n. 4, cod. pen. riguardo ad un lieve disvellamento del margine orbitario inferiore con alterazione minima delle euritmie del volto).

Cass., sez. 5, sentenza 21 settembre 2020, n. 27564 (dep. 05 ottobre 2020), Rv. 27947
Pres. Miccoli, Rel. Romano, Imp. Piras, P.M. Loy (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Cagliari

Reati contro l'ordine pubblico – Delitti – Associazione per delinquere – In genere – Criteri di valutazione della sussistenza della *"affectio societatis"* – Esplicita manifestazione di volontà associativa – Necessità – Esclusione – Fattispecie

In tema di associazione per delinquere, la esplicita manifestazione di una volontà associativa non è necessaria per la costituzione del sodalizio, potendo la consapevolezza dell'associato essere provata attraverso comportamenti signifi-

cativi che si concretino in una attiva e stabile partecipazione. (Fattispecie di associazione a delinquere finalizzata alla realizzazione di plurime condotte di frode informatica ex art. 640-ter cod. pen., commesse mediante captazione di codici identificativi di carte di credito, clonazione delle stesse e conseguente svolgimento di una pluralità di operazioni bancarie caratterizzate dall'uso del pos collegato all'attività commerciale dell'imputata).

Cass., sez. 2, sentenza 2 luglio 2020, n. 28868 (dep. 19 ottobre 2020), Rv. 279589

Pres. Cervadoro, Rel. Tutinelli, Imp. De Falco, P.M. Ceniccola (Conf.)

Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Napoli

Reati fallimentari – Reati di persone diverse dal fallito – In genere – Amministratore di fatto – Nozione – Indici sintomatici – Fattispecie.

In tema di bancarotta fraudolenta, i destinatari delle norme di cui agli artt. 216 e 223 legge fall. vanno individuati sulla base delle concrete funzioni esercitate, non già rapportandosi alle mere qualifiche formali ovvero alla rilevanza degli atti posti in essere in adempimento della qualifica ricoperta. (In motivazione la Corte ha ritenuto corretta l'individuazione dell'imputato - già consulente e creditore della società fallita - quale amministratore di fatto, sulla base di indici sintomatici espressivi dell'inserimento organico, con funzioni direttive, nella sequenza produttiva, organizzativa o commerciale dell'attività sociale, in posizione assolutamente preminente rispetto all'amministratore di diritto, privo di esperienze specifiche nel settore di operatività dell'ente).

Cass., sez. 5, sentenza 10 luglio 2020, n. 27264 (dep. 01 ottobre 2020), Rv. 279497

Pres. Sabeone, Rel. Calaselice, Imp. Fontani, P.M. Picardi (Conf.)

Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Firenze

Reato – Estinzione (cause di) – In genere – Messa alla prova – Modifica del programma di trattamento da parte del giudice – Mancato consenso dell'imputato – Conseguenze – Fattispecie.

In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, il provvedimento con cui il giudice modifichi il programma di trattamento elaborato ai sensi dell'art. 464-bis, comma 2, cod. proc. pen. senza il consenso dell'imputato comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio "ex" art. 178, lett. c), cod. proc. pen. (Nella specie la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza di sospensione del procedimento e messa alla prova con la prescrizione, adottata senza il consenso dell'imputato, di non allontanarsi da un determinato territorio, se non per giustificati motivi, e di seguire un percorso di mediazione con la persona offesa).

Cass., sez. 4, sentenza 15 settembre 2020, n. 27249 (dep. 01 ottobre 2020), Rv. 279554

Pres. Fumu, Rel. Cenci, Imp. Palarchi, P.M. Capasso (Conf.)

Annulla senza rinvio, Gip Tribunale di Pistoia

a cura di
Giuseppina Marotta
Avvocato

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Inosservanza di provvedimenti dell'A.G.: mancata consegna del minore al genitore collocatario – Benessere del minore – Esclusione del reato.

(art. 388 c. 2 c.p.)

La condotta del reo di mancata consegna del minore alla madre collocataria, non integra reato ove la condotta sia stata orientata alla ricerca del benessere del minore, in ossequio alla ratio del provvedimento dell'A.G. volto alla serena crescita del figlio. Il Tribunale valuta sussistente quel motivo plausibile e giustificato che – come precisato in più occasioni dalla S.C. – può costituire valida causa di esclusione della colpevolezza – in quanto- pur senza configurare l'esimente dello stato di necessità, sia stato comunque determinato dalla volontà di esercitare il diritto - dovere di tutela dell'interesse del minore in situazioni transitorie e sopravvenute, non ancora devolute al giudice per l'eventuale modifica del provvedimento di affidamento, ma integranti i presupposti di fatto per ottenerla.

Tribunale Nola, G.o.t. Liccardo
sentenza 9 luglio 2020, n. 1282

Inosservanza del provvedimento di A.G.: mero inadempimento – Esclusione del reato – Necessità di atti simulati e/o fraudolenti.

(art. 388 c. 2 c.p.)

In tema di elusione dei provvedimenti del giudice civile relativo all'affidamento di minori, il mero inadempimento non integra il reato di cui all'art. 388 c. 2 cp, occorrendo che il genitore affidatario si sottragga con atti fraudolenti o simulati, all'obbligo di consentire le visite del genitore non affidatario, ostacolandole attraverso comportamenti implicanti un inadempimento in mala fede e non riconducibile ad una mera inosservanza dell'obbligo.

Tribunale Nola, G.o.t. Liccardo
sentenza 9 luglio 2020, n. 1282

Inosservanza di provvedimento dell'A.G.: elemento soggettivo: dolo – Caratteristiche.

(art. 388 c. 2 c.p.)

In riferimento all'elemento psicologico del reato di cui all'art. 388 cp, è stato sancito che il dolo richiesto per la configurabilità del delitto di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, non è integrato nel caso in cui ricorra un plausibile e giustificato motivo che abbia determinato l'azione del genitore affidatario a tutela esclusiva dell'interesse del minore.

Tribunale Nola, G.o.t. Liccardo
sentenza 9 luglio 2020, n. 1282

Lesioni personali: malattia – Nozione.

(art. 582 c.p.)

Ai fini del perfezionamento del delitto in esame, il concetto di malattia deve essere inteso come comprensivo di qualsivoglia alterazione anatomica o funzionale, dell'organismo, ancorché lieve e circoscritta, che comporti un processo di reintegrazione, sia pure di breve durata, della salute della vittima.

Tribunale Nola, G.M. Merola
sentenza 22 luglio 2020, n. 1403

Minaccia: elementi costitutivi.

(art. 612 c.p.)

Per la configurabilità del reato di minaccia, che rientra nella categoria dei reati di pericolo, non è necessario che il bene tutelato sia realmente leso, ma che il male prospettato sia idoneo ad incutere timore nel soggetto passivo menomandone per ciò solo la sfera morale.

Tribunale Nola, G.M. Gentile
sentenza 23 ottobre 2020, n. 24

Particolare tenuità del fatto: procedimento innanzi al Giudice di pace – Applicabilità - Esclusione.

(art. 131-*bis* c.p.)

La sentenza della S.C. a sez.un.. del 22/6/2017, risolvendo il contrasto tra le diverse sezioni, ha evidenziato l'inapplicabilità di tale norma ai procedimenti innanzi al giudice di pace sottolineando le caratteristiche peculiari di tali procedimenti ispirate a finalità di conciliazione tra le parti, non compatibili con il procedimento innanzi al tribunale, finalità che sarebbero vanificate dall'istituto in esame che, quale causa di non punibilità, prescinde dal consenso della p.o.

Tribunale Nola, G.M. Gentile
sentenza 23 ottobre 2020, n. 23

Prescrizione del reato: sospensione – Rinvio udienza – Causale- Rilevanza.

(art. 159 c.p.)

In merito alla computabilità quale periodo di sospensione del termine di prescrizione dell'arco temporale corrente tra un'udienza e l'altra, quando la prima sia stata rinviata tanto per un impedimento del difensore (cui è assimilabile l'adesione all'astensione dalle udienze da parte dello stesso) che per l'impossibilità di procedere ad atto istruttorio – per assenza dei testi – deve concludersi che tale periodo non assume rilievo, per la predominante valenza di quest'ultima causale, la quale preclude l'operatività del disposto dell'art. 159 cp, e la conseguente sospensione della prescrizione.

Tribunale Nola, G.M. Zingales
sentenza 21 ottobre 2020, n. 1832

Violenza privata: privazione della libertà di autodeterminazione della p.o. – Sussistenza del reato.

(art. 610 c.p.)

Ai fini della sussistenza del reato di violenza privata, è necessaria la sussistenza di un mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione direttamente nei confronti della vittima o attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui impedendone la libera determinazione.

Tribunale Nola, G.o.t. Sabato
sentenza 17 luglio 2020, n. 1370

CODICE PROCEDURA PENALE

Valutazione della prova: deposizione della p.o. – Credibilità oggettiva e soggettiva – Criteri.

(art. 192 c.p.p.)

In tema di valutazione della prova, qualora si tratti della testimonianza della p.o. dal reato, la quale ha sicuramente interesse verso l'esito del giudizio, è necessario vagliare le sue dichiarazioni con ogni opportuna cautela, cioè compiere un esame particolarmente penetrante e rigoroso, attraverso una conferma di altri elementi probatori, talché essa può essere assunta, da sola, come fonte di prova, unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, e solo quando non sussistano situazioni che inducono a dubitare della sua credibilità. Più in generale la giurisprudenza sostiene che nella valutazione della prova, il Giudice deve prendere in considerazione ogni singolo fatto ed il loro insieme non in modo frammentario ed avulso dal generale contesto probatorio, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una ricostruzione logica, armonica e consonante, la quale permetta, attraverso la unitaria valutazione di quanto emerge in dibattimento, di attingere alla verità processuale, ovvero la verità limitata, umanamente accertabile del caso concreto.

Tribunale Nola, G.o.t. Sabato
sentenza 17 luglio 2020, n. 1370

Valutazione della prova: testimonianza della p.o. costituita parte civile – Attendibilità – Criteri.

(art. 192 c.p.p.)

In ordine alla attendibilità della deposizione della p.o. è richiesto un approfondimento giustificato dalla diversa

posizione assunta dalla p.o. rispetto a quella del testimone e conseguentemente un esame più rigido e rigoroso, tale da richiedere in alcuni casi anche la necessità di riscontri giustificata dall'interesse economico nel processo in particolare allorquando si sia costituita parte civile. Ne consegue che la deposizione della p.o., come ogni deposizione, è soggetta ad una valutazione di attendibilità intrinseca ed estrinseca del teste all'esito della quale essa processualmente costituisce prova diretta del fatto e non mero indizio, senza che abbisogni neppure di riscontri esterni, quando non sussistono situazioni che inducono a dubitare della sua attendibilità. Nel rispetto delle suddette condizioni, anche la deposizione della persona offesa dal reato, pur se non può essere equiparata a quella del testimone estraneo, può essere pertanto da sola assunta come fonte di prova della colpevolezza del reo.

Tribunale Nola, G.M. Gentile
sentenza 23 ottobre 2020, n. 23

LEGGI PENALI SPECIALI

Codice della strada: guida in stato di alterazione psicofisica – Dimostrazione dello stato di alterazione – Necessità.

(art. 187 c.d.s.)

L'art. 187 cds punisce chiunque guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti, che come ha chiarito la giurisprudenza, non è sufficiente ad integrare il reato l'assunzione prima della guida di sostanze stupefacenti, ma l'alterazione psicofisica determinata da tale assunzione. La norma intende colpire infatti, il possibile effetto dell'assunzione di stupefacenti o di sostanze psicotrope, sicché lo stato di alterazione non può essere confuso con l'assunzione pregressa di essi né l'esistenza di loro residui nei liquidi biologici del conducente può dirsi dimostrativa di uno stato di alterazione in quanto essi possono permanere per un lungo arco temporale successivo all'assunzione dello stupefacente.

Tribunale Avellino, G.M. Matarazzo
sentenza 6 ottobre 2020, n. 1326

Diritto amministrativo

Attività d'impresa e diritti umani 788
di Martina Rubino De Ritis

Leggi regionali in materia di Piano-Casa: la posizione della Consulta.
Nota a Corte Costituzionale, 24 aprile 2020, n. 70 792
di Giuseppe Rosanova

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* 812
a cura di Almerina Bove

Martina Rubino De Ritis
Dottore di ricerca in Istituzione, Diritto ed Economia dei Servizi Pubblici Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"

Attività d'impresa e diritti umani

abstract

The relationship between business and human rights has assumed fundamental importance, as it appears essential to ask the question whether it is possible to reconcile business activity with respect for human rights. The economic crisis on the one hand and the growing phenomenon of trade liberalization on the other, have highlighted contradictions and inequalities in the respect and protection of human rights. It is clear that the obligation to defend and protect human rights cannot be attributed only to States but must also concern economic activities and, therefore, the behavior of businesses.

The Guiding Principles on business and human rights provide the first set of global rules for the prevention and management of risks deriving from the negative impacts that business activity can generate on respect for human rights.

The principle of "due diligence" then constitutes a risk management tool, characterized by the set of good practices, useful for the purpose of identifying and reducing the impacts caused by business activities on human rights and the environment . It is therefore a principle aimed at promoting responsible corporate behavior.

keywords

Corporate social responsibility – UN Guiding Principles - Protection of human rights – Principle of due diligence.

abstract

Il rapporto tra Imprese e Diritti Umani ha assunto una fondamentale importanza, in quanto appare essenziale porsi la domanda se sia possibile conciliare l'attività di impresa col rispetto dei diritti umani. La crisi economica da un lato e il crescente fenomeno di liberalizzazione del commercio dall'altro, hanno messo in risalto contraddizioni e diseguaglianze nel rispetto e nella tutela dei diritti umani. È evidente come l'obbligo di difesa e protezione dei diritti umani non possa essere attribuito solo agli Stati ma debba riguardare anche le attività economiche e, quindi, il comportamento delle imprese.

I Principi Guida su imprese e diritti umani forniscono il primo apparato di regole globali per la prevenzione e la gestione dei rischi derivanti dagli impatti negativi che l'attività di impresa può generare sul rispetto dei diritti umani.

Il principio di "due diligence" costituisce, poi, uno strumento di gestione del rischio, caratterizzato dall'insieme di buone pratiche, utili ai fini dell'identificazione e della riduzione degli impatti, provocati dalle attività di impresa sui diritti umani e sull'ambiente. È un principio volto, quindi, a promuovere un comportamento aziendale responsabile.

parole chiave

Responsabilità sociale di impresa – Principi Guida ONU – Tutela dei diritti umani – Principio di due diligence.

sommario

Premessa. – **1.** Principi Guida su imprese e diritti umani: *Protect, Respect and Remedy*. – **2.** Il principio di *due diligence*.

Premessa

Il rapporto tra Imprese e Diritti Umani ha assunto una fondamentale importanza, in quanto appare essenziale porsi la domanda se sia possibile conciliare l'attività di impresa col rispetto dei diritti umani[1]. La crisi economica da un lato e il crescente fenomeno di liberalizzazione del commercio dall'altro, hanno messo in risalto contraddizioni e diseguaglianze nel rispetto e nella tutela dei diritti umani. È evidente come l'obbligo di difesa e protezione dei diritti umani non possa essere attribuito solo agli Stati ma deve riguardare anche le attività economiche e, quindi, il comportamento delle imprese.

Inoltre, la rimozione delle barriere al commercio, al libero mercato e al movimento di capitali su scala globale ha portato alla nascita di nuovi centri di potere economico: le imprese multinazionali. Queste ultime orientano le proprie politiche aziendali al raggiun-

[1] Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, art.1 Protezione della Proprietà. L'articolo recita che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale…".

gimento del massimo profitto e all'espansione commerciale, spesso non tenendo conto di conseguenze di carattere etico o ambientale, effetti altrettanto importanti. È indispensabile per il mondo imprenditoriale[2] e per gli organismi internazionali la predisposizione e l'attuazione di standard e criteri per il rispetto dei diritti umani.

Gli Stati e le organizzazioni internazionali sono intervenuti creando un insieme di regole e valori condivisi da tutti gli attori coinvolti e indirizzati, in particolare, alle imprese multinazionali, che devono incorporarle nella propria gestione aziendale e nelle proprie scelte, rendendo così eticamente responsabile il proprio operato. Nasce, così, il concetto di Responsabilità Sociale di Impresa, che indica un tipo di organizzazione aziendale che orienta le proprie attività e scelte, in modo da controllare gli effetti sociali e ambientali legati all'operato dell'impresa.

1. Principi Guida su imprese e diritti umani: *Protect, Respect and Remedy*

L'Organizzazione delle Nazioni Unite ha contribuito a definire ed adottare regole di condotta, per le imprese multinazionali, attraverso una pluralità di iniziative; tra queste si ricorda, come più significativo il quadro dell'ONU *Protect, Respect and Remedy*[3].

Quest'ultimo intitolato "proteggere, rispettare e rimediare", si basa su tre pilastri:

1) il dovere degli Stati di garantire la protezione dei diritti umani, agendo attraverso l'adozione di politiche, norme e misure giudiziarie apposite (*State duty to protect human rights)*;
2) la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (*corporate responsibility to respect human rigths*);
3) le garanzie per le vittime di abusi di avere accesso a rimedi efficaci (*access to remedy*).

Questi Principi costituiscono il primo strumento normativo a livello internazionale che delinea una responsabilità delle imprese con riguardo al rispetto dei diritti umani.

L'adozione nel 2011 dei Principi Guida da parte delle Nazioni Unite su Imprese e Diritti Umani ha rappresentato un punto essenziale di un processo che ha come obiettivo la definizione di un quadro normativo internazionale di natura cogente. È importante, inoltre, evidenziare come l'approvazione da parte delle Nazioni Unite, renda i Principi Guida un autorevole punto di riferimento a livello globale per le Imprese e la tutela dei diritti umani.

I principi guida indicano come passare da un approccio teorico ad un'azione pratica, che garantisca risultati concreti e positivi; a livello normativo essi non prevedono la creazione di nuovi obblighi di diritto internazionale, ma l'elaborazione delle implicazioni delle norme e delle politiche già esistenti, integrandole all'interno di un modello unico, coerente e completo. Essi identificano le falle e le lacune del regime attualmente in vigore, indicando come dovrebbe essere migliorato; ogni principio è accompagnato da un commento, che ne chiarisce il significato; i principi si applicano a tutti gli Stati e a tutte le imprese, sia transnazionali che di altro tipo, indipendentemente dalla loro dimensione, settore, localizzazione, proprietà e struttura.

I principi guida prevedono, come già detto, tre pilastri: proteggere, rispettare e rimediare. Il primo indica il dovere dello Stato di proteggere i diritti umani da eventuali violazioni da parte di terzi, comprese le imprese commerciali presenti nel loro territorio e / o giurisdizione. "Ciò esige misure necessarie per prevenire, indagare, punire e correggere tali abusi attraverso politiche efficaci, la legislazione, i regolamenti e le sentenze"[4]. Gli Stati devono fare in modo che le imprese presenti nel proprio territorio rispettino i diritti umani, applicando leggi appropriate e colmandone le lacune, se necessario. Gli Stati devono, infatti, garantire che le leggi riguardanti il funzionamento delle imprese, come il diritto societario, non siano d'ostacolo all'obbligo delle imprese di rispettare i diritti umani; gli stessi devono fornire alle imprese una guida su come rispettare tali diritti, incoraggiandole a comunicare il modo con cui affrontano l'impatto, che le proprie attività possono avere sui diritti. Inoltre, quando sottoscrivono accordi commerciali, gli Stati devono controllare che tali accordi non pongano ostacoli al dovere di protezione dei diritti umani, anzi dovrebbero promuoverne il rispetto anche da parte delle imprese, con cui concludono accordi.

Un punto particolarmente importante di questo primo pilastro è il settimo, quello riguardante il sostegno alle imprese che operano nelle zone colpite da conflitti, nel rispettare i diritti umani. Si legge che siccome nelle aree colpite da conflitti il rischio di violazioni gravi dei diritti umani è alto, gli Stati dovrebbero assicurarsi che le imprese che qui operano, non siano coinvolte in tali abusi. Gli Stati dovrebbero, perciò, aiutare le imprese a identificare, prevenire e affrontare i maggiori rischi per i diritti umani connessi attraverso le proprie attività.

[2] Guiding Principles on Business and human rights, principles 11: «Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved».

[3] The United Nations *"Protect, Respect, Remedy" Framework for Business and Human Rights and the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights, A Guide for Trade Unionists*, maggio 2012, p.15.

[4] Rapporto del Rappresentante speciale del Segretario Generale ONU J. Ruggie sulla questione dei diritti umani e le imprese transnazionali e altre imprese, *Principi Guida su Business e diritti umani: attuare il quadro dell'Onu "proteggere, rispettare e risarcire"*, I. Il dovere dello Stato di proteggere i diritti umani, A. Principi Fondamentali, punto 1.

Il secondo pilastro riguarda la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani. "Le imprese sono tenute al rispetto dei diritti umani"[5] universalmente riconosciuti e devono astenersi dall'avere o contribuire ad avere un impatto negativo sui diritti umani. Se attraverso le proprie attività commettessero violazioni, dovrebbe intervenire per porvi rimedio. Come già sottolineato in precedenza, questi principi guida si applicano a tutte le imprese, indipendentemente dalle loro dimensioni, struttura e localizzazione; questi fattori hanno importanza solo in relazione agli strumenti a cui le imprese ricorrono, per adempiere alle loro responsabilità. Le imprese devono dimostrare il loro impegno a rispettare i diritti umani attraverso una dichiarazione politica che: sia approvata ai livelli più alti dell'impresa, si basi su una consultazione di esperti nel settore dei diritti umani, elenchi le aspettative dell'impresa in materia di diritti umani, sia di carattere politico e preveda politiche e procedure, che ne permettano l'integrazione nelle sue attività. Si prevede, poi, che le imprese effettuino una *due diligence* sui diritti umani, cioè una valutazione degli effetti e dei rischi, anche potenziali, che le proprie attività possono avere sui diritti umani. La dimensione dell'impresa influisce sulla *due diligence*, per la realizzazione della quale le imprese effettuano consultazioni, sia con esperti del settore dei diritti umani, sia con altre parti interessate che potrebbero, potenzialmente, essere oggetto di violazioni. I riscontri a tale valutazione devono essere integrati in tutte le funzioni ed i processi interni dell'impresa. Se le imprese si rendono conto di avere un impatto negativo sui diritti umani, devono adottare misure adeguate a interrompere questi abusi, porvi rimedio con processi legittimi, di cui si deve monitorare l'efficacia e rendere pubbliche all'esterno dell'impresa, le modalità con cui esse intervengono sugli effetti negativi, da esse stesse causati.

Il terzo pilastro riguarda i rimedi alle violazioni dei diritti umani. Si legge che "Gli Stati devono introdurre misure adeguate al fine di garantire, attraverso strumenti giuridici, amministrativi, legislativi o altri mezzi adeguati, che, nei casi in cui tali abusi si verifichino sul rispettivo territorio e/o sotto la propria giurisdizione, i soggetti che ne risultino danneggiati possano accedere a efficaci misure di risarcimento"[6]. Per poter garantire l'accesso alle misure di risarcimento è necessario un meccanismo giudiziario efficace, che riesca a intervenire sugli abusi dei diritti umani; tale efficacia dipende dalla sua imparzialità, integrità e capacità di garantire un giusto processo. Oltre ai meccanismi giudiziari, ci sono altri metodi, come quelli non giudiziari, che permettono di risarcire coloro che sono stati colpiti da abusi; i meccanismi non giudiziari esistenti e a cui si può fare ricorso sono basati sulla mediazione, su procedimenti decisori, sul dialogo e su altre procedure culturalmente adeguate a garantire un risarcimento. Gli Stati sono, inoltre, tenuti ad agevolare l'accesso a meccanismi di denuncia non statali, contro eventuali abusi commessi dalle imprese; si tratta di meccanismi gestiti dall'imprese, da associazioni di categoria o da gruppi con la partecipazione delle parti interessate, e che possono offrire particolari vantaggi, come la rapidità di intervento e di risarcimento, l'abbattimento del tempo e dei costi.

I vari meccanismi di denuncia devono essere operativi ed efficaci affinché i singoli individui e le comunità che abbiano subito un abuso da parte di un'impresa possano reagire precocemente. Questo pilastro stabilisce, infine, quali sono i requisiti che i meccanismi di denuncia non giudiziari, statali e non statali devono possedere per risultare efficaci; questi ultimi devono essere: legittimi, accessibili, prevedibili, cioè garantire una procedura chiara e nota, equi, trasparenti, compatibili con i diritti, basati sulla partecipazione e il dialogo.

2. Il principio di *due diligence*

Letteralmente, il concetto di due diligence significa "l'attenzione che una persona ragionevole deve esercitare per evitare danni ad altre persone o ai loro beni"; implica, dunque, un comportamento prudente ed attento a non ledere gli altri.

Negli ultimi anni e come si evince anche dai "Principi Guida ONU", questo concetto esplicita e diviene una guida nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani. Le imprese sarebbero, infatti, tenute a rispettare i diritti umani, ponendo in essere un comportamento diligente nello svolgimento della propria attività economica. Le imprese si devono attenere attenere ad un'attività prudente e ragionevole nel rispetto di standard di condotta, che devono tenere conto del settore, del contesto operativo, delle dimensioni dell'azienda stessa. In base ai principi Guida le imprese hanno la responsabilità di rispettare i diritti umani ovunque essi operino, gestendo il proprio impatto negativo e ponendo in essere procedure mirate volte a rimediare a tale impatto.

Il Principio n. 15[7] si sofferma sull'analisi degli strumenti che possono essere attuati da parte delle società per far fronte alla "responsabilità" di rispettare i diritti umani, fra i quali vengono indicati l'adozione di specifiche politiche aziendali, l'attuazione di un processo di *Human Rights Due Diligence*. Il principio di *due diligence* rispetto ai diritti umani consiste in una valutazione, da parte delle imprese, degli impatti effettivi e potenziali delle attività produttive da loro condotte sui diritti umani.

[5] Principi Guida, II. La responsabilità sociale e il rispetto dei diritti umani, A. Principi fondamentali, punto 11.

[6] Principi Guida, III. Accesso alle misure di risarcimento, A. Principio fondamentale, punto 25.

[7] John Ruggie, John Sherman, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and Mccorquodale*, in *European Journal of International Law*, 2017.

Il principio di *due diligence* costituisce uno strumento di gestione del rischio, caratterizzato dall'insieme di buone pratiche, utili ai fini dell'identificazione e della riduzione degli impatti, provocati dalle attività di impresa sui diritti umani e sull'ambiente. È un principio volto, quindi, a promuovere un comportamento aziendale responsabile.

Il Principio Guida n. 17 specifica che "la *due diligence* in materia di diritti umani: (i) ha ad oggetto gli impatti negativi sui diritti umani che l'impresa può causare o contribuire a causare attraverso le proprie attività o che possono essere direttamente collegati alle sue operazioni, ai suoi prodotti o servizi attraverso le proprie relazioni commerciali; (ii) varierà in termini di complessità in base alla dimensione dell'impresa, al rischio di gravi impatti sui diritti umani, alla natura e al contesto delle sue operazioni; (iii) dovrebbe essere esercitata in modo continuativo poiché i rischi per i diritti umani possono cambiare nel tempo con l'evolvere dell'attività e del contesto operativo dell'impresa".

Nella fase iniziale nell'esercizio della *due diligence* sui diritti umani viene identificata e valutata la natura degli impatti negativi, sia effettivi che potenziali, sui diritti umani in cui un'impresa può essere coinvolta. La finalità è quella di verificare l'impatto specifico che un'impresa può determinare in un contesto operativo, territoriale ed ambientale.

Giuseppe Rosanova
Avvocato, Dottorando in diritto delle persone, delle imprese e dei mercati presso l'Università di Napoli Federico II

Leggi regionali in materia di Piano-Casa: la posizione della Consulta.
Nota a Corte Costituzionale, 24 aprile 2020, n. 70

abstract

With the ruling in question, the Consulta dealt with the theme of demolition and reconstruction, declaring the constitutional illegitimacy of two laws of the Puglia Region which, respectively, innovated with retroactive effects the previous Regional Law on the House Plan, extending its scope excessively, and applied, following the filing of the recourse, or for the future, the said extension.

keywords

Demolition and reconstruction – Judgement costitutional – Regional law on the House-Plan – Breadth and discretion of regional powers – Limits to the intervention of the judge of the laws.

abstract

Con la pronuncia in oggetto la Consulta ha affrontato il tema della demolizione e ricostruzione, dichiarando l'illegittimità costituzionale di due leggi della Regione Puglia che hanno, rispettivamente, innovato con effetti retroattivi la precedente Legge regionale sul Piano-Casa ampliandone eccessivamente la portata, ed applicato, successivamente alla proposizione del ricorso, ovvero per il futuro, il detto ampliamento.

parole chiave

Demolizione e ricostruzione – Sindacato costituzionale – Leggi regionali sul Piano-Casa – Ampiezza e discrezionalità dei poteri regionali – Limiti all'intervento del Giudice delle Leggi.

(*omissis*)

Ritenuto in fatto

1.– Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con ricorso notificato il 15 febbraio 2019 e depositato il successivo 20 febbraio, iscritto al n. 27 del reg. ric. 2019, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Puglia 17 dicembre 2018, n. 59, recante «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale)», per violazione degli artt. 3, 97, 117, terzo comma, della Costituzione, anche in relazione agli artt. 36 e 37 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)» (d'ora in avanti anche: t.u. edilizia), e all'art. 5, comma 10, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, recante «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia» (da ora in poi anche: "decreto sviluppo"), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106.

1.1.– L'impugnato art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, rubricato «Norma interpretativa del comma 1 dell'articolo 4 della l.r. 14/2009», prevede che «il comma 1 dell'articolo 4 della l.r. 14/2009 deve essere interpretato nel senso che l'intervento edilizio di ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima l.r. 14/2009 e qualora insista in zona dotata delle urbanizzazioni primarie previste dalle vigenti disposizioni normative, statali e regionali».

2.– Ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri, la menzionata disposizione, lungi dall'individuare una mera interpretazione dell'art. 4, comma 1, della legge della Regione Puglia 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale), presenterebbe «aspetti del tutto innovativi rispetto a quella che intende interpretare». La previgente disposizione regionale ha

consentito «interventi di demolizione e ricostruzione di edifici residenziali e non residenziali o misti con realizzazione di un aumento di volumetria sino al 35 per cento di quella legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della presente legge da destinare, per la complessiva volumetria risultante a seguito dell'intervento, ai medesimi usi preesistenti legittimi o legittimati, ovvero residenziale, e/o a usi strettamente connessi con le residenze, ovvero ad altri usi consentiti dallo strumento urbanistico». A seguito della novella legislativa, disposta dall'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, simili interventi possono essere realizzati «anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza».

2.1.– Tale disposizione non avrebbe assegnato alla norma oggetto di interpretazione autentica un significato in quest'ultima già contenuto, desumibile da una delle possibili letture del testo originario, né avrebbe chiarito una oggettiva incertezza del quadro normativo in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto; la norma censurata avrebbe piuttosto legittimato «deroghe volumetriche ad interventi di ristrutturazione su edifici, oltre i limiti consentiti dalla originaria disciplina regionale del 2009».

2.2.– La disciplina impugnata violerebbe, dunque, l'art. 3 Cost. e il principio di ragionevolezza, il quale ridonderebbe nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, pregiudicando la tutela dell'affidamento, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico (viene citata la sentenza n. 271 del 2011); nel caso di specie, l'irragionevolezza si dovrebbe desumere anche dalla constatazione che la norma censurata introduce innovazioni «destinate, per lo più, ad ampliare facoltà in deroga ai relativi strumenti urbanistici, peraltro non necessariamente in termini di logica continuità con il quadro generale di riferimento sul quale le stesse sono destinate ad incidere» (così la sentenza n. 73 del 2017, citata dalla difesa statale).

2.3.– Secondo la difesa dello Stato, la norma regionale impugnata avrebbe un «indubbio carattere innovativo, con efficacia retroattiva», consentendo la «regolarizzazione ex post di opere che, al momento della loro realizzazione, erano in contrasto con gli strumenti urbanistici di riferimento, dando corpo […] ad una surrettizia ipotesi di sanatoria straordinaria che esula dalle competenze regionali».

A risultare pregiudicate, inoltre, sarebbero le posizioni soggettive di potenziali controinteressati «che facevano affidamento sulla stabilità dell'assetto normativo vigente all'epoca delle rispettive condotte», come peraltro riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (sono citate le sentenze di questa Corte n. 209 del 2010 e n. 73 del 2017).

3.– Il Presidente del Consiglio dei ministri sostiene altresì che vi sarebbe la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., posto che, alla luce della disciplina impugnata, le amministrazioni comunali non sarebbero in grado di individuare «ciò che è stato realizzato […] nei periodi intercorrenti» tra la prima e la seconda normativa, oggi censurata.

4.– Infine, l'Avvocatura dello Stato ritiene violato l'art. 117, terzo comma, Cost., e la competenza concorrente in materia di «governo del territorio». In particolare, vi sarebbe un evidente contrasto tra la norma impugnata e gli artt. 36 e 37, comma 4, del t.u. edilizia, che esprimono un principio fondamentale nella materia citata, richiedendo la cosiddetta doppia conformità, e cioè la conformità dell'intervento agli strumenti urbanistici sia al momento della realizzazione dell'opera sia al momento della presentazione della domanda.

La portata retroattiva della disposizione regionale impugnata finirebbe infatti per sanare ex post vizi sostanziali di interventi che, al momento della loro realizzazione, non erano conformi alle prescrizioni urbanistiche all'epoca vigenti. La sanatoria per il mancato rispetto della doppia conformità, continua la difesa dello Stato, è ammissibile solo per vizi formali, per interventi realizzati in assenza di permesso di costruire o in difformità da esso, ovvero in assenza o difformità dalla denuncia di inizio attività (DIA) o dalla segnalazione certificata di inizio attività (SCIA).

4.1.– Inoltre, la norma oggetto di impugnazione si porrebbe in contrasto con l'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", che esclude interventi edilizi in deroga riferiti «ad edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta, con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria».

5.– Il 13 marzo 2019 si è costituita in giudizio la Regione Puglia, ritenendo il ricorso inammissibile e, in subordine, infondato.

5.1.– Ad avviso della Regione resistente, le censure sarebbero inammissibili perché prive di «qualunque motivazione specifica»: non emergerebbero adeguatamente i profili di contrasto con i parametri costituzionali ed interposti evocati. La «carenza di collegamento» tra le argomentazioni svolte e il parametro non consentirebbe di verificare la compatibilità costituzionale delle disposizioni impugnate. Tale assunto varrebbe soprattutto per l'evocata violazione dell'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", in relazione al quale non sarebbe «neppur minimamente accennato» il tenore dell'asserita violazione costituzionale. In relazione a questo specifico aspetto, la questione sarebbe comunque infondata «per inconferenza dei parametri interposti» (viene citata la sentenza di questa Corte n. 298 del 2013).

5.2.– Quanto al merito delle censure prospettate, la disposizione impugnata contribuirebbe a dare «piena e completa attuazione» all'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata il 1° aprile 2009, «finalizzata al rilancio dell'economia mediante il sostegno all'attività

edilizia e al miglioramento della qualità architettonica, energetica e ambientale del patrimonio edilizio esistente, in coerenza con le norme di tutela del patrimonio ambientale, culturale e paesaggistico della Regione nonché di difesa del suolo, prevenzione del rischio sismico e accessibilità degli edifici» (legge reg. Puglia n. 14 del 2009). La norma censurata disciplinerebbe gli interventi di demolizione e ricostruzione «con premio volumetrico sino al 35%», di cui all'art. 4 della legge reg. Puglia n. 14 del 2009, relativi «alla ristrutturazione edilizia o alla nuova costruzione», da eseguire in deroga alla pianificazione urbanistica locale.

La disposizione non avrebbe dunque carattere innovativo, attenendo a interventi edilizi di nuova costruzione «realizzati con diversa configurazione plano-volumetrica o con diverse dislocazioni ma pur sempre all'interno dell'area di pertinenza». Sarebbero comunque rispettati i limiti stabiliti dall'art. 4, commi 3 e 3-bis, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009. In base alla prima disposizione, «[g]li interventi di ricostruzione devono essere realizzati nel rispetto delle altezze massime e delle distanze minime previste dagli strumenti urbanistici. È consentito il mantenimento dei distacchi, degli arretramenti e degli allineamenti dei manufatti preesistenti limitatamente alla sagoma preesistente. In mancanza di specifica previsione in detti strumenti, e nel caso di ricostruzione di edifici all'interno della sagoma planimetrica dell'esistente, le volumetrie complessive ricostruite sono consentite nel rispetto delle altezze massime della strumentazione urbanistica comunale vigente e delle distanze minime previste dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra fabbricati e rapporti massimi tra gli spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici a della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765)»; in virtù della seconda prescrizione, invece, «per gli interventi di ricostruzione di cui al comma 3, da realizzare su aree per le quali lo strumento urbanistico prescrive una altezza massima inferiore a quelle ammesse per le aree confinanti aventi diversa destinazione urbanistica è consentito utilizzare il maggiore valore delle altezze massime tra quelle previste per le aree contermini a quella di pertinenza dell'edificio da demolire e ricostruire».

In tal senso, la norma censurata sarebbe «il normale ed ovvio effetto» di un consentito aumento fino al 35 per cento della volumetria preesistente, non potendo comportare deroghe o varianti agli strumenti urbanistici al di fuori dei limiti imposti dalla legge reg. Puglia n. 14 del 2009. La stessa disposizione impugnata richiamerebbe il necessario rispetto dell'art. 5, comma 3, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009.

5.3.– Alla luce di tali premesse, la Regione resistente insiste sulla natura meramente interpretativa della disposizione censurata, chiamata a cristallizzare un significato in essa già contenuto, «riconoscibile come una delle sue varianti di senso» (vengono richiamate, ex plurimis, le sentenze n. 73 del 2017 e n. 170 del 2008). La norma censurata si riferisce, infatti, ad interventi che, «al momento della loro realizzazione, dovevano obbligatoriamente essere legittimi e giammai in contrasto con lo strumento urbanistico comunale, se non nei limiti in cui ciò fosse già espressamente consentito dalla l.r. n.14/2009».

Risulterebbe così «scongiurato il rischio, paventato dal Presidente del Consiglio dei ministri, che la disposizione incriminata comporti la regolarizzazione ex post di interventi eseguiti illegittimamente o abusivamente, per essere in contrasto con la normazione urbanistica vigente».

Non vi sarebbe quindi alcuna violazione del parametro interposto statale e anzi il richiamo al criterio della cosiddetta «doppia conformità urbanistica» di cui agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia «sarebbe totalmente inconferente, erroneo ed infondato».

5.4.– Anche laddove fosse attribuita alla norma impugnata portata innovativa, la sua retroattività non violerebbe il principio di ragionevolezza, posto che le innovazioni non amplierebbero le facoltà in deroga agli strumenti urbanistici. In tal senso, il Governo non si sarebbe attenuto a una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione, impugnando sulla base di un presupposto interpretativo erroneo.

5.5.– Priva di pregio, inoltre, sarebbe l'asserita lesione dell'art. 97 Cost: la doglianza relativa alle paventate «difficoltà applicative», conseguenza del succedersi di varie modifiche della norma interpretata (modifiche mai impugnate), sarebbe estranea al thema decidendum, trattandosi di questione «che attiene alla fase applicativa della legge regionale». La difesa statale avrebbe omesso «strumentalmente di considerare che sarà l'attività interpretativa svolta dagli operatori del diritto in senso lato, dalle amministrazioni ed, in ultima analisi, dagli organi giurisdizionali, cui compete la funzione di definitiva qualificazione giuridica delle fattispecie, degli atti e dei rapporti, ad affrontare e risolvere la variegata casistica a verificarsi, e che […] accompagna sempre l'applicazione di ogni fonte normativa di qualunque grado».

5.6.– Infine, la Regione resistente ricorda che in data 28 marzo 2019, il Consiglio regionale ha approvato la legge della Regione Puglia 28 marzo 2019, n. 5, recante «Modifiche alla legge regionale 30 novembre 2000, n. 17 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi in materia di tutela ambientale) e istituzione del Sistema informativo dell'edilizia sismica della Puglia, nonché modifiche alle leggi regionali 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale) e 17

dicembre 2018, n. 59 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 30 luglio 2009, n. 14)», che ha abrogato la norma interpretativa impugnata, inserendo il comma 5-*ter* all'art. 4 della legge reg. Puglia n. 14 del 2009, in forza del quale «gli interventi edilizi di […] ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, possono essere realizzati anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della presente legge e qualora insistano in zona dotata delle urbanizzazioni primarie previste dalle vigenti disposizioni normative, statali e regionali».

6.– Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con ricorso notificato il 30 maggio 2019 e depositato il successivo 3 giugno, iscritto al n. 63 del reg. ric. 2019, ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, per violazione degli artt. 3, 97, 117, terzo comma, Cost., anche in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia, all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", e all'art. 5, comma 1, lettera b), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55.

6.1.– L'art. 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019 ha disposto l'abrogazione dell'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, impugnato con ricorso n. 27 del 2019, mentre l'art. 7 ha inserito un comma 5-ter nel corpo dell'art. 4 della legge reg. Puglia n. 14 del 2009. Tale disposizione prevede che «[a]ll'articolo 4 della legge regionale 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale), dopo il comma 5-bis è aggiunto il seguente:

"5-ter. Gli interventi edilizi di ricostruzione previsti dal comma 1, da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, possono essere realizzati anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 3, e qualora insistano in zona dotate delle urbanizzazioni primarie previste dalle vigenti disposizioni normative, statali e regionali."».

Il ricorrente evidenzia che il legislatore regionale avrebbe sì abrogato, per mezzo dell'art. 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, la norma di interpretazione autentica introdotta dalla menzionata legge reg. Puglia n. 59 del 2018, ma, per mezzo dell'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, avrebbe inserito stabilmente una norma dall'analogo contenuto nella disciplina regionale relativa al cosiddetto "piano casa", di cui alla legge reg. Puglia n. 14 del 2009.

6.2.– L'abrogazione realizzata dall'art. 8 sarebbe dunque sostanzialmente priva di pratici effetti, non ricorrendo, nel caso di specie, gli estremi per una dichiarazione della cessazione della materia del contendere. Ricordato come, per costante giurisprudenza costituzionale, la cessazione della materia del contendere possa essere pronunciata solo in caso di mancata applicazione medio tempore della disciplina abrogata, e comunque laddove lo ius supervieniens abbia portata satisfattiva delle pretese del ricorrente, la difesa dello Stato ritiene che sia insussistente la prima delle condizioni appena citate, posto che il legislatore regionale, tramite l'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, avrebbe fatto salvi gli effetti della norma impugnata con il ricorso n. 27 del 2019. In questa prospettiva, il combinato disposto degli artt. 7 e 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, lungi dal soddisfare l'interesse del ricorrente, avrebbe reiterato le violazioni della Costituzione imputate alla disposizione precedentemente impugnata.

6.3.– La legge reg. Puglia n. 14 del 2009, nella versione precedente alle modifiche apportate dalla disposizione oggetto dell'odierna impugnazione, e come interpretata dall'art. 2 della legge Reg. Puglia n. 59 del 2018, avrebbe dettato norme di carattere straordinario, con le quali sono stati consentiti interventi edilizi anche in deroga agli strumenti urbanistici vigenti. In particolare, il previgente art. 4, comma 1, della legge regionale appena menzionata, risultava così formulato: «[a]l fine di migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente, sono ammessi interventi di demolizione e ricostruzione di edifici residenziali e non residenziali o misti con realizzazione di un aumento di volumetria sino al 35 per cento di quella legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della presente legge da destinare, per la complessiva volumetria risultante a seguito dell'intervento, ai medesimi usi preesistenti legittimi o legittimati, ovvero residenziale, e/o a usi strettamente connessi con le residenze, ovvero ad altri usi consentiti dallo strumento urbanistico. A seguito degli interventi previsti dal presente articolo, gli edifici non residenziali non possono essere destinati a uso residenziale qualora ricadano all'interno delle zone territoriali omogenee E) di cui all'articolo 2 del decreto del Ministero dei lavori pubblici 1444/1968».

Con la modifica apportata dall'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, il legislatore regionale avrebbe sostanzialmente ampliato la portata oggettiva della disposizione, «legittimando deroghe volumetriche ad interventi di ristrutturazione su edifici, oltre i limiti consentiti d[a]ll'originaria disciplina regionale del 2009».

6.4.– L'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019,

reitererebbe, inoltre, la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., già denunciata nel precedente ricorso con riferimento all'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, poiché le amministrazioni comunali non riuscirebbero a verificare caso per caso e distinguere ciò che è stato realizzato nei periodi intercorrenti tra le modifiche medesime.

6.5.– Infine, ad avviso della difesa statale gli artt. 7 e 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019 si porrebbero in contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost.

Le disposizioni censurate non solo violerebbero i già menzionati artt. 36, 37 del t.u. edilizia (e la "doppia conformità" ivi prevista) e l'art. 5 del "decreto sviluppo", ma violerebbero altresì l'art. 5, comma 1, lettera b) del decreto-legge n. 32 del 2019, come convertito. Tale disposizione ha inserito, infatti, un art. 2-*bis* al t.u. edilizia, il quale ora dispone che «[i]n ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo».

7.– Il 28 giugno 2019 si è costituita in giudizio la Regione Puglia, ritenendo il ricorso inammissibile e, in subordine, infondato.

Secondo la Regione resistente, non sarebbero stati specificati i termini della asserita violazione costituzionale, né sarebbero indicate le ragioni del vulnus di costituzionalità. A titolo esemplificativo, la difesa regionale richiama quanto asserito dal Presidente del Consiglio dei ministri con riferimento all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", in relazione al quale non sarebbe «neppur minimamente» accennato il verso dell'asserito contrasto.

7.1.– Le questioni di legittimità costituzionale sarebbero comunque infondate, avendo le disposizioni impugnate efficacia *ex nunc*, destinate perciò ad operare pro futuro e ad applicarsi agli interventi realizzati successivamente alla sua entrata in vigore. Con tale normativa, il legislatore regionale avrebbe rimosso «una potenziale incertezza giuridica» derivante dalla pendenza del precedente ricorso governativo, che avrebbe «messo in grave difficoltà gli uffici comunali nell'istruttoria delle pratiche edilizie». Sarebbe così stato eliminato il carattere interpretativo della precedente norma di cui all'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018. L'abrogazione compiuta dall'art. 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019 e la norma contenuta nell'art. 7 della medesima legge regionale avrebbero escluso ogni possibile effetto retroattivo. In particolare, il tenore letterale di tale ultima disposizione avrebbe chiarito come questa si riferisca ad attività future ancora da eseguirsi, elidendo qualsiasi rapporto di continuità tra le due previsioni cosicché le «eventuali situazioni ed interventi realizzati medio tempore non potranno che trovare la loro definizione ad esito del giudizio di costituzionalità relativo alla norma interpretativa oggi abrogata».

7.2.– La Regione resistente contesta poi l'assunto della difesa statale secondo cui l'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019 legittimerebbe deroghe volumetriche, in quanto «le possibilità di ampliamento delle volumetrie […] esistenti sono rimaste limitate alla misura del 35%, […] già prevista nella versione originaria della l.r. n.14/2009», posto che la disposizione impugnata consentirebbe «solo una diversa sistemazione plano-volumetrica di tali incrementi».

Non diversamente da quanto argomentato in risposta alle argomentazioni del Presidente del Consiglio dei ministri, contenute nel reg. ric. n. 27 del 2019, la legislazione sul cosiddetto "piano casa", «come posta dal legislatore statale, […] [e] attuata da quello regionale», comporterebbe «ex se ed ab origine […] la possibilità di prevedere e consentire interventi in deroga e in variante agli strumenti urbanistici vigenti». La Regione Puglia ribadisce che gli interventi di demolizione e ricostruzione con premio volumetrico sino al 35 per cento, disciplinati dall'art. 4 della legge reg. Puglia n. 14 del 2009, «pur non trovando riflesso nella previsione di una categoria ad hoc di interventi edilizi, fra quelle contemplate dall'art. 3 d.P.R. n. 380/2001», si configurerebbero «come una modalità di esecuzione ascrivibile più alla nuova costruzione prevista dall'art. 3, comma l, lettera e), del d.P.R. n. 380/2001, che alla ristrutturazione edilizia»: non sarebbero dunque evocabili i limiti alla ristrutturazione edilizia richiamati dal legislatore statale, posto che si tratterebbe di una tipologia diversa di interventi.

7.3.– La difesa regionale ritiene, inoltre, che non vi sia alcun contrasto tra le disposizioni impugnate e l'art. 5, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 32 del 2019, come convertito, il quale ha aggiunto l'art. 2-*bis* al t.u. edilizia. Tale disposizione, introdotta successivamente all'approvazione della legge regionale, «ha l'evidente finalità di far salve, in caso di interventi di demolizione e ricostruzione, le distanze legittimamente preesistenti che, in alcuni casi, potrebbero risultare inferiori ed in contrasto con le distanze legali prescritte dal d.m. n. 1444/1968 o dalla strumentazione urbanistica vigente; sicché in tali ipotesi il ridetto comma l-*ter* dell'art. 2-*bis* del d.P.R. n. 380/2001 consente di mantenere le distanze preesistenti, ma prescrive che il volume, l'area di sedime e l'altezza massima del nuovo edificio coincidano con quelli dell'edificio demolito».

Tali prescrizioni statali sarebbero anzi, ad avviso della Regione, «radicalmente incompatibili con la premialità applicabile agli interventi prevista dalla normazione sul cosiddetto "piano casa", e specificamente dall'art. 4 della l.r. n. 14/2009, che consiste proprio nell'aumento del 35% della volumetria legittimamente preesistente»; dovrebbe dunque concludersi «che la citata disposizione statale è norma di carattere generale destinata a regolamentare l'attività edilizia ordinaria,

sia pure nell'ambito delle deroghe e della finalità di cui all'art. 2-*bis* d.P.R. n. 380/200l». Le disposizioni del cosiddetto "piano casa" avrebbero invece «carattere speciale ed eccezionale, oltre che derogatorio», tanto da non potere essere «interpretate sulla scorta del parametro di riferimento dell'invocato comma l-ter dell'art. 2-*bis* del t.u. edilizia».

A conforto della legittimità della scelta normativa compiuta, la Regione resistente cita la legge n. 55 del 2019, di conversione del d.l. n. 32 del 2019, che avrebbe introdotto una nuova disposizione «recante interpretazione autentica dell'art. 9 del d.m. n. 1444/1968, secondo cui i limiti di distanza ivi previsti si applicano esclusivamente ai fabbricati situati nelle zone C ("b-*bis*. Le disposizioni di cui all'articolo 9, commi secondo e terzo, del decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, si interpretano nel senso che i limiti di distanza tra i fabbricati ivi previsti si considerano riferiti esclusivamente alle zone di cui al primo comma, numero 3, dello stesso articolo 9")». Tale interpretazione autentica sarebbe finalizzata a facilitare gli interventi di rigenerazione urbana nelle zone omogenee diverse da quelle di tipologia C, rendendo ammissibile la ricostruzione edilizia con un differente assetto plano-volumetrico rispetto all'edificato preesistente.

7.4.– Infine, anche a volere attribuire al plesso normativo impugnato (artt. 7 e 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, nonché art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018) una efficacia retroattiva, la difesa regionale ritiene comunque che il significato di tale normativa sia comunque riconducibile alla formulazione originaria della legge reg. Puglia n. 14 del 2009, limitandosi a precisare quanto già insito nel concetto di interventi edilizi di nuova costruzione e non innovando il contenuto precettivo della precedente legge. Vengono così ribadite le argomentazioni già spese con riferimento alla disposizione oggetto della precedente impugnazione governativa (di cui al richiamato reg. ric. n. 27 del 2019), quanto alla necessità di una interpretazione conforme del plesso normativo censurato e alla mancata coerenza con il thema decidendum delle paventate «difformità applicative» ad opera delle amministrazioni locali.

8.– Nelle more dell'udienza, il 21 gennaio 2020, il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato due memorie illustrative, la prima relativa all'impugnazione dell'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, la seconda concernente il ricorso relativo agli artt. 7 e 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019.

8.1.– La difesa dello Stato ribadisce quanto sostenuto negli atti introduttivi, ed argomenta per la non fondatezza delle eccezioni di inammissibilità opposte dalla Regione resistente con riferimento all'evocazione dei parametri interposti. Ad avviso del ricorrente, infatti, la difesa regionale sarebbe occorsa in una «inversione del ragionamento», sicché, una volta «ristabiliti i passaggi argomentativi delle contestazioni della legittimità della norma», dovrebbe evidenziarsi «la corretta individuazione delle disposizioni di legge primaria» individuate quale parametro.

Considerato in diritto

1.– Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Puglia 17 dicembre 2018, n. 59, recante «Modifiche e integrazioni alla legge regionale 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale)».

Il ricorrente ha impugnato la predetta disposizione per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, della Costituzione, anche in relazione agli artt. 36 e 37 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)» (da ora in poi anche: t.u. edilizia), e all'art. 5, comma 10, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, recante «Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia» (da ora in avanti anche: "decreto sviluppo"), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106.

Tale disposizione introduce una norma definita di "interpretazione autentica", con la quale il legislatore pugliese si propone l'obbiettivo di interpretare l'art. 4, comma 1, della menzionata legge reg. Puglia n. 14 del 2009.

Con autonomo e distinto ricorso, di qualche mese successivo al precedente, il Presidente del Consiglio dei ministri ha altresì promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 della legge della Regione Puglia 28 marzo 2019, n. 5, recante «Modifiche alla legge regionale 30 novembre 2000, n. 17 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi in materia di tutela ambientale) e istituzione del Sistema informativo dell'edilizia sismica della Puglia, nonché modifiche alle leggi regionali 30 luglio 2009, n. 14 (Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale) e 17 dicembre 2018, n. 59 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 30 luglio 2009, n. 14)».

Il ricorrente ha impugnato dette disposizioni per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., anche in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia, all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", e all'art. 5, comma 1, lettera b), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55.

La nuova legge regionale procede alla abrogazione della predetta norma di interpretazione autentica (art.

8) e ne trasfonde il contenuto in una nuova disposizione, non più interpretativa (art. 7).

2.– I ricorsi propongono questioni simili nell'oggetto e nei parametri evocati. Possono essere quindi riuniti e trattati congiuntamente, al fine di essere decisi con una unica pronuncia.

3.– In via preliminare, questa Corte è chiamata a pronunciarsi sulla duplice eccezione di inammissibilità sollevata dalla Regione Puglia con riferimento a entrambe le impugnazioni.

3.1.– Ad avviso della difesa regionale, infatti, le censure sarebbero inammissibili perché entrambe prive di motivazione e di intrinseca coerenza, dato che gli argomenti spesi dalla Avvocatura generale dello Stato non si porrebbero in un rapporto di conseguenzialità logica rispetto ai parametri evocati. La carenza argomentativa viene ulteriormente sostenuta con riferimento alla censura che evoca l'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo", in relazione al quale non sarebbe «neppur minimamente accennato» il tenore dell'asserita violazione costituzionale.

3.2.– Le eccezioni di inammissibilità non sono fondate. I termini delle questioni sono, infatti, sufficientemente chiari ed omogenei, risultando esaustivamente evidenziati i profili che, a parere della difesa statale, renderebbero illegittime le disposizioni impugnate.

4.– Con il primo ricorso (reg. ric. n. 27 del 2019), come dianzi anticipato, lo Stato ha impugnato l'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018, recante una norma di interpretazione autentica dell'art. 4, comma 1, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009.

Il legislatore regionale ha così stabilito che detta disposizione debba intendersi «nel senso che l'intervento edilizio di ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza, alle condizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima l.r. 14/2009 e qualora insista in zona dotata delle urbanizzazioni primarie previste dalle vigenti disposizioni normative, statali e regionali».

4.1.– Sostiene la difesa dello Stato che questa norma violerebbe l'art. 3 Cost. perché, lungi dall'individuare uno dei possibili significati desumibili dalla prescrizione interpretata, innoverebbe retroattivamente l'ordinamento regionale, così consentendo deroghe volumetriche, nell'ambito della ristrutturazione edilizia, oltre i limiti assentiti dalla originaria disciplina regionale del 2009. La disposizione censurata realizzerebbe, quindi, una nuova deroga ex lege agli strumenti urbanistici, ledendo il principio di ragionevolezza, coerenza e certezza del diritto, nonché il legittimo affidamento di terzi controinteressati agli ampliamenti volumetrici in deroga.

La previsione regionale lederebbe altresì il buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., posto che la sua efficacia retroattiva avrebbe l'effetto di «disorientare» le amministrazioni comunali, che non sarebbero in grado di individuare, al fine di un corretto esercizio delle proprie funzioni, gli ampliamenti realizzati nei periodi intercorrenti tra la prima e la seconda normativa.

Questa censura è strettamente collegata alla terza delle questioni, diretta a sostenere la violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia. La retroattività della disposizione, infatti, porterebbe alla sanatoria di abusi sostanziali, così violando il principio fondamentale della "doppia conformità", principio in virtù del quale il manufatto edilizio deve risultare conforme sia alla disciplina urbanistica vigente quando è stato edificato, sia a quella vigente quando viene domandato l'accertamento di conformità.

4.2.– In via preliminare, va ricordato che la successiva legge reg. Puglia n. 5 del 2019, ha abrogato (art. 8) la disposizione impugnata, e introdotto un'altra dal medesimo tenore letterale di quella abrogata, ma con efficacia pro futuro (art. 7).

Tali articoli sono stati autonomamente impugnati dallo Stato con il successivo ricorso (reg. ric. n. 63 del 2019), anch'esso portato all'odierna attenzione di codesta Corte.

Questa autonoma impugnazione impedisce che, nel caso di specie, possa dichiararsi la cessazione della materia del contendere della questione relativa all'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018. Per costante orientamento di questa Corte, la cessazione della materia del contendere è pronunciata qualora la modifica intervenuta in pendenza di giudizio abbia carattere satisfattivo delle pretese del ricorrente e la norma abrogata non abbia trovato medio tempore applicazione (ex plurimis, sentenze n. 287 e n. 180 del 2019). Il successivo ricorso del Governo avverso la norma abrogatrice e l'ulteriore disposizione aggiunta nel corpo dell'art. 4 della legge reg. n. 14 del 2009 (rappresentata dall'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019) dimostrano la persistenza di un interesse a una pronuncia nel merito, come pure argomentato dallo stesso ricorrente nella successiva impugnazione.

Peraltro, il periodo di vigenza della norma retroattiva prima della sua abrogazione, per quanto limitato, non è tale da escludere in radice una sua qualche applicazione.

5.– Prima di entrare nel merito delle prospettate questioni di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica, deve essere ricordato, a titolo di premessa, che detta previsione si preoccupa di interpretare una disposizione, contenuta nella legge reg. Puglia n. 14 del 2009, relativa agli ampliamenti volumetrici consentiti in caso di demolizione e ricostruzione di edifici preesistenti (cosiddetta ristrutturazione ricostruttiva).

5.1.– La legge appena menzionata è stata adottata dalla Regione Puglia in attuazione del cosiddetto "piano casa", misura straordinaria di rilancio del mercato edilizio predisposta nel 2008 dal legislatore statale, contenuta nell'art. 11 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

In particolare l'art. 11, comma 5, lettera b), prevedeva che detto piano potesse realizzarsi anche attraverso possibili «incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444».

Nel 2009, per dare attuazione a tale norma fece seguito l'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, stipulata in data 1° aprile 2009, che ha consentito ai legislatori regionali, fra cui quello pugliese, aumenti volumetrici (pari al 20 per cento o al 35 per cento in caso di demolizione e ricostruzione) a fronte di un generale miglioramento della qualità architettonica e/o energetica del patrimonio edilizio esistente.

5.2.– Per restare alla cosiddetta ristrutturazione ricostruttiva, che più da vicino interessa l'oggetto del presente giudizio, talune misure regionali adottate hanno realizzato una vera e propria disciplina derogatoria non perfettamente coerente rispetto al generale quadro normativo statale.

5.2.1.– A tale riguardo, deve essere ricordato come, in origine, l'art. 3, comma 1, lettera d), del t.u. edilizia disponesse che, in caso di demolizione, la ricostruzione per essere tale e non essere considerata una nuova "costruzione" – che avrebbe in tal caso richiesto un apposito permesso di costruire, e non una mera segnalazione certificata di inizio attività (artt. 10 e 22 del t.u. edilizia) – doveva concludersi con la «fedele ricostruzione di un fabbricato identico», comportando dunque identità di sagoma, volume, area di sedime e caratteristiche dei materiali.

Il successivo decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 (Modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia) ha modificato la definizione di "ricostruzione", eliminando sia lo specifico riferimento alla identità dell'area di sedime e alle caratteristiche dei materiali, sia il concetto di "fedele ricostruzione".

5.2.2.– In epoca successiva, nel 2011, con il comma 9 dell'art. 5 del d.l. n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo"), il legislatore ha espressamente autorizzato le Regioni a introdurre normative che disciplinassero interventi di ristrutturazione ricostruttiva con ampliamenti volumetrici, concessi quale misura premiale per la razionalizzazione del patrimonio edilizio, eventualmente anche con «delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse». In tal modo, il legislatore nazionale ha ammesso deroghe all'identità di volumetria nell'ipotesi di ristrutturazioni realizzate con finalità di riqualificazione edilizia.

Simile possibilità è stata però esclusa, dallo stesso legislatore, per una particolare categoria di manufatti, e cioè per gli «edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta […]» (art. 5, comma 10, del medesimo decreto).

5.2.3.– Nel 2013, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'art. 3, comma 1, lettera d), del t.u. edilizia, con l'art. 30, comma 1, lettera a), del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), cosiddetto "decreto del fare", convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha qualificato come "interventi di ristrutturazione edilizia" quelli di demolizione e ricostruzione «con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 [Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137] e successive modificazioni, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente».

Il legislatore statale ha dunque progressivamente allargato l'ambito degli interventi di ristrutturazione, consentendo di derogare all'identità di volumetria in caso di ricostruzioni volte alla riqualificazione edilizia e imponendo il rispetto della sagoma solo per immobili vincolati.

5.2.4.– Questa tendenza si è arrestata, nel 2019, con l'art. 5, comma 1, lettera b), del d.l. n. 32 del 2019 (cosiddetto decreto "sblocca cantieri"), che ha inserito il comma 1-*ter* all'art. 2-*bis* del t.u. edilizia, così imponendo, per la ristrutturazione ricostruttiva, il generalizzato limite volumetrico (a prescindere, dunque, dalla finalità di riqualificazione edilizia) e il vincolo dell'area di sedime: «[i]n ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo».

Allo stato attuale, quindi, la ristrutturazione ricostruttiva, autorizzabile mediante segnalazione certifi-

cata di inizio attività (SCIA), è ammissibile purché siano rispettati i volumi, l'area di sedime del manufatto originario e, per gli immobili vincolati, la sagoma. Al momento dell'adozione del "piano casa" da parte delle Regioni, invece, la normativa statale richiedeva, per la ristrutturazione ricostruttiva, il solo rispetto della volumetria e della sagoma, non l'identità di sedime, limiti da rispettare affinché la ristrutturazione non si traducesse in una nuova costruzione, diversamente regolata dalla legislazione nazionale di settore.

6.– Alla luce di tali premesse, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018 sono fondate per violazione degli artt. 3 e 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del decreto-legge n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo").

7.– L'art. 4, comma 1, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009, oggetto della norma interpretativa, aveva previsto (e prevede) che, «[a]l fine di migliorare la qualità del patrimonio edilizio esistente, sono ammessi interventi di demolizione e ricostruzione di edifici residenziali e non residenziali o misti con realizzazione di un aumento di volumetria sino al 35 per cento di quella legittimamente esistente alla data di entrata in vigore della presente legge da destinare, per la complessiva volumetria risultante a seguito dell'intervento, ai medesimi usi preesistenti legittimi o legittimati, ovvero residenziale, e/o a usi strettamente connessi con le residenze, ovvero ad altri usi consentiti dallo strumento urbanistico. A seguito degli interventi previsti dal presente articolo, gli edifici non residenziali non possono essere destinati a uso residenziale qualora ricadano all'interno delle zone territoriali omogenee E) di cui all'articolo 2 del decreto del Ministero dei lavori pubblici 1444/1968». Il comma 3 del medesimo articolo si premura poi di specificare che «[g]li interventi di ricostruzione devono essere realizzati nel rispetto delle altezze massime e delle distanze minime previste dagli strumenti urbanistici. È consentito il mantenimento dei distacchi, degli arretramenti e degli allineamenti dei manufatti preesistenti limitatamente alla sagoma preesistente. In mancanza di specifica previsione in detti strumenti, e nel caso di ricostruzione di edifici all'interno della sagoma planimetrica dell'esistente, le volumetrie complessive ricostruite sono consentite nel rispetto delle altezze massime della strumentazione urbanistica comunale vigente e delle distanze minime previste dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (…)».

In tal senso l'aumento volumetrico, in caso di ricostruzione e demolizione, era (ed è) condizionato dalla legge regionale al rispetto delle altezze e delle distanze previste dagli strumenti urbanistici o, in mancanza, dall'art. 9 del decreto Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della l. 6 agosto 1967, n. 765), o comunque all'osservanza della sagoma dell'edificio preesistente rispetto ai distacchi, agli allineamenti e agli arretramenti.

7.1.– In simile contesto, qualche anno dopo, il legislatore pugliese, con la citata legge reg. Puglia n. 59 del 2018, ha inserito l'impugnata norma di interpretazione autentica, la quale ha disposto che il sopra menzionato art. 4, comma 1, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009 deve essere inteso nel senso che «l'intervento edilizio di ricostruzione da effettuare a seguito della demolizione di uno o più edifici a destinazione residenziale o non residenziale, può essere realizzato anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica, ovvero con diverse dislocazioni del volume massimo consentito all'interno dell'area di pertinenza».

7.2.– La disposizione impugnata, come emerge dal confronto delle due prescrizioni, non ha una portata meramente interpretativa.

Questa Corte, con riferimento a una norma di altra Regione che interpretava la locuzione «edifici esistenti» nel senso di includervi «anche gli edifici residenziali in fase di realizzazione in forza di titolo abilitativo in corso di validità» (così allargando, in via retroattiva, la platea dei manufatti beneficiari degli ampliamenti volumetrici previsti dal "piano casa"), ha ribadito la «sostanziale indifferenza, quanto allo scrutinio di legittimità costituzionale, della distinzione tra norme di interpretazione autentica – retroattive, salva una diversa volontà in tal senso esplicitata dal legislatore stesso – e norme innovative con efficacia retroattiva» (sentenza n. 73 del 2017; nonché, da ultimo, sentenza n. 108 del 2019).

Al legislatore – anche regionale – «non è preclusa la possibilità di emanare norme retroattive sia innovative che di interpretazione autentica. La retroattività deve, tuttavia, trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, al contempo potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata» (sentenza n. 73 del 2017).

7.2.1.– Questa Corte ha, peraltro, individuato alcuni limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, relativi al «principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; [al]la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; [al]la coerenza e [al]la certezza dell'ordinamento giuridico; [a]l rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (sentenza n. 73 del 2013; ex plurimis, da ultimo anche sentenze n. 174 e n. 108 del 2019).

Questa Corte ha peraltro precisato che la qualifica

di norma (meramente) interpretativa va ascritta solo a quelle disposizioni «che hanno il fine obiettivo di chiarire il senso di norme preesistenti ovvero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata, allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo. Il legislatore, del resto, può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore» (sentenza n. 73 del 2017).

La distinzione tra norme interpretative e disposizioni innovative rileva, ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale, perché «la palese erroneità di tale auto-qualificazione può costituire un indice, sia pure non dirimente, della irragionevolezza della disposizione impugnata» (sentenza n. 73 del 2017; *ex plurimis*, anche sentenze n. 103 del 2013 e n. 41 del 2011).

7.3.– Alla luce di questi criteri si deve concludere che la specificazione contenuta nella disposizione impugnata è insuscettibile di essere ricompresa nell'originario contenuto dell'art. 4, comma 1, della legge reg. Puglia n. 14 del 2009.

La norma regionale fa infatti riferimento a una «diversa sistemazione plano-volumetrica o a diverse dislocazioni del volume nell'area di pertinenza». Estende, quindi, in via retroattiva, l'oggetto della disposizione originaria: con riferimento alle "diverse dislocazioni", la disposizione censurata consente nuove e distinte costruzioni rispetto all'immobile originario, collocate in luogo diverso dal precedente ancorché nella medesima area di pertinenza.

È vero che, con l'art. 5, comma 9, del citato "decreto sviluppo", il legislatore nazionale ha consentito interventi di demolizione e ricostruzione anche con «delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse», ma tale fattispecie disciplina l'ipotesi affatto diversa del possibile trasferimento (cosiddetto decollo), nell'ambito delle scelte di pianificazione dell'ente locale, dei volumi da una determinata area del territorio ad altra zona che ammetta l'edificabilità. "Delocalizzazione", peraltro, che rimane preclusa agli «edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta» (art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo").

A tacere del fatto che la norma regionale fa retroagire al 2009 una possibilità prevista dalla disciplina statale solo nel 2011, la disposizione introdotta dalla Regione Puglia ha una portata diversa e più ampia rispetto alla disciplina dello Stato, la quale non ammette la "dislocazione" dei volumi, così come previsto da quest'ultima disposizione.

7.4.– A conclusioni analoghe può giungersi per l'ambiguo riferimento alle «diverse sistemazioni plano-volumetriche».

La norma regionale autorizza retroattivamente modifiche alla sagoma dell'edificio, da intendersi come «conformazione planivolumetrica della costruzione fuori terra nel suo perimetro considerato in senso verticale ed orizzontale, ovvero il contorno che viene ad assumere l'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali, nonché gli aggetti e gli sporti superiori a 1,50 m.»: così ai sensi dell'Allegato A, recante «Quadro delle definizioni uniformi» dello Schema di regolamento edilizio tipo, adottato a seguito di intesa in Conferenza unificata del 20 ottobre 2016.

Il t.u. edilizia ha sempre richiesto, come si è visto supra, per gli interventi di demolizione e ricostruzione, il rispetto della sagoma dell'edificio preesistente (art. 3, comma 1, lettera d). Il vincolo della sagoma è stato attenuato solo nel 2013, quando l'art. 30, comma 1, lettera a), del d.l. n. 69 del 2013 ne ha disposto il rispetto solo per gli immobili vincolati ai sensi del cod. beni culturali.

Ne deriva che il significato dell'originaria disposizione regionale non poteva consentire ab origine una diversa sistemazione plano-volumetrica e conseguenti modifiche alla sagoma dell'edificio oltre a quelle ammissibili ai sensi e nei limiti della disciplina statale: la norma di interpretazione autentica ha lo scopo, dunque, di legittimare retroattivamente opere di ristrutturazione disallineate rispetto alla preesistente sagoma del manufatto.

7.5.– Non è discutibile, dunque, la portata innovativa della disposizione impugnata, la quale integra, non diversamente da quanto affermato dalla difesa dello Stato, una nuova deroga agli strumenti urbanistici, rendendo irragionevolmente legittime, in virtù della sua portata retroattiva, «condotte […] non considerate tali al momento della loro realizzazione (perché non conformi agli strumenti urbanistici di riferimento)», ma che tali «divengono per effetto dell'intervento successivo del legislatore», così realizzando una «surrettizia ipotesi di sanatoria» (sentenza n. 73 del 2017).

7.6.– L'irragionevolezza della disposizione censurata, con conseguente lesione dell'art. 3 Cost., si accompagna ad una contestuale violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo". Gli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia esprimono, infatti, il principio fondamentale della cosiddetta doppia conformità edilizia, principio che richiede la coerenza del manufatto con la disciplina urbanistica sia quando è stato edificato, sia quando viene domandato l'accertamento di conformità.

Come questa Corte ha avuto modo di chiarire in più occasioni in tema di condono edilizio "straordinario", «[…] spettano alla legislazione statale, oltre ai profili penalistici (integralmente sottratti al legislatore regionale: sentenze n. 49 del 2006, n. 70 del 2005 e n.

196 del 2004), le scelte di principio sul versante della sanatoria amministrativa, in particolare quelle relative all'an, al quando e al quantum. Esula, infatti, dalla potestà legislativa concorrente delle Regioni il potere di "ampliare i limiti applicativi della sanatoria" (sentenza n. 290 del 2009) oppure, ancora, di "allargare l'area del condono edilizio rispetto a quanto stabilito dalla legge dello Stato" (sentenza n. 117 del 2015). A maggior ragione, esula dalla potestà legislativa regionale il potere di disporre autonomamente una sanatoria straordinaria per il solo territorio regionale (sentenza n. 233 del 2015)» (sentenza n. 73 del 2017; nello stesso senso, da ultimo, sentenze n. 208 del 2019 e n. 68 del 2018).

7.7.– Le considerazioni appena compiute inducono a dichiarare assorbita la censura concernente la violazione dell'art. 97 Cost.

8.– Il Presidente del Consiglio ha poi impugnato, con autonomo ricorso, due disposizioni della legge reg. Puglia n. 5 del 2019: la prima (art. 8) ha abrogato la più volte menzionata norma di interpretazione autentica (art. 2 della legge reg. Puglia n. 59 del 2018); la seconda (art. 7) ha inserito in pianta stabile, e con efficacia pro futuro, una prescrizione riproduttiva della abrogata norma regionale (asseritamente) interpretativa.

8.1.– Avverso tali norme la difesa statale ha reiterato, nella sostanza, le censure già proposte nei confronti della disposizione (asseritamente) interpretativa di cui all'art. 2 della citata legge regionale n. 59 del 2018.

Ad avviso della Avvocatura generale, l'inserimento in pianta stabile di una norma identica al contenuto precettivo dell'art. 2 della legge reg. n. 59 del 2018 avrebbe reso l'abrogazione di quest'ultima priva di qualsiasi effetto pratico, realizzando un continuum normativo che persisterebbe nelle violazioni degli artt. 3, 97, 117, comma terzo, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del "decreto sviluppo".

8.1.1.– Rispetto ai termini del precedente ricorso, vi è un profilo di novità, attinente all'asserita lesione dell'art. 2-*bis*, comma 1-*ter*, del t.u. edilizia (comma inserito, come si è visto, dall'art. 5, comma 1, lettera b, del d.l. n. 32 del 2019), il quale ora dispone che «[i]n ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo», così collocandosi fra i principi fondamentali della materia «governo del territorio».

9.– La questione di legittimità costituzionale, concernente l'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019, promossa con riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost, in relazione all'art. 5, comma 1, lettera b), del d.l. n. 32 del 2019, è fondata.

9.1.– In primo luogo, deve sottolinearsi che la norma statale evocata come parametro interposto, entrata in vigore quattro giorni dopo la impugnata disposizione regionale, assurge, come anticipato, al rango di principio fondamentale della materia.

In tale direzione, un indice significativo è offerto, anzitutto, dalla particolare sede normativa (il t.u. edilizia) prescelta dal legislatore per l'inserimento della nuova norma (avvenuto, come già detto, per mezzo dell'art. 5, comma 1, lettera b, del d.l. n. 32 del 2019).

Per costante giurisprudenza costituzionale, a prescindere dall'auto-qualificazione, certamente non vincolante per l'interpretazione di questa Corte, contenuta nell'art. 1, comma 1, del t.u. edilizia, in detto testo unico trova sede la legislazione di cornice in materia di edilizia, a sua volta riconducibile al governo del territorio.

Molteplici sono le disposizioni del citato testo unico che questa Corte ha annoverato tra i principi fondamentali della suddetta materia (ex plurimis, sentenze n. 125 del 2017, n. 282 e n. 272 del 2016, e n. 259 del 2014).

Lo stesso art. 2-*bis* del t.u. edilizia, nel cui ambito si trova il menzionato comma 1-*ter*, è stato considerato principio fondamentale per ciò che concerne la vincolatività delle distanze legali stabilite dal d.m. n. 1444 del 1968, derogabili solo a condizione che le eccezioni siano «inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio» (sentenza n. 86 del 2019), salvo quanto previsto dall'art. 5, comma 1, lettera b-*bis*, del d.l. n. 32 del 2019.

9.2.– Come questa Corte ha già avuto modo di sottolineare, le disposizioni del t.u. edilizia integrano «norme dalla diversa estensione, sorrette da rationes distinte e infungibili, ma caratterizzate dalla comune finalità di offrire a beni non frazionabili una protezione unitaria sull'intero territorio nazionale» (sentenza n. 125 del 2017).

Il comma 1-*ter* dell'art. 2-*bis* del t.u. edilizia, nel disporre che «[i]n ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione, quest'ultima è comunque consentita nel rispetto delle distanze legittimamente preesistenti purché sia effettuata assicurando la coincidenza dell'area di sedime e del volume dell'edificio ricostruito con quello demolito, nei limiti dell'altezza massima di quest'ultimo», detta evidentemente una regola unitaria, valevole sull'intero territorio nazionale, diretta da un lato a favorire la rigenerazione urbana e, dall'altro, a rispettare l'assetto urbanistico impedendo ulteriore consumo di suolo (come peraltro si trae dai lavori preparatori della legge di conversione dell'art. 5, comma 1, lettera b-*bis*, del d.l. n. 32 del 2019).

9.3.– Chiarita la portata del comma 1-ter, risulta evidente l'antinomia tra il suo tenore normativo e il disposto dell'art. 7 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019.

Il comma 1-ter dell'art. 2-*bis* del t.u. edilizia è in-

fatti incompatibile con l'art. 7 della citata legge reg. Puglia n. 5 del 2019, che consente, in caso di demolizione e ricostruzione, un aumento volumetrico. Inoltre, il riferimento alla necessaria costruzione entro l'area di sedime – come definita dal sopra menzionato Allegato A dello Schema di regolamento edilizio tipo – impedisce le «diverse dislocazioni dei volumi» cui fa riferimento la norma regionale impugnata.

Non può sostenersi, come invece argomenta la difesa regionale, che l'intervenuta modifica normativa statale non incida sulla legislazione regionale attuativa del "piano casa", considerata disciplina speciale rispetto alla normativa generale prevista dal legislatore nazionale. Il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 2-*bis* del t.u. edilizia stabilisce che i limiti volumetrici e di sedime si applichino «[i]n ogni caso di intervento di demolizione e ricostruzione», così esprimendo una ratio univoca, volta a superare tutte le disposizioni (anche regionali), in materia di SCIA, incompatibili con i nuovi vincoli.

L'intervenuta modifica del parametro interposto rappresentato dal nuovo principio fondamentale rende quindi costituzionalmente illegittima la norma impugnata, a partire dalla entrata in vigore della novella legislativa statale.

Inoltre, poiché la norma regionale impugnata è entrata in vigore il 16 aprile 2019 mentre la norma statale è entrata in vigore il 19 aprile 2019, la disposizione non può avere avuto applicazione per i pochi giorni precedenti, essendo stata vigente per un tempo incompatibile con il consolidarsi del titolo abilitativo (ai sensi dell'art. 19, comma 6-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»).

Per tale ragione può considerarsi cessata la materia del contendere della questione relativa all'art. 7 impugnato, per l'arco temporale antecedente all'entrata in vigore del nuovo art. 2-*bis*, comma 1-*ter*, del t.u. edilizia.

9.4.– Sono assorbite le censure promosse per violazione degli artt. 3, 97 e 117, terzo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 36 e 37 del t.u. edilizia e all'art. 5, comma 10, del d.l. n. 70 del 2011 (cosiddetto "decreto sviluppo").

9.5.– Le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge reg. Puglia n. 5 del 2019 sono invece non fondate, data la natura meramente abrogativa della disposizione impugnata.

(*omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Il fatto. – 2. Le questioni rilevanti. – 3. Una breve riflessione sul concetto di potestà legislativa concorrente. – 4. La decisione della Corte. - 5. Riflessioni conclusive e profili applicativi.

Premessa

La sentenza della Corte Costituzionale n. 70 del 2020 interviene su una *vexata questio* in materia di Governo del territorio affrontando il tema delle ristrutturazioni ricostruttive ex art 3 comma 1 lettera *d* d.P.R. 380 del 2001 passando in rassegna i vari interventi normativi, sul piano nazionale, che si sono succeduti dal d.P.R. 380 del 2001 fino alla legge n. 55 del 2019, valutando la legittimità costituzionale di una legge regionale di interpretazione autentica della precedente disciplina locale sul Piano-Casa.

Oggetto del giudizio non è tanto la legittimità giuridica degli interventi di demolizione e ricostruzione con ampliamento di volumetria, quanto la possibilità di sanare, *ex lege*, opere edilizie *medio tempore* realizzate e caratterizzate dalla modificazione della sagoma ovvero della dislocazione della volumetria su area diversa rispetto a quello in cui insisteva in manufatto demolito.

1. Il fatto

Alla fine del 2018 la Regione Puglia con la legge n. 59 ha adottato una normativa di interpretazione autentica della L.R. 14 del 2009 in ordine agli ampliamenti volumetrici in materia di Piano-casa. L'articolo 1 comma 4 della disciplina regionale prevedeva, in linea con le indicazioni della Conferenza Unificata del 2009[1], aumenti volumetrici fino al 35% di edifici a destinazione residenziale, non residenziale o mista per gli interventi di demolizione e ricostruzione, purché rispettosi delle altezze massime e delle distanze minime previste dagli strumenti urbanistici, dell'art. 9 D.M. 1444 del 1968 in relazione alle distanze minime tra fabbricati, nonché del rispetto della sagoma dell'edificio preesistente rispetto ai distacchi, agli allineamenti ed agli arretramenti.

Tale disciplina, dotata di carattere retroattivo-interpretativo, estendeva la portata della normativa sul Piano-casa regionale prevedendo la possibilità, a seguito delle attività edilizie di demolizione e ricostruzione, di realizzare il ricostruito manufatto anche con una diversa dislocazione plano-volumetrica, ovvero di realizzare più dislocazioni del volume massimo (realizzabile a seguito della riqualificazione) all'interno dell'area di pertinenza nel rispetto delle condizioni dell'art. 5 della predetta legge, e, comunque, in una zona dotata delle opere di urbanizzazione primarie previste dalla legge.

Disciplina abrogata dalla stessa Regione, a seguito della impugnativa statale della legge stessa (art. 8 L.R. Puglia n. 5 del 2019), e sostituita dall'art. 7 L.R. n. 5 del 2019, identica sotto il profilo contenutistico ma diversa negli effetti, in quanto applicabile soltanto alle attività edificatorie successive alle medesima legge. Oggetto anch'essa di ricorso da parte della Presidenza

[1] Il riferimento è ai lavori della Conferenza Stato-Regioni unificata del 31 marzo 2009 in tema di *incentivazione volumetrica edilizia.*

del Consiglio dei Ministri al Giudice delle Leggi ex art 134 Cost. per violazione dei parametri costituzionali.

A seguito di tali impugnative è intervenuta la Corte Costituzionale affrontando la questione su entrambe le disposizioni, visto che, la cessazione della materia del contendere in ambito di giudizio di costituzionalità, ed invero anche dinanzi alle magistrature ordinarie e speciali, è pronunciata soltanto nella residua ipotesi in cui la successiva decisione -legislativa- soddisfi le pretese del ricorrente e la disciplina abrogata non abbia avuto, *medio tempore*, applicazione.

2. Le questioni rilevanti

Alla base dell'intervento della Consulta vi sono due diverse questioni: *in primis* si affronta il tema della possibilità, da parte delle Regioni, di adottare norme retroattive di interpretazione autentica, in relazione a precedenti disposizioni dalla stessa adottata, nonché di individuare, questione connessa alla risposta favorevole al primo interrogativo, i limiti dell'esercizio di tale potere normativo.

In secondo luogo il giudizio si sviluppa sul concetto di ristrutturazione ricostruttiva e sugli spazi di scelta normativa riservata ai poteri regionali nella materia del *Governo del territorio*, elencata dall'art 117 della Costituzione tra quelle materie in cui esiste la potestà legislativa concorrente Stato-Regioni.

3. Una breve riflessione sul concetto di potestà legislativa concorrente

La legge costituzionale n. 3 del 2001 nel riscrivere il Titolo V, Parte II, della Costituzione ha riformulato totalmente la normativa attinente ai poteri legislativi dello Stato e delle Regioni.

Rispetto al passato si è realizzato un *decisivo rafforzamento del ruolo normativo delle Regioni*[2] individuando un criterio di competenza di tipo generale ed al contempo residuale, il cui ruolo è quello di riservare al Governo locale i poteri normativi in tutte quelle materie non espressamente elencate ai commi 2 e 3 dell'art. 117 della Costituzione; sul punto l'art. 117 rappresenta il baricentro su cui ruota la disciplina delle competenze legislative, riconoscendosi, senza ombra di dubbio, anche in capo alle regioni autonomi poteri legislativi, distinguendoli a seconda che vengano esercitati in materie di competenza legislativa concorrente o esclusiva[3]. Nel primo caso, ed in particolari materie, le Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto delle prescrizioni dettate da leggi statali, avendo la possibilità di prevedere norme di dettaglio, idonee a specificare quanto previsto dalla disciplina posta dal legislatore statale. Si realizza, in tali materie, *una vera e propria suddivisione del potere legislativo tra Stato e Regioni*[4], a cui corrisponde una distinta articolazione delle competenze attribuendosi in capo al legislatore statale la definizione dei principi fondamentali in particolari materie, dettando così "linee guida" vincolanti per il legislatore regionale, la cui violazione viene sanzionata attraverso l'illegittimità costituzionale ex art. 134 Cost.

Si discute, poi, se tale distinta articolazione debba necessariamente avvenire attraverso vere e proprie *leggi cornice*, oppure attraverso un'operazione ermeneutica in relazione alla legislazione vigente in ogni materia[5].

Nell'ambito, invece, delle materie di competenza legislativa esclusiva regionale *ex* art. 117 comma 4 della Costituzione, alle Regioni è conferito il potere di adottare sia norme di principio che prescrizioni di dettaglio, non sussistendo, almeno astrattamente, alcun margine di scelta in capo al Parlamento. Quest'ultimo potrà intervenire soltanto nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere legislativo locale incida, anche indirettamente, su interessi riconducibili a materie (cd. materie valore-trasversali[6]) appartenenti alla legislazione statale esclusiva, le quali consentirebbe allo Stato di riservarsi uno spazio di intervento; tale intervento trova la propria *ratio* nel principio di unità giuridica dello Stato, e ricondotto nell'ambito dell'esercizio dei poteri sussidiari, anche se in termini impropri, attribuendo al Parlamento la possibilità di disciplinare quella specifica materia con norme di principio e di dettaglio, purché ragionevoli e proporzionate agli scopi da raggiungere[7].

Il novellato art. 117 annovera tra le materie di legislazione concorrente proprio il *Governo del territorio*, assorbendo in tale locuzione le precedenti materie dell'urbanistica e dell'edilizia, anch'esse ricondotte,

[2] E. Casetta, in *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2012, p. 274; M.S. Giannini, *Il decentramento nel sistema amministrativo,* in *Problemi della Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1958, p. 178; F.A. Roversi Monaco, *Profili giurisdizionali del decentramento dell'organizzazione amministrativa,* Padova, 1970.

[3] A. Anzon, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, p. 26.

[4] P. Caretti e U. De Siervo, in *Istituzioni di diritto pubblico,* Torino, 2006, p. 356.

[5] Per una ricostruzione delle "leggi-cornice" o leggi-quadro, già utilizzate nel periodo antecedente alla riforma del Titolo V con la legge costituzionale n. 3 del 2001 R. Bin, *Legge Regionale",* in *Digesto*, IX, 1994; Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto,* Torino, 1994, p. 216 ss. Tali ipotesi hanno assunto un ruolo fondamentali con l'esperienza delle Leggi Bassanini del 1997 e 1998, allorquando lo Stato è intervenuto per ridefinire, specie sul versante delle funzioni amministrative i rapporti con le Regioni.

[6] Tale espressione è divenuta usuale a seguito dell'intervento con la Consulta con la sentenza 01 ottobre 2003 n. 303; già utilizzato dalla Corte nelle pronunce 282 e 407 del 2002; P. Falletta, *La strumentale distinzione tra tutela e fruizione in merito al riparto della competenza legislativa ambientale,* in *Giur.Cost.*, 1/10, p. 20.

[7] Corte Cost. n. 303 del 25 settembre 2003 in S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, Le Regioni 2004, 578 ss, Corte Cost. n. 14 del 13 gennaio 2004 in M. Barbero, *Materie trasversali e federalismo fiscale: il caso della tutela della concorrenza,* note a margine di Corte Cost. n 14/04, in *Amministrazione in cammino*; anche Corte Cost. 401 del 19 novembre 2007 in E. Casetta, in *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2012, p. 617.

dalla normativa ante riforma del 2001, alla competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni.

La ratio di tale previsione è quella di riservare alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato[8], di disciplinare tutto ciò che attiene all'uso del territorio e la localizzazione di impianti e attività[9].

Nello stesso senso si pone, poi, la disciplina speciale edilizia del d.P.R. 380 del 2001, che, rispettivamente, all'art. 1 comma 1, con formulazione enfatica, sottolinea come il testo unico dell'edilizia, di provenienza statale, contiene i principi fondamentali e generali e le disposizioni per la disciplina edilizia, mentre all'art. 2 comma 1 impone alle Regioni, nell'esercizio della propria potestà legislativa, di conformarsi alla disciplina prevista dal detto Testo Unico e dai principi da essa desumibili.

Sulla base di tali affermazioni si fondano i poteri normativi regionali in materia di "Piano-Casa", oggetto del giudizio di costituzionalità. Sul punto, infatti, così come rappresentato nella sentenza in esame, in attuazione del D.L. n. 112 del 2008 convertito in legge n. 133 del 2008 art. 11, la Regione Puglia (con la legge regionale n. 4 del 2009), al pari di altre amministrazioni regionali, ha adottato la normativa locale volta a regolamentare l'attività edilizia in materia di riqualificazione del patrimonio immobiliare abitativo. L'art. 11, infatti, prevede che il detto piano possa realizzarsi anche attraverso incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità del tessuto urbano. In attuazione di tale disciplina è stata successivamente, prevista, in sede di Conferenza Unificata nel 2009 la possibilità per i legislatori regionali di prevedere per le opere di razionalizzazione e riqualificazione del patrimonio edilizio in favore dei privati un premio volumetrico tra il 20 ed il 35 per cento in caso di ristrutturazione ricostruttiva.

4. La decisione della Corte

La Corte Costituzionale ha affrontato, congiuntamente, la legittimità costituzionale di due leggi regionali pugliesi in materia di Piano Casa. L'intervento della Consulta è conseguenza di due diversi ricorsi della Presidenza del Consiglio dei Ministri rispettivamente aventi ad oggetto una prima legge, del 2018, di interpretazione autentica della L.R. 14 del 2009, ed una successiva legge abrogativa di quella impugnata, con riproposizione dello stesso contenuto, dotata, però, di portata applicativa futura.

La legge del 2018 prevedeva, innovando sul piano interpretativo quella sul Piano-casa, che gli interventi di ristrutturazione ricostruttiva potevano essere realizzati anche con una diversa sistemazione plano-volumetrica della costruzione ovvero attraverso una o più dislocazioni del volume massimo realizzabile all'interno dell'area di pertinenza dell'intervento edilizio.

La successiva legge regionale del 2019 da un lato abrogava quella interpretativa del 2018, ma dall'altro ne riproponeva, in termini di perfetta identità, il contenuto, attribuendo ad essa efficacia soltanto per il futuro.

Il ricorrente ha impugnato le disposizioni regionali per violazione degli artt. 3, 97 e 117 comma 3 della Costituzione anche in relazione agli artt. 36 e 37 d.P.R. 380 del 2001, 5 comma 10 del D.L.70/11, 5 comma 1 lettera *b* D.L. 32 del 2019.

Nello specifico la Corte Costituzionale accoglie i ricorsi ritenendo non cessata la materia del contendere in riferimento alla disciplina abrogata, così vagliando la legittimità anche della legge di interpretazione autentica del 2018.

In punto di diritto, e dopo aver tracciato l'evoluzione giuridico-normativa della ristrutturazione edilizia di tipo ricostruttivo nel nostro ordinamento, così passando in rassegna le disposizioni che si sono succedute nel tempo a partire dall'originario art. 3 comma 1 lettera d del d.P.R. 380 del 2001 fino alle innovazioni restrittive apportate all'art. 2-*bis* Tued dalla legge Sblocca cantieri del 2019, la Consulta affronta il tema della legittimità costituzionale della legge regionale di interpretazione autentica.

Invero, sottolinea la Consulta, risulta, oltremodo, necessario distinguere le leggi di interpretazione autentiche, sempre ammesse, da quelle innovative con portata retroattiva, la cui ammissibilità impone un accurato vaglio di ragionevolezza sulla base di un adeguato bilanciamento tra le ragioni alla base dell'intervento normativo rispetto agli interessi ed i valori, eventualmente e potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma adottata[10].

[8] Sul punto Stella Richter P, in *Costituzione nuova e problemi urbanistici vecchi,* in *Dir.Amm*., 2001, p. 387.

[9] Corte Cost., 24 giugno 2004 n 196.

[10] Il riferimento è a Corte Cost. 12 aprile 2017 n. 73 e 05 aprile 2012 n. 78 che al punto 12 del *Considerato in diritto*, espressamente, sosteneva che la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica, quindi, non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011, n. 209 del 2010 e n. 24 del 2009). In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto» (sentenza n. 311 del 2009), o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore» (ancora sentenza n. 311 del 2009), a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale. Accanto a tale caratteristica, questa Corte ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento;

Le leggi di interpretazione autentica[11] non sono in alcun modo vietate nel nostro ordinamento in quanto rivolte a superare i dubbi applicativi connessi a leggi che, essendo troppo spesso, il frutto di mediazioni complesse, ovvero caratterizzate da una funzione satisfattorio-stabilizzatrice, richiedono un nuovo intervento legislativo che ne definisca, con portata retroattiva, il contenuto, ed eventualmente gli effetti. Alla base vi deve essere un'evidente e percepibile disomogeneità interpretativa, tale da rendere necessario il rinnovato intervento del legislatore in quanto fondato sulla necessità di chiarire il senso di norme preesistenti ovvero di escludere o di enucleare uno dei sensi fra quelli ritenuti ragionevolmente riconducibili alla norma interpretata, allo scopo di imporre a chi è tenuto ad applicare la disposizione considerata un determinato significato normativo. Il legislatore, del resto, può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore (sentenza n. 73 del 2017[12]).

Nella specie la Consulta, ponendosi nel solco da essa già tracciato attraverso altre pronunce, e dopo aver chiarito l'ammissibilità di leggi di interpretazione autentiche regionali[13], ha sostenuto il carattere innovativo e non già meramente interpretativo dell'art. 2 della L.R. 59 del 2018, nella misura in cui mancava qualsiasi contrasto interpretativo, nonché la sussistenza di profili di incertezza, avendo la disciplina in esame l'unico obiettivo di estendere *l'oggetto* della normativa preesistente, limitata inizialmente solo agli incrementi volumetrici, ed estesa anche ad interventi di diversa sistemazione plano-volumetrica o di localizzazione del volume, del manufatto ricostruito, tenendo conto degli aumenti di volumetria dovuti all'accesso agli indici di premialità della legge sul Piano-Casa.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte individua il primo profilo di incongruità costituzionale nella pretesa irragionevolezza, ex art. 3 Cost., data la sua innovatività con portata retroattiva, della legge di interpretazione autentica regionale, potendo configurarsi addirittura come un'inammissibile sanatoria normativa di interventi edilizi abusivi con applicazione retroattiva. Infatti, mettendo a confronto le due prescrizioni regionali sul Piano-Casa, ovvero la legge del 2009 con quella del 2018 si evidenziano *ictu oculi* le differenze, perdendo la disciplina del 2018 il carattere meramente interpretativo per assumere portata eccezionalmente innovativa, idonea a ricomprendere opere edilizie ricostruttive diverse e dotate di maggiore incisività sul tessuto urbanistico.

Sul punto, la questione controversa ed affrontata dal Giudice delle Leggi attiene sia al profilo della *diversa sistemazione plano-volumetrica* che a quello della *dislocazione del volume nell'area di pertinenza*; in relazione alla prima innovazione, il rischio è di estendere eccessivamente la disciplina preesistente anche alle modificazioni della sagoma, (così come previsto dall'Allegato A dello Schema di Regolamento edilizio-tipo adottato in sede di Conferenza unificata nel 2016), contrastando con la disciplina statale tradizionale in materia di ristrutturazione ricostruttiva che prevede un vincolo di immodificabilità della sagoma dell'edificio, oggetto di un ridimensionamento soltanto nel 2013 con applicazione della limitazione alla sola attività ricostruttiva nelle zone sottoposte a vincolo.

La Consulta, ulteriormente, ha affermato l'irragionevolezza della disciplina del 2018 anche in riferimento alle *dislocazioni volumetriche*; contrastando alla disciplina statale in materia, anche in relazione al più permissivo decreto "Sviluppo" del 2011, che ammetteva le *delocalizzazioni* di volumetria soltanto previa scelta pianificatoria del Comune, e non già frutto della sola ed esclusiva volontà del proprietario, relativamente ad immobili legittimi sul piano edilizio.

Infine, il Giudice delle Leggi afferma la irragionevole innovatività della disciplina del 2018 anche a causa del fatto che con essa si deroga agli strumenti urbanistici preesistenti, rendendo, senz'alcuna situazione di necessità, *ex post* legittime, attività edificatorie originariamente abusive, in quanto non previste dalla disciplina originaria del Piano-Casa.

La Corte rileva, poi, l'insanabile contrasto della normativa oggetto di scrutinio all'art. 117 comma 3 della Costituzione in relazione agli artt. 36 e 37 Tued e 5 comma 9-10 D.L.70 del 2011, che disciplinano l'istituto della *sanatoria per accertamento di conformità*[14]. La normativa *de qua* riflette in materia l'artico-

la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sentenza n. 209 del 2010, citata, punto 5.1, del Considerato in diritto).

[11] G. Castellano, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto,* in *Politica del diritto*, 1971, p. 593 ss., A. Anzon, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge,* che individua come vero *nodo nevralgico* la questione della retroattività delle norme di interpretazione autentica; Torino, 2001 p. 1-16; *F. Modugno*, *Interpretazione giuridica,* Padova, 2009, p. 1 ss.

[12] Sul punto in tema di illegittimità costituzionale di una norma di interpretazione autentica anche Corte Cost. 5 aprile 2012 n. 78 che ha dichiarato incostituzionale la legge 10 del 2011 in relazione all'anatocismo bancario con previsione di una norma di interpretazione autentica, in assenza di contrasto interpretativo al momento dell'intervento del legislatore in tema di prescrizione dell'azione di restituzione dell'indebito a tutela del debitore, A. Palmieri, *Il Foro Italiano*, Vol. 135, n. 10, 2012, pp. 2585/2586-2603/2604.

[13] Il fondamento di tale potere può essere ravvisato nell'art 117 della Costituzione e nella ormai affermata potestà legislativa regionale.

[14] A. Guizzi, in *Verso l'ammissibilità dell'applicazione dell'art.*

lazione costituzionale delle competenze legislative che attribuisce al legislatore statale, in quando normativa di principio, il potere-dovere di fissare i presupposti generali di operatività dell'istituto. La sanatoria rappresenta, infatti, un istituto eccezionale, tradizionalmente utilizzato per porre rimedio a tutte le ipotesi di *abusi meramente formali*[15] ovvero dipendenti dalla sola assenza del titolo abilitativo ma dalla conformità alla strumentazione urbanistica vigente (ovvero esistente al momento dell'istanza) ed a quella esistente al momento dell'edificazione (cd meccanismo della *doppia conformità*). L'eccezionalità delle disposizioni normative relative all'accertamento in conformità con efficacia sanante rileva tutti i suoi aspetti nella deroga al principio per il quale i *lavori sine titulo devono essere sottoposti alle prescritte misure ripristinatorie e sanzionatorie e come tali non sono suscettibili di applicazione né analogica né estensiva*[16]*;* sicché il potere normativo di predeterminazione delle condizioni di operatività non potrebbe che essere esclusivamente esercitato solo dal legislatore statale al fine di evitare inutili quanto ingiustificate disparità di trattamento tra i cittadini delle diverse Regioni.

Ed in effetti, a parere della Corte, la Regione Puglia ha introdotto, allargandone ingiustificatamente la portata (Corte Costituzionale n. 117 del 2015), i presupposti di operatività degli artt. 36 e 37 d.P.R. 380 del 2001, nel prevedere retroattivamente la legittimità delle *diverse sistemazioni plano-volumetriche nonché le delocalizzazioni volumetriche* con sanatoria *ex tunc* delle opere di ampliamento a seguito di ristrutturazione ricostruttiva inosservante della disciplina originaria della L.R. 14 del 2009.

La Consulta affronta, infine, la legittimità costituzionale dell'art. 7 della L.R. Puglia n. 5 del 2019 che ripropone, ma soltanto per le opere a farsi, ovvero realizzate successivamente all'entrata in vigore della suddetta legge, il contenuto dell'art. 2 della legge regionale di interpretazione autentica n. 59 del 2018. La *ratio* di tale intervento normativo viene individuata nel prevedere in *pianta stabile e pro futuro* la prescrizione estensiva dell'abrogata legge n. 59 del 2018.

La Corte Costituzionale valorizza nel giudizio di costituzionalità dell'art. 7 citato quale *profilo di novità* l'art. 5 comma 1 lettera b del D.L. 32 del 2019 che ha introdotto all'art. 2-*bis* Tued due nuovi commi, *1-bis e 1-ter*. Secondo il comma *1-ter* la ristrutturazione edilizia in termini di ricostruzione ex art. 3 comma 1 lettera *d* Tued è ammessa purché avvenga nel rispetto *delle distanze legittimamente preesistenti* e venga assicurata *la coincidenza del sedime e del volume nonché dell'altezza massima.* Anche in questo caso la Consulta sostiene il contrasto di tale disciplina all'art. 117 comma 3 della Costituzione in combinato al predetto art. 2-*bis* comma 1-*ter* Tued, nella misura in cui non consente una diversa dislocazione plano-volumetrica, ovvero diverse delocalizzazioni, richiedendo tanto la coincidenza dell'area di sedime che dei volumi del manufatto preesistente.

La Corte rileva l'inderogabilità della disciplina del 2019 appartenendo anch'essa alla competenza legislativa statale data la qualificazione di normativa di principio in tema di ristrutturazione edilizia. A sostegno di tale vincolo inderogabile per il legislatore regionale vengono utilizzati due indici: in primo luogo si richiama tanto la tradizionale giurisprudenza della Consulta in materia di competenze legislative concorrenti in relazione alla disciplina del Governo del territorio, così come previsto anche dall'art 1 Tued; in secondo luogo, lo stesso art. 2-*bis* comma 1-*ter* Tued è stato considerato principio fondamentale in quanto rivolto ad individuare una *regola unitaria valevole sull'intero territorio nazionale,* sia dal punto di vista della generale ammissibilità della rigenerazione urbana che dalla necessità di evitare ulteriori ed inutili consumi di suolo.

Infine, la Corte affronta il rapporto tra art. 2*bis* Tued e disciplina speciale permissiva in materia di incrementi volumetrici sul Piano-Casa del 2008, ritenendo quest'ultima giammai idonea a derogare alla disciplina generale perché ispirata ad una *ratio* unitaria volte a superare tutte le disposizioni (anche regionali) incompatibili con i nuovi vincoli.

5. Riflessioni conclusive e profili applicativi

L'intervento della Corte incide direttamente sul tema, tradizionalmente oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali[17], della ristrutturazione edilizia.

13(accertamento di conformità), legge n.47 del 1985 nelle zone vincolate, in *Riv. Giur. Edil*. 2004, II, p. 63; L. Viola, in *Governo del territorio ed analisi economica del diritto amministrativo: il caso dell'accertamento di conformità sulla Dia,* in *Giust. Amm*., 2006 p. 133; M. A. Sandulli, in *Costruzioni contra ius e provvedimenti in sanatoria,* in *Riv.Giur.Edil*, 1958, II, p. 91; G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico,* Milano, 2015, p. 714 e ss.

[15] A. Fiale e E. Fiale, *Diritto Urbanistico,* Napoli, 2011, p. 760; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 luglio 2007 n. 589, *in Foro Amm*., 2007, 7-8, I, p. 2293: la norma di cui all'art. 13, l. n. 47 del 1985, *il legislatore ha specificatamente individuato un punto di equilibrio secondo il quale gli abusi formali (ovvero quelli consistenti in opere conformi agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda) possono ottenere il rilascio di un titolo in sanatoria, solo a condizione del pagamento di una somma a titolo di oblazione.*

[16] Si rinviene nella salvaguardia di economicità sostanziale oltre che processuale la disciplina innovativa dell'istituto del 1985 poi ripresa dal d.P.R. 380 del 2001; espressamente TAR Piemonte, Torino, Sez I, 30 ottobre 2008 n. 2721, in *Foro Amm*., 2008, 10, p. 2681: *nel sistema delineato…..(ora, art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001), ove l'interessato abbia attivato il procedimento per ottenere la concessione di costruzione edilizia* (oggi permesso in sanatoria) *in sanatoria, il ricorso proposto contro un provvedimento repressivo emesso in precedenza (nella specie, ordine di demolizione) è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendo tale ordinanza divenuta priva di efficacia, atteso che a seguito dell'istanza di sanatoria essa deve essere sostituita o dalla concessione in sanatoria (espressa o implicita) o da un nuovo provvedimento sanzionatorio.*

[17] Sul tema D. Rodella, in *Il concetto di ristrutturazione edilizia e*

Quest'ultima come disciplinata dal combinato disposto degli art. 3 comma 1 lettera *d* e 10 comma 1 lettera *c* d.P.R. 380 del 2001 comprende tre diverse ipotesi: quella della ristrutturazione cd "leggera" di cui all'art 3 comma 1 lettera *d* prima parte del Tued, della ristrutturazione edilizia "pesante" ex art 10 comma 1 lettera *c* Tued ed, infine quello della ristrutturazione ricostruttiva ex art. 3 comma 1 lettera *d* seconda parte del Tued; su questa ultima categoria si concentra l'attenzione della Consulta, tenendo fin da ora presente che essa rappresenta l'ipotesi più problematica avendo riguardo anche alla legislazione in materia di Piano-Casa (D.L. n. 112 del 2008).

La stessa, però, nel giudizio in esame sembra voler ridimensionare, se non addirittura disapplicare, tale disciplina che, certamente, rappresenta, o meglio dovrebbe rappresentare, la normativa principale, in quanto *lex specialis,* in materia di ristrutturazione ricostruttiva ogni qual volta sia possibile attestare dalle opere realizzate *un generale miglioramento della qualità architettonica e/o energetica del patrimonio edilizio esistente.* Rispetto di tali presupposti che, secondo le indicazioni della Conferenza unificata del 2009, ed attuata dalla originaria disciplina regionale pugliese del Piano-Casa, consentirebbero, poi, di ottenere, come premio, legittimi incrementi volumetrici fino al 35 per cento della volumetria in caso di demolizione e ricostruzione.

Da sottolineare, poi, che l'intesa conferenziale, nella logica dell'incremento degli alloggi residenziali connesso ad un miglioramento della qualità energetica ed architettonica del tessuto urbano, ha attribuito, nel rispetto delle diverse caratteristiche geomorfologiche, la possibilità in capo alle Regioni di prevedere ulteriori tipologie di intervento.

La specialità di tale disciplina, e ciò non sembra azzardato, potrebbe determinare il legittimo convincimento circa la sua inderogabilità, da previsioni statali, anche successive, di modifica del d.P.R. 380 del 2001 in quanto frutto di una precisa scelta legislativa in tal senso, connessa a vincoli ben precisi e rivolta a specifiche finalità. Deroga che si ritiene appunto ragionevole viste le finalità e gli obiettivi che la stessa si pone di realizzare; scelta che però impone di verificare con esattezza che gli interventi edilizi ricostruttivi siano consentiti dalla strumentazione urbanistica di primo livello, rispettino tutte le indicazioni normative statali e regionali sul Piano-casa ed attengano ad un manufatto legittimo sotto il profilo edilizio. Senza dimenticare, poi, che presupposto necessario di ogni attività di ristrutturazione edilizia, nelle tre tipologie menzionate, è la preesistenza di un fabbricato da ristrutturare, ovvero di un organismo edilizio dotato delle murature perimetrali, strutture orizzontali e copertura, così distinguendosi dalle nuove costruzioni, ex art. 3 comma 1 lettera *e* Tued, le quali necessitano del rilascio del permesso a costruire, e non già di Scia[18].

Fuorviante, allora, nella stessa sentenza è il rinvio alle modifiche intervenute con il decreto Sblocca cantieri nel 2019, il quale sarebbe dotato di una *vis* applicativa tale da superare, *esprimendo una ratio univoca*, tutta la disciplina, anche regionale, in materia di Piano-Casa. Senonché, tale affermazione non potrebbe in alcun modo condividersi per quanto riguarda la legislazione speciale statale e regionale attuativa in materia residenziale, peraltro conforme (ma ciò non potrebbe essere un limite) all'art. 3 comma 1 lettera *d* Tued vigente al momento dell'entrata in vigore (così come modificato dal D.L. 301 del 2002 per quanto riguarda le dislocazioni, laddove dubbi possono individuarsi solo in relazione alla sagoma, nonché alla modifiche apportate dall'art. 5 comma 9 del D.L. 70 del 2011). Il *novum* del 2019, come ripreso dalla Consulta opererebbe solo per gli interventi ricostruttivi futuri e non riconducibili alla disciplina speciale del Piano-Casa.

Pertanto, soltanto una legge successiva nella stessa materia, ovvero la sussistenza di un intervento legislativo espressamente abrogativo in tema di Piano-Casa, potrebbe giustificare la sola applicazione della normativa generale in deroga a quella speciale.

Allora, l'art. 2-*bis* comma 1-*ter* Tued può essere utilizzato per desumere l'illegittimità costituzionale ex art. 117 Cost. del preesistente art. 7 L.R. Puglia n. 5 del 2019 (anche se adottato solo tre giorni prima) che prevede deroghe alla sagoma e alla localizzazione dell'opera, ma non già in ordine agli ampliamenti volumetrici (se non sostenendo ormai il venir meno dell'intera legislazione sul Piano-Casa), frutto esso di una disciplina statale che consente anche le suddette deroghe volumetriche, vietate proprio da tale ultimo intervento normativo che impone espressamente la *coincidenza del volume.*

Giustificato, quindi, l'intervento del Giudice delle Leggi in relazione alle delocalizzazioni o modificazione della sagoma[19] in relazione alla legge regionale *pro fu-*

le incertezze ed oscillazioni in giurisprudenza, in Nuova Rass. 1990, p. 1089.

[18] È necessario distinguere tra ristrutturazione e nuova costruzione, la quale postula necessariamente il permesso a costruire, rientrando nell'ambito quest'ultima anche le attività di ricostruzione di ruderi e edifici, pur vetusti ma già da tempo demoliti, attesa la mancanza di elementi sufficienti idonei a testimoniare le caratteristiche dell'edificio preesistente; T.a.r. Veneto, sez. II, 5 giugno 2008 n. 1667, in *Nuova Rass*., 2008, pag. 1610; nello stesso senso da ultimo T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 11 giugno 2019 n. 3162, T.a.r. Lombardia, Brescia, sez. I, 26 settembre 2017 n. 1167.

[19] La nozione di "sagoma" attiene alla *conformazione planovolumetrica della costruzione ed al suo perimetro inteso in senso sia verticale che orizzontale.* Si parla di essa come il *contorno* dell'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali, con gli *aggetti e gli sporti* (Cass. pen., sez. III, 23 aprile 2004, n. 1903; Corte Cost. 23 novembre 2011, n. 309; Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1564). Il Regolamento Edilizio Tipo, cosi come previsto dall'art 4 comma 1 lettera a, individua all'Allegato A, rubrica n-18, Quadro delle

turo del 2019, le prescrizioni non potrebbero operare però per gli aumenti volumetrici, in quanto consentiti dalla legislazione del 2008, mai abrogata.

Per quanto riguarda, diversamente, la legge di interpretazione autentica n. 59 del 2018, è necessario, a contrario, ridimensionare, sul profilo effettuale, la pronuncia della Consulta, assumendo la normativa regionale portata parzialmente innovativa non irragionevole, in virtù delle disposizioni legislative statali *medio tempore* intervenute; chiarendo sul punto, non potendosi discutere sulla legittimità costituzionale dell'originaria e permissiva legge regionale del 2009 in riferimento agli ampliamenti volumetrici in conformità alla disciplina centrale sul Piano-Casa, il D.L. 301 del 2002, di modifica dell'art. 3 Tued, che rappresentava, certamente, la *legge-cornice* vigente al momento dell'adozione della legislazione regionale, consentiva le delocalizzazioni, precludendo solo le modificazioni della sagoma.

La disciplina successiva del D.L. 70 del 2011 all'art 5 invece, consentiva, addirittura, oltra alle delocalizzazioni anche le modificazioni della sagoma, escludendo le modificazioni suddette, soltanto, per la ristrutturazione ricostruttiva di immobili *abusivi o* ubicati in aree edilizie particolari, come *i centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta.*

Ed, infine, la legge n. 98 del 2013 introduce il vincolo della sagoma solo in relazione agli interventi su edifici in zone vincolate ex d.lgs. 42 del 2004, così consentendo, con irrilevanza della prescrizione della *stessa volumetria di quella preesistente*, le delocalizzazioni e le modifiche della sagome per ristrutturazioni ricostruttive in zone non vincolate, e le sole delocalizzazioni in zone vincolate.

Pertanto, in applicazione del principio del *tempus regit actum*[20], nonché della regola che limita gli effetti delle pronunce della Corte Costituzionale *ex* art. 136 della Costituzione solo per il futuro, la retroattività della legge n. 59 del 2018 dovrebbe essere giustificata in relazione agli interventi di demolizione e ricostruzione *medio tempore* realizzati, nel solo rispetto delle indicazioni delle leggi-cornice che nel corso del tempo si sono succedute ed in vigore al momento della realizzazione materiale degli interventi di demolizione e ricostruzione.

Orbene, il richiamato iter normativo, presente nella stessa pronuncia esaminata, non dovrebbe essere trascurato dalla stessa Consulta, nel sindacato di legittimità costituzionale.

Invero, e da altra parte, bisogna misurarsi con gli intenti del Giudice delle Leggi, ovvero di evitare che le Regioni, attraverso una legislazione successiva, diano vita ad una sorta di sanatoria normativa, con effetti retroattivi, degli interventi edilizi abusivi, in dispregio delle norme statali e prescrizioni comunali vigenti sul punto. Le argomentazioni a sostegno di tale considerazione, peraltro già fatte proprie in diversi campi disciplinari, sono quelle di evitare, attraverso la diversificata attuazione della normativa del Piano-casa, delle disparità di trattamento tra gli abitanti delle stesse Regioni. Si deve, poi, considerare, ulteriormente, l'insussistenza, nella materia edilizia, di disposizioni che consentono l'applicazione retroattiva della norma successiva e più favorevole. Non potrebbe, quindi, realizzare tale situazione *contra ius* una legge regionale sol perché di interpretazione autentica ed in assenza di una normativa primaria che autorizzasse l'esercizio di tali poteri.

Il monito espresso dalla detta decisione è quello di imporre, allora, alle Regioni, nell'esercizio delle proprie potestà legislative di non discostarsi dalla normativa di principio statale; non si escludono, però, momenti creativi in capo al legislatore regionale, i quali meriterebbero la chiara legittimità costituzionale ove rispettosi tanto dei limiti generali, di matrice costituzionale, ed ora anche sovranazionale, ed interni alla stessa materia, espressi dall'articolo 117 comma 3 della Costituzione e dal d.P.R. 380 del 2001.

In termini, però, favorevoli all'adozione di leggi di interpretazione autentica assume rilievo in tale materia, come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa[21] il principio di tutela del legittimo affidamento ingenerato da atti sia amministrativi che normativi (come quelli in esame) ampliativi della sfera giuridica del privato, i quali legittimerebbero in questi l'affidamento incolpevole circa la possibilità edilizia delle opere già realizzate, e, peraltro compatibili, nei termini suddetti, alla normativa statale e principale vigente al momento della loro realizzazione.

La lesione di tale diritto soggettivo sarebbe ancora più evidente qualora, ottenuti i permessi in sanatoria ex art. 36 e 37 Tued, nel rispetto del presupposto della doppia conformità, ripristinata della legge regionale successiva e retroattiva, i proprietari di manufatti divenuti, legislativamente, "legittimi", si vedrebbero destinatari di provvedimenti di annullamento in autotutela con conseguente demolizione delle opere realizzate e divenute illegittime. Sul punto, poi, ad essere contestato è la stessa categoria della illegittimità sopravvenuta del titolo edilizio per effetto di una sentenza della Consulta, data la connotazione tradizionale dell'inva-

definizioni uniformi il significato tecnico di Sagoma Edilizia: *Conformazione planivolumetrica della costruzione fuori terra nel suo perimetro considerato in senso verticale ed orizzontale, ovvero il contorno che viene ad assumere l'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali, nonché gli aggetti e gli sporti superiori a 1,50 m.*

[20] In diritto amministrativo ha trattato diffusamente tale principio E. Casetta, *Cit.,* p. 415.

[21] Adunanza Plenaria 17 ottobre 2017 n. 8, M. Lo Curto, *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell'applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto*, in *Foro Amm*., II, V, 2018, p. 790; N. Posteraro, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Riv. Giur.Ed*., V, 2017, p. 1103.

lidità quale difformità originaria dell'atto dal paradigma normativo.

Ritenere, in questi termini ed in via assoluta, irragionevole, una disciplina, come quella pugliese, in parte compatibile con la normativa statale nel corso del tempo adottata, e senza vagliarne i diversi effetti, non potrebbe non porsi in contrasto con tutte quelle istanze di tutela della persona così come salvaguardate dalla Costituzione (si pensi al diritto alla proprietà privata[22]) nonché dalle principali Carte dei diritti fondamentali.

Infine, non dovrebbe trascurarsi il tema delle liberalizzazioni, a cui sembra ispirata la disciplina edilizia degli ultimi anni, in linea con la natura permissiva degli atti della Pubblica Amministrazione in materia edilizia e della qualifica dello *ius ad aedificandum*[23] come una facoltà esercitabile dal privato in quanto connessa al diritto di proprietà e non già concessa dalla P.A.

Il rischio, poi, è quello di interrompere il lungo e tortuoso cammino intrapreso dal legislatore, in linea con le istanze europeistiche in materia di concorrenza e liberalizzazioni, di riduzione dei contingentamenti pubblicistici nell'ambito delle attività economiche private, oltre che i processi di adeguamento e miglioramento architettonico ed energetico delle edificazioni, specie in quei territori in cui i valori della tutela dell'ambiente, della salvaguardia del paesaggio e del connesso decoro architettonico del complesso panorama edilizio assumono un portato necessario e non più differibile.

Sotto il profilo applicativo, poi, l'incremento del fabbisogno immobiliare, che dal legislatore del Piano Casa viene inteso quale strumento per *garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana*, consentirebbe ai soggetti privati di realizzare interventi edificatori con ampliamenti volumetrici purché rispettosi della disciplina edilizia vigente al momento dell'edificazione.

Nel distinguere, in attuazione della disciplina nazionale sul Piano-Casa del 2008, la Conferenza Unificata tra interventi di mera riqualificazione delle abitazioni al solo fine *di migliorare anche la qualità architettonica e/o energetica* ed interventi *straordinari* di demolizione e ricostruzione con le stesse finalità (ed in aggiunta ad esse anche attraverso l'utilizzo di *fonti energetiche rinnovabili e secondo criteri di sostenibilità ambientale*), ha previsto un diversificato regime degli interventi edilizi, idoneo ad incidere, sull'ampiezza delle misure premiali.

Per cui, ove l'intervento sia solamente teso al miglioramento, ovvero all'adeguamento, energetico-architettonico, al privato, potrà essere concesso un premio volumetrico fino al venti per cento. Rimane poi, da comprendere, nell'ambito di quale categoria tale intervento si potrebbe collocare, al fine di verificare la compatibilità dello stesso con le prescrizioni primarie degli strumenti urbanistici comunali e regionali. Utilizzando le definizioni di cui all'art. 3 del d.P.R. 380/01 ove l'intervento incida su *impianti tecnologici esistenti,* inquadrandosi in una integrazione o nel mantenimento della loro efficienza, l'attività edificatoria privata dovrebbe considerarsi come riconducibile al paradigma della manutenzione ordinaria, soggetta ex art. 6 Tued, a quella categoria di interventi per la cui esecuzione non viene richiesto alcun titolo abilitativo. Titolo edilizio, allora, necessario solo ed esclusivamente per gli ampliamenti volumetrici del Piano-Casa, ove dimostrata la rigenerazione urbana da parte del privato, con possibilità dello stesso di adire il G.A., nel caso in cui la PA adotti un provvedimento negativo ovvero rimanga inerte, con intervento, in quest'ultimo caso, del Giudice Speciale esteso anche al merito trattandosi di attività vincolata ex art. 31 cpa.

Se, però, le attività edificatorie non incidano su impianti tecnologici già esistenti ma si configurano alla stregua di interventi innovativi sull'organismo edilizio preesistente, sempreché sia legittimo, tesi non solo a conservarne la sussistenza, ma, anche ad assicurarne *la funzionalità,* energetica o architettonica, anche attraverso *un insieme sistematico di opere* che possano giungere fino a prevedere *il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso,* l'intervento dovrebbe qualificarsi come di restauro e risanamento conservativo ex art 3 comma 1 lettera *c* Tued, possibile previa presentazione di Scia ordinaria ex art 22 dello stesso testo unico, segnalando il privato alla PA l'incremento volumetrico come disciplinato dalla normativa residenziale. Non sembra doversi qualificare tale attività come di *nuova costruzione*, ex art 3 lettera *e* Tued, la quale richiederebbe il rilascio di provvedimenti permissivi da parte della PA, tanto in relazione al numero 1, in quanto non configurante come un mero ampliamento ma misura premiale a seguito di attività di rigenerazione urbana, quanto in relazione al numero 6 che assoggetta gli interventi pertinenziali al rilascio del permesso a costruire solo se idonei a comportare *la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio.*

Nell'eventualità in cui l'intervento edilizio venga individuato come di *ristrutturazione ricostruttiva*, nel prevedere la Conferenza Unificata, disciplina attuata da parte di tutte le Regioni, la possibilità di ottenere un premio volumetrico fino al 35% nel caso in cui le attività edificatorie abbiano oggettive e trasparenti *finalità di miglioramento della qualità architettonica*, consentano di perseguire *l'efficienza energetica ed uti-*

[22] Tale diritto ha ricevuto da ultimo dalla stessa Consulta espresso riconoscimento quale attributo della personalità; Corte costituzionale 14 gennaio 2015 n. 49.

[23] A. Trabucchi, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2005, p. 536; Corte Cost. 30 gennaio 1980 n. 5, C. M. Barone in *Parte Prima: giurisprudenza costituzionale (1980)*, Il Foro Italiano Vol. 103, pag. 273/274.

lizzo di fonti energetiche rinnovabili purché ciò avvenga *secondo criteri di sostenibilità ambientale*[24], è consentito al privato di effettuare i detti interventi a seguito della presentazione di una Scia (ordinaria) ex art. 22 comma 1 lettera *c* Tued.

Senonché, come già osservato, tale possibilità deve comunque essere compatibile con la definizione di demolizione e ricostruzione di cui all'art. 3 comma 1 lettera *d* d.P.R. 380 del 2001, non potendosi attribuire alla locuzione *straordinari,* come prevista dall'Intesa conferenziale, alcuna possibilità derogatoria rispetto alla legislazione generale del 2001 in materia edilizia, salvo che per la parte relativa alla sola coincidenza di volume. In altre parole, se l'intervento ricostruttivo fosse stato effettuato, purché successivamente al 2008, nella vigenza del D.L.301 del 2002, poteva derogarsi, attraverso l'applicazione della disciplina sul Piano-Casa, al solo il requisito della inalterata volumetria (e sostituirla con quella premiale), nel rispetto delle altre preclusioni normative in tema di fedele ricostruzione, identità dell'area di sedime, caratteristiche dei materiali ed identità della sagoma.

Nelle ipotesi in cui gli interventi residenziali fossero realizzati successivamente al D.L.70/2011, risultava possibile da parte del costruttore ottenere sia aumenti volumetrici (peraltro espressamente previsti anche dallo stesso art.5 comma 9 della disciplina del 2011) che modifiche alla destinazione d'uso, sagoma ed area di sedime, individuandosi quale uniche preclusioni, peraltro corrispondenti a quelle già previste in sede di Conferenza Unificata, gli interventi ampliativi relativi ad *edifici abusivi o nei centri storici o in aree di inedificabilità assoluta*.

L'evoluzione normativa, con il Decreto del Fare del 2013, di modifica dell'art. 3 Tued, ha distinto le attività di demolizione e ricostruzione a seconda che siano realizzate in zone vincolate ovvero prive di vincoli. Nel primo caso la legge richiede soltanto il rispetto della sagoma, mentre nel secondo il rispetto della stessa volumetria di quello preesistente con possibilità di minime deroghe (la legge le qualifica come *innovazioni necessarie*) in materia antisismica.

Allora, l'applicazione della normativa premiale residenziale sarebbe di per se ammessa per tutti gli interventi in zone vincolate, successive al 2013 e nel rispetto della sagoma, mentre per quelle non vincolate la ricostruzione potrebbe qualificarsi in termini di ristrutturazione edilizia solo ove rispettosa della stessa volumetria, diversamente, per accedere agli aumenti volumetrici della disciplina sul Piano Casa, il privato dovrebbe richiedere il permesso a costruire ex art. 10 e seguenti del d.P.R. 380 del 2001, qualificandosi la detta attività come di nuova costruzione ex art 3 comma 1 lettera *e* Tued.

È chiara, allora, l'irragionevolezza della nuova disciplina che individua criteri discretivi privi di qualsivoglia ragione giuridica apprezzabile, idonei ad irrigidire le maglie dell'attività edificatoria nell'ambito di quelle zone prive di qualsiasi pregio sismico, ambientale e paesaggistico, e come tali maggiormente votate all'esercizio dello *ius ad aedificandum*.

Da ultimo, poi, il legislatore, con il D.L. 32 del 2019, è nuovamente intervenuto in tema di interventi di demolizione e ricostruzione introducendo il comma 1-*ter* all'art. 2-*bis* Tued, e, prevedendo, la necessaria coincidenza di volume, così integrando la lettera *d* dell'art 3, ostando a qualsivoglia ampliamento volumetrico nelle situazioni di demolizione e ricostruzione.

Invero, applicare letteralmente tale disciplina significherebbe frustare l'intervento riformatore del 2008, che presenta notevoli elementi di specialità (on a caso il legislatore espressamente definisce tali interventi come straordinari) tali da consentire una deroga alla coincidenza di volume, ove le attività edificatorie, certamente volte a produrre un consumo di suolo, siano idonee a perseguire quelle finalità, che il legislatore ha ritenuto necessario per ottenere i suddetti aumenti.

[24] Tali elementi sono espressamente previsti all'Intesa in sede di Conferenza Unificata, provvedimento del 01 aprile 2009.

a cura di Almerina Bove
Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella
Avvocato

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii.)*

Accesso civico – Applicazione agli atti delle procedure di gara – Limiti – Bilanciamento interessi

La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis d.lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

Cons. Stato, sez. V, 09 ottobre 2020, n. 6009, Pres. G. Severini, Est. E. Quadri

Anomalia dell'offerta – Costo del lavoro – Le tabelle ministeriali costituiscono un mero parametro di valutazione – Valutazione della stazione appaltante - Esclusione

In sede di verifica di anomalia dell'offerta, la difformità del costo del lavoro da quello indicato nelle tabelle ministeriali non è profilo dirimente per trarne la conclusione dell'incongruità dell'offerta, poiché le tabelle costituiscono un mero parametro di valutazione della congruità; sono, infatti, consentiti scostamenti dalle voci di costo ivi riassunte e spetta alla stazione appaltante valutare se si tratti di scostamenti talmente significativi e, comunque, del tutto ingiustificati, da poter compromettere la complessiva affidabilità dell'offerta ed indurre, senza meno, ad un giudizio di anomalia della stessa. È dovuta l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che abbia formulato un'offerta contenente il costo per la manodopera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, se il disciplinare di gara abbia espressamente definito come non suscettibile di ribasso il costo della manodopera.

Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2020, n. 5483, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

Atti di gara – Regolarità – Il verbale di una procedura amministrativa non richiede di essere redatto a pena di invalidità con forme e menzioni particolari – Onere probatorio

Il verbale di una procedura amministrativa - a differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'atto pubblico notarile- non richiede in linea di principio di essere redatto a pena di invalidità con forme e menzioni particolari; di conseguenza chi contesta la legittimità degli atti della procedura stessa non può limitarsi a dedurre in proposito solo la mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti. In assenza di tale prova, si può desumere che le operazioni non descritte nel verbale si siano svolte secondo quanto le norme prevedono.

Cons. di Stato, sez. III, 30 settembre 2020, n. 5746, Pres. R. Garofoli, Est. U. Maiello

Avvalimento – Nullità parziale della clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione – Impugnazione dei provvedimenti successivi

La clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo. La nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa. I provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante

dall'applicazione della clausola nulla.

Cons. di Stato, Ad. Pl., 16 ottobre 2020, n. 22, Pres. F. Patroni Griffi, Est. G.P. Cirillo

Avvalimento – Sostituzione dell'impresa ausiliaria – Normativa applicabile – *Tempus regit actum*

La disciplina della sostituzione dell'ausiliario, introdotta nel nostro ordinamento solo con l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, non è applicabile ad una procedura soggetta, ratione temporis, al regime di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, non potendo in nessun caso trovare applicazione né l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE né la normativa introdotta dal d.lgs. n. 50/2016, neppure in base al principio del favor partecipationis. L'applicazione di tale principio incontra il limite della regola, ormai consolidata nel campo degli appalti pubblici, del tempus regit actum, cui sono connesse ineliminabili esigenze di certezza del diritto.

Cons. di Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5742, Pres. G. Severini, Est. E. Quadri

Commissione di gara – Individualità della valutazione dei commissari – La coincidenza di giudizi non costituisce un sicuro sintomo di condizionamento

La regola dell'individualità della valutazione dei commissari di gara non è violata dalla circostanza che essa sia stata uniforme per tutti i commissari, atteso che la coincidenza di giudizi non costituisce infatti un sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con la concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, in difetto di disposizioni che prevedano la segretezza del valutazioni espresse dai singoli commissari.

T.A.R. Napoli, sez. I, 9 settembre 2020, n. 3713, Pres. S. Veneziano, Est. D. De Falco

Esclusione dalla gara – Effetti automatici – Incameramento della cauzione provvisoria – Segnalazione all'Anac – Assenza di qualsiasi valutazione di tipo discrezionale

L'incameramento della cauzione provvisoria e l'attivazione del pedissequo procedimento di segnalazione all'ANAC sono conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti, nonché insensibile a eventuali valutazioni volte a evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha comportato l'esclusione.

Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2020, n. 5420, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

Fase di precontenzioso – ANAC – Il perere vincolante è atto immediatamente lesivo autonomamente impugnabile

Ai sensi dell'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in sede di precontenzioso, l'ANAC può esprimere pareri vincolanti e pareri non vincolanti. Il parere vincolante, obbligando le parti ad attenervisi, è atto immediatamente lesivo, condizione questa che ne consente l'autonoma impugnabilità. Il parere non vincolante, invece, avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile, ma assume connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimentale. Ne consegue che l'impugnazione del parere facoltativo è consentita unitamente al provvedimento conclusivo della Stazione appaltante che ne abbia fatto applicazione.

Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6305, Pres. F. Caringella, Est. A. Bottiglieri

Informativa antimafia – Opere già eseguite – Clausola di salvaguardia – Applicabilità – Casi di esclusione – Concessione di finanziamenti e contributi pubblici

In caso di soggetto destinatario di informativa antimafia, la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli artt. 92, comma 3 e 94, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, si applica solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture e non anche alle ipotesi riconnesse alla concessione di finanziamenti e contributi pubblici. In relazione al quantum, l' "utilità conseguita" dovuta dall'amministrazione al privato colpito da interdittiva deve essere intesa in senso limitato e strettamente patrimoniale, tale da applicarsi alle sole opere, servizi o forniture che accrescono il patrimonio dell'amministrazione e che per quest'ultima rappresentano un valore economicamente valutabile. Al contrario, nel caso del finanziamento, non può parlarsi di una "utilità" per l'amministrazione, soggettivamente intesa, ma più esattamente di un interesse pubblico che trascende la mera (sia pur completa e corretta) realizzazione del programma (che invece, ove non realizzato, comporta ex se conseguenze quali la revoca sanzionatoria del finanziamento, oltre alla possibile configurazione di un illecito penale). Si tratta di un interesse pubblico per il perseguimento del quale il programma realizzato (e che molto spesso consiste in opere che restano in proprietà del privato) costituisce un mezzo e non un fine.

Cons. Stato, Ad.Pl., 26 ottobre 2020, n. 23, Pres. F. Patroni Griffi, Est. O. Forlenza

Offerta – Oneri per la sicurezza "da interferenza" – Oneri per la sicurezza aziendali – Differenze – Per i servizi di natura intellettuale non sussiste l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali

Gli oneri per la sicurezza "da interferenza" non sono soggetti a ribasso e, pertanto, non afferiscono alla componente variabile dell'offerta essendo determinati dalla stazione appaltante e comunicati agli operatori per poter elaborare un'offerta consapevole e, di conseguenza, recepirli. Gli "oneri aziendali" sono, invece, rimessi alla esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante e, di conseguenza, non possono essere determinati rigidamente ed unitariamente dalla stazione appaltante, poiché detti oneri variano da un'impresa all'altra e sono influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta. Gli "oneri di sicurezza aziendali" rientrano, dunque, nell'offerta economica quale costo variabile da sostenere per l'esecuzione dell'appalto; ne è imposta la necessaria indicazione (comma 10, art. 97 d.lgs. 50/2016) perché la stazione appaltante possa verificare in che modo l'operatore economico sia giunto a formulare il prezzo del servizio offerto e se non abbia, per rendere maggiormente conveniente la sua offerta, eccessivamente sacrificato proprio detta voce di costo. Tanto a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Il c.d. correttivo al codice (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) ha escluso l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, tra gli altri, per i servizi di natura intellettuale, poiché, in ragione delle particolari modalità di esecuzione del servizio, non può ragionevolmente ritenersi che siano un costo a carico dell'operatore. Ciò non significa che per la sicurezza dei suoi dipendenti l'impresa non sopporti dei costi, ma solamente che essi non incidono nell'elaborazione dell'offerta sottoposta alla stazione appaltante per l'esecuzione dello specifico contratto di appalto.

Cons. di Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n.6306, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

Offerta – Verifica di congruità – La determinazione del prezzo posto a base di gara implica una valutazione tecnica – Sindacato del giudice amministrativo – Limiti

La determinazione del prezzo posto a base d'asta non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, a rischio, in caso contrario, sia di carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia di alterazioni della concorrenza tra imprese: profili tutti giudizialmente scrutinabili. In un giudizio avverso il bando di gara, la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, seppur limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non essendo consentito al giudice di giungere egli stesso alla determinazione del prezzo congruo.

Cons. di Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5634, Pres. Marco Lipari, Est. P. De Berardinis

Partenariato pubblico-privato – Utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche – L'accreditamento costituisce strumento di preselezione dei soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche per l'affidamento a terzi dei servizi sanitari

La natura ibrida dell'accreditamento, insieme concessoria e abilitativa, comporta che le funzioni di assistenza e cura svolte dai soggetti accreditati sono le stesse del SSN, concretizzandosi, per questa via, su base concessoria, un rapporto di servizio in senso lato, cioè un rapporto di servizio che, pur prescindendo dall'organico inserimento del soggetto nella pubblica amministrazione, ha l'essenziale caratteristica dello svolgimento di funzioni pubbliche. La possibilità per le amministrazioni di pervenire alla sperimentazione di forme gestionali di partenariato pubblico-privato, attraverso il ricorso al mercato e su base contrattuale, va coniugata con l'imprescindibile esigenza di non derogare alla necessità di un utilizzo efficiente e razionale delle risorse pubbliche, oltre che di elevati livelli prestazionali di tutela della salute e di cura; esigenza che è soddisfatta, appunto, attraverso l'istituto dell'accreditamento, il cui conseguimento da parte delle imprese concorrenti si configura quale presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche e, pertanto, come ineludibile prerequisito di partecipazione, in deroga alla normativa ordinaria. L'accreditamento, sotto tale profilo, costituisce, dunque, strumento di preselezione dei soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche per l'affidamento a terzi dei servizi sanitari necessari per il fabbisogno dell'amministrazione che, pertanto, deve essere posseduto da tutte le imprese che vi partecipano, quale che sia la forma di aggregazione prescelta.

T.A.R. Napoli, sez. V, 21 settembre 2020, n. 3945, Pres. M. Abbruzzese, Est. M.G. D'Alterio

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto dell'Unione europea 816
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli

a cura di

Celeste Pesce
Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Michele Corleto
Ricercatore di Diritto Internazionale

Francesco Romanelli
Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea

«Rinvio pregiudiziale – Aggiudicazione di appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali – Direttiva 2014/25/UE – Articolo 13 – Attività relative alla prestazione di servizi postali – Enti aggiudicatori –Imprese pubbliche – Ricevibilità»

L'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, dev'essere interpretato nel senso che si applica ad attività consistenti nella prestazione di servizi di portierato, reception e presidio varchi delle sedi dei prestatori di servizi postali, in quanto siffatte attività presentano un nesso con l'attività rientrante nel settore postale, nel senso che servono effettivamente all'esercizio di tale attività consentendone la realizzazione in maniera adeguata, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio.

CGUE, Quinta Sezione, 28.10.2020 - causa C521/18,a Pegaso Srl Servizi Fiduciari, Sistemi di Sicurezza Srl, YW c/ Poste Tutela SpA, con l'intervento di Poste Italiane SpA, Services Group

La decisione risponde al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio che si era rivolto alla Corte europea perché rispondesse ai seguenti quesiti: «1) Se la società [Poste Italiane], in base alle caratteristiche in precedenza indicate, debba essere qualificata "organismo di diritto pubblico", ai sensi dell'art[icolo] 3, comma 1, lettera d) del [codice dei contratti pubblici] e delle direttive comunitarie di riferimento (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE); 2) se la predetta qualificazione si estenda alla società, partecipata al 100%, [Poste Tutela], peraltro in via di già deliberata fusione con la prima, tenuto conto del punto n. 46 delle premesse alla direttiva 2014/23/UE sulle persone giuridiche controllate (cfr. anche, in tal senso, Corte di Giustizia UE, sez. IV, 5 ottobre 2017, n. 567: obbligo di gara per le società controllate dalla p.a.; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6211); 3) se dette società siano tenute a svolgere procedure contrattuali ad evidenza pubblica solo per l'aggiudicazione degli appalti, che siano in relazione con l'attività svolta nei settori speciali, in base alla direttiva 2014/25/UE, quali enti aggiudicatori, per i quali la stessa natura di organismi di diritto pubblico dovrebbe ritenersi assorbita nelle regole della parte II° del [codice dei contratti pubblici], con piena autonomia negoziale – e regole esclusivamente privatistiche – per l'attività contrattuale non attinente a detti settori, tenuto conto dei principi dettati dalla direttiva 2014/23/UE, punto n. 21 delle premesse e art[icolo] 16; 4) se le medesime società, per i contratti da ritenere estranei alla materia, propria dei settori speciali, restino invece – ove in possesso dei requisiti di organismi di diritto pubblico – soggette alla direttiva generale 2014/24/UE (e quindi alle regole contrattuali ad evidenza pubblica), anche ove svolgenti – in via evolutiva rispetto all'originaria istituzione – attività prevalentemente di stampo imprenditoriale e in regime di concorrenza; 5) se comunque, in presenza di uffici in cui si svolgono, promiscuamente, attività inerenti al servizio universale e attività a quest'ultimo estranee, il concetto di strumentalità – rispetto al servizio di specifico interesse pubblico – possa ritenersi escluso per contratti inerenti la manutenzione sia ordinaria che straordinaria, la pulizia, gli arredi, nonché il servizio di portierato e di custodia degli uffici stessi; 6) se infine, ove la prospettazione di [Poste Italiane] fosse ritenuta condivisibile, debba ritenersi

contrastante col consolidato principio di legittimo affidamento dei partecipanti alla gara la riconduzione a mero autovincolo – non soggetto a tutte le garanzie di trasparenza e pari trattamento, disciplinate dal codice degli appalti – [dell']indizione di una procedura concorsuale, debitamente pubblicizzata senza ulteriori avvertenze al riguardo sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea».

La vicenda nasce da un bando di appalto pubblicato nel 2017 sulla GUUE da Poste Tutela, una società all'epoca partecipata integralmente da Poste Italiane, che aveva indetto una procedura di gara aperta per l'istituzione di accordi quadro aventi ad oggetto i servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi di Poste Italiane e di altre società del gruppo, suddivisa territorialmente in più lotti cumulabili, per la durata di 24 mesi (oltre 12 mesi in caso di rinnovo) e per un importo complessivo di oltre € 25.000.000. Il bando di gara indicava come «base giuridica» la direttiva 2014/25.

La società ricorrente impugnò il bando ritenendo che sotto diversi profili esso fosse in contrasto con disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Sospesa cautelativamente la gara da parte del T.A.R. remittente, Poste Italiane si è costituita deducendo l'irricevibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dei giudici amministrativi. Secondo la prospettazione difensiva, sebbene alla data di pubblicazione del bando di gara Poste Tutela avesse la natura di impresa pubblica, i servizi interessati da tale bando di gara non sarebbero rientrati in uno dei settori speciali contemplati dalla direttiva 2014/25. Tale assunto trovava il conforto di un'ordinanza della Corte suprema di cassazione del 10.10.2018, la quale ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di appalti pubblici conclusi da Poste Italiane, sebbene quest'ultima abbia la qualità di impresa pubblica, quando tali appalti hanno ad oggetto attività non inerenti alle attività ricomprese nel settore speciale interessato.

Dopo la proposizione del giudizio di rinvio pregiudiziale, Poste Italiane ha ritirato il bando di gara e sulla base di ciò ha chiesto dichiararsi la questione irricevibile per cessazione della materia del contendere, in ciò appoggiata dal Governo Italiano.

La Corte ha ribadito il proprio insegnamento secondo cui è il giudice nazionale rimettente a dover valutare la necessità dell'interpretazione pregiudiziale da parte della Corte e che una volta effettuato il rinvio, essa è tenuta a rispondere alle questioni pregiudiziali sottoposte al suo esame[1] relative all'interpretazione o validità di una norma giuridica dell'Unione.

Soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame di validità richiesto relativamente a una norma dell'Unione non ha alcun rapporto on la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte, potrebbe giustificarsi il rifiuto della Corte ha statuire sulle questioni pregiudiziali sottopostele.

Passando al merito, la Corte ha inoltre osservato che il nucleo della controversia è se l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 debba essere interpretato nel senso che esso si applica ad attività consistenti nella fornitura di servizi di portierato, reception e presidio varchi per le sedi dei prestatori di servizi postali, quali Poste Italiane e altre società del gruppo. I giudici europei hanno quindi preliminarmente rilevato l'applicabilità della direttiva in parola alle società convenute, *ratione personae*, pur non essendo organismi pubblici. La Corte ha quindi confermato la propria giurisprudenza relativa alla direttiva 2004/17 secondo cui se l'appalto era aggiudicato in rapporto e per l'esercizio di attività in uno dei settori *utilities* disciplinato dalla direttiva in parola, detto appalto doveva essere assoggettato alle procedure da essa previste[2]. La Corte ha osservato chel'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2004/17 si applicava, in particolare, alle «attività relative alla fornitura di servizi postali» e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, che lo ha sostituito, definisce l'ambito di applicazione della stessa facendo riferimento, in particolare, alle «attività relative alla prestazione di servizi postali».

Dall'analisi sistematica e testuale delle disposizioni contenute nelle due direttive, l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2014/25 non può essere interpretato più restrittivamente di quello della direttiva 2004/17 e non può, pertanto, essere limitato alle sole attività di prestazione di servizi postali in quanto tali, ma include, inoltre, le attività connesse alla prestazione di tali servizi. Ciò posto, la Corte ha proceduto a verificare se i servizi oggetto del bando di gara fossero connessi con la prestazione dei servizi principali disciplinati dalla direttiva, come sostenuto dalla ricorrente e dalla Commissione.

Secondo i giudici europei, per poter servire all'esercizio dell'attività rientrante nel settore postale, il nesso tra l'appalto di cui trattasi e tale settore non può essere di una natura qualunque. Non è infatti sufficiente che i servizi oggetto di tale appalto contribuiscano positivamente alle attività dell'ente aggiudicatore e ne accrescano la redditività, al fine di poter constatare, tra detto appalto e l'attività rientrante nel settore postale, l'esistenza di un nesso, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, di tale direttiva.

[1] CGUE 1 ottobre 2019, Blaise e a., C616/17, EU:C:2019:800, punto 34 e giurisprudenza citata.

[2] CGUE 10 aprile 2008, Ing. Aigner, C 393/06, EU:C:2008:213, punti 31 e da 56 a 59; e CGUE 19 aprile 2018, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C 152/17, EU:C:2018:264, punto 26.

Occorre quindi considerare che rientrano tra le attività relative alla prestazione di servizi postali, ai sensi di tale disposizione, tutte le attività che servono effettivamente all'esercizio dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali consentendo la realizzazione in maniera adeguata di tale attività, tenuto conto delle sue normali condizioni di esercizio, ad esclusione delle attività esercitate per fini diversi dal perseguimento dell'attività settoriale di cui trattasi. Lo stesso vale per le attività che, avendo natura complementare e trasversale, potrebbero, in altre circostanze, servire all'esercizio di altre attività non rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva vertente sui settori speciali. Nel caso di specie, ha affermato la Corte, è difficilmente ipotizzabile che dei servizi postali possano essere forniti in maniera adeguata in assenza di servizi di portierato, reception e presidio varchi degli uffici del prestatore interessato. Tale constatazione vale tanto per gli uffici aperti agli utenti dei servizi postali e che ricevono quindi il pubblico, quanto per gli uffici utilizzati per lo svolgimento di funzioni amministrative, giacché la prestazione di servizi postali comprende anche la gestione e la pianificazione di tali servizi.

In conclusione, ha affermato la Corte europea un appalto come quello di cui trattasi nel procedimento principale non può essere considerato aggiudicato per scopi diversi dal perseguimento dell'attività rientrante nel settore dei servizi postali, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2014/25, e presenta al contrario, tenuto conto delle considerazioni esposte al punto 43 della presente sentenza, un nesso con tale attività che ne giustifica l'assoggettamento al regime istituito da tale direttiva.

«Rinvio pregiudiziale – Diritto d'autore e diritti connessi – Direttiva 2001/29/CE – Società dell'informazione – Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi – Articolo 3, paragrafo 1 – Comunicazione al pubblico – Nozione di "pubblico" – Trasmissione a un organo giurisdizionale, per via elettronica, di un'opera protetta, come elemento di prova nell'ambito di un procedimento giurisdizionale»

L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «comunicazione al pubblico», prevista in tale disposizione, non riguarda la trasmissione a un organo giurisdizionale, per via elettronica, di un'opera protetta, come elemento di prova nell'ambito di un procedimento giudiziario tra privati.

CGUE, Quinta Sezione, 28.10.2020

La questione sottoposta all'esame della Corte è particolarmente interessante: in buona sostanza nell'ambito di una controversia civile regolata dalle norme svedesi sul diritto di autore, una delle parti ha prodotto in giudizio la fotografia del sito web dell'altra intendendo avvelersi di essa quale prova. La controparte ha contestato l'uso di tale documento, ritendendo che integrasse una ipotesi di diffusione al pubblico non autorizzata di materiale protetto dal diritto di autore. Il giudice ha quindi statuito che il deposito in giudizio di un documento lo rende conoscibile a chiunque e che pertanto ciò costituisca una violazione del diritto d'autore svedese, ma ha proseguito affermando che non avendo l'attore provato alcun danno subito dalla attività illecita, andasse respinta la domanda risarcitoria.

Proposto appello, la Corte d'appello adita ha sottoposto alla Corte europea le seguenti questioni: "se la nozione di "pubblico" ai sensi degli articoli 3, paragrafo 1, e 4, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 (…) abbia un significato uniforme. 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'ambito di applicazione della nozione di "pubblico" ai sensi delle suddette disposizioni comprenda anche un organo giudiziario. 3) In caso di risposta negativa alla prima questione, a) nel caso di comunicazione di un'opera protetta a un organo giurisdizionale, se quest'ultimo possa rientrare nell'ambito di applicazione della nozione di "pubblico"; b) nel caso di distribuzione di un'opera protetta a un organo giurisdizionale, se quest'ultimo possa rientrare nell'ambito di applicazione della nozione di "pubblico". 4) Se il fatto che la normativa nazionale prevede un principio generale di accesso ai documenti pubblici in forza del quale ciascun individuo che ne faccia istanza può accedere a documenti processuali presentati all'organo giurisdizionale, salvo qualora essi contengano informazioni riservate, incida sulla valutazione del problema se la trasmissione di un'opera protetta a un organo giurisdizionale equivalga ad una "comunicazione al pubblico" o ad una "distribuzione al pubblico"».

La Corte è stata costretta ad osservare che perché venga in considerazione la nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, è necessario che le opere protette siano effettivamente comunicate a un pubblico[3].

La nozione di «pubblico» riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole[4].

La Corte ha quindi ricordato, riguardo al carattere indeterminato dei destinatari potenziali, che si tratta di

[3] CGUE 14 giugno 2017, Stichting Brein, C 610/15, EU:C:2017:456, punto 40 e giurisprudenza ivi citata.

[4] CGUE 15 marzo 2012, SCF, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 84; CGUE 31 maggio 2016, Reha Training, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 41; CGUE 29 novembre 2017, VCAST, C 265/16, EU:C:2017:913, punto 45.

rendere un'opera percepibile in modo adeguato dalla gente in generale, vale a dire senza limitazioni ad individui specifici appartenenti ad un gruppo privato[5].

La Corte ha quindi ricordato che si deve considerare che una comunicazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale cioè il deposito in un giudizio civile sia rivolta ad un gruppo chiaramente definito e limitato di persone che esercitano le loro funzioni nell'interesse pubblico, in seno ad un organo giurisdizionale e non ad un numero indeterminato di destinatari potenziali e che tale comunicazione è effettuata non ad un gruppo di persone in generale, bensì a professionisti individuali e determinati.

I Giudici europei giungono quindi a statuire che la trasmissione per via elettronica di un'opera protetta ad un organo giurisdizionale, come elemento di prova nell'ambito di un procedimento giudiziario tra privati, non può essere qualificata come «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29[6].

Garanzie difensive – Violazione del principio del giusto processo – Mancanza di adeguata motivazione

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulla lesione del diritto a un giusto processo con riferimento alla modalità di presentazione delle prove a carico del ricorrente e al deficit di garanzie difensive nelle diverse fasi dell'iter procedimentale.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27.09.2020, caso Ayetullah AY c. Turchia

Ribadito che i requisiti generali di equità processuale sanciti dall'art. 6 CEDU devono essere garantiti in tutti i processi, indipendentemente dalla gravità dei reati oggetto di accertamento, dunque anche quelli riguardanti delitti di terrorismo, nel caso in esame i giudici di Strasburgo accertano numerose violazioni della legalità processuale. Più specificamente: impossibilità per il difensore, nominato d'ufficio, di incontrare l'assistito, prelevato dalla polizia per presenziare alla perquisizione del proprio domicilio; interrogatorio dell'indagato da parte di ufficiali di polizia in assenza del difensore; perquisizione disposta d'urgenza dalla polizia mai convalidata dal giudice, cui seguiva il sequestro di un telefono cellulare, fondamentale prova a carico nel successivo giudizio; rinvenimento di appunti decisivi per l'attribuzione di responsabilità, a seguito di perquisizione personale del ricorrente in custodia cautelare, la cui videoregistrazione non era mai stata prodotta perché smarrita; mancato accoglimento della richiesta sia del difensore che dell'Istituto di medicina legale, di ulteriori campioni grafici per approfondimenti sulla autenticità della grafia del ricorrente, che aveva sempre negato la paternità dei medesimi; conseguente impossibilità per il ricorrente di contestare in modo efficace e commisurato ai principi posti dall'art. 6 CEDU la veridicità e l'affidabilità delle prove poste a fondamento del giudizio di colpevolezza; assenza di ragioni sufficienti a giustificare il rigetto delle questioni sollevate dalla difesa nel corso dell'intero procedimento. La Corte adita ritiene, pertanto, che i giudici nazionali siano venuti meno al loro dovere di esaminare correttamente le dichiarazioni delle parti e di emettere sentenze motivate, minando in tal modo la fiducia che la magistratura in una società democratica deve ispirare nel pubblico e violando la garanzia del giusto processo sancita dalla Convenzione.

Iniquità del procedimento – Trattamenti inumani degradanti – Violazione del diritto all'equo processo

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sui trattamenti degradanti subiti da un cittadino ucraino nel corso di una perquisizione eseguita in sede di arresto.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 22.10.2020, caso Bokhonko c. Georgia,.

I giudici di Strasburgo accertano che, nonostante la denuncia presentata dal ricorrente, l'autorità giudiziaria georgiana ometteva di indagare sulle accuse di maltrattamenti, come pure avrebbe dovuto secondo l'obbligo specifico previsto in tal senso dal diritto interno (Corte EDU, 9 ottobre 2012, *Mikiashvili c. Georgia*). La ritenuta violazione dell'art. 3 CEDU soltanto sotto il profilo procedurale, rappresenta comunque motivo sufficiente per indurre la Corte europea a ritenere irrimediabilmente pregiudicata l'equità complessiva del procedimento (art. 6, co 1, CEDU), a causa di un utilizzo illegittimo delle prove in quanto, presumibilmente, ottenute in spregio a uno dei diritti fondamentali e assoluti garantiti dalla Convenzione.

Riconoscimento di paternità – Padre biologico – Ex art. 8 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sull'impossibilità per un padre biologico di riconoscere il figlio, nel frattempo già riconosciuto dal patrigno.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, 13.10.2020, caso Koychev c. Bulgaria, ric. n. 32495/15

[5] CGUE 15 marzo 2012, SCF, C 135/10, EU:C:2012:140, punto 85; CGUE 31 maggio 2016, Reha Training, C 117/15, EU:C:2016:379, punto 42.

[6] Per analogia, CGUE 19 novembre 2015, SBS Belgium, C 325/14, EU:C:2015:764, punti 23 e 24.

Per la CEDU l'impossibilità di un padre biologico di riconoscere il figlio, nel frattempo riconosciuto dal patrigno, anche se lo Stato ha margine discrezionale nel regolare la materia e se le motivazioni del rifiuto opposte dalle Corti interne in generale lo giustificano, costituisce un grave vulnus alla sua serenità familiare ex art. 8 CEDU, tanto più che i suoi diritti non sono stati assolutamente tutelati.

Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Detenuto in custodia cautelare – Diritto di visita, di comunicazione e di corrispondenza del detenuto

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulle restrizioni speciali applicate al ricorrente a seguito dell'arresto.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, 17.09.2020, caso Mirgadirov c. Azerbaijan e Turchia

Il ricorrente, giornalista accusato di alto tradimento per aver trasmesso informazioni riservate a servizi di *intelligence* stranieri, veniva posto in stato di custodia cautelare e trascorreva in carcere l'intero lasso temporale fra il momento dell'arresto e quello di emissione della sentenza di condanna. In tale contesto, le autorità inquirenti disponevano anche una serie di restrizioni speciali, volte espressamente ad impedire la commissione di nuovi reati e a tutelare la riservatezza dell'indagine. Il provvedimento sanciva il divieto per il ricorrente di scambiare corrispondenza, intrattenere conversazioni telefoniche o effettuare visite personali con soggetti diversi dai suoi avvocati. Inoltre, anche la possibilità di ricevere e di abbonarsi a qualsiasi giornale o rivista socio-politica risultava parimenti preclusa. Il ricorrente lamentava, dunque, una violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, indubbiamente compresso dalle misure adottate. La Corte di Strasburgo ha rilevato, in primo luogo, che il divieto di ricevere o abbonarsi a riviste e giornali risulta privo di una base legale nell'ambito dell'ordinamento interno e, di conseguenza, appare completamente illegittimo, già nella prospettiva della legislazione nazionale. Secondariamente, la Corte EDU. ha osservato che la natura e la portata delle misure intraprese dalle autorità inquirenti era tale da impedire qualsiasi contatto del ricorrente col mondo esterno, fatta eccezione per i suoi difensori. In particolare, la Corte di Strasburgo dubita della necessità di misure così dure e omnicomprensive, tali da separare il detenuto dalla sua famiglia e dal mondo esterno: invero, il Governo convenuto non è stato in grado di addurre alcun elemento fattuale idoneo a giustificare il rischio di commissione di nuovi reati di spionaggio tramite il coinvolgimento dei familiari del ricorrente. Date queste premesse, le misure in esame non possono essere considerate necessarie e proporzionate nel contesto di una società democratica.

Divieto di discriminazione – Diritto all'istruzione – Art. 14 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulla legittimità delle decisioni dei giudici amministrativi che avevano respinto le richieste di risarcimento presentate dai genitori di una ragazza affetta da autismo, che si era vista negare l'insegnante di sostegno per i primi due anni della scuola primaria.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 10.09.2020, ric. n.59751/15

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, all'unanimità, che c'era stata una violazione dell'articolo 2, del protocollo n. 1 (diritto all'istruzione), in combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso era stato originato dalla denuncia di una ragazza affetta da autismo non verbale, cui era stato negato il sostegno all'apprendimento specializzato durante i primi due anni dell'istruzione primaria (tra il 2010 e il 2012) anche se il sostegno era previsto dalla legge. Il Governo italiano si era giustificato, in particolare, sulla mancanza di risorse finanziarie. La Corte ha riscontrato che la ragazza non aveva potuto continuare a frequentare la scuola primaria in modo equivalente e alle condizioni disponibili per altri bambini e che questa differenza fosse dovuta alla sua disabilità. Le autorità non avevano cercato di comprendere le reali esigenze della giovane e di fornire un sostegno su misura per consentirle di continuare la sua istruzione primaria in condizioni che, per quanto possibile, fossero equivalenti a quelle in cui altri bambini avevano frequentato la stessa scuola. In particolare, le autorità non avevano mai valutato la possibilità che una mancanza di risorse potesse essere compensata da una riduzione dell'offerta educativa complessiva, in modo da distribuirla equamente tra alunni non disabili e disabili. La Corte ha inoltre osservato che la discriminazione subita dalla ragazza era tanto più grave in quanto era avvenuta nel contesto dell'istruzione primaria, che costituiva il fondamento dell'educazione e integrazione sociale del bambino, dando ai bambini la loro prima esperienza di convivenza in una comunità.

Intervento legislativo in un procedimento in corso – Diritto all'equo processo – Art. 6 co. 1 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulle doglianze della ricorrente, relative all'intervento legislativo nel corso del procedimento quale violazione del diritto ad un equo processo.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 03.09.2020, Causa Facchinetti contro l'Italia, ric. n.34297/09

La ricorrente si rivolge alla Corte per manifestare la doglianza concernente l'ingerenza legislativa in un procedimento in corso; in particolare, la ricorrente ha lamentato, ai sensi dell'articolo 6 co. 1 della Convenzione, che la promulgazione della Legge n. 296/2006 che ha modificato la pertinente giurisprudenza consolidata nelle more del procedimento, le aveva negato il diritto a un equo processo, diritto la cui violazione, in base all'art. 6 applicato a casi caratterizzati da identiche circostanze, viene riconosciuta dalla Corte.

Libertà di associazione – Interferenze necessarie in una società democratica – Proporzionalità della interferenza – Art. 11 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulla violazione da parte delle autorità bulgare della libertà dei ricorrenti di associazione ex art. 11 CEDU, in relazione alla condanna penale subita per aver tentato di costituire un partito politico su base religiosa.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, 03.09.2020, caso Yordanovi c. Bulgaria

La Corte ha innanzitutto rilevato che il procedimento penale, avviato nei confronti dei ricorrenti e all'esito del quale gli stessi sono stati ritenuti colpevoli e condannati per aver tentato di costituire un partito politico su base religiosa, ha costituito una interferenza nella libertà di associazione garantita dall'art. 11 CEDU. Interrogandosi sulla giustificazione di tale interferenza, ed in particolare sulla sua necessità in una società democratica, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto di non doversi soffermare sulla necessità in generale di misure restrittive della libertà di costituire un partito su base religiosa in una società democratica, bensì si sono concentrati sulla proporzionalità in concreto di tali misure rispetto agli interessi legittimi perseguiti. All'esito di tale analisi, la Corte ha determinato che la previsione di una sanzione di natura penale non appare proporzionata agli interessi perseguiti, e ha dunque ravvisato la violazione da parte delle autorità bulgare dell'art. 11 CEDU.

Divieto di trattamenti inumani o degradanti – Divieto di discriminazione – Art. 3 e 14 CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si pronuncia sulla violazione da parte delle autorità slovacche degli obblighi sostanziali e procedurali discendenti dal divieto di trattamenti inumani o degradanti ex art. 3 CEDU, nonché la violazione del divieto di discriminazione nei confronti dei ricorrenti, cittadini slovacchi appartenenti alla comunità rom, a seguito di un'operazione di polizia condotta su larga scala in un'area prevalentemente abitata da cittadini rom.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III, 01.09.2020, caso R.R. e R.D. c. Slovacchia

I giudici di Strasburgo, analizzando la sussistenza nel caso in esame della violazione dell'art. 3 CEDU nella sua dimensione sostanziale, hanno innanzitutto ricordato che l'uso della forza da parte della polizia nel corso di un arresto legittimo deve sempre caratterizzarsi come indispensabile e non eccessivo, e che l'onere della prova al riguardo spetta allo Stato nei cui confronti la violazione è lamentata. La Corte ha quindi ritenuto che in particolare l'utilizzo di bastoni contro i ricorrenti, nel corso di quella che doveva essere un'operazione di ricerca, non appariva giustificato da circostanze straordinarie ma appariva anzi indicativo della natura repressiva dell'operazione nei loro confronti, e ha pertanto ravvisato la violazione da parte delle autorità slovacche degli obblighi sostanziali di cui all'art. 3 CEDU. In relazione alla lamentata violazione dell'art. 3 CEDU nella sua dimensione procedurale, i giudici di Strasburgo hanno ribadito che in casi come quello in esame l'effettività delle indagini è in larga misura subordinato alla loro tempestività. In considerazione del considerevole lasso temporale trascorso tra i trattamenti inumani e degradanti subiti dai ricorrenti e alcuni fondamentali atti d'indagine eseguiti dalle autorità, la Corte ha ravvisato la violazione da parte delle autorità slovacche degli obblighi procedurali di cui all'art. 3 CEDU. I giudici di Strasburgo hanno poi analizzato la sussistenza della violazione del divieto di discriminazione *ex* art. 14 CEDU in relazione alla accertata violazione dell'art. 3 CEDU. Dopo aver riconosciuto di non potersi esprimere sul ruolo eventualmente giocato dal razzismo nell'ambito dell'operazione di polizia ai danni dei ricorrenti, la Corte ha comunque ritenuto la mancanza di un appropriato accertamento in tal senso da parte delle autorità slovacche incompatibile con gli obblighi derivanti dall'art. 14 CEDU, e ha pertanto ravvisato la violazione del divieto di discriminazione in relazione all'art. 3 CEDU.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Il diritto costituzionale di voto tra interesse politico soggettivo e funzione di governo: l'estensione del sindacato giurisdizionale del Giudice Ordinario e i limiti all'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in materia elettorale. 824
di Daniele Vitale

Diritto penale
Si configura il reato di manovre speculative su merci ex art. 501-*bis* c.p. a fronte di rincari ingiustificati sulle "mascherine"? 830
di Francesco Maria Ricciardi

Diritto amministrativo
Giudicato amministrativo, poteri di riesame dell'Amministrazione e principio dello *one shot* temperato. Le nuove frontiere sugli effetti del giudicato a formazione progressiva delle sentenze del G.A. alla luce del recente decreto semplific. 833
di Daniele Vitale

Daniele Vitale
Dottore in giurisprudenza

Diritto civile

Il diritto costituzionale di voto tra interesse politico soggettivo e funzione di governo: l'estensione del sindacato giurisdizionale del Giudice Ordinario e i limiti all'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in materia elettorale.

abstract

In the declaratory judgments on the right to vote, the ordinary Judge cannot raise the issue of constitutionality if the questions are merely hypothetical, thereby preventing the essence of the right to vote as a subjective interest that has a functional nature for the political community. The G.O. must also be excluded from the direct judgment on prodromal acts to the electoral procedure, which are of the nature of acts of high administration.

keywords

Political right to vote – Civil jurisdiction – Constitutional referendum – Issue of constitutionality – Political and administrative acts – Electoral process.

abstract

Il Giudice Ordinario, nei giudizi di accertamento e tutela del diritto di voto, non può sollevare l'incidente di costituzionalità qualora le questioni siano meramente ipotetiche, ostando a ciò l'essenza del voto quale interesse soggettivo avente natura funzionale per la collettività politica. Deve altresì ritenersi precluso al G.O. il giudizio diretto sugli atti prodromici al procedimento elettorale che presentano natura di atti di alta amministrazione.

parole chiave

Diritto politico di voto – Giurisdizione civile – Referendum costituzionale – Questione di costituzionalità – Atti politici e amministrativi – Procedimento elettorale.

Il Il presente *focus*[1] ha ad oggetto un tema di grande attualità e complessità, trattando dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale operabile dal G.O. in relazione ai diversi procedimenti elettorali. Più in particolare, lo spunto d'interesse del *focus* è rinvenibile in una ordinanza del Tribunale di Torino[2] che ha fornito alcune interessanti precisazioni sulla natura e sulla estensione dei poteri attribuiti al Giudice Ordinario per la tutela del diritto politico di voto in riferimento specifico all'*iter* procedimentale relativo al *referendum* costituzionale in materia di numero di parlamentari.

Preliminarmente alla trattazione del contenuto dell'ordinanza del tribunale piemontese, sembra esser necessario tracciare alcune coordinate storiche sottese al tema in oggetto che *ictu oculi* palesa notevoli complessità, afferendo la questione a diverse branche dell'Ordinamento, richiamando plurimi istituti caratterizzanti il diritto processuale civile nonché anche elementi propri della giustizia amministrativa e costituzionale.

Si precisa anzitutto che il caso *de quo* si inserisce incidentalmente nell'*iter* di approvazione della riforma costituzionale volta a ridurre da 630 a 400 il numero dei membri appartenenti alla Camera dei Deputati e da 315 a 200 il numero dei Senatori della Repubblica.

Il disegno di legge *ex* art. 138 Cost. per l'introduzione di tale modifica è stato approvato in prima deliberazione dalle Camere nei primi mesi del 2019 – le quali avevano votato la fiducia al cd. Governo Conte I – mentre, in seconda deliberazione, il Senato ha approvato il d.d.l. a maggioranza assoluta, inferiore però alla maggioranza dei 2/3 dei membri, a differenza della Camera dei Deputati che – mutata la coalizione di governo che ha portato alla nascita del Governo Conte II – ha approvato il disegno con una maggioranza superiore ai 2/3 dei deputati.

Considerato che il voto dei Senatori non aveva raggiunto la maggioranza qualificata dei due terzi, la legge deliberata in seconda votazione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale onde permettere ai soggetti qualificati di promuovere il *referendum* popolare sulla riforma in questione[3].

[1] Si sottolinea che la stesura del *focus*, edito e pubblicato in data successiva al cd. *election day* del 20 e 21 settembre 2020, è avvenuta durante lo svolgimento dei procedimenti elettorali afferenti al referendum *ex* art. 138 Cost. e alle elezioni amministrativa regionali e locali. Si sottolinea che i risultati della consultazione referendaria, sia essa positiva o negativa, nonché i risultati delle altre elezioni non sono di pertinenza con il presente lavoro che tratta di tematiche generali.

[2] Il processo nel quale è stata emanata tale provvedimento reca r.g. n. 13057/2020, precisandosi inoltre che l'ordinanza *de qua* risulta essere stata depositata in data 14.08.2020.

[3] Per ulteriori ed esaustive precisazioni sull'*iter* procedimentale di

Tale possibilità si inverava con il deposito presso la Corte di Cassazione della richiesta di *referendum* consultivo promossa da alcuni senatori, cui è seguita l'ordinanza dell'Ufficio centrale per il *referendum*[4], incardinato presso la presso la stessa Cassazione, con cui veniva dichiarata conforme all'articolo 138 Cost. la richiesta di consultazione popolare. Trasmessa l'ordinanza agli organi costituzionali previsti dalle disposizioni della Legge n. 352/1970, il Consiglio dei ministri fissava la data della consultazione al 29 marzo 2020, seguendo a tale delibera la firma del decreto di indizione del *referendum* da parte del Presidente della Repubblica[5].

Con l'estendersi ed aggravarsi dell'emergenza da Covid-19, il 5 marzo 2020 il Presidente della Repubblica revocava il proprio decreto su richiesta dell'Esecutivo che successivamente, con il d.l. n. 18/2020, estendeva da 60 a 240 giorni il termine entro cui indire, tramite D.P.R., il *referendum* consultivo, in deroga a quanto previsto dall'art. 15 della citata L. 352/1970. Superata la fase acuta della pandemia, la data di indizione del *referendum* è stata fissata su seconda delibera del Governo al 20 e 21 settembre 2020, in concomitanza con le elezioni amministrative, anch'esse rinviate.

Connesso alla vicenda politica esposta, si evidenzia la circostanza che, come già avvenuto in precedenti tornate elettorali e referendarie[6], avverso le scelte del Governo sono stati sollevati molteplici ricorsi giurisdizionali, incardinati innanzi a diversi tribunali ordinari ed amministrativi, con cui i vari ricorrenti, in nome proprio ovvero per conto di semplici cittadini elettori, hanno messo in discussione l'*iter* procedimentale della revisione e della indizione del *referendum*, con contestuale critica politica del contenuto materiale della riforma costituzionale.

Proprio in tale contesto, particolarmente polemico sotto il profilo politico e costituzionale – anche in considerazione del perdurante stato di emergenza e delle relative misure per contrastare la pandemica da Covid-19 – si inserisce la citata ordinanza del Tribunale di Torino la quale rappresenta un primo sommario ed interessante riscontro interpretativo alla mole di ricorsi giurisdizionali che, in diversi modi, hanno avversato la riforma costituzionale[7].

La Sezione feriale del Tribunale del capoluogo piemontese si è espressa su un ricorso cautelare *ex* art. 700 c.p.c., proposto da alcuni elettori, iscritti nelle liste elettorali del Comune di Torino, contenente la richiesta di sollevamento della questione di costituzionalità innanzi al giudice delle leggi: il ricorso recava, come *petitum* immediato, una pronuncia giurisdizionale in cui fosse accertato il proprio diritto «individuale e collettivo come componenti del corpo elettorale, di votare in conformità alla Costituzione nel referendum ex art. 138 Cost. fissato per la data del 20-21 settembre 2020 […] con votazione distinta e separata da ogni altra votazione».

Secondo la prospettazione fornita dai ricorrenti, le disposizioni del citato d.l. n. 26/20 – convertito nelle legge 19 giugno 2020, n. 59 recante: «Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020» e nel quale è stato previsto il rinvio del *referendum* costituzionale e delle diverse elezioni amministrative – oltreché illegittime per violazione degli artt. 72 e 74 Cost.[8], sarebbero risultate lesive del proprio diritto di voto, violato dalla concentrazione in un'unica data di tali consultazioni. Tale accorpamento avrebbe ingenerato, secondo i ricorrenti, anomalie ingiustificate sul diritto di informazione dei votanti sul territorio nazionale[9].

revisione costituzionale *ex* art. 138, sui limiti e sulla *ratio* di tale istituto nell'Ordinamento costituzionale interno si rinvia a U. Rescigno, *Diritto Pubblico*, XVI ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2017, pp. 517-523.

[4] Il testo integrale dell'ordinanza, depositata il giorno 23 gennaio 2020, è rinvenibile sul sito web della suprema Corte di Cassazione, nella sezione dell'U.C.R., *http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/referendum.page*.

[5] Si osserva che l'atto in questione, aderendo alla dominante teoria tripartita sugli atti del Presidente della Repubblica *ex* art. 89, sarebbe da qualificarsi come atto formalmente presidenziale e sostanzialmente governativo, rimesso cioè alla (sola) discrezionalità politica dell'Esecutivo. Sul punto e per critiche alla tripartizione degli atti presidenziali si rinvia a E. Cheli, *Art. 89*, in L. Carlassare - E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica*, *Art. 88*-91, Vol. II., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli Ed. - Foro Italiano, Bologna-Roma, 1983, pag. 96 ss.

[6] Ci si riferisce ad alcune note vicende processuali che, su sollecitazione di un gruppo di costituzionalisti ed avvocati, hanno portato, tra l'altro, al sollevamento di diversi incidenti di costituzionalità sulle precedenti leggi per l'elezione del Parlamento. In tali giudizi incidentali, la Corte si è pronunciata con le storiche sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, delineando alcuni principi su cui ci si confronterà a breve.

[7] Dal medesimo suindicato gruppo di avvocati sono stati proposti ricorsi innanzi ai Tribunali Ordinari dei vari capoluoghi di Provincia, nonché innanzi al Tar-Lazio, ricorsi legati da una tendenziale omogeneità delle censure e dalla identica richiesta dell'incidente di costituzionalità. L'ordinanza del Tribunale di Torino del 14 agosto, è risultata la prima emessa in ordine cronologico e, insieme alla sentenza n. 9198/2020 della sez. II-*bis* del Tar capitolino, ha costituito un precedente per le pronunce di altri Tribunali, in ultimo Trib. Nap., I sez. civ., ordinanza del 14.09.2020.

[8] La parte ricorrente ha, tra le altre censure, sollevato dubbi di costituzionalità degli artt. 1 ed 1-*bis* del d.l. n. 26/20 e della relativa legge di conversione, in relazione all'art. 72, comma 4, Cost.; più specificamente i ricorrenti ritengono di dubbia costituzionalità la possibilità che con lo strumento del decreto legge si possano dettare norme in materia elettorale, aggiungendo a tale argomento critico, la circostanza che il Governo, in sede di conversione del decreto, abbia apposto ed ottenuto la fiducia, violando ulteriormente le disposizioni costituzionali sul riparto delle competenze legislative in materia elettorale tra Governo e Parlamento.

[9] Secondo i ricorrenti tale concentrazione in una unica data – *rectius* due giorni onde suddividere l'affluenza per fini sanitari – da un lato impedirebbe l'informazione adeguata sul contenuto della riforma costituzionale, vista l'eterogeneità delle diverse campagne elettorali, dall'altro creerebbe uno squilibrio informativo

I soggetti convenuti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Interno ed il Ministero della Giustizia, costituitisi in giudizio per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, resistevano al ricorso, sollevando molteplici eccezioni. La difesa erariale eccepiva tra l'altro, in via preliminare, il difetto di legittimazione attiva dei soggetti ricorrenti.

Nella ordinanza il Giudice ha ritenuto inammissibile il ricorso in accoglimento dell'eccezione erariale di carenza di legittimazione attiva, formulando alcune osservazioni sul complicato tema dell'estensione dei poteri propri del G.O. in materia di procedimenti elettorali.

Le tematiche su cui si è soffermato il Giudicante e che nella specie si analizzeranno sono così esemplificabili:

– l'operatività dell'istituto della sostituzione processuale *ex* art. 81 c.p.c., ove è previsto che «fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui» in caso di presunte lesioni del diritto di voto;
– i rapporti tra il processo *a quo* ed il giudizio incidentale di costituzionalità della legge innanzi alla Corte Costituzionale in materia elettorale;
– l'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale del G.O. in relazione ad atti complessi, connessi all'esercizio di funzioni pubbliche in materia di elettorato attivo.

Previamente all'indagine di tali questioni, per una loro maggiore comprensione, è d'uopo specificare, in estrema sintesi, una delle specificità del diritto di voto *ex* art. 48 della Carta costituzionale: oltre ai noti connotati di personalità, eguaglianza, libertà e segretezza[10], il diritto di elettorato attivo, quale capacità di legittimare i funzionari presenti nelle assemblee rappresentative, rientra nella regolazione costituzionale dei rapporti politici, i.e. di quegli interessi dei cittadini a partecipare all'attività del soggetto pubblico secondo il principio di sovranità popolare e democraticità di cui al primo articolo della Costituzione[11].

La stretta correlazione con questo principio spiega la caratteristica del voto il cui esercizio, secondo il disposto dell'art. 48 della Carta, è «dovere civico» funzionale all'intera collettività politica. Da questa ambivalenza[12] del voto, in tensione tra diritto e dovere di partecipazione dei cittadini alla funzione d'indirizzo politico, discendono le cause di perdita del diritto per le motivazioni previste sia dalla Carta costituzionale che dalla legge[13].

Questa precisazione, pur se non espressamente richiamata dal Tribunale di Torino, sembrerebbe sottesa alle statuizioni dell'ordinanza, legittimandone le motivazioni di diritto.

Riguardo alla prima questione, il Giudice, ritenendo fondata l'eccezione erariale di carenza in capo ai ricorrenti della *legitimatio ad causam* e dell'interesse *ex* artt. 81 e 100 c.p.c., ha ritenuto inammissibile il ricorso[14], specificando che dalla dimensione collettiva del diritto di voto non discende anche una titolarità diffusa in capo ad ogni elettore di farne valere in giudizio le eventuali lesioni, implicando ciò l'inammissibilità dell'istituto della sostituzione processuale[15].

A supporto di ciò, il Giudice ha richiamato il contenuto della di poco precedente ordinanza n. 195 del 2020 con cui, in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, la Corte Costituzionale ha ritenuto che in capo al Comitato promotore del referendum non sia attribuita «una funzione di generale tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale».

Tale statuizione, a parere di scrive, sembra ineccepibile sotto il profilo processuale nonché anche sul piano della giustizia costituzionale.

Se l'ordinanza della Corte Cost. ha escluso la qualificazione di ente esponenziale dell'interesse politico di voto al Comitato promotore – soggetto privato in taluni casi legittimato a sollevare conflitto di attribuzioni in quanto titolare di funzioni costituzionali[16] – *a fortiori* non può nell'Ordinamento essere attribuito ad un soggetto privato, non esercitante alcuna funzione pubblica, la facoltà di agire in giudizio in sostituzione del diritto altrui. Osta a tale possibilità non solo il dato

territoriale con conseguente (presunta) alterazione del numero di voti nelle regioni in cui si svolgono le elezioni amministrative.

[10] Sul punto R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, XX ed., Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. 181 ss.

[11] Cf. R. Manfrellotti, *Diritto pubblico*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 159-163.

[12] E. Grosso, *art. 48*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, Vol. I, Utet Giuridica, Torino, 2006, p. 966.

[13] La Costituzione individua in modo generico, rimandando anche alla legge ordinaria, le cause limitative dell'elettorato attivo del quale il cittadino può subire limitazioni solo *per «incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile ovvero nei casi di indegnità morale indicati dalla legge».* La *ratio* sottesa all'individuazione di tali limiti è da rinvenirsi proprio nella natura anche doverosa del diritto di voto, funzionale non solo ad un interesse del singolo, ma anche all'intera comunità, ricostruzione questa che si rinviene per la prima volta in G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Friburgo, 1892, trad. it., *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, a cura di G. Vitagliano Società Editrice Libraria, Milano, 1912.

[14] Al riguardo si specifica che il Giudice ha ritenuto astrattamente mancante, per come formulato il ricorso, la titolarità del diritto in capo ai proponenti la domanda giudiziaria, ravvisando non l'infondatezza del medesimo, ma la sua inammissibilità. Il Giudice ha rilevato il difetto di interesse ad agire in quanto i ricorrenti, iscritti nelle liste elettorali di Torino, non si sarebbero trovati in concreto a votare per il *referendum* e per elezioni amministrative.

[15] Sulla natura della sostituzione processuale si rinvia *ex multis* a G. Verde, *Diritto processuale civile*, I vol., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 179-184.

[16] Sulla legittimazione del Comitato promotore per il *referendum* a sollevare il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato si rinvia a G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 424 ss.

positivo dell'art. 81 c.p.c., ma soprattutto l'essenza del diritto di voto.

Il contenuto anche collettivo dell'interesse politico di votare i propri rappresentanti, secondo quanto esposto in precedenza, non è da confondersi con la natura collettiva di determinati interessi provenienti dalla società civile: mentre questi ultimi – nella cui categoria rientrano ad esempio gli interessi collettivi dei consumatori – possono ricevere una ulteriore (e talora indipendente) tutela da enti esponenziali preposti alla protezione degli stessi, la dimensione politico-collettiva del voto si estrinseca non nella titolarità diffusa, ma nel diritto-dovere personale del singolo di partecipare attivamente alla determinazione politica di funzioni pubbliche[17].

Sulla seconda questione riguardante il tema caldo dell'accesso incidentale alla Corte costituzionale nei giudizi aventi ad oggetto la materia elettorale, v'è da evidenziare che il Tribunale di Torino, in una precedente occasione[18], aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale per questioni vertenti su violazioni al diritto di voto causate dalle disposizioni della legge n. 52 del 2015 (cd. *Italicum*). In tale antecedente, la Consulta con la citata sentenza n. 35/2017, nella quale aveva ritenuto incostituzionali alcune disposizioni della l. n. 52/2015, ha anche ri-definito il complicato rapporto tra il giudizio principale a *quo* ed il giudizio di costituzionalità

Accogliendo la ricostruzione dei giudici a *quibus*, la Corte aveva distinto il piano processuale dei due giudizi, ritenendo che il *petitum* della causa principale consista «nella richiesta di accertare la pienezza costituzionale del diritto di voto» mentre il *petitum* del processo costituzionale si concretizzi «nel dichiarare che il diritto di voto è pregiudicato dalla disciplina vigente».

Tale principio è stato ripreso dal Tribunale di Torino che ha ritenuto non fondato l'incidente di costituzionalità: il Giudice ha difatti sottolineato come, pur anche volendo considerare le peculiarità del ricorso incidentale per presunta incostituzionalità di disposizioni in materiale elettorale – costituenti il prototipo di *legge costituzionalmente necessaria*[19] – l'oggetto del ricorso non attenesse alla materia elettorale in senso stretto, ma solo a disposizioni di contorno, inidonee ad incidere direttamente sul diritto di voto.

Anche questa seconda motivazione, a parere di chi scrive, sembra condivisibile.

Il principio di cui alla sentenza n. 35/2017, che secondo parte della dottrina[20] avrebbe aperto ad una parziale deroga al sistema ordinario di accesso incidentale, fondato sulla non manifesta infondatezza della questione e sulla sua rilevanza nel giudizio *a quo*, non può ritenersi operante in ogni caso, ma solo nella estrema ipotesi in cui si non sussistano ulteriori strumenti di tutela del voto, al fine di evitare la creazione di «*una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in ambiti strettamente connessi con l'assetto democratico*[21]».

Gli articoli del d.l. n. 26/20 ritenuti incostituzionali non sembrano poter violare l'essenza interna del diritto di voto, attenendo alla sola disciplina cornice, cioè di quelle disposizioni necessarie per far fronte al Covid-19 e riguardanti l'estrinsecazione materiale del voto, tra le quali rientrano, ad esempio, le norme volte ad assicurare il distanziamento sociale nei seggi elettorali.

Si evidenzia al riguardo che, anche sotto altro profilo connesso al citato principio della sentenza n. 35/2017, il Giudice ha correttamente rigettato l'incidente di costituzionalità per come esso è stato formulato nel ricorso.

I ricorrenti non hanno individuato il pregiudizio concreto al diritto inviolabile di voto, ma hanno indicato l'esistenza di una astratta alterazione dell'informativa sottesa al quesito referendario, ingenerata dalle disposizioni del decreto legge. Orbene, a parere di chi scrive, la qualificazione di voto, fornita dalla Corte costituzionale e richiamata anche dai ricorrenti, quale «diritto inviolabile e permanente» non è da interpretarsi in senso restrittivo, giungendo ad ipotizzare la potestà del Giudice *a quo* di sollevare questioni di costituzionalità meramente ipotetiche. Al contrario, essa consente al Giudice comune, derogando alla rigidità del parametro della rilevanza, di sollevare l'incidente di costituzionalità per quelle questioni che presentino profili di astrattezza, concretizzabili però, anche *a priori*, in un preciso *vulnus* al diritto.

[17] Sul punto R. Manfrellotti, *Autodeterminazione e funzione pubblica: la legge 180 del 1978 nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in *Percorsi tra bioetica e diritto alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi - P. Giustiniani, Giappichelli Torino, 2010, p. 223 e ss.

[18] In tale circostanza, con ordinanza del 5 luglio 2016, la I sez. del Tribunale di Torino sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera f), della legge n. 52/2015 riferendo di essere stata chiamata a decidere un giudizio promosso con ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* c.p.c. da alcuni cittadini iscritti nelle liste elettorali, i quali avevano convenuto in giudizio la Presidenza del Consiglio, chiedendo che sia accertato il proprio «*diritto di "votare conformemente alla Costituzione" lamentando la lesione di tale diritto ad opera di specifiche norme della legge elettorale* […]».

[19] Sull'individuazione di cosa sia materia elettorale in senso stretto si offriranno a breve alcuni delucidazioni. Sulle leggi costituzionalmente necessarie è sufficiente rilevare che esse sono definibili quali leggi dell'Ordinamento sottratte al *referendum* abrogativo, stante la propria attitudine di rendere effettivamente funzionanti le istituzioni democratiche. Sul punto si rimanda a V.S.G. Satta, *Il problema del rapporto tra "leggi costituzionalmente necessarie" e "leggi a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni Regionali*, fasc. 2/2004, pp. 729 ss.

[20] *Ex plurimis* S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale; crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*, fasc. 2/2015, in *https://www.rivistaaic.it.*

[21] C. Cost., sentenza n. 1 del 2014.

In altri termini, la caratteristica della *permanenza del voto* che ha permesso alla Corte di giudicare la legittimità dell'*Italicum*[22], consente sì di sollevare l'incidente di costituzionalità per lesioni del diritto anche solo future, ma esse devono comunque essere determinabili, dovendosi cioè descriversi i profili attuali di illegittimità della norma anche se non ancora operativa.

Nel caso in cui fosse consentito al Giudice comune di sollevare questioni di costituzionalità indeterminabili ed astratte, si creerebbero indebite sovrapposizioni dei piani processuali: nel giudizio a *quo* l'azione di accertamento, volta a «ripristinare il diritto di voto nella pienezza della sua espansione», diverrebbe una *fictio litis*[23] per rimettere al Giudice *ad quem* la risoluzione integrale della controversia, mancando l'interesse ad agire innanzi al G.O *ex* art. 100 c.p.c. che sarebbe trasfuso nel giudizio costituzionale, il cui *petitum* dovrebbe *secundum legem* sostanziarsi nella successiva e strumentale, ai fini del giudizio civile, dichiarazione di illegittimità costituzionale[24].

Circoscritti in questi termini i limiti positivi e sistematici dello strumento della rimessione della questione di costituzionalità, *cordone ombelicale*[25] che lega tra loro il giudizio *a quo* innanzi al Giudice ordinario ed il processo *ad quem*, residua la terza e ultima tematica, concernente i confini esterni ai poteri che il G.O. può esercitare per la tutela dei diritti in materia elettorale.

Il Tribunale di Torino non affronta tale problematica in modo sistematico, limitandosi a richiamare alcuni precedenti della Corte costituzionale resi in sede di conflitto di attribuzione sollevato dal Comitato promotore per il referendum nei quali la Consulta ha escluso che i poteri di tale soggetto si estendano «alle specifiche modalità organizzative [del voto] rispetto alle quali operano pienamente le facoltà del Governo[26]».

È proprio in quest'ultima statuizione che sembra rinvenirsi il principio positivo dal quale è necessario partire al fine di individuare i limiti della tutela offerta dal Giudice ordinario.

La Corte Costituzionale, sulla cui scia si è attestata la giurisprudenza amministrativa[27], ha interpretato in senso restrittivo la nozione di materia elettorale, distinguendo la legislazione *sul* diritto di voto quale diritto costituzionale inviolabile, dalla normazione *per* il voto quale fatto storico che assume rilevanza per l'Ordinamento. Nel primo caso può parlarsi di materia elettorale in senso stretto, concernente cioè la disciplina teleologica del *jus eligendi* attribuita esclusivamente alla competenza del legislatore e vincolata dai principi costituzionali[28], nel secondo caso è possibile parlare di organizzazione del voto, concernente l'insieme delle disposizioni finalizzate a garantirne l'esercizio materiale, cura affidata al soggetto pubblico esercitante la funzione di governo[29].

Individuare i confini tra queste due categorie non è una operazione agevole, risultando però necessaria in quanto, vista anche la giurisprudenza costituzionale e comune, tra le due fattispecie sussistono notevoli differenze di regime giuridico e garanzie per i privati.

Difatti, come evidenziato nell'ordinanza *de qua*, la materia elettorale in senso stretto, rientrando nell'elenco del comma terzo dell'art. 72 Cost. ove opera una riserva di legge e assoluta rafforzata[30], è sottratta a qualsiasi forma di condizionamento esterno da parte

[22] Si specifica difatti che la l. n. 52/2015, disciplinante la legge elettorale della sola Camera dei Deputati, è stata approvata nel corso del 2015, all'interno del più ampio *iter* di revisione della Costituzione ad opera del governo Renzi. La legge conteneva una disposizione che ne sanciva l'efficacia differita a decorrere dalla data del 1° luglio 2016, risultando così in vigore nel 2015, ma astrattamente operativa solo nell'anno successivo. A partire da tale data furono sollevate le questioni, ben prima dell'effettiva e mai avvenuta applicazione. Sul punto N. Zanon, *Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017)*, in *www.cortecostituzionale.it*.

[23] S. Cupellini, *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, in *Giur. cost*., fasc. 3/2003, pp. 1378 ss.

[24] A riguardo, G.P. di Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 163 ss.

[25] Immagine emblematica di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. 2. L'ordinamento costituzionale italiano (la Corte Costituzionale)*, Cedam, Padova, 1984, p. 292.

[26] C. Cost., sentenza n. 169 del 2011, specificando che, nel caso controverso, la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, in sede di conflitto tra poteri dello Stato sollevato dal Comitato promotore, del mancato accorpamento di *referendum* abrogativi con le elezioni amministrative.

[27] Tar-Lazio, Sez. I-*bis*, sent. n. 11662 del 22.11.2016. Nel medesimo senso Tar-Lazio, Sez. I-*bis*, ord. n. 1302 del 2011, confermata poi dal Consiglio di Stato, Sezione V, con l'ordinanza n. 1736 del 2011.

[28] Rientrano in tale concetto tutte le disposizioni legislative con cui il Parlamento regola il diritto di voto quale *funzione pubblica* cui è chiamato il cittadino; le disposizioni in questiono sono connotate da una ampia discrezionalità politica che incontra però i suoi vincoli nei principi inderogabili che la Costituzione pone tra cui la ragionevolezza e l'eguaglianza del voto. È materia elettorale secondo questo senso, la legislazione con cui le Camere determinano il sistema elettorale, scegliendo una determinata formula elettorale. Attraverso tali norme il voto, nei suoi caratteri strutturali di eguaglianza, libertà, segretezza e personalità, cui si è fatto accenno in precedenza, può svolgere la sua funzione di legittimazione dei funzionari e determinazione dell'indirizzo politico dell'organo *eligendo*. Per notazioni sul concetto di rappresentanza politica, tipologie dei sistemi elettorali e ruolo politico dei partiti si rinvia a R. Manfrellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 3 ss.

[29] Rientrano in tale definizione, tutte le disposizioni sia di rango primario che regolamentare, nonché gli atti amministrativi disciplinanti l'organizzazione materiale del voto come fatto rilevante dell'ordinamento, quali, ad esempio le norme organizzative sulla costituzione dei seggi elettorali e, in caso di consultazione referendarie, i decreti presidenziali di indizione del *referendum*.

[30] La *ratio* di tale regime normativo è da ricercarsi nella volontà del Costituente di preservare il voto come diritto fondamentale, sottraendolo dal controllo del circuito politico convergente nella maggioranza. Sulla *ratio* costituzionale delle tipologie di riserve di legge si rinvia a R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 251 ss.

del Governo esercitabile attraverso gli strumenti della questione di fiducia o propri regolamenti. Per converso, la disciplina di contorno sul voto è nella disponibilità del decisore politico cui spetta, in ossequio ai principi costituzionali, la funzione di governo di organizzarne l'estrinsecazione materiale.

È sul piano delle garanzie per il privato che le due fattispecie in esame si caratterizzano per le maggiori differenze.

Qualora sussistano lesioni del diritto di voto che ne pregiudichino il nucleo essenziale v'è competenza del Giudice ordinario, Giudice naturale dei diritti, che può ripristinare in pienezza di espansione la posizione soggettiva violata, potendo altresì rimettere la questione di costituzionalità al giudice delle leggi secondo i limiti e le modalità suesposte per gli abusi gravi del legislatore[31].

Nel caso in cui il diritto di voto riceva un pregiudizio nella sua modalità organizzativa per cattivo esercizio della funzione di governo, è dalla natura intrinseca di tale funzione che è possibile determinare la tipologia di tutela giurisdizionale, come evidenziato anche dalla già citata sentenza del Tar-Lazio n. 9198/2020 che, in negativo, individua il limite al sindacato del Giudice Ordinario.

Difatti, com'è noto, la funzione di governo si contraddistingue per essere l'attività di attualizzazione dell'indirizzo politico prestabilito[32], realizzandosi attraverso tipologie di provvedimenti eterogenei, caratterizzati da una struttura variabile a seconda della prossimità all'atto legislativo. In questo senso, in materia (di procedimento) elettorale sono individuabili due tipologie di atti: da un lato vi gli *atti politici* che sono contraddistinti da una struttura discrezionale-politica e dall'esclusione da qualsiasi sindacato giurisdizionale, gli atti di alta amministrazione che si connotano per un'ampia discrezionalità amministrativa che incontra l'unico limite nella aderenza alle disposizioni legislative primarie che fungono da parametro per il sindacato di legittimità del G.A., Giudice naturale della funzione pubblica[33].

La derivante esclusione della giurisdizione del G.O., nell'ipotesi di atto di alta amministrazione, non è da ritenersi un vulnus alla garanzia costituzionale del diritto di voto il quale assume invece assume i connotati di un interesse legittimo fondamentale[34] che il soggetto esercitante la funzione di governo deve valutare e tutelare in concomitanza delle altre posizioni soggettive costituzionali, come, nel caso controverso, il diritto fondamentale alla salute.

[31] Esempi di violazione del diritto (soggettivo) di voto su cui ha giurisdizione il G.O. sono i casi di cancellazione illegittima di un cittadino dalle liste elettorali ovvero perdita dell'elettorato attivo per provvedimenti dell'autorità amministrativa, costituita dall'Ufficiale elettorale comunale. Avverso tali atti, il soggetto leso può proporre ricorsa alla Commissione elettorale circondariale, contro le cui decisioni è sempre ammessa l'impugnazione dinnanzi alla Corte d'appello, che decide in unica istanza.

[32] Sul punto, M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista del diritto costituzionale*, 2006.

[33] Nel senso descritto, gli atti prodromici a consultazioni popolari ed elezioni si caratterizzano per un regime variabile a seconda dell'esistenza di un parametro legislativo che vincoli la politica a conformarvisi. Sulla struttura discrezionale degli atti pubblici si rinvia a F. Bassi, *Contributo sullo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 64 ss.

[34] R. Giovagnoli, *Compendio di diritto amministrativo*, Itaedizioni, Bologna, 2020, pp. 83 ss.

Francesco Maria Ricciardi
Avvocato

Diritto penale

Si configura il reato di manovre speculative su merci ex art. 501-bis c.p. a fronte di rincari ingiustificati sulle "mascherine"?

abstract

The marketing of personal protection equipment at higher prices beyond reason integrates the crime of speculative maneuvers on commodities, punishable under article 501-bis of the Italian Criminal Code.

keywords

Article 501-bis Criminal Code – basic necessities – speculative maneuvers on commodities.

abstract

La commercializzazione dei dispositivi di protezione individuale a prezzi rincarati oltre ogni ragionevolezza integra il reato di manovre speculative su merci, punibile a norma dell'art. 501-bis c.p.

parole chiave

Art. 501-bis c.p. – beni di prima necessità – manovre speculative su merci.

Nel 2020, *annus horribilis* della contingenza epidemiologica da COVID-19, si è sinora assistito alla diffusione, su scala nazionale, di comportamenti illeciti che hanno richiesto un'attenta riflessione circa la loro riconducibilità a fattispecie penalmente rilevanti.

Come riportato dai più importanti quotidiani nazionali nonché dalle associazioni a tutela dei consumatori[1], soprattutto nei primi mesi dell'emergenza sanitaria si sono osservati fenomeni allarmanti di distorsione delle buone prassi commerciali, fra cui l'ingiustificato rincaro dei prezzi di alcuni prodotti (disinfettanti antibatterici e "mascherine"), divenuti di importanza primaria a causa della loro sopravvenuta indispensabilità ed iniziale estrema penuria e difficoltà di approvvigionamento nei punti della grande distribuzione nonché nelle farmacie. Le ricadute penali di simili prassi (contro le quali sono state anche attivate, da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, due distinte istruttorie nei confronti delle piattaforme *online* Amazon e Ebay), sono state vagliate dalle applicazioni giurisprudenziali.

È interessante concentrarsi, al riguardo, sull'ordinanza di convalida e decreto di sequestro preventivo del Tribunale di Salerno, Ufficio G.I.P., del 2 aprile 2020.

Nel caso esaminato, durante un controllo, la Guardia di Finanza aveva rinvenuto 78 mascherine FFP1, con valvola, poste in vendita ad Euro 10,00 ciascuna, e 179 mascherine modello 9310+GEN3, prive di valvola, messe in commercio ad Euro 5,00 ciascuna. Il Pubblico Ministero aveva disposto il sequestro preventivo, ed inviato gli atti al Giudice per le indagini preliminari per la convalida, contestando il reato di cui all'art. 501-*bis* c.p. nei confronti dell'amministratore della società oggetto di verifica.

Nel provvedimento ablatorio, il G.I.P. ha confermato la qualificazione giuridica del fatto di reato come delitto di manovre speculative su merci di cui all'art. 501-*bis* c.p., ravvisando il *fumus commissi delicti* in considerazione dell'eccezionale contingenza economico-sociale in cui si trova il nostro Paese, dovuta alla pandemia da COVID-19, che ha reso i dispositivi di protezione individuale (tra i quali rientrano le mascherine) beni essenziali per la tutela della salute dell'individuo, sia in ambito privato, sia nello svolgimento della vita lavorativa, secondo le prescrizioni delle Autorità sanitarie nazionali ed internazionali. Poiché tali beni non sono sostituibili con prodotti diversi, essi rientrerebbero, ad avviso del Giudicante, nella categoria dei «prodotti di prima necessità» menzionata nell'art. 501 cit., il quale vieta ogni manovra speculativa che sia idonea a mettere in pericolo la normalità degli scambi economici o della produzione, in danno degli interessi economici della collettività dei consumatori e, in ultimo, dell'economia pubblica.

È da notare che tale decisione giunge a soluzioni diametralmente opposte a quelle cui è pervenuto il Tribunale del Riesame di Lecce, nell'ordinanza del 21 aprile 2020, che ha escluso la sussistenza del reato *ex* art. 501-*bis* c.p. in un'ipotesi quasi identica (sequestro di circa 2000 mascherine vendute con un rincaro maggiore del 400%).

[1] Cfr. "*Coronavirus: in aumento i fenomeni speculativi sui prezzi di disinfettanti per le mani e mascherine, con rincari oltre il 148%*", da *federconsumatori.it*, 23/02/2020.

Le riflessioni *a latere* della pronuncia devono muovere dalla corretta ricostruzione della *ratio legis* dell'articolo 501-*bis* c.p.

La genesi della norma incriminatrice è da ricondurre al d.l. n. 704/1976 (conv. in L. n. 787/1976), dal quale è stata introdotta con lo scopo dichiarato di contrastare deprecabili forme di accaparramento e di maggiorazione di beni di largo consumo che si verificarono nel nostro Paese a seguito della grave crisi economica originata dallo "shock" petrolifero del 1973. L'obiettivo principale della normativa poteva allora individuarsi nell'esigenza di far fronte al momento congiunturale, ma non appariva subordinata la necessità di approntare, al contempo, una risposta a quei fenomeni speculativi che non risultassero sussumibili nell'ambito del delitto di aggiotaggio *ex* art. 501 c.p.[2] Superata la fase emergenziale, l'art. 501-*bis* c.p. è entrato in uno stato di quiescenza e, fino all'attuale riscoperta con l'avvento della pandemia, ha rappresentato un delitto quasi del tutto sconosciuto alla prassi giudiziaria, se si eccettua il tentativo di alcune preture di ricondurre nello schema del reato la prolungata sottrazione al mercato di alloggi sfitti.

La norma delinea due distinte figure di reato, strutturate secondo un rapporto di dipendenza logica e cronologica. Nel caso concreto, viene in rilievo la fattispecie descritta dal co. 1, che punisce la condotta di «chiunque, nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale, compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno». I problemi maggiori si pongono per l'esatta individuazione del concetto di "manovre speculative". Tali pratiche non possono di per sé considerarsi punibili: l'attività commerciale, infatti, è connotata da un fisiologico intento di lucro, espressione della libertà di impresa, tutelata a livello costituzionale dall'art. 41. Si tratta, invero, di una nozione "assai carente sotto il profilo della tassatività"[3], attesa l'assenza di disposizioni di legge che indichino a quali condizioni possa giudicarsi illegittimo l'aumento dei prezzi. Secondo parte della dottrina, esulano dall'area della liceità quelle modalità operative tese a realizzare un profitto ricollegabile ad un aumento di prezzi superiore a quello che si sarebbe conseguito nel rispetto delle normali regole di mercato[4]. In altre parole, il termine 'manovra speculativa' allude ad una particolare modalità di conduzione imprenditoriale, che oltrepassi i canoni di correttezza, assumendo funzione patologica per il mercato e potenzialmente distorsiva della concorrenza; si sottende, quindi, una fenomenologia connessa ad 'abusi' del potere economico, intesi quale inammissibile travalicamento dei confini dell'uso proprio e tipico, in spregio ai doveri di solidarietà sociale in capo a tutti i consociati.

La fattispecie descritta nel primo comma rientra nella categoria dei reati di pericolo, non rilevando per l'integrazione del reato che l'evento di rarefazione o rincaro di merci sul mercato interno si verifichi. È controverso, in dottrina, se si debba parlare in termini di pericolo astratto o di pericolo concreto. I caldeggiatori della natura concreta del pericolo sottolineano come il requisito che la condotta esecutiva del delitto sia atta a cagionare la diminuzione dei prodotti o l'aumento dei prezzi sul mercato interno ne postuli l'accertamento attraverso un giudizio *ex ante*. Tale impostazione apparirebbe più in sintonia col principio costituzionale di offensività, collegandosi la sanzione penale al riscontro della reale offesa all'interesse tutelato[5]. Altri commentatori preferiscono la configurazione come reato di pericolo astratto, in cui i comportamenti puniti sono selezionati sulla base di un duplice requisito, che ne definisce l'ambito di applicazione: la condotta deve risultare idonea a porre in pericolo gli interessi economici dei consumatori, e la probabile lesione non deve interessarli unicamente come singoli, ma nella loro dimensione collettiva, giacché la prescrizione fa espresso riferimento al mercato[6].

L'elemento soggettivo è quello del dolo generico: il soggetto sarà punibile indipendentemente dal fine ultimo perseguito e risulterà sufficiente la coscienza, volontà e consapevolezza, in capo all'agente, di porre in essere una condotta idonea a cagionare il pericolo.

Ciò chiarito, il quesito al quale rispondere è se, nell'emergenza attuale, la vendita al dettaglio ad un prezzo gonfiato delle mascherine – più in generale di presidi sanitari – rientri nella fattispecie *ex* art. 501-*bis* c.p.

In primis, il G.I.P. ravvisa la sussistenza nella specie di manovre speculative, riconoscendo che possano ritenersi tali anche gli aumenti estremamente sensibili dei prezzi applicati da un singolo commerciante, se associati a momenti di fibrillazione del tessuto economico del Paese[7] (nel caso *de quo*, il prezzo di vendita dei dispositivi era pari al triplo od anche il quadruplo del prezzo di acquisto).

Le "mascherine", ad avviso del Decidente, possono rappresentare l'oggetto materiale del reato, in quanto assimilabili a prodotti di prima necessità. Tale impo-

[2] D. Carcano, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2010, p. 617.

[3] C. Pedrazzi, *Turbativa dei mercati*, in *Dig. pen.*, 1999, 426.

[4] In tal senso D. Carcano, *Brevi note in tema di «manovre speculative» in danno dei consumatori*, in Cass. pen., 1992, 10, 2364.

[5] N. Mazzacuva, *Sull'elemento oggettivo del delitto di aggiotaggio*, in *Foro it.*, 1980, II, 316.

[6] M. Polvani, *La repressione delle manovre speculative sulle merci nell'art. 501 bis del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1030-31.

[7] In senso adesivo, una risalente sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 15.5.1989; *Cass. Pen.*, 1992, 2361): "può integrare in astratto una manovra speculativa anche l'aumento ingiustificato dei prezzi causato da un singolo commerciante, profittando delle particolari contingenze del mercato.

stazione appare alquanto coerente con l'attuale contesto tecnico e normativo. Anzitutto, i dispositivi di protezione individuale, quali le mascherine chirurgiche e filtranti, sono stati indicati dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e da altri organismi internazionali come essenziali nella prevenzione della trasmissione dell'infezione da coronavirus SARS-CoV-2. Inoltre, sebbene nessuna delle disposizioni approvate durante la presente emergenza, qualifichi espressamente le mascherine come beni di prima necessità, l'art. 5 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27, recante misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ha introdotto speciali agevolazioni e contributi a fondo perduto proprio «al fine di assicurare la produzione e la fornitura di dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale, ai valori di mercato correnti al 31 dicembre 2019, in relazione alla inadeguata disponibilità degli stessi nel periodo di emergenza COVID-19», riconoscendo con ciò implicitamente il loro carattere di essenzialità, le difficoltà di approvvigionamento e la necessità di impedire il rincaro dei prezzi[8].

Fino a questo punto, l'ordinanza del Tribunale di Salerno mostra consonanza di vedute con il Tribunale di Lecce, ma la convergenza si arresta sull'interpretazione data all'art. 501-*bis* c.p. nella parte in cui richiede che la condotta sia idonea a realizzare il pericolo di rarefazione o rincaro di merci sul mercato interno.

Il G.I.P. di Salerno ha sostenuto che persino il comportamento speculativo di un solo rivenditore, inducendo altri esercenti al gioco al rialzo dei prezzi**,** possa sortire, considerando il contesto eccezionale in cui si inserisce, un serio pericolo per la situazione economica generale. La nozione di "mercato interno", a suo dire, non deve portare ad escludere quei comportamenti che, per le loro caratteristiche (ad esempio, la quantità modesta delle merci oggetto del reato), potrebbero risultare difficilmente idonei a ledere l'intero mercato nazionale, dal momento che condotte i cui effetti risultano ascrivibili anche soltanto ad un mercato locale sono comunque suscettibili di nuocere alla pubblica economia[9]. Inoltre, nella particolarità del caso esaminato, «la condotta del singolo rivenditore, nel contesto di straordinaria emergenza in cui si inserisce, può influenzare i comportamenti degli altri operatori del settore; ed invero, a fronte di una enorme domanda nazionale ed internazionale di mascherine protettive, anche la singola speculazione è oggi in grado di produrre un rincaro dei prezzi generalizzato o, comunque, diffuso». Per tutte queste ragioni, si è reputato sussistente il *fumus* necessario per la misura reale ed è stato convalidato il sequestro.

Il Tribunale delle Libertà di Lecce, invece, pur ritenendo che la vendita di mascherine ad un prezzo irragionevolmente gonfiato sia in astratto suscettibile di integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 501-*bis* c.p., ne ha escluso la configurabilità, rilevando che l'atteggiamento speculativo di un singolo dettagliante non manifesti alcuna potenzialità di incidere sul mercato, né a livello locale, né tantomeno su scala nazionale. Sebbene l'articolo citato rientri tra i reati di pericolo astratto, ciò non esclude che l'interprete sia tenuto a saggiare, secondo un giudizio prognostico *ex ante,* se la manovra speculativa posta in essere si sia concretizzata o si sviluppi secondo modalità fattuali e cronologiche idonee a comportare il "rincaro sul mercato interno". Pertanto, la successiva valutazione si sposterà sul terreno degli effetti astrattamente ricollegabili alla vendita della merce con sovraccarico e non si potrà non tenere presente il quantitativo dei prodotti messi in vendita, le modalità diffusive, le caratteristiche di tempo e di spazio[10]. Questi criteri sono stati considerati dirimenti per escludere che il mercato possa essere turbato dalla politica al rialzo dei prezzi messa in atto da isolati esercenti, figure generalmente carenti di simili caratteri. Peraltro, secondo i Giudici leccesi, in un contesto globalizzato, nel quale i prezzi e la disponibilità delle merci sono stabiliti dalla grande catena distributiva, la posizione del singolo dettagliante, che commercializza beni all'interno del suo piccolo mercato territoriale di riferimento, apparirebbe ancora più marginale ed insignificante.

Entrambe le pronunce valorizzano il bene giuridico di categoria e la natura di reato di pericolo della figura criminosa in esame, ma la decisione del Tribunale di Lecce appare più rispettosa del canone dell'offensività in concreto nella delimitazione in via interpretativa della condotta tipica nonché più rigorosa nell'accertamento dell'effettiva messa in pericolo del bene protetto.

Ad ogni modo, le frizioni riscontrate nelle applicazioni giurisprudenziali evidenziano i limiti attuali dell'art. 501-*bis* c.p., norma figlia di una politica protezionistica, con aspirazioni velleitarie, fondata su di un fragile equilibrio tra il diritto di iniziativa economica ed i vincoli di solidarietà sociale, dai contenuti criminogeni sfumati, stridenti con il principio di precisione implicito nella garanzia della legalità penale.

[8] In maniera conforme l'ordinanza n. 11/2020 del Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19.

[9] In senso analogo, cfr. Cass., Sez. VI penale, 15/05/1989, in Cass. pen. 1992, p. 2361.

[10] Tali parametri (le dimensioni dell'impresa, la notevole quantità di merci e la possibile influenza sui comportamenti degli altri operatori del settore) sono già stati evidenziati dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., Sez. VI, 15 maggio 1989, Salerno, in *Cass. pen.*, 1992, 10).

Daniele Vitale
Dottore in giurisprudenza

Diritto amministrativo

Giudicato amministrativo, poteri di riesame dell'Amministrazione e principio dello *one shot* temperato. Le nuove frontiere sugli effetti del giudicato a formazione progressiva delle sentenze del G.A. alla luce del recente decreto semplificazioni.

abstract

Having regard to annulled effect of final judgement on the refusal measure of transfer for family reasons, in accordance with the principle of tempered one shot, the Administration can review a second time the question in its entirety, foreclosing the power to decide unfavorably to the private. This principle seems to have recently been received in the amended art. 10-bis l. 241/1990, even if there seem to be some differences between the innovations introduced by the d.l. n. 76/2020 and what has been established by administrative jurisprudence.

keywords

Claim preclusion – Principle of one shot – Separation of powers – d.l. n. 76/2020.

abstract

In seguito alla formazione di un giudicato di annullamento del provvedimento di diniego di trasferimento per motivi familiari, in base al principio del cd. one shot temperato, l'Amministrazione può riesaminare la questione nella sua interezza, con definitiva preclusione al potere di decidere sfavorevolmente per il privato. Tale principio sembra aver ricevuto di recente un parziale fondamento positivo nel novellato art. 10-bis della L. 241/1990, anche se paiono sussistere alcune differenze tra le novità introdotte dal d.l. n. 76/2020 e quanto sinora statuito dalla giurisprudenza amministrativa.

parole chiave

Giudicato – Principio dello one shot – Separazione dei poteri – d.l. n. 76/2020.

Il presente *focus* ha ad oggetto uno dei temi classici e più impegnativi del diritto amministrativo, trattando dei rapporti tra il giudicato formatosi sulle pronunce del G.A. ed i poteri residuanti in capo alla Pubblica Amministrazione di riesaminare il fatto controverso sul quale v'è stata una pronuncia del Giudice Amministrativo. Più in particolare, traendo spunto da una recente sentenza del Tar-Firenze[1], resa in materia di provvedimenti di diniego al trasferimento degli agenti di polizia presso altra sede per motivi familiari, verranno analizzati la funzione e gli effetti del giudicato amministrativo sulla discrezionalità della P.A., guardando anche alle più recenti novità in materia introdotte dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, cd. decreto semplificazioni, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

Al fine di comprendere quali possano essere gli effetti di tale decreto sull'attività dell'Amministrazione, in assenza di commenti della dottrina o di una giurisprudenza assestata, sembra anzitutto necessario inquadrare gli elementi essenziali della materia *de qua* della quale il Tar-Firenze ha offerto nella sentenza commentata una applicazione concreta.

Preliminarmente è da osservare che il giudicato, nella teoria generale del diritto, costituisce un aspetto fondamentale della tutela giurisdizionale delle posizioni soggettive, comune alla tradizione giuridica degli Stati di *civil law*, indicando esso una specifica qualità processuale del provvedimento dell'Autorità giurisdizionale che si concreta nella «affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti»[2].

La dottrina, soprattutto processualcivilistica, ha fornito molteplici interpretazioni sull'essenza della cosa giudicata, adoperando diverse suddivisioni tra le quali la più nota risulta essere la distinzione tra giudicato formale e sostanziale. Tralasciando l'utilità di questa o di altre classificazioni[3], si evidenzia che la tradizionale ricostruzione per la res iudicata della qualità della intangibilità[4] risulta operativa in ragione del rin-

[1] La sentenza n. 495/2020 è stata emessa dalla I sezione del Tar per la Toscana, sede di Firenze e risulta depositata in data 23 aprile 2020 nel giudizio avente r.g. n. 1477/2018. Il testo della pronuncia è liberamente accessibile sul sito *https://www.giustizia-amministrativa.it/*

[2] G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Eugenio Jovene Ed., Napoli, 1935, p. 342.

[3] Sul punto si rinvia *ex plurimis* a G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, V edizione, Voll. I e II, Cacucci editore, Bari, 2019.

[4] Al riguardo vedasi T.E. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza,* Giuffrè, Milano, 1935 che definisce la cosa giudicata

vio di cui all'art. 39 c.p.a. anche nel diritto amministrativo[5], il «diritto del dovere pubblico»[6] secondo una felice definizione.

Tale espressione ben indica l'attuale *status* del diritto amministrativo che da scienza giuridica della attività imperativa ed unilaterale della Pubblica Amministrazione è divenuto, a seguito di una lenta evoluzione, la branca ordinamentale riguardante il corretto esercizio della funzione pubblica di cura degli interessi pubblici affidata alla P.A., attività che risulta soggetta al controllo, per quanto concerne la sua *giustizia,* del Giudice Amministrativo[7].

Il passaggio tra questi due modelli di organizzazione amministrativa è stato indotto soprattutto da una maggiore riflessione, posta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, sull'esistenza di scopi costituzionali fondamentali che l'Amministrazione Pubblica deve perseguire e raggiungere[8], obbiettivi che fondano e permeano teleologicamente l'azione amministrativa, tradizionalmente vincolata e subordinata alla legge[9].

La trasmutazione in senso personalistico della funzione amministrativa, si osserva, ha modificato il concetto di amministrazione in senso oggettivo[10], fondata non solo sul tradizionale e (ancora) fondamentale presupposto della legalità formale, ma anche su nuovi principi informanti la materia: tra questi spiccano per importanza e portata logica il principio del giusto procedimento[11], il principio del legittimo affidamento nella sua dimensione sostanziale e processuale[12], il principio di effettività della tutela giurisdizionale con conseguente ampliamento dei poteri del Giudice Amministrativo di conoscere la fondatezza della pretesa del cittadino anche oltre il giudizio di legittimità[13], nonché anche l'ultra operatività, estesa ai rapporti tra P.A. e cittadini, del principio civilistico di buona fede[14].

Questo rinnovato assetto dell'attività amministrativa è spesso esemplificato altresì con l'espressione amministrazione di risultato[15], intendendosi con tale locuzione la propensione della P.A. ad essere responsabile non solo della legittimità della propria azione, ma anche dei risultati che sono da perseguire nei confronti dei cittadini. In altri termini, l'amministrazione di risultato costituisce il termine di una lenta evoluzione che ha imposto alla P.A. l'obbligo di curare l'interesse pubblico assegnatole dai titolari della funzione di indirizzo politico[16] nonché anche di tutelare le posizioni individuali dei soggetti che siano entrati in contatto con l'attività amministrativa.

La metamorfosi del diritto amministrativo, così come esposto, ha informato in modo specifico la giustizia amministrativa, conseguendone un notevole ampliamento dei poteri del Giudice Amministrativo il cui sindacato in precedenza si estrinsecava tendenzialmente sulla sola legittimità del provvedimento amministrativo, giustiziabile in presenza dei noti vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere.

Se in precedenza il giudicato sulle pronunce della Magistratura amministrativa aveva ad oggetto la caducazione del provvedimento amministrativo, all'ampliamento del novero delle azioni esperibili innanzi al G.A. ed alla espansione della tutela dell'interesse legittimo pretensivo[17], il giudicato amministrativo può assumere anche nuovi e diversi effetti. Difatti, oltre al tradizionale effetto costitutivo-caducatorio sul provvedimento[18], il giudicato formatosi su pronunce del G.A. può connotarsi anche per l'incidenza conforma-

come la «*decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni*».

[5] Sulla portata e natura del rinvio al codice del processo civile da parte del codice di procedura amministrativa A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli editore, Torino, 2020, pp. 370 ss.

[6] La formulazione di tale immagine è di M. Noccelli, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali. Intervento all'inaugurazione del master di diritto privato europeo diretto dal Prof. Alpa*, in *https://www.sipotra.it/*

[7] Sul punto, per uno sguardo *ante tempus* sugli indici di rinnovamento della funzione amministrativa, M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966 pp. 170 ss.; per rilievi più attuali, D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni. Una introduzione*, V Edizione, Il Mulino, Bologna, 2019.

[8] In riferimento allo *status* costituzionale della P.A. R. Manfrellotti, *Diritto pubblico*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 299-304.

[9] Al riguardo F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 752 ss.

[10] Sulla distinzione tra amministrazione in senso soggettivo e oggettivo si rimanda a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XX Ed., Giuffrè, Milano, 2020, pp. 50 ss.

[11] S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 291 ss.

[12] Sul punto si consenta un rinvio al nostro D. Vitale, *L'operatività nei giudizi amministrativi del principio del legittimo affidamento processuale*, in *Gazzetta Forense*, Giapeto Editore, fasc. 6/2019, pp. 953-956.

[13] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa,* op. cit., pp. 261 ss.

[14] Sulla portata del principio di buona fede anche nei rapporti tra Autorità e cittadini, si rinvia a F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XI edizione, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017, pp. 715 ss.

[15] Sul significato di tale espressione, S. Cassese, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p, 941 ss.

[16] Per l'individuazione di tali soggetti E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 200 ss.

[17] Considerata la complessità della materia, si rinvia a N. Durante, *Effettività del giudicato e processo amministrativo*, in *https://www.giustizia-amministrativa.it/*, evidenziando brevemente che il c.p.a. consente al privato di chiedere al G.A. la condanna della P.A. al rilascio del provvedimento favorevole nel caso di attività vincolata o nel caso di esaurimento della discrezionalità amministrativa, potendo il Giudice amministrativo in dette ipotesi conoscere non solo della legittimità del provvedimento, ma anche la fondatezza del rapporto.

[18] Sul punto, F. Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1969.

tiva, diretta cioè ad indirizzare l'attività della P.A. verso il raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla legge in ossequio agli obblighi di correttezza verso i cittadini. Il giudicato può anche contenere una regola, non contraddistinta da una immutabilità assoluta come nel caso del giudicato civile, idonea ad essere integrata e puntualizzata dalla P.A. cui è rivolta.

L'Amministrazione risulta in altri termini vincolata da questa *regola iuris* che avvia un nuovo *iter* procedimentale ed eventualmente processuale *a formazione progressiva*[19], caratterizzato proprio dal mantenimento della discrezionalità e della potestà in capo alla P.A. di riesercitare il proprio potere secondo i limiti individuati dalla pronuncia del Giudice.

Poste brevemente le premesse ermeneutiche sulla evoluzione del concetto di giudicato amministrativo a formazione progressiva, possono essere meglio comprese le vicende fattuali e le questioni di diritto sottese alla commentata sentenza del Tar-Firenze n. 495/2020 che, si precisa, è anteriore all'emanazione e conversione in legge del cd. decreto semplificazioni.

Un agente della Polizia di Stato in servizio presso la sezione stradale di Prato e temporaneamente aggregato alla Questura di Napoli ai sensi dell'art. 7 D.P.R. 254/99, vista la cessazione degli effetti del provvedimento di aggregazione, presentava una istanza *ex* art. 4-*bis* d.lgs. 151/2001 al fine di essere assegnato ad uno dei reparti di Polizia nel capoluogo campano[20].

Avendo l'Amministrazione rigettato la propria richiesta, il privato adiva il TAR-Firenze, chiedendo l'annullamento del provvedimento di diniego.

Con la sentenza n. 951/2019, resa in forma semplificata, il T.A.R., accoglieva il ricorso, annullando l'atto di reiezione e rimettendo all'Amministrazione il potere di provvedere nuovamente sull'istanza di assegnazione «*nel rispetto di quanto esposto nella motivazione*».

Più specificamente, nella motivazione della pronuncia il Tribunale, richiamata la più recente giurisprudenza amministrativa sulla materia[21], poneva in rilievo la natura giuridica dell'interesse del ricorrente privato, qualificandolo come interesse legittimo e non diritto soggettivo. L'interesse dell'agente ad essere trasferito per le ragioni di cui all'art. 42-*bis* sarebbe da ritenersi prevalente rispetto alle scelte dell'Amministrazione di organizzare il proprio personale, potendo esso soccombere rispetto alle scelte della P.A. solo innanzi ad eccezionali e documentate esigenze della sede di attuale appartenenza che ostino all'accoglimento dell'istanza di trasferimento temporaneo, circostanza questa ritenuta non sussistente nel caso controverso.

Alla luce di quanto esposto nella sentenza del Tar, il privato inoltrava una nuova istanza che l'Amministrazione riscontrava con un secondo provvedimento di diniego, motivato sulla base di pretese ragioni di scopertura dell'ufficio di assegnazione e di servizio.

Avverso il nuovo diniego, l'agente adiva, ai sensi degli artt. 29 e 55 c.p.a., il Tar-Firenze, deducendo la nullità e l'illegittimità dell'atto di diniego per violazione e/o elusione del precedente giudicato di cui alla sentenza n. 951/2019 e chiedendo nel medesimo ricorso la declaratoria del diritto a fruire dei benefici riconosciuti dall'art. 42-*bis* e la condanna dell'Amministrazione a disporre il trasferimento temporaneo presso una delle sedi richieste dal ricorrente, oltreché il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo.

Con la suindicata sentenza n. 495/2020, il Tar accoglieva integralmente il ricorso, disponendo l'annullamento del provvedimento di diniego ed accertando il diritto – *rectius* la fondatezza dell'interesse legittimo – del ricorrente ad usufruire del beneficio *ex* art. 42-*bis* con conseguente condanna dell'Amministrazione a disporre il suo trasferimento temporaneo a Napoli.

In via preliminare il Tribunale disattendeva la prospettazione del ricorrente sulla nullità del provvedimento per violazione e/o elusione del precedente giudicato, evidenziando la portata della precedente sentenza n. 951/2019 nella quale era stata disposta non l'attribuzione diretta del bene della vita – con conseguente rigetto della domanda di risarcimento in forma specifica – ma il *remaind* all'Amministrazione del potere-dovere di rinnovare il procedimento secondo i principi esposti nella pronuncia[22].

Nel merito, il Tar ribadiva l'insufficienza dell'accertamento da parte della P.A. di quelle documentate ed eccezionali circostanze di fatto, relative a carenze di organico degli uffici di Polizia, tali da legittimare il sacrificio dell'interesse privato al ricongiungimento famigliare che trova la sua fonte nell'art. 31 della Costituzione[23].

[19] R. Giovagnoli, *Compendio di diritto amministrativo*, Itaedizioni, Bologna, 2020, p. 711.

[20] Si evidenzia che l'art. 7 del decreto presidenziale di «*Recepimento dell'accordo sindacale e del provvedimento di concertazione per il personale non dirigente delle Forze di polizia ad ordinamento civile e militare*» prevede che «*l'Amministrazione, valutate le esigenze di servizio, può concedere al personale che ne abbia fatto domanda, per gravissimi motivi di carattere familiare o personale adeguatamente documentati, l'assegnazione anche in sovrannumero all'organico in altra sede di servizio per un periodo non superiore a sessanta giorni, rinnovabile*». L'art. 42-*bis* del cd. T.U. delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità dispone invece la possibilità per il dipendente di pubbliche amministrazioni con figli minori fino a tre anni di essere assegnato ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore eserciti la propria attività lavorativa.

[21] Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 4079 del 2018 e, in senso conforme, Tar-Firenze, sentt. n. 498 e n. 573 del 2019.

[22] Si evidenzia brevemente che il *remaind* all'Amministrazione è tecnica spesso adoperata dal G.A. nei giudizi cautelari attraverso la cui ordinanza è rimesso alla P.A. il potere di riesaminare la propria attività sulla scorta di motivazioni pur sempre provvisorie. Sul punto, F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op. cit., 1825 ss.

[23] La cui disposizione così recita «*la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose*». Per una disamina delle posizioni giuridiche

L'effetto di tale mancata individuazione nel secondo provvedimento di diniego delle specifiche circostanze ostative al trasferimento determina non solo la fondatezza dell'azione di annullamento *ex* art. 29 c.p.a., così come già rilevato nella precedente sentenza in forma abbreviata, ma anche l'accoglimento delle domande di condanna formulate nel ricorso.

Nell'affermare la fondatezza dell'azione di condanna pubblicistica proposta dal ricorrente che aspirava non al mero annullamento del diniego ma al bene sostanziale della vita, il Tar richiamava altresì l'operatività del cd. principio del *one shot* temperato, che la giurisprudenza amministrativa maggioritaria aveva ritenuto sussistente nell'Ordinamento costituzionale.

Il principio *de quo*, di origine pretoria, rappresenta il corollario logico dei summenzionati concetti di amministrazione di risultato e giudicato a formazione progressiva, imponendo che l'Amministrazione, nel caso in cui subisca l'annullamento di un proprio atto ad opera di un provvedimento giurisdizionale, possa ancora esercitare la propria potestà in ossequio al principio di separazione tra competenze costituzionali della P.A. e del potere giudiziario[24], residuando tuttavia la potestà di «riesaminare una sola volta il caso nella sua interezza con conseguente consumazione del potere discrezionale[25]».

L'attributo «temperato» indica una specifica sfumatura dell'operatività del principio dello *one shot* che, in altri Ordinamenti europei, impone all'Amministrazione di esaminare *uno ictu* la questione sottopostale con conseguente esaurimento del potere della P.A. di pronunciarsi negativamente una seconda volta, seppur per motivazioni differenti.

La peculiarità del principio *de quo* per come applicato dai Giudici nell'ordinamento italiano risiede nella circostanza che all'Amministrazione sono attribuite due *chances* decisionali: una prima fisiologica decisione della P.A. sull'affare, la seconda ed eventuale decisione conseguente all'annullamento, che dovrà essere definitiva, fatte salve eventuali sopravvenienze di fatto o di diritto che potrebbero comportare l'applicazione dell'istituto della revoca, qualora intervenuta prima del secondo provvedimento.

È sotto il profilo della tutela degli interessi pretensivi[26] che il principio dello *one shot* temperato manifesta in modo più evidente la propria portata, vietando all'Amministrazione, dopo l'emanazione di una sentenza di annullamento vantaggiosa per il privato, di reiterare illimitatamente il diniego del provvedimento favorevole, mediante provvedimenti sempre diversamente motivati che determinerebbero lo svuotamento sostanziale della tutela giurisdizionale nonché una insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino che trova la sua fonte nei principi costituzionali[27].

Come accennato, il principio dello one shot temperato è stato frutto di una elaborazione giurisprudenziale, attenta a rendere effettiva la tutela giurisdizionale fornita dal G.A. rispetto alle istanze dei cittadini, sanzionando eventuali abusi della funzione amministrativa[28]. Con l'ultimo intervento sulla L. 241/1990, il legislatore sembra aver fornito una base positiva su cui fondare il principio de quo: difatti con la novella ex art. 12, comma 1, lett. e) del d.l. n. 76 del 2020, convertito in legge senza modifiche sul punto, è stato stabilito che, in caso di annullamento in giudizio del

soggettive relative all'istituzione familiare, si rinvia a L. Califano, *La famiglia ed i figli nella Costituzione italiana*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania - P. Ridola, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 926 ss. È interessante notare che, pur qualificandosi come interesse legittimo, la posizione dell'agente di polizia che aspiri al trasferimento presso altro comando per motivazioni familiari sembra connotarsi per la speciale forza di resistenza di fronte alla discrezionalità amministrativa. Come evidenziato dal Tar-Firenze e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il provvedimento di diniego al trasferimento necessita di una motivazione aggravata sull'esistenza di motivi ostativi. Si assisterebbe dunque ad una sorta di inversione dell'onere della prova in capo all'Amministrazione che deve fornire le motivazioni specifiche, relative a carenze di organico eccezionali per rifiutare il trasferimento all'agente richiedente. La peculiare resistenza della posizione soggettiva rispetto alla potestà della P.A. sembrerebbe da rinvenirsi nella natura costituzionale dell'interesse all'affettività familiare che si sottrarrebbe all'effetto *degradante* del potere amministrativo.

[24] Sul punto si rinvia, *ex plurimis* a G. Silvestri, *Poteri dello Stato* (*divisione dei*), in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV Vol., Giuffrè, Milano, 1985, pp. 670 ss. Si evidenzia brevemente che, pur non trovando una esplicita menzione, il principio di separazione dei poteri e delle funzioni tra la Pubblica Amministrazione ed i soggetti iuris-dicenti è immanente nell'Ordinamento costituzionale. Uno degli indici dell'esistenza di una *riserva di amministrazione*, ovvero di una sfera di competenza impermeabile al sindacato sulla *giustizia* della funzione, operabile dai Giudici appartenenti a qualsiasi plesso giurisdizionale è rinvenibile nel comma secondo dell'art. 41 c.p.c. ove è previsto che «La pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della Corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge alla amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato". Ulteriore indizio di tale distinzione tra competenze costituzionale è individuabile all'art. 7 c.p.a., primo comma, ult. periodo, ove è disposto che «*Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*».

[25] Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5087 del 2017. In senso conforme, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, sent. n. 11596 del 2019, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1321 del 2019.

[26] Sulla natura degli interessi legittimi pretensivi e sulla loro differenziazione rispetto agli interessi oppositivi, nonché sulle forme di tutela che l'Ordinamento ha apprestato, al termine di un lungo e travagliato *iter* giurisprudenziale che ha visto nella nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 il suo apice, si rinvia a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e prassi*, Giappichelli, Torino, 2017.

[27] Sul ruolo della buona fede nei rapporti amministrativi vedasi F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 132 ss.

[28] Sul punto si rimanda a G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *federalismi.it*, n. 22/2017, pp. 2 ss.

provvedimento di diniego, l›Amministrazione «non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato[29]».

Più specificamente, il legislatore con la novella in questione, inserita in un più ampio procedimento di rinnovazione e semplificazione della Pubblica Amministrazione[30], ha obbligato la P.A., nei procedimenti avviati su istanza di parte e nel caso in cui il privato presenti le osservazioni a seguito della ricezione del cd. preavviso di rigetto, a rilevare in una unica soluzione i motivi ostativi al rilascio del provvedimento favorevole, mettendo nero su bianco le (sole ed eventuali) ragioni del diniego che siano emerse o identificabili già nel corso del contraddittorio procedimentale con il privato cittadino.

La lettura del riformato art. 10-*bis* con le statuizioni della giurisprudenza amministrativa in ordine al principio dello *one shot* temperato pare da un lato condurre all'affermazione di una parziale positivizzazione del principio *de quo*, ma, sotto altri aspetti, sembrano residuare anche prospettive di differenziazione tra quanto normato dal legislatore quanto asseverato nella interpretazione giurisprudenziale. Tali profili sono così esemplificabili:

- in ordine alla *ratio*, il principio di origine pretoria rinviene il proprio fondamento nella esigenza di bilanciare, in sede processuale, la tutela degli interessi legittimi pretensivi, il ruolo costituzionale del G.A. e la inesauribilità del potere amministrativo. Al contrario, la novella all'art. 10-*bis* e, più generale, l'assetto generale della riforma operata dal decreto semplificazione, sembra volta, sotto il proprio della *ratio legis*, a rendere più snella l'attività amministrativa e la sua procedimentalizzazione, al fine anche di evitare l'attivazione di defatiganti strumenti di natura giurisdizionale;
- in ordine all'ambito oggettivo di applicazione, il principio di origine pretoria risulta operativo in tutti i procedimenti amministrativi, attivati su istanza di parte ovvero *ex officio*, nei quali vengano in evidenza beni sostanziali della vita che il cittadino cerca di ottenere attraverso l'intermediazione necessaria di un provvedimento positivo dell'Amministrazione. Al contrario, le regola di cui al nuovo art. 10-*bis* sembra applicabile, secondo una interpretazione strettamente letterale, solo nei procedimenti attivati su istanza del cittadino ed unicamente in quei particolari procedimenti nei quali il privato abbia fornito osservazioni a seguito di ricezione del preavviso di rigetto;
- in ordine agli effetti sul potere di riesame, il principio giurisprudenziale temperato garantisce all'Amministrazione, dopo l'annullamento in sede processuale di un suo provvedimento di diniego, la facoltà di rivalutare la questione nella sua interezza una seconda ed ultima volta, nel rispetto di quanto statuito nel giudicato. Al contrario, nella disposizione *ex* art. 10-*bis* l'effetto preclusivo al riesame sembra essere già realizzato al termine del primo segmento procedimentale a seguito delle osservazioni fornite dal privato, obbligando la P.A. ad individuare, dopo l'istruttoria, tutti i motivi ostativi al rilascio del provvedimento, connessi a quanto osservato. La disposizione sembrerebbe dunque chiudere, a prescindere dall'esistenza di un giudicato, la possibilità della seconda *chance* decisionale a favore dell'Amministrazione – a differenza del temperamento di cui al principio di origine giurisprudenziale – la quale, nel caso di annullamento del proprio provvedimento di diniego, può rigettare nuovamente l'istanza solo sulla scorta di motivi ulteriori che non siano emersi a seguito del contraddittorio procedimentale con il privato cittadino e mai addotti nell'istruttoria.

Da questa analisi sembrerebbe dunque emergere una parziale corrispondenza tra il nuovo dato positivo di cui alla legge del procedimento amministrativo ed il diritto vivente formatosi sulla natura del giudicato amministrativo e dei suoi corollari.

Pur convergendo entrambi sulla necessità di evitare la defatigante alternanza tra procedimento e processo,

[29] L'articolo in questione ha modificato l'art. 10-*bis* della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo che disciplina la «*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*». Nella previgente versione era disposto «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali. Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione». La versione attuale, come novellata dal decreto e dalla legge di conversione, al terzo e quarto periodo prevede che «Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

[30] Sulla portata del decreto *de quo* si rimanda a M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto-legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. 3/2020, pp. 174 ss.

il principio sotteso all'art. 10-*bis* sembrerebbe incidere principalmente sull'attività sostanziale della P.A. nelle ipotesi tassative individuate dalla legge, valorizzando, in altri termini, il solo effetto costitutivo-caducatorio dell'eventuale giudicato amministrativo che accerterebbe non tanto la rottura del rapporto di fiducia tra cittadino e l'Amministrazione, quanto piuttosto la violazione di un parametro *ex lege* di buona amministrazione[31].

A parere di chi scrive, le differenze sono tali che i principi *de quibus* potrebbero anche coesistere, avendo campi applicativi differenti: il principio pretorio temperato sarebbe ancora operativo in tutti i casi non individuati espressamente dal legislatore e dunque nell'ipotesi in cui il provvedimento giurisdizionale di annullamento non sia conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato *ex* art. 10-*bis*, riservando alla P.A. un'ultima possibilità di decisione sull'affare controverso, in ossequio al ruolo del giudicato amministrativo a formazione progressiva e del suo effetto conformativo[32].

[31] Sull'esistenza di un principio generale di buona amministrazione quale direttiva fondamentale della funzione pubblica, anche in ordine alla sussistenza di vincoli da parte del diritto euro-unitario, M. Clarich, *Diritto Amministrativo*, IV ed., il Mulino, Bologna, pp. 121 ss.

[32] Sulla scorta di quanto affermato, un ulteriore profilo di differenziazione pare sussistere anche sulla natura degli eventuali vizi del provvedimento di diniego, emanato dalla P.A. in seguito all'annullamento di un precedente atto di reiezione delle istanze del privato, nonché sui rimedi da quest'ultimo esperibili. Nelle ipotesi in cui trovasse applicazione il principio dello *one shot* temperato, salvo la nullità del secondo diniego in caso di violazione diretta del giudicato che potrebbe essere fatta valere con l'azione di accertamento *ex* art. 32 c.p.a., il vizio del provvedimento sarebbe da qualificarsi come annullabilità per eccesso di potere, vizio da far valere con lo strumento tipico dell'azione di annullamento. Al contrario, nei casi tipici di operatività del principio di cui all'art. 10-*bis* della L. 241/90, il vizio del secondo provvedimento di diniego sembrerebbe rientrare nella categoria della nullità per violazione e/o elusione del giudicato, potendo il privato farne valere l'invalidità con l'*actio iudicati*, esperibile sensi dell'art. 112 c.p.a.; ciò sarebbe ipotizzabile in quanto, attraverso l'annullamento del primo provvedimento ad opera del G.A. – il cui giudicato copre il dedotto ed il deducibile – è da ritenersi consumata definitivamente la discrezionalità amministrativa, salvo il caso residuale di emersione di ulteriori motivazioni ostative al rilascio del provvedimento favorevole, mai emerse nel corso della (prima) istruttoria.

Novità legislative

a cura di **Rosa Pezzullo,** Consigliere della Corte di Cassazione

Le disposizioni del Decreto Ristori per il funzionamento della giustizia civile e tributaria nella seconda ondata pandemica 840
di Maria Grazia Savastano

Maria Grazia Savastano
Consigliere della Corte di Appello di Napoli

Le disposizioni del Decreto Ristori per il funzionamento della giustizia civile e tributaria nella seconda ondata pandemica

abstract

The "Ristori Decree" intervenes in the second wave of the Covid-19 pandemic with urgent measures on health protection, support to workers and businesses, justice and security. Instruments are provided to compensate and support the economic activities most affected by the restrictive measures adopted for the protection of health in the epidemiological emergency and provisions to ensure the exercise of judicial activity.

keywords

Pandemic – Wave – Covid-19 – Emergency – Health – Economic support – Refreshments – Jurisdiction.

abstract

Il Decreto Ristori interviene nella seconda ondata della pandemia da Covid-19 con misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza. Sono previsti strumenti volti a compensare e sostenere le attività economiche più coinvolte dalla misure restrittive adottate per la tutela della salute nell'emergenza epidemiologica e disposizioni per garantire l'esercizio dell'attività giurisdizionale.

parole chiave

Pandemia – Ondata – Covid-19 – Urgenza – Salute – Sostegno economico – Ristori – Giurisdizione.

sommario

1. La decretazione di urgenza nell'emergenza epidemiologica Covid-19. – **2.** Il Decreto Ristori. – **3.** Art. 4. Proroga della sospensione delle procedure esecutive per il pignoramento immobiliare dell'abitazione principale del debitore. – **4.** Art. 23 comma 1. La proroga delle disposizioni dell'art. 223 del Decreto Rilancio. – **5.** Art. 23 comma 3. Udienze a porte chiuse. – **6.** Art. 23 comma 6. L'udienza a trattazione scritta nei procedimenti di separazione consensuali e nei divorzi congiunti. – **7.** Art. 23 comma 7. La partecipazione del giudice civile da remoto. – **8.** Art. 23 comma 9. La camera di consiglio collegiale da remoto. – **9.** Art. 23 comma 10. Arbitrato rituale e giustizia militare. – **10.** Art. 27. Le misure urgenti relative allo svolgimento del processo tributario.

1. La decretazione di urgenza nell'emergenza epidemiologica Covid-19

La necessità di contrastare la diffusione dell'epidemia Covid-19 ha imposto, a partire da marzo 2020, l'adozione da parte del Governo di misure, emanate con il ricorso alla decretazione di urgenza, volte ad assicurare il distanziamento sociale a tutela della salute, anche nell'ambito dell'amministrazione della giustizia civile, penale, amministrativa, tributaria e contabile.

È stata emanata una serie di decreti legge per disporre nell'immediato, allo scopo di ridurre al minimo le forme di contatto personale che favoriscono il propagarsi dell'epidemia, un temporaneo fermo con sospensione e rinvio di tutte le attività processuali (salvo quelle urgenti) e successivamente la ripresa con l'introduzione, in deroga alle previsioni codicistiche, di nuove regole processuali di attuazione di una giustizia da remoto con l'utilizzazione delle nuove tecnologie di comunicazione a distanza (trattazione scritta e udienza da remoto).

Un breve riepilogo della c.d. legislazione di urgenza Covid-19 è utile per chiarire il quadro normativo in cui si inseriscono gli ultimi provvedimenti del Decreto Ristori.

Per far fronte al primo conclamato focolaio di infezione il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, in concomitanza con la costituzione di una zona rossa, riferita alla popolazione di comuni determinati (indicati nell'allegato n. 1 del d.p.c.m 1 marzo 2020), ha emanato le prime misure urgenti in materia di sospensione dei termini e delle udienze processuali fino al 31 marzo 2020 con riferimento ai luoghi della zona rossa e ai soggetti (parti o loro difensori) ivi residenti.

A distanza di una settimana è seguito il d.l. 9 marzo 2020, n.11 che ha preso atto dell'estensione del rischio in tutti gli uffici giudiziari nazionali e ha esteso il differimento urgente delle udienze e la sospensione dei termini nei procedimenti civili, penali, tributari e militari (salvo i procedimenti individuati come urgenti) dal giorno successivo alla entrata in vigore del decreto (9 marzo) e fino al 22 marzo 2020, disponendo che, dopo tale data e fino al 31 maggio, i dirigenti degli uffici giudiziari potessero adottare misure organizzative per contemperare l'esigenza di continuità dell'attività giudiziaria con la riduzione del rischio di epidemia.

Prima della conversione dei decreti legge, per tener conto della situazione di aggravamento del quadro epidemiologico, è stato emanato il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. Decreto "Cura Italia", che, pur avendo sostanzialmente recepito la disciplina degli artt. 1 e 2 del d.l. n. 11 del 2020, ha esteso l'ambito della sospensione e previsto norme integrative ed esplicative. Le misure emergenziali sono state distribuite in due fasce temporali: la prima fissata dal 9 marzo al 15 aprile, con differimento delle udienze e la sospensione dei termini processuali *ex lege*, e la seconda dal 16 aprile al 30 giugno, con la previsione delle misure organizzative dei capi degli uffici per contrastare l'emergenza epidemiologica e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. L'art. 83 di tale decreto, che introduce, tra altro, l'udienza con trattazione scritta e l'udienza da remoto, è la norma fondamentale di riferimento del cd. diritto processuale dell'emergenza.

Con il successivo d.l. 8 aprile 2020, n. 23, recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali", il termine del 16 aprile 2020, è stato prorogato all'11 maggio 2020 e il termine iniziale del periodo previsto dal comma 6 è stato fissato al 12 maggio.

Nello stesso giorno di entrata in vigore la legge di conversione del decreto Cura Italia, del 24 aprile 2020 n. 27, ha subito alcune modifiche ad opera del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, che, tra l'altro, ha allungato la scadenza della seconda fase dal 30 giugno al 31 luglio 2020.

In un'ottica di ottimismo la legge 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del d.l. n. 28 del 2020, ha poi nuovamente anticipato al 30 giugno la scadenza della fase due, ripristinando dunque la medesima scadenza precedentemente fissata dal d.l. n. 83 del 2020, ma solo dopo alcuni giorni dalla scadenza del 30 giugno 2020, con la legge del 17 luglio 2020, n.77, di conversione del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, cd. Decreto Rilancio, il legislatore è ritornato sui suoi passi, prevedendo all'art. 221 c. 2 la proroga fino al 31 ottobre delle disposizioni di cui ai commi da 3 a 10 dell'art. 83 d.l. n. 18 del 2020.

Tale termine è stato, poi, prorogato al 31 dicembre 2020 a norma dell'articolo 1, comma 3, del d.l. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 25 settembre 2020, n. 124, come modificato dall'art. 1, comma 3, del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125.

Con l'art. 221 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 è stato confermato l'obbligo del deposito telematico di tutti gli atti, anche quelli introduttivi, e dei documenti che si offrono in comunicazione e sono state disciplinate con maggiore precisione l'udienza con trattazione scritta e l'udienza da remoto.

2. Il Decreto Ristori

Con il decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19" (c.d. "Decreto Ristori"), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 ottobre 2020, con entrata in vigore il giorno successivo, sono previsti gli strumenti volti a compensare e sostenere le attività economiche più coinvolte dalle misure restrittive adottate per la tutela della salute nell'emergenza epidemiologica (con fondi, contributi a fondo perduto, crediti di imposta, cancellazione di imposte ecc.). Sono contenute, fra le altre, alcune disposizioni per garantire l'esercizio dell'attività giurisdizionale "nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19". Di seguito saranno esaminate quelle relative al processo civile ed alla giustizia tributaria.

Le norme riguardanti il processo civile sono l'art. 4 e l'art. 23, commi 3, 6, 7 e 9. Alla giustizia tributaria è riferito l'art. 27.

3. Art. 4. Proroga della sospensione delle procedure esecutive per il pignoramento immobiliare dell'abitazione principale del debitore

L'art. 4, sebbene sia intitolato "sospensione delle procedure esecutive immobiliari nella prima casa" ha per oggetto l' "abitazione principale del debitore" e i due concetti non sono, invero, sempre coincidenti atteso che il primo fa riferimento solo alla titolarità del diritto dominicale e il secondo alla destinazione stabile, effettiva e durevole dell'immobile a dimora abituale del debitore[1].

La norma proroga fino al 31 dicembre 2020 la sospensione delle procedure esecutive per il pignoramento immobiliare, prevista all'articolo 54-*ter*, comma 1, d.l. n. 18 del 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27) al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in tutto il territorio nazionale. La sospensione è riferita alla procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare di cui all'art. 555 c.p.c., che abbia per oggetto l'abitazione principale del debitore, comprendendo, dunque, qualunque attività o adempimento del processo esecutivo fino al decreto di trasferimento che sia funzionale alla liquidazione del bene, con esclusione, pertanto, degli atti conservativi.

L'art. 54-*ter* del d.l. n. 18 del 2020, inserito dall'art. 1 c.1 della l. 24 aprile 2020, n. 27, in sede di conversione, prevedeva tale sospensione per la durata di sei mesi a decorrere dalla entrata in vigore della

[1] Nel dossier parlamentare della legge n. 27 del 2020 di conversione del decreto n. 18 del 2020, Cura Italia, il riferimento è all'art. 10, comma 3-*bis* d.p.r. n. 917 del 1986 che definisce l'abitazione principale "quella nella quale la persona fisica che la possiede a titolo di proprietà o di altro diritto reale o i suoi familiari dimorano abitualmente".

legge di conversione del decreto (perciò dal 30 aprile 2020 al 30 ottobre 2020). Trattasi di norma che ha sollevato numerosi dubbi interpretativi, come peraltro può evincersi dalla mole di circolari, linee guida e protocolli formatisi in brevissimo tempo nei vari uffici giudiziari, per consentirne una uniforme e coerente applicazione[2].

Si è discusso sulla natura ed operatività della sospensione ex art. 54-*ter* e al riguardo quasi tutte le note applicative fornite dai Tribunali hanno ritenuto che la sospensione, essendo disposta *ex lege,* opera automaticamente e senza necessità di alcuna istanza da parte del debitore. Per quanto riguarda il momento temporale di riferimento della verifica del requisito dell'abitazione principale, a fronte della lacunosità del dato normativo, le note dei vari Tribunali non sono univoche. Alcuni ritengono che il requisito della abitazione principale debba sussistere alla data 30 aprile 2020, di entrata in vigore della norma, anche laddove non esistente alla data del pignoramento, altri invece che tale requisito debba sussistere anche alla data del pignoramento[3]. In relazione al contenuto della sospensione, poiché la procedura esecutiva immobiliare si compone di diverse fasi ed ogni fase comprende diversi atti, è risultata essenziale l'opera di ricostruzione degli interpreti dell'ambito applicativo della sospensione e degli atti colpiti da tale effetto all'interno delle varie fasi. In linea generale, si ritiene che la sospensione ex art. 54 *ter* riguardi tutti gli atti e/o le attività che siano funzionali a realizzare l'effetto espropriativo ma anche tale classificazione non sempre è risultata agevole ed univoca, riscontrandosi opinioni divergenti nei provvedimenti dei vari Tribunali[4]. Ulteriore questione attiene alla possibilità di procedere alla notificazione del pignoramento immobiliare avente per oggetto l'abitazione principale del debitore durante il periodo 30 aprile-30 ottobre 2020. I Tribunali per lo più ritengono possibile per i creditori procedere alla notifica del pignoramento nonché alla iscrizione a ruolo della procedura sul rilievo che l'esecuzione immobiliare inizia con la notifica dell'atto di pignoramento (art. 491 c.p.c.) e che la lettera della norma fa riferimento ad una procedura già in essere, impedendone solo la prosecuzione.

L'art. 4 del Decreto Ristori, oltre ad estendere l'ambito temporale di applicazione della sospensione fino al 31 dicembre 2020 , integrando l'art. 54-*ter* cit. prevede altresì che "è inefficace ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'articolo 555 del codice di procedura civile, che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore, effettuata dal 25 ottobre 2020 alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

La formulazione della norma, quanto all'ambito temporale di riferimento, è alquanto singolare. La disposizione opera in parte retroattivamente, perché dichiara l'inefficacia delle procedure esecutive effettuate dal 25 ottobre, cioè da un momento antecedente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, e pone come termine di scadenza il momento della entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge, la cui funzione normalmente è invece proprio quella di impedire che le norme del decreto legge possano decadere. Neppure viene precisata la data di scadenza, che in ogni caso non dovrebbe andare oltre il sessantesimo giorno dalla pubblicazione del Decreto Ristori e cioè il 27 dicembre 2020 (essendo stato pubblicato il Decreto Ristori nella G.U. del 28 ottobre 2020).

La genericità della formulazione della norma, che riferisce l'inefficacia alle procedure esecutive "effettuate" dopo il 25 ottobre, pone notevoli problemi per stabilire se la "effettuazione" debba riferirsi al pignoramento notificato successivamente al 25 ottobre oppure a quello che, pur notificato prima, sia tuttavia trascritto dopo tale data oppure se debba farsi riferimento, invece, solo alla successiva iscrizione a ruolo, che determina la pendenza del processo esecutivo[5]. In ogni caso non è tutelato l'affidamento incolpevole del creditore procedente.

Neppure è chiara, infine, la *ratio* della disposizione che pone in sostanza un divieto di pignoramento ancorché temporaneo, ed è comunque discutibile atteso che, diversamente dalla sospensione, che risponde all'esigenza di tutelare il diritto all'abitazione prevedendo una moratoria dell'esecuzione, la disposta inefficacia delle procedure esecutive per pignoramento immobiliare, sia pure per un periodo limitato, finisce

[2] Il Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera 4 giugno 2020 sull'organizzazione del settore delle procedure esecutive e concorsuali nella «fase 2» dell'emergenza covid-19 ha approvato con una circolare ad hoc le Linee guida in materia di buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari, istituendo, presso la Settima Commissione, l'Osservatorio permanente per l'efficienza delle procedure esecutive e l'attuazione delle "buone prassi", in cui si pone in evidenza che i riflessi della pandemia sulla situazione economica hanno indotto il legislatore ad introdurre previsioni che, non solo nella prima fase ma anche nella seconda fase, hanno limitato la trattazione dei procedimenti in materia di esecuzioni immobiliari, come l'art. 54-*ter* introdotto dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in quanto nel contesto di crisi economica generalizzata determinato dalla pandemia risulta meritevole di particolare attenzione la posizione del debitore, soggetto che anche in tempi "ordinari" si trova in una condizione di sostanziale ed oggettiva debolezza, soprattutto ove sprovvisto dell'assistenza legale. Infatti la sospensione semestrale disposta dall'art. 54-*ter* citato, si pone a salvaguardia della posizione di fatto in cui si trova il debitore nel caso in cui la procedura abbia ad oggetto la sua abitazione principale.

[3] Nel primo senso i tribunali di Marsala, Messina, Cassino; nel secondo senso i Tribunali di Trieste, Aosta, Velletri.

[4] In relazione alla "stima" del bene pignorato il Tribunale di Latina ha escluso tale operazione dalla sospensione e i Tribunali di Bari, Cassino e di Aosta hanno previsto la sua inclusione.

[5] In tal senso B. Sassani - B. Capponi - A. Panzarola - M. Farina, *Il decreto ristori e la giustizia civile. Una prima lettura*, in *www.judicium.com*.

con il sottrarre il bene alle ragioni dei creditori con un effetto esorbitante, rispetto alle esigenze di fronteggiare la crisi economica nell'emergenza pandemica, e di dubbia legittimità costituzionale. La previsione dell'inefficacia, poi, se ritenuta riferibile alla trascrizione stessa del pignoramento immobiliare avrebbe l'effetto, in caso di vendita del bene da parte del debitore nel periodo di inefficacia del pignoramento e della relativa trascrizione, di non consentire ai creditori stessi il diritto di sequela nei confronti del terzo acquirente.

4. Art. 23 comma. 1. La proroga delle disposizioni dell'art. 223 del Decreto Rilancio

L'art. 23, co. 1, del d.l. n. 137 del 2020 dispone che "Dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla scadenza del termine di cui all'articolo 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 si applicano le disposizioni di cui ai commi da 2 a 9.

Tali disposizioni trovano applicazione, pertanto, dal 29 ottobre 2020, data di entrata in vigore del decreto legge, e avranno la loro scadenza al 31 gennaio 2021, data finale di efficacia del d.l. 19 del 2020[6].

L'art. 23 c. 1 precisa, poi, che "Resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 221 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, ove non espressamente derogate dalle disposizioni del presente articolo".

La previsione pone un problema di coordinamento tra norme poiché l'art. 221 del decreto legge n. 34 del 2020, come modificato dalle disposizioni richiamate, prevede invece come termine di durata massima delle misure previste, la data del 31 dicembre 2020.

Malgrado la ambigua formulazione letterale della norma, che con il "resta ferma l'applicazione" non è del tutto chiara al riguardo, deve ritenersi che con tale disposizione sia stata disposta anche una ulteriore proroga alla medesima scadenza del 31 gennaio 2021 delle stesse disposizioni previste dall'art. 221 d.l. n. 34 del 2020 e perciò delle previsioni relative al deposito telematico degli atti, all'udienza da remoto, alla nuova udienza a trattazione scritta ivi regolamentata, alle modalità alternative di giuramento in forma scritta e con deposito telematico da parte del consulente tecnico di ufficio.

Del resto, stabilendo espressamente l'art. 23 c.1 delle deroghe alle previsioni dell'art. 221 cit., non sarebbe ragionevole la previsione di una vigenza delle deroghe oltre il termine di efficacia delle norme derogate.

Il comma 10 dell'art. 23, inoltre, nel prevedere che altresì ai procedimenti relativi agli arbitrati rituali e alla magistratura militare si applicano le disposizioni dei commi precedenti nonché quelle di cui all'articolo 221 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, ne presuppone la contemporanea vigenza e pertanto la medesima scadenza.

Nella stessa relazione illustrativa al decreto è, invero, precisato che con l'art. 23 "si è, in primo luogo, definito l'ambito temporale dell'intervento, raccordandolo a quello fissato dall'articolo 1 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, per lo stato di emergenza. Inoltre, nello stesso articolo 1 si è precisato che l'intervento in esame non sostituisce, ma si coordina con quello previsto dall'articolo 221, comma 2, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77".

L'intento del decreto di ancorare all'unica scadenza del 31 gennaio 2021 tutte le misure emergenziali nei vari settori della giurisdizione è confermato anche dalle disposizioni del successivo art. 25, che prevede che le misure urgenti relative allo svolgimento del processo amministrativo "si applicano altresì alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e dei tribunali amministrativi regionali che si svolgono dal 9 novembre 2020 al 31 gennaio 2021", nonché dalle disposizioni dell'art. 26 in materia di giudizio contabile che confermano il riferimento al termine dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-9, che attualmente coincide appunto con la scadenza del 31 gennaio 2021.

Non sono stati risolti i dubbi, che pure erano stati avanzati per le precedenti scadenze, se il termine finale – prima del 31 ottobre, poi del 31 dicembre ed oggi del 31 gennaio 2021 – debba essere considerato solo il termine entro il quale il giudice possa fissare le udienze nelle modalità alternative previste dalla normativa emergenziale e non anche il termine entro il quale possano celebrarsi le udienze in tali modalità alternative anche se l'intervento delle varie proroghe depone nel secondo senso.

5. Art. 23 comma 3. Udienze a porte chiuse

Il comma 3 dell'art. 23 prevede che "le udienze dei procedimenti civili e penali alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 128 del codice di procedura civile e dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale". Orbene l'art. 128 c.p.c prevede che l'udienza in cui di discute la causa è pubblica a pena di nullità ma consente al giudice di disporre che la stessa si svolga a porte chiuse "se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico

[6] Infatti l'art. 1 del decreto legge 25 marzo 2020 n. 19, convertito con legge del 22 maggio 2020 n. 35 prevede che le misure emergenziali ivi previste possano essere adottate per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte sino al termine dello stato di emergenza che, ad oggi, è fissato al 31 gennaio 2021, in conseguenza della modifica indicata dall'art. 1, comma 1 del d.l. del 7 ottobre 2020, n 125.

e di buon costume". In tale eccezione, dunque, viene ricompresa dalla normativa emergenziale anche l'esigenza di sicurezza della salute nell'urgenza pandemica.

La disposizione conferma in realtà la previsione già contenuta nelle precedenti disposizioni degli artt. 2, comma 2, lettera e), d.l. n. 11 del 2020 e 83, comma 7, lett. e), d.l. n. 18 del 2020, quale provvedimento adottabile nell'ambito delle misure organizzative disposte dai "capi degli uffici giudiziari" per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria

La disposizione sulla possibilità di svolgere le udienze civili e penali a porte chiuse è stata riproposta dal Decreto Ristori senza alcun riferimento espresso alle misure organizzative dei capi dell'ufficio, avallando, dunque, una interpretazione che restituisce il potere di decisione al giudice che dirige l'udienza, come ordinariamente previsto nell'art. 128 c.p.c., pure richiamato. Tuttavia, trattandosi di scelta correlata non alla valutazione delle specificità di un singolo processo ma ad esigenze generali di tutti i processi durante l'emergenza pandemica di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone, resta l'opportunità della predisposizione a monte di direttive generali dei dirigenti degli uffici giudiziari per garantire criteri uniformi e la preventiva interlocuzione con le autorità sanitarie per la individuazione dei livelli di rischio.

6. Art. 23 comma 6. L'udienza a trattazione scritta nei procedimenti di separazione consensuali e nei divorzi congiunti

La disposizione estende espressamente l'udienza a trattazione scritta anche alle separazioni consensuali e ai divorzi congiunti, prevedendo che "il giudice può disporre che le udienze civili in materia di separazione consensuale di cui all'art. 711 del codice di procedura civile e di divorzio congiunto di cui all'art. 9 delle legge 1 dicembre 1970 n. 898 siano sostituite dal deposito telematico di note scritte di cui all'art. 221, comma 4, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n.77, nel caso in cui tutte le parti che avrebbero diritto a partecipare all'udienza vi rinuncino espressamente con comunicazione, depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, nella quale dichiarano di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare".

La cd. udienza a trattazione scritta, caratterizzata dal deposito telematico di note scritte delle parti contenenti le istanze e conclusioni, introdotta dall'art. 83 c. 7 lett. h) d.l. n. 18 del 2020 e ridisciplinata dall'art. 221 c.4 del Decreto Rilancio, è uno strumento predisposto per le sole udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti sicché la estensione di tale modalità di svolgimento dell'udienza ai procedimenti di separazione consensuale e ai divorzi congiunti, nei quali è, invece, prevista la comparizione personale delle parti, costituisce una deroga operata dall'art. 23.

Trattandosi di un settore del diritto con incidenza immediata sui diritti fondamentali della persona, il sacrificio dei principi di oralità, concentrazione ed immediatezza del processo è suscettibile di incidere sulla stessa effettività della tutela giurisdizionale e ciò spiega la espressa limitazione della trattazione scritta ai soli procedimenti di separazione e divorzio di natura consensuale e non contenziosa. Il presupposto evidente è che nei procedimenti consensuali il raggiunto accordo delle parti abbia eliminato quei profili di conflittualità che richiedono un intervento di risoluzione nel contraddittorio effettivo, assicurato solo dalla partecipazione fisica delle parti.

La trattazione è, inoltre, subordinata ad una serie di cautele per assicurare la consapevole adesione delle parti, con la conseguenza che particolare attenzione andrà dedicata dal giudice alla valutazione della ricorrenza dei presupposti elencati dalla norma: espressa rinuncia al diritto alla partecipazione all'udienza orale, dichiarazione delle parti di conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, dichiarazione di adesione libera alla rinuncia, conferma delle conclusioni rassegnate in ricorso, manifestazione della volontà delle parti di non volersi conciliare. Trattasi di presupposti tutti necessari e concorrenti e la mancanza anche di uno solo di essi sarebbe ostativa a tale modalità di trattazione.

Va tuttavia rilevato che la norma ha in realtà recepito integralmente le previsioni elaborate nelle linee guida approvate dal Consiglio Nazionale Forense già nell' aprile 2020[7] per regolare lo svolgimento dei procedimenti in materia di diritto di famiglia limitatamente al periodo di emergenza Covid-19 e le linee guida adottate al riguardo già dai Tribunali[8], che avevano applicato la soluzione dell'udienza virtuale alle separazioni consensuali e ai divorzi congiunti, ritenendo che per tali procedimenti consensuali la presenza delle parti nella particolare fase emergenziale non sia condizione assolutamente necessaria e possa essere so-

[7] "Linee guida per i procedimenti in materia di diritto di famiglia nella fase di emergenzacovid-19" emanate dal CNF il 20 aprile 2020 a seguito di disamina delle esigenze come emerse già in diversi protocolli locali, elaborate dalla Commissione di diritto di famiglia del CNF, anche alla luce di interlocuzioni con le Associazioni di settore.

[8] Così il Tribunale di Milano, il Tribunale di Roma, Tribunale di Napoli, il Tribunale di Vercelli, il Tribunale di Torino, il Tribunale di Treviso ecc. che hanno redatto linee guida per le udienze virtuali per separazione consensuale e divorzi congiunti e predisposto appositi modelli dei provvedimenti.

stituta da una dichiarazione, dalle stesse sottoscritta, di rinuncia alla comparizione.

A sostegno di tale orientamento è stato evidenziato come l'art. 708 c.p.c., dopo l'intervento della l. 80 del 2005, preveda un mero tentativo di conciliazione, sostanzialmente rovesciando l'ottica, nel senso di attribuire la prevalenza della volontà delle parti rispetto al ruolo del presidente ai fini della prosecuzione della vita matrimoniale ed è stato ritenuto che, nell'ottica di bilanciare il diritto alla salute e la tutela della famiglia, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in vigore porti a ritenere che, in presenza di accordo, la comparizione delle parti non sia elemento indefettibile, allorché le parti siano assistite da un difensore.

Va comunque rilevato che la dizione utilizzata dall'art. 23 comma 6, secondo cui il "giudice può disporre" che l'udienza sia sostituita dalla trattazione scritta è comunque idonea a garantire un prudente apprezzamento in un settore dove una generalizzazione *ex ante* è spesso impropria ed inopportuna.

Tale previsione non esclude tuttavia la possibilità che l'iniziativa della richiesta di trattazione scritta sia assunta dalle stesse parti già nella presentazione del ricorso, contenente le prescritte dichiarazioni e in tal caso il presidente assegnatario, verificati i presupposti, potrà procedere alla fissazione dell'udienza virtuale e, nel caso delle separazioni consensuali e dei divorzi congiunti, a rimettere poi la causa al Collegio per l'omologa o la sentenza.

L'applicazione delle richiamate disposizioni dell'art. 221 comma 4 del d.l. n. 34 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77 del 2020, comporta la possibilità in ogni caso delle parti di presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento di fissazione dell'udienza con trattazione scritta, sicché deve ritenersi che ai coniugi sia riconosciuta la possibilità di revocare il proprio consenso rispetto alle condizioni depositate entro 5 giorni prima dell'udienza virtuale, con la possibilità di richiedere la trattazione orale.

Deve altresì ritenersi, anche se non espressamente previsto della norma del decreto Ristori, che nel caso in cui emergano contrasti tra le condizioni concordate dai genitori e l'interesse dei figli minori, dovrà comunque essere fissata l'udienza in presenza.

7. Art. 23 comma 7. La partecipazione del giudice civile da remoto

Con espresso riferimento all'udienza da remoto la disposizione prevede la modifica del disposto dell'articolo 221, comma 7, del Decreto Rilancio, stabilendo che il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario.

La diversa previsione, relativa invece alla presenza del giudice civile presso l'ufficio giudiziario, era stata introdotta dal d.l. 30 aprile 2020 n. 28, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 30 Aprile 2020 (ovvero il giorno dopo la pubblicazione della legge n. 27 del 2020 di conversione del d.l. n.18 del 2020, decreto Cura Italia, che andava a modificare) che aveva infatti inserito al comma 7 lett. f) dell'art. 83 d.l. n. 18, relativo all'udienza civile da remoto, la previsione della presenza del giudice nell'ufficio giudiziario. La disposizione, che non trovava alcuna corrispondenza, invece, nella giustizia amministrativa e contabile, dove analoga previsione non era stata introdotta, aveva subito suscitato ampie critiche in quanto in contrasto con lo spirito che informa la legislazione di urgenza di favorire il distanziamento sociale, limitando ogni presenza fisica non necessaria negli uffici, che costituisce la *ratio* della stessa modalità del collegamento da remoto.

Orbene la modifica introdotta dal comma 7 dell'art. 23 del Decreto Ristori, che non prevede la necessità della presenza del giudice nell'ufficio giudiziario, ristabilisce la coerenza del sistema, in accordo con la espressa previsione che le deliberazioni collegiali in camera di consiglio dei magistrati possono essere assunte mediante collegamenti da remoto.

Va, inoltre, evidenziato che la possibilità del giudice di partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario riduce altresì le difficoltà di utilizzo dell'udienza da remoto dovute all'insufficienza, presente in gran parte degli uffici giudiziari, dei mezzi tecnici di collegamento.

Inoltre la nuova previsione consentirà anche al giudice che si trovi in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19 di partecipare all'udienza da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario e ciò in deroga al disposto dell'articolo 221, comma 7, del Decreto Rilancio.

Per il resto deve ritenersi confermata la disciplina delle udienze da remoto (come pure della trattazione scritta) contenuta nell'art. 221 d.l. n. 34/2020, applicabile per l'espresso richiamo iniziale.

8. Art. 23 comma 9. La camera di consiglio collegiale da remoto

Il comma 9 prevede che nei procedimenti civili e penali le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possano essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi ed automatizzati del Ministero della Giustizia e stabilisce che il luogo in cui si collegano i magistrati è considerato camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

La disposizione riproduce il contenuto dell'art. 83 c. 12-*quinquies* del d.l. n. 18 del 2020 , Decreto Cura Italia, come inserito dall'articolo 1, c. 1, della legge 24 aprile 2020, n. 27, in sede di conversione (successivamente modificato dall'articolo 3, c. 1, lettera g) del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70), la cui efficacia era terminata al 31 luglio 2020, atteso che la previsione

non era stata poi inserita nell'art. 221 del decreto legge 34 del 2020.

Analoga previsione è contenuta anche nell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 per i procedimenti davanti al Consiglio di Stato ed al T.A.R..

La disposizione garantisce la permanenza di copertura normativa della camera di consiglio deliberativa da remoto, utilizzata, invero, sin dall'introduzione delle misure emergenziali con l'utilizzazione dell'applicativo Microsoft Teams, messo a disposizione dalla DGSIA che, ferma la necessità di garantire la segretezza della camera di consiglio e di evitare la visibilità della stessa da parte di terzi, si è rivelata particolarmente utile ed efficace.

Non vi è dubbio che la collegialità della decisione ben possa essere restituita tramite lo strumento telematico che consente l'effettività e l'immediatezza dello scambio di opinioni e rende possibile, con gli appositi strumenti di condivisione dei file digitalizzati, anche la contemporanea consultazione degli atti del processo, appositamente scansionati.

9. Art. 23 comma 10. Arbitrato rituale e giustizia militare

Infine il comma 10 prevede che le disposizioni di cui al presente articolo, nonché quelle di cui all'art. 221 d.l. n. 34 del 2020, conv., con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, si applicano altresì ai procedimenti relativi agli arbitrati rituali e alla magistratura militare, con il limite della compatibilità, così come già disposto in precedenza dalle norme emergenziali dell'art. 83 comma 21 del decreto Cura Italia.

Suscita alcune perplessità, subito evidenziate dai primi commentatori della norma[9], la previsione riferita all'arbitrato rituale per il quale non risulta invero ravvisabile la compatibilità delle norme dell'art. 221 del Decreto Ristori.

Infatti le previsioni dell'art. 816-*bis* c.p.c. sullo svolgimento del procedimento per arbitrato rituale consentono alle parti di stabilire nella convenzione di arbitrato e con atto scritto separato anteriore all'inizio del procedimento arbitrale le norme che gli arbitri devono osservare e, in mancanza, attribuiscono agli arbitri ampia discrezionalità nel regolare lo svolgimento del giudizio, con il limite del rispetto del contraddittorio delle parti e della garanzia di pari difesa. Ne consegue che la flessibilità del procedimento arbitrale e l'autonomia delle parti già consentono di modulare lo svolgimento del procedimento arbitrale secondo le esigenze e le cautele imposte dalla pandemia, prevedendo anche collegamenti da remoto e scambio di note scritte e deliberazioni a distanza, senza la necessità delle specifiche disposizioni della decretazione di urgenza previste per il procedimento ordinario.

[9] B. Sassani - B. Capponi - A. Panzarola - M. Farina, *Il decreto ristori e la giustizia civile. Una prima lettura*, in *www.judicium.com.*

10. Art. 27. Le misure urgenti relative allo svolgimento del processo tributario

La disposizione dell'art. 27 del Decreto Ristori introduce misure urgenti in materia di giustizia tributaria per consentire lo svolgimento del processo tributario durante l'ulteriore periodo di proroga della dichiarazione dello stato di emergenza e fino alla cessazione degli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, come attualmente individuato al 31 gennaio 2021, con la previsione di strumenti processuali che consentano, un esercizio della giurisdizione senza rischi per gli operatori interessati, salvaguardando, al contempo, il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti e del difensore.

In particolare, è previsto che ove sussistano divieti, limiti, impossibilità di circolazione su tutto o parte del territorio nazionale, conseguenti al predetto stato di emergenza, ovvero altre situazioni di pericolo per l'incolumità pubblica o dei soggetti a vario titolo interessati nel processo tributario, lo svolgimento delle udienze pubbliche e camerali e delle camere di consiglio con collegamento da remoto è autorizzato, secondo la rispettiva competenza, con decreto motivato del presidente della Commissione tributaria provinciale o regionale da comunicarsi almeno 5 giorni prima della data fissata per un'udienza pubblica o una camera di consiglio.

La previsione conferma l'applicabilità dell'udienza da remoto non solo alla pubblica udienza di cui all'articolo 34 d.lgs. n. 546 del 1992, prevista originariamente dall'art. 16 c. 4, del d.l. n. 119 del 2018, convertito, con modifiche, dalla l. n. 136 del 2018, bensì anche alla camera di consiglio cd. partecipata ex art. 33 d.lgs. n. 546 del 1992, ponendosi in continuità con l'ampliamento già operato dall'art. 135 del Decreto Rilancio.[10]

Quest'ultima norma ha già introdotto alcune novità operative a regime: in particolare, accanto alla già vigente possibilità per le parti di richiedere l'udienza da remoto, ha previsto che anche il giudice tributario possa disporre che l'udienza si tenga a distanza per

[10] L'udienza da remoto per la giustizia tributaria, a differenza della giustizia civile ordinaria, non è una misura circoscritta al solo periodo di emergenza Covid-19 ma è un istituto di sistema, essendo stata già introdotta come modalità alternativa stabile dall'articolo 16, c. 4, del decreto-legge n. 119 del 2018, convertito, con modifiche, dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136, anche se in concreto non immediatamente operativa, in quanto subordinata all'emanazione di provvedimenti del direttore generale delle finanze, sentito il Consiglio di Presidenza della Giustizia tributaria e l'Agenzia per l'Italia Digitale, di individuazione delle regole tecnico-operative per consentire la partecipazione all'udienza a distanza, la conservazione della visione delle relative immagini e le Commissioni tributarie presso le quali attivare l'udienza pubblica a distanza. Non essendo stati, tuttavia, adottati i provvedimenti relativi, la giustizia tributaria, pur essendo l'unica giurisdizione a poter disporre dell'istituto dell'udienza da remoto come misura stabile, non ha di fatto potuto giovarsi del relativo impiego nella fase emergenziale.

alcune specifiche controversie, individuate in applicazione di specifici criteri stabiliti dai Presidenti delle Commissioni tributarie. Lo stesso Decreto Rilancio ha, inoltre, esteso l'applicabilità della disciplina sulla partecipazione a distanza alle udienze in camera di consiglio; ha consentito la partecipazione da remoto non solo alle parti processuali, ma anche al giudice tributario e al personale amministrativo delle commissioni tributarie; ha permesso di richiedere l'udienza da remoto per le parti non solo all'atto del ricorso, o nel primo atto difensivo, ma anche successivamente, purché prima dell'avviso di trattazione dell'udienza.

Orbene, senza alterare tale sistema, l'art. 27 del Decreto Ristori si limita ad assumere lo strumento dell'udienza da remoto anche come misura urgente per garantire lo svolgimento delle cause tributarie nel periodo emergenziale e l'affida ai decreti motivati del presidente della Commissione tributaria provinciale o regionale.

Tenuto conto delle dotazioni informatiche e nei limiti delle risorse tecniche e finanziarie disponibili, tali decreti possono disporre che le udienze e le camere di consiglio si svolgano anche solo parzialmente da remoto.

Superando un aspetto di criticità derivante dalla lacunosità delle norme sull'udienza da remoto disciplinata dal Decreto Rilancio, che non hanno previsto il termine per la comunicazione alle parti della effettiva predisposizione dell'udienza da remoto con le indicazioni tecniche della piattaforma di riferimento e del link di collegamento, nel Decreto Rilancio sono invece precisate le modalità di svolgimento, con comunicazione da parte della segreteria delle commissioni tributarie alle parti, almeno tre giorni prima della trattazione, di un avviso che indichi l'ora e le modalità di collegamento, e la redazione del verbale dell'udienza da remoto, nel quale deve darsi atto delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e la libera volontà delle parti, anche ai fini della disciplina sulla protezione dei dati personali. I verbali redatti in occasione di un collegamento da remoto e i provvedimenti adottati in esito a un collegamento da remoto si intendono assunti presso la sede dell'ufficio giudiziario.

Salvo quanto previsto dall'art. 27, le modalità di svolgimento delle udienze da remoto restano comunque disciplinate ai sensi dell'articolo 16 del decreto-legge 23 ottobre 2018, n. 119, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2018, n. 136.

Il legislatore, consapevole delle difficoltà attuali di organizzazione dell'udienza da remoto, stante la mancata adozione del decreto dirigenziale previsto dall'art. 16 d.l. 119 del 2018 e succ. mod. ha comunque previsto al comma 2 dell'art. 27, come misura alternativa all'udienza da remoto e da intendersi anche essa operativa "fino alla cessazione degli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale da Covid 19", che le controversie fissate per la trattazione in udienza pubblica passino in decisione sulla base degli atti depositati e, quindi, senza discussione e senza ulteriore contraddittorio.

In tal caso è comunque prevista la facoltà per la singola parte di chiedere la discussione con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno 2 giorni liberi anteriori alla data fissata per la trattazione.

Nel caso in cui sia chiesta la discussione e non sia possibile procedere mediante collegamento da remoto, si procede mediante trattazione scritta, con fissazione di un termine non inferiore a 10 giorni prima dell'udienza per il deposito di memorie conclusionali e di 5 giorni prima dell'udienza per memorie di replica. Se non è possibile garantire il rispetto dei termini di cui al periodo precedente, la controversia è rinviata a nuovo ruolo con possibilità di prevedere la trattazione scritta nel rispetto dei medesimi termini. In caso di trattazione scritta le parti sono considerate presenti e i provvedimenti si intendono comunque assunti presso la sede dell'ufficio.

I componenti dei collegi giudicanti residenti, domiciliati o comunque dimoranti in luoghi diversi da quelli in cui si trova la commissione di appartenenza sono esonerati, su richiesta e previa comunicazione al Presidente della sezione, dalla partecipazione alle udienze o camere di consiglio da svolgersi presso la sede della Commissione interessata.

Nel periodo emergenziale, dunque, a partire dalla entrata in vigore del Decreto Ristori, tutte le udienze dei procedimenti tributari, secondo le previsioni del decreto, non potranno svolgersi in presenza ma solo con modalità di collegamento da remoto o in forma di trattazione scritta.

L'attuale impraticabilità dell'udienza da remoto riduce, poi, in concreto le modalità attuabili per la decisione solo a quella sulla base degli atti depositati o a seguito della sola trattazione scritta, con totale esclusione del principio di oralità, stando almeno all'interpretazione strettamente letterale della norma.

I presidenti delle Commissioni Tributarie hanno, infatti, già provveduto ad emettere decreti con i quali, rilevata la sussistenza delle condizioni previste dal comma 1 dell'art. 27 del d.l. 137 del 2020 e la necessità di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica Covid-19 pone anche allo svolgimento dell'attività giudiziaria, hanno evidenziato che, allo stato, non sono state ancora emanate le normative secondarie previste dall'art. 16 del d.l. n. 119 del 2018 per la regolamentazione delle udienze da remoto e che gli uffici giudiziari non sono ancora stati dotati delle necessarie dotazioni tecnologiche, ed hanno, pertanto, disposto che le controversie tributarie fino al termine dell'emergenza nazionale, attualmente prevista per il 31.1.2021, passino in decisione sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti non insista per la di-

scussione nei termini e modalità disciplinate dall'art. 27 del d.l. 137 del 2020. Nel caso in cui sia richiesta la discussione, è previsto che si proceda solo mediante trattazione scritta, secondo la disciplina normativa richiamata, e, nel caso in cui non sia possibile garantire il rispetto dei termini per il deposito delle memorie, la controversia è rinviata ad altra udienza che renda possibile la trattazione scritta nel rispetto del medesimi termini.

La modalità di trattazione allo stato degli atti introdotta dall'art. 27 per il processo tributario ricalca quella disposta dall'art. 84, c. 5 del d.l. n. 28 del 2020 nell'ambito delle misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia amministrativa nella seconda fase dal 16 aprile al 31 luglio 2020[11], che pure non accordava alle parti alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di poter discutere oralmente la causa.

In relazione a tale ipotesi va segnalata la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI con ordinanza del 21 aprile 2020 n. 2539 che ha rilevato che il contraddittorio cartolare «coatto» − cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti, che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice − non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione.

È stato, infatti, rilevato che il contraddittorio cartolare «coatto» costituirebbe una deviazione irragionevole rispetto allo "statuto" di rango costituzionale che si esprime nei principi del «giusto processo». "L'art. 111 c. 2 Cost., nello stabilire che il «giusto processo» − qualsiasi processo − debba svolgersi «nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità», impone, non solo un procedimento nel quale tutti i soggetti potenzialmente incisi dalla funzione giurisdizionale devono esserne necessariamente "parti", ma anche che queste ultime abbiano la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando quelle degli altri; lo stesso art. 24 Cost. − comprendendo, oltre al diritto di accesso al giudizio, anche il diritto di ottenere dal giudice una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata − non può che contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice".

Trattasi di principi sicuramente condivisibili ed applicabili anche per una interpretazione dell'art. 27 del Decreto Ristori, per il processo tributario, che non sia limitata a quella meramente letterale e restrittiva, quale contraddittorio cartolare "coatto".

Non vi è dubbio, infatti, che anche l'art. 27 del Decreto Ristori, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata vada interpretato, nel senso esposto dall'ordinanza del Consiglio di Stato, secondo cui ciascuna delle parti ha sempre la facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di poter discutere oralmente la controversia, e tale rinvio ben può essere concesso quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione. Infatti "la pretermissione della discussione nel giudizio va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati, stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate, legate alla situazione pandemica acuta".

Orbene, tenuto conto della scadenza non lontana del 31.1.21 (di circa tre mesi dalla data di entrata in vigore del Decreto Ristori) dello stato di emergenza nazionale, la previsione della possibilità di un rinvio per consentire la discussione orale, eventualmente richiesta dalle parti, può costituire un giusto contemperamento delle reciproche posizioni ed evitare di ledere il diritto di difesa.

[11] Il comma 5 dell'art. 84, d.l. n. 28 del 2020 prevede che "Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 31 luglio 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omesso ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione…".

Recensioni

"Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo"
di Biagio Giliberti (Wolters Kluwer-CEDAM, 2020) 850
di Luca Longhi

Luca Longhi
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Universitas Mercatorum

"Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo"
di Biagio Giliberti (Wolters Kluwer-CEDAM, 2020)

Tra le novità del panorama editoriale più interessanti dell'ultimo periodo si segnala il volume "Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo" di Biagio Giliberti, recentemente edito da Wolters Kluwer-CEDAM nell'ambito della collana "Istituzioni e diritti", diretta da Luca R. Perfetti.

Il volume affronta un argomento classico del processo amministrativo alla luce, tuttavia, delle recenti evoluzioni conosciute dalla materia negli ultimi decenni e anche, come si avrà modo di osservare, in una prospettiva *de iure condendo*.

In particolare, il discorso sviluppato dall'Autore prende le mosse dalle fondamenta costituzionali della legittimazione ad agire *uti civis*, facendo opportunamente leva sulla valorizzazione del principio di sussidiarietà ai sensi dell'art. 118, co. 4 Cost. (c.d. sussidiarietà orizzontale).

Segue un'approfondita riflessione sulla genesi costituzionale delle posizioni giuridiche soggettive suscettibili di tutela giurisdizionale nel quadro dell'art. 24 Cost., nell'ambito del quale l'Autore ha il merito di superare il tema degli interessi diffusi – che non costituisce oramai più certo una novità – ponendolo in relazione con la teoria dei beni comuni, una delle frontiere più interessanti del dibattito dottrinale degli ultimi anni.

Il tema stesso dei beni comuni viene preso in esame non in una chiave ideologica, ma unicamente in funzione delle tesi che l'Autore promuove in questa sede.

Infine, nel capitolo conclusivo, si passano ad esaminare i profili più strettamente processualistici della legittimazione ad agire, anche in un'ottica di comparazione con il processo civile, sul cui modello era stato originariamente elaborato il concetto.

Il lavoro possiede l'indubbio pregio, tra gli altri, di approfondire questioni settoriali, inerenti al processo amministrativo, approcciandole con assoluta padronanza tecnica e, al tempo stesso, senza mai perderne di vista le coordinate costituzionali, necessarie a fornire un più corretto inquadramento giuridico della materia.

Ad esempio, il tema della legittimazione ad agire viene osservato dall'angolazione dell'art. 2 Cost., in relazione ai diritti inviolabili dell'uomo, in quanto singolo così come nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, ma anche nella più ampia sfera della sovranità democratica (sovranità collettiva e individuale).

La prospettiva metodologica prescelta consente di mettere a fuoco la giurisdizione – e, di conseguenza, il processo amministrativo – nel quadro dei presidi della persona avverso l'arbitrio del potere, anche tenuto conto dell'esigenza di pienezza di tutela (*full jurisdiction*) conforme ai principi vigenti del giusto processo.

Ancora, un'ulteriore interessante chiave di lettura proposta dall'Autore consiste nel rapporto tra sussidiarietà e prossimità, nell'accezione processuale di *vicinitas*, ovvero quale fattore di legittimazione a essere parte del giudizio.

Nell'analisi sviluppata in questo volume si ravvisa un'attenzione costante all'equilibrio tra dimensione individuale e dimensione civica del soggetto giuridico, da cui si può evincere che la funzione giurisdizionale – contrariamente a quanto si sarebbe portati a considerare in ossequio a un approccio settoriale – costituisce parte integrante e *vivente* del circuito democratico definito dall'ordinamento.

Solo un giurista completo e munito della necessaria sensibilità costituzionale poteva riuscire a trattare l'argomento dando compiutamente conto delle implicazioni processuali e, al tempo stesso, avendo riguardo alla centralità che l'art. 24 Cost. riveste nel nostro sistema, nella direzione del riconoscimento di nuove situazioni giuridiche meritevoli di tutela, ma anche, più in generale, in quanto fondamentale elemento di democraticità, in coerenza con il principio pluralista che caratterizza il DNA dell'ordinamento.

Indice delle sentenze

Diritto civile

CORTE DI CASSAZIONE
Cass., sez. lav., 18.07.2019, n. 19302
(con nota di Mautone)
Cass., sez. VI, 28.05.2020, n. 9997
(con nota di Sorrentino)
Cass., sez. VI, 01.07.2020, n. 13269
(con nota di Scuotto)
Cass., sez. II, 18.09.2020, ord n. 19510 s.m.
Cass., sez. lav., 22.09.2020 n. 19846 s.m.
Cass., sez. I, 22.09.2020, n. 19824 s.m.
Cass., sez. III, 24.09.2020, ord. n. 20147 s.m.
Cass., sez. un. 29.10.2020, n. 23902 s.m.
Cass., sez. un. 29.10.2020, n. 23901 s.m.

TRIBUNALE
Trib. Milano, 21.04.2020, n. 2481 s.m.
Trib. Verona, 10.06.2020 s.m.
Trib. Velletri, 01.07.2020, n. 990 s.m.
Trib. Novara, 01.07.2020, n. 324 s.m.
Trib. Mantova, 07.07.2020 s.m.
Trib. Napoli Nord, 07.07.2020 s.m.
Trib. Castrovillari, 07.07.2020 s.m.
Trib. Reggio Emilia, 15.07.2020, n. 730 s.m.
Trib. Cuneo, 21.07.2020, n. 415 s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
T.A.R. Napoli, sez. V, 21.09.2020, n. 3945 s.m.
T.A.R. Napoli, sez. I, 09.09.2020, n. 3713 s.m.

CONSIGLIO DI STATO
Cons. di Stato, sez. V, 09.10.2020, n. 6009 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 21.09. 2020, n. 5483s.m.
Cons. di Stato, sez. III, 30.09.2020, n. 5746 s.m.
Cons. di Stato, Ad. Pl., 16.10.2020, n. 22 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 30.09.2020, n. 5742 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 09.09.2020, n. 5420 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 19.10.2020, n. 6305 s.m.
Cons. di Stato, Ad.Pl., 26.10.2020, n. 23 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 19.10.2020, n. 6306 s.m.
Cons. di Stato, sez. III, 28.09.2020, n. 5634 s.m.

CORTE COSTITIZIONALE
Corte Cost., 24.04.2020, n. 70
(con nota di Rosanova)

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE
Cass., sez. 2, sent. 19.10.2020, n. 28936
(con nota d Bisanti)
Cass., sez. 6, sent. 25.09.2020, n. 28215 s.m.
Cass., sez. 5, sent. 21.09.2020, n. 27564 s.m.
Cass., sez. 4, sent. 15.09.2020, n. 27249 s.m.
Cass., sez. 1, sent. 9.09.2020, n. 27707 s.m.
Cass., sez. fer., sent. 2.09.2020, n. 27537 s.m.
Cass., sez. un., sent. 16.07.2020, n. 27326
(con nota di Pignatelli)
Cass., sez. 5, sent. 10.07.2020, n. 27264 s.m.
Cass., sez. 2, sent. 2.07.2020, n. 28868 s.m.
Cass., sez. 5, sent. 1.07.2020, n. 27963 s.m.
Cass., sez. 1, sent. 18.06.2020, n. 27115 s.m.

TRIBUNALE
Nola, G.M.,sent. 23.10.2020, n. 24 s.m.
Nola, G.M.,sent. 23.10. 2020, n. 23 s.m.
Nola, G.M., sent. 21.10. 2020, n. 1832 s.m.
Avellino, G.M., sent. 6.10.2020, n. 1326 s.m.
Nola, G.M.,sent. 22.07.2020, n. 1403 s.m.
Nola, G.o.t., sent. 17.07.2020, n. 1370 s.m.
Nola, G.o.t.,sent. 9.07.2020, n. 1282 s.m.

Diritto Internazionale

CORTE EUROPEA DEI DIRITTO DELL'UOMO
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. III,
01.09.2020
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V,
03.09.2020
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I,

10.09.2020, ric. n.59751/15
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, 17.09.2020
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 03.09.2020, ric. n.34297.09
Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, 13.10.2020, ric. n. 32495/15

CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA
CGUE, Sezione Quinta, 28.10.2020 - causa C521/18

Giapeto Editore

Modulo di abbonamento

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale
di diritto
- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico a dieci anni dal *caso Napoli*
FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale
ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle cause di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici
FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

sei numeri della rivista comodamente a casa tua

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 40 86

DATI DEL DESTINATARIO ○ nuovo abbonamento ○ rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale _____ nome _____

partita iva e/o codice fiscale _____ e-mail _____

indirizzo _____ n. _____ cap _____

città _____ pr _____ tel. _____

☐ Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie › Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento
✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli
via fax inviandoli allo 081 556 40 86
@ **per email** a: info@giapeto.it